

## Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,  
wir übersenden heute die November-Ausgabe 2020.

Im Praxisforum stellen wir einen Beitrag des Kollegen Bode zur Frage des Internets im Strafvollzug vor. Die damit zusammenhängenden Fragen haben in der Praxis für die Strafgefangenen erhebliche Bedeutung.

Den verfahrensrechtlichen Teil der Rechtsprechung eröffnen wir mit zwei Entscheidungen des BVerfG zur Durchsuchung, und zwar zur Verhältnismäßigkeit und zum Anfangsverdacht. Zudem weise ich auf den Beschluss des LG Braunschweig zur „kostenneutralen Umbeordnung“ hin, der ersten dazu bekannt gewordenen Entscheidung nach dem neuen Recht.

Der materielle Teil der Rechtsprechung enthält eine weitere Entscheidung des BGH zum bewaffneten Handeltreiben mit BtM.

Aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht weise ich auf den Beschluss des OLG Oldenburg zur Frage der Nichtigkeit der StV-Novelle 2013 hin, die das OLG verneint hat.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

und noch immer: Bleiben Sie gesund.

## Inhalt

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

### Praxisforum

Internet im Strafvollzug – eine  
Rechtsprechungsübersicht .....4

### Verfahrensrecht

Verhältnismäßigkeit einer  
Durchsuchung..... 14

Anfangsverdacht für die Anord-  
nung einer Durchsuchung ..... 16

Inbegriff der Hauptverhand-  
lung ..... 18

Abgrenzung der dienstlichen  
Äußerung eines Richters von  
einer Zeugenaussage  
(§ 22 Nr. 5 StPO) ..... 19

„Kostenneutrale“ Umbei-  
ordnung ..... 22

### StGB/Nebengebiete

Hinterziehung von Tabak-  
steuer..... 24

Bewaffnetes Handeltreiben mit  
Betäubungsmitteln – teleologi-  
sche Reduktion ..... 26

### Ordnungswidrigkeitenrecht

Fest eingebauter Touchscreen  
als elektronisches Gerät nach  
§ 23 Abs. 1a StVO ..... 28

Nichtigkeit der StVO-Novelle  
2013 ..... 31

### Anwaltsvergütung

Geplatzer Termin ..... 32

Geplatzer Termin und  
Mittagspause..... 34



### KostRÄG 2021

Zum KostRÄG 2021 existiert inzwischen die BR-Drucks 565/20, die den Ausschüssen des Bundesrates zur Beratung vorgelegen hat. Die 1. Lesung des Gesetzes hat im Bundestag am 29.10.2020 stattgefunden. Es sieht so aus, als ob die Änderungen noch in diesem Jahr beschlossen werden und dann zum 1.1.2021 in Kraft treten sollen. Zwar erwägt die BR-Drucks 565/1/20 eine Verschiebung auf den 1.1.2023, dabei dürfte es sich aber um taktisches Geplänkel der Bundesländer handeln.

### Gemeinschaftlicher Nebenklagebeistand

Die Regelung des § 397b StPO ist als Kann-Vorschrift ausgestaltet und belässt dem Gericht sowohl ein EntschlieBungs- als auch ein Auswahlmessen. Gleichgelagerte Interessen werden nach der ausdrücklichen gesetzlichen Vorgabe in § 397b Abs. 1 Satz 2 StPO in der Regel bei Nebenklägern anzunehmen sein, die nahe Angehörige desselben Getöteten sind (§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO). Nicht jeder Interessenunterschied begründet schon einen Interessenwiderstreit. Gleichgelagerte Interessen im Sinne der Neuregelung setzen keine Interessengleichheit oder vollständige Einigkeit der Nebenkläger voraus. Unterschiedlich weit gehende Interessen verschiedener Nebenkläger stehen der Annahme gleichgelagerter Interessen nicht entgegen. Bei der gemäß § 397b Abs. 1 StPO zu treffenden Auswahlentscheidung sind nach der Intention des Gesetzgebers weder eine „Waffengleichheit“ der einzelnen Nebenkläger noch ein „besonderes Vertrauen“ zum selbst gewählten Beistand bestimmende Gesichtspunkte. Im Gegensatz zur in § 142 StPO n.F. geregelten Auswahl des zu bestellenden Pflichtverteidigers, bei welcher der bezeichnete Verteidiger regelmäßig zu bestellen ist, kommt dem objektiven Vorliegen gleichgelagerter Interessen der verschiedenen Nebenkläger maßgebliche Bedeutung zu. Eine Bindung des Gerichts an die jeweilige Wahl der verschiedenen Nebenkläger würde der gesetzlichen Regelung, mehreren Nebenklägern einen vom Gericht zu bestimmenden gemeinschaftlichen Rechtsanwalt als Beistand zu bestellen, ersichtlich zuwiderlaufen. Einen übereinstimmenden Antrag der betroffenen Nebenkläger hinsichtlich des auszuwählenden Nebenklägervertreters sieht das Gesetz gerade nicht vor.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.5.2020 – 2 Ws 94/20

### Pflichtverteidiger: inhaftierter Beschuldigter

Das Gericht kann die Pflichtverteidigerbestellung nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO nicht von vornherein auf die Dauer der Inhaftierung beschränken. Vielmehr ist ggf. die Pflichtverteidigerbestellung durch ausdrücklichen Aufhebungsbeschluss zu beenden, wenn die Voraussetzungen des § 143 Abs. 2 S. 2 StPO vorliegen.

LG Dessau-Roßlau, Beschl. v. 7.4.2020 – 6 Qs 40/20

### Nebenklage: Entfallen der Nebenklagebefugnis

Die Befugnis, sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anzuschließen, entfällt nicht dadurch, dass der Nebenkläger in der Hauptverhandlung die Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) oder die strafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 3 JGG) des Angeklagten in Zweifel ziehende Anträge stellt und letztlich dessen Freispruch erstrebt.

BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – 3 StR 214/20

Allgemeines

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

### **Sicherungsverfahren: Auslagererstattung bei Einstellung wegen Tod des Beschuldigten**

Die Vorschrift des § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO, wonach das Gericht von der Auferlegung der notwendigen Auslagen des Angeschuldigten absehen kann, wenn er wegen einer Straftat nur deshalb nicht verurteilt wird, weil ein Verfahrenshindernis besteht, ist im Sicherungsverfahren weder unmittelbar noch analog anwendbar.

BGH, Beschl. v. 8.2.2010 – 4 StR 167/20

### **Beschwer: Freispruch**

Ein Anspruch, aus einem bestimmten Grund freigesprochen zu werden, besteht nicht. Daher ist für das Begehren, lediglich eine andere Begründung des Freispruchs zu erreichen, kein Rechtsmittel gegeben. Dies gilt auch dann, wenn der Freispruch wegen Schuldunfähigkeit erfolgt. Mittelbare Folgen des Verfahrens, etwa der gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 BZRG zwingende Registereintrag oder Verwaltungsangelegenheiten, begründen keine Beschwerde, die zur Zulässigkeit des Rechtsmittels führt.

KG, Beschl. v. 22.9.2020 – 4 Ws 74/20 – 161 AR 167/20

### **Unbefugte Weitergabe: Selbstaufnahmen des Opfers**

Selbstaufnahmen des Tatopfers können Gegenstand der unbefugten Weitergabe im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sein.

BGH, Beschl. v. 29.7.2020 – 4 StR 49/20

### **Wegnahme einer Geldbörse: Urkundenunterdrückung**

Die Wegnahme einer Geldbörse in dem Wissen, dass sich darin Personalpapiere befinden könnten, indiziert nicht die von § 274 StGB vorausgesetzte Nachteilszfügungsabsicht.

OLG Hamm, Urt. v. 22.9.2020 – 5 RVs 63/20

### **Verlängerung einer Fahrerlaubnis zur Fahrgästabförderung: Steuerhinterziehung**

Maßgeblich dafür, ob ein Bewerber die Gewähr dafür bietet, dass er der besonderen Verantwortung bei der Beförderung von Fahrgästen gerecht wird, ist, ob begangene Delikte Charaktereigenschaften erkennen lassen, die sich im Falle der Personenbeförderung zum Schaden der Fahrgäste auswirken können. Dies kann hinsichtlich der zu Lasten der Allgemeinheit begangenen Steuerhinterziehungen in dem konkreten Ausmaß nicht verneint werden.

VGH München, Beschl. v. 23.4.2020 – 11 CE 20.870

### **Entziehung der Fahrerlaubnis: Verwertung einer sog. Alttatsache**

Aus §§ 29 Abs. 3 StVG, 63 Abs. 1 FeV folgt, dass den Behörden und Gerichten nach dem Willen des Gesetz- und des Ordnungsgebers die Möglichkeit des Zugriffs auf Alttatsachen bis zum Eintritt ihrer Tilgungsreife oder sonstigen Unverwertbarkeit eröffnet bleiben soll, wenn der Betroffene im Anschluss an die Neuerteilung einer ehemals entzogenen Fahrerlaubnis wiederum nachteilig in Erscheinung tritt und die neuen Tatsachen alleine nicht ausreichen, um die Fahrerlaubnis nach § 11 Abs. 7 FeV

Rechtsmittelverfahren

StGB – Besonderer Teil

Sonstiges

## StRR-Kompakt

---

ohne weitere Sachverhaltsaufklärung zu entziehen oder Maßnahmen zur erneuten Überprüfung der Fahreignung zu ergreifen.

VGH Bayern, Beschl. v. 16.9.2020 – 11 CS 20.1061

### Terminsverlegung: Terminkollision

Die Ablehnung eines Terminverlegungsantrages wegen Terminkollision bei dem Verteidiger generell wegen „der Vielzahl von Einsprüchen in OWi-Sachen“ ist jedenfalls dann nicht nachvollziehbar, wenn es sich um einen ersten (begründeten) Terminverlegungsantrag handelt und Anhaltspunkte für eine Prozessverschleppung nicht ersichtlich sind.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.9.2020 – (1 BI) 53 Ss-OWi 314/20 (254/20)

### Adhäsionsverfahren: zusätzliche Verfahrensgebühr

Die besonderen Gebühren für das Adhäsionsverfahren (Nrn. 4143, 4144 VV RVG) erhält der Vertreter eines Verfahrensbeteiligten zusätzlich zu den ihm im Übrigen zustehenden Gebühren; sie werden auf diese nicht angerechnet.

OLG Celle, Beschl. v. 13.7.2020 – 3 Ws 164/20

## Praxisforum

---

### Internet im Strafvollzug – eine Rechtsprechungsübersicht

Dr. Lorenz Bode, Düsseldorf

#### I. Einleitung

Dieser Beitrag gibt eine Übersicht über die Rechtsprechung zum Thema „Internet im Strafvollzug“. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Frage, wie der Internetzugang im Vollzug auszugestaltet ist.<sup>1</sup>

#### II. Internetnutzung „intra et extra muros“

Um Entwicklungen und Tendenzen in der Rechtsprechung besser identifizieren zu können, muss man zunächst wissen, wie das Internet außerhalb und innerhalb des Vollzugs genutzt wird.

##### 1. „Extra muros“

Fest steht: Der Einfluss des Internets in den Bereichen von Kommunikation und Informationsgewinnung ist immens; die „klassischen“, in diesem Sinne als nicht-digital zu verstehenden Medien wie Telefon, Fernsehen oder Radio können das allumfassende Angebot des Internets nicht kompensieren – nicht heute und erst recht nicht in zehn Jahren.

Das BVerfG hat diese Entwicklung schon früh erkannt. In seiner Leitentscheidung zur Online-Durchsuchung aus dem Jahr 2008 heißt es: „Insbesondere das Internet als komplexer Verbund von Rechnernetzen öffnet dem Nutzer eines angeschlossenen Rechners nicht nur den Zugriff auf eine praktisch unübersehbare Fülle von Informationen, die von anderen Netzrechnern zum Abruf bereitgehalten werden. Es stellt ihm daneben zahlreiche neuartige Kommunikationsdienste zur Verfügung, mit deren Hilfe

<sup>1</sup> Vgl. zum Ganzen Bode, Internetzugang für Strafgefangene zwischen Resozialisierung und Sicherheit, 2020.

Ordnungswidrigkeiten

Anwaltsvergütung

Internetnutzung „extra muros“

BVerfG: Leitentscheidung zur Online-Durchsuchung

er aktiv soziale Verbindungen aufbauen und pflegen kann. Zudem führen technische Konvergenzeffekte dazu, dass auch herkömmliche Formen der Fernkommunikation in weitem Umfang auf das Internet verlagert werden können.“<sup>2</sup>

Das Internet nimmt sogar auf die persönliche Entwicklung seiner Nutzer und deren Alltagswelt entscheidenden Einfluss, wie das BVerfG durch folgende Urteilspassage deutlich macht: „Die Nutzung der Informationstechnik hat für die Persönlichkeit und die Entfaltung des Einzelnen eine früher nicht absehbare Bedeutung erlangt.“<sup>3</sup>

Weiter führt das BVerfG aus: „Die jüngere Entwicklung der Informationstechnik hat dazu geführt, dass informationstechnische Systeme allgegenwärtig sind und ihre Nutzung für die Lebensführung vieler Bürger von zentraler Bedeutung ist.“<sup>4</sup>

Daran gemessen ist der Einsatz internetbasierter Kommunikations- und Informationsmittel in den letzten Jahren weiter stark gestiegen.<sup>5</sup> Laut ARD/ZDF-Onlinestudie<sup>6</sup> haben in Deutschland 63 Millionen Menschen im Jahr 2019 das Internet genutzt, 30 Millionen davon sogar mehrmals täglich. Auch existieren mittlerweile vielfach Informationen – etwa in Online-Zeitschriften oder digitalen Datenbanken –, die ausschließlich über das Internet verfügbar sind; gleichzeitig hat die internetgestützte Kommunikation, nicht zuletzt befördert durch die andauernde Corona-Pandemie, analoge Kontaktarten weitgehend verdrängt. Passend dazu heißt es unter dem Reiter „Digital gegen Corona“ auf der Homepage der Europäischen Kommission: „Solange die Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist und sich das soziale und wirtschaftliche Leben hauptsächlich digital abspielt, sind Bürger/innen und Unternehmen mehr denn je auf das Internet angewiesen. Dank der Breitbandnetze und digitalen Infrastruktur können wir trotz der Krise lernen, soziale Kontakte pflegen und arbeiten.“<sup>7</sup>

### 2. „Intra muros“

Ein gänzlich anderes Bild zeigt sich im Vollzug. Es existieren – verortet im Bereich der Außenkontakte – in allen Bundesländern, ausgenommen Bayern und Baden-Württemberg, Vorschriften, die den Internetzugang für Strafgefangene regeln. Dabei steht den Gefangenen – bestenfalls – im Rahmen eines sog. zweistufigen Zulassungsverfahrens<sup>8</sup> ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung zu, vgl. etwa § 40 Satz 1 StVollzG Bln: „Die Anstalt kann den Gefangenen gestatten, andere von der Aufsichtsbehörde zugelassene Formen der Telekommunikation auf ihre Kosten zu nutzen.“ Auf der ersten Stufe ist zunächst eine generelle Zulassung durch die Landesjustizverwaltung erforderlich. Dies birgt die Gefahr, dass es zu einer Bescheidung des Internetbehrens durch die Anstaltsleitung auf der zweiten Stufe gar nicht erst kommt.<sup>9</sup> Weiterhin müssen in allen Bundesländern mit eigenständigen Internetregelungen (genauer gesagt: Vorschriften zu „anderen Formen der Telekommunikation“ bzw.

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn 176 (BVerfGE 120, 274), abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn 170, abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>4</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn 171, abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>5</sup> Vgl. nur die Statistiken zur Internetnutzung in Deutschland bei <https://de.statista.com/themen/2033/internetnutzung-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 12.9.2020.

<sup>6</sup> Beisch/Koch/Schäfer, Media Perspektiven 2019, 374 ff.; vgl. auch <https://de.statista.com/themen/2033/internetnutzung-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 12.9.2020.

<sup>7</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/digital\\_de](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/digital_de), zuletzt abgerufen am 12.9.2020.

<sup>8</sup> Anders Hessen. Dort heißt es in § 36 Abs. 1 S. 2 HStVollzG: „Aus wichtigen Gründen können sie andere Kommunikationsmittel durch Vermittlung und unter Aufsicht der Anstalt nutzen“.

<sup>9</sup> Umfassend zur einfachgesetzlichen Lage: Knauer, in: AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 36 Rn 1 u. 10.

**BVerfG: Möglichkeit der Internetnutzung ist von zentraler Bedeutung**

**Einsatz internetbasierter Kommunikations- und Informationsmittel**

**Internetnutzung „intra muros“**

„anderen Kommunikationsmitteln“) die Gefangenen ihre Nutzungskosten grundsätzlich selbst tragen.<sup>10</sup> Darüber hinaus hat der von Bayern und Baden-Württemberg eingeschlagene Sonderweg (= bewusster Regelungsverzicht) zur Folge, dass in diesen Ländern den Gefangenen auf einfachgesetzlicher Ebene keine unmittelbaren Rechte bezüglich der Nutzung des Internets zustehen.

In enger Verbindung mit dieser weitgehend restriktiven Gesetzeslage ist die vollzugliche Praxis bislang kaum über die Phase der Pilotversuche hinausgekommen.<sup>11</sup> Allein im Berliner Justizvollzug sind im Anschluss an den erfolgreichen Verlauf der Feldphase des Projekts „Resozialisierung durch Digitalisierung“<sup>12</sup> Bestrebungen zu erkennen, das Internet künftig flächendeckend in allen Berliner Justizvollzugsanstalten einzuführen.<sup>13</sup> Eine gute Übersicht über die aktuell im Bundesgebiet laufenden Pilotprojekte bietet Esser.<sup>14</sup> Danach wird das Internet im Strafvollzug bisher vorwiegend als Kommunikationsmittel, bspw. im Wege der Videotelefonie, und zur Gefangenenbildung, etwa im Rahmen des sog. eLiS-Verbunds,<sup>15</sup> genutzt. Die meisten Pilotprojekte verbindet dabei der Umstand, dass jeweils bloß eine Nutzungsart erprobt und den Gefangenen somit im Vergleich zur Außenwelt nur ein äußerst kleiner Bereich der tatsächlichen Möglichkeiten des Internets eröffnet wird.

### III. Bisherige Entwicklungen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Thema „Internet im Strafvollzug“ befindet sich in ständiger Bewegung. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Mediennutzungsbegehren der Gefangenen eng mit dem technischen Fortschritt in der Außenwelt zusammenhängen. So sind nicht nur die Realitäten der Internetnutzung, wie Knauer sie in seiner Monographie „Strafvollzug und Internet“ aus dem Jahre 2006 beschreibt, mittlerweile gänzlich andere; auch seine Forderung, Gefangene an dieser Technologie in angemessenem Umfang teilhaben zu lassen, ist angesichts des Fortschritts der Digitalisierung heute berechtigter denn je.

#### 1. Rechtsprechung zum Besitz internetfähiger Freizeitgegenstände im Strafvollzug

Den Ausgangspunkt bilden Entscheidungen zum Besitz von internetfähigen Freizeitgegenständen. Dabei geht es um die Auslegung des – unbestimmten – Rechtsbegriffs „Gefahr für Sicherheit und Ordnung der Anstalt“ bzw. dessen landesgesetzliche Synonyme;<sup>16</sup> diese Begriffe unterliegen der vollen gerichtlichen Kontrolle.

Schon im Jahr 2007 hatte das OLG Karlsruhe zum Besitz einer Spielekonsole „Sony Playstation II“ mit markigen Worten verkündet: „Die Strafvollstreckungskammer ist bei ihrer Entscheidung von diesem Prüfungsmaßstab ausgegangen und dabei in einem ersten Schritt zu dem Ergebnis gelangt, dass die vom Antragsteller begehrte Spielekonsole ‚Playstation 2‘ des Herstellers Sony abstrakt-generell die Anstaltssicherheit gefährden kann. Dies steht im Einklang mit der Entscheidung des Senats vom 10.3.2005 ... und der herrschenden obergerichtlichen Rechtsprechung ...

<sup>10</sup> Näher dazu Knauer, in: AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 36 Rn 12.

<sup>11</sup> Vgl. Esser, NStZ 2018, 121; so auch Knauer, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de? Gefangen(e) im Netz zwischen cyber-Forensik und Kriminalpolitik 2.0, 2018, S. 53.

<sup>12</sup> Praxiseindrücke schildert etwa Hoven, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 259 ff.

<sup>13</sup> Vgl. nur Reschke, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 257.

<sup>14</sup> In: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 236–240.

<sup>15</sup> Vgl. dazu <https://www.ibi.tu-berlin.de/projekte/259-e-learning-im-strafvollzug>, zuletzt abgerufen am 12.9.2020.

<sup>16</sup> Ausführlich dazu Wawzyniak, KritV 2012, 198, 204 ff.

## Pilotprojekte

## Rechtsprechung in ständiger Bewegung

## „Gefahr für Sicherheit und Ordnung der Anstalt“

Unter Zuhilfenahme eines Mobiltelefons und eines Modems ist die Spielkonsole internetfähig; sie eröffnet damit nicht nur die Möglichkeit, die mittels der Speicherkarte gespeicherten Daten mit anderen Gefangenen oder mit der Außenwelt auszutauschen, sondern darüber hinaus Daten aus dem Internet herunterzuladen und diese Daten mit Personen innerhalb und außerhalb der Anstalt auszutauschen. Bereits diese durch das Gerät eröffnete Möglichkeit eines Datenaustauschs stellt eine erhebliche Gefahr für die Anstaltssicherheit dar.<sup>17</sup>

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe stellt die Internetfähigkeit des Freizeitgegenstands ein abstrakt-generelles Sicherheitsrisiko dar, weshalb die Genehmigung zum Besitz von Anstaltsseite versagt werden kann. Diese Auffassung wird von den oberen Gerichten noch immer nahezu einheitlich vertreten. So formulierte das OLG Hamm in einem Beschluss aus dem Jahr 2018 (I) u.a. wie folgt: „Der Senat hat in Übereinstimmung mit anderweitiger obergerichtlicher Rechtsprechung bereits mehrfach ausgeführt, dass die einem Gegenstand allgemein innewohnende Gefährlichkeit die Versagung einer Genehmigung zum Besitz aus Gründen der Anstaltssicherheit zu rechtfertigen vermag, so etwa aufgrund einer etwaigen Internetfähigkeit von Geräten oder aber der (ohne weitere technische Hilfsmittel gegebenen) Möglichkeit der Speicherung von Texten.“<sup>18</sup>

Diese ursprünglich für Spielekonsolen (u.a. Sony Playstation II, Nintendo Wii<sup>19</sup> und Microsoft Xbox<sup>20</sup>) entwickelte Position ist von den Obergerichten inzwischen auch auf WLAN-fähige Fernsehgeräte und Personal-Computer, kurz gesagt auf Internet-Empfangsgeräte allgemein, übertragen worden.<sup>21</sup>

### 2. Besonderheiten in der Rechtsprechungsentwicklung

Während Ablehnungsentscheidungen zu internetfähigen Freizeitgegenständen – nach dem zuvor beschriebenen Muster – fast schon standardmäßig ergehen, soll der Blick noch auf einige Besonderheiten in der Rechtsprechungsentwicklung gelenkt werden.

#### a) OLG Naumburg, *Beschl. v. 20.7.2011 – 1 Ws 70/11*

Das OLG Naumburg schert aus: Mit seinem Beschluss vom 20.7.2011 nimmt der 1. Strafsenat – entgegen der herrschenden Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung – eine differenziertere Abwägung vor, in der auch Platz für eine konkrete Gefahrenbetrachtung im Einzelfall ist. Die zentrale Passage lautet: „Auch die sich aus den technischen Möglichkeiten ergebenden abstrakten Missbrauchsgefahren können deshalb entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht zu einem generellen Verbot solcher Multifunktionsgeräte führen. Auch bei diesen ist vielmehr eine Einzelfallprüfung erforderlich, die sich neben der Beschaffenheit des Gerätes und dem Sicherheitsgrad der Justizvollzugsanstalt auch an den konkreten örtlichen

<sup>17</sup> OLG Karlsruhe, *Beschl. v. 18.1.2007 – 1 Ws 203/05*, juris, BeckRS 2007, 02822.

<sup>18</sup> OLG Hamm, *Beschl. v. 22.5.2018 – 1 Vollz (Ws) 137/18*, juris, BeckRS 2018, 15865.

<sup>19</sup> KG, *Beschl. v. 28.12.2015 – 2 Ws 289/15 Vollz*, juris, BeckRS 2016, 2306.

<sup>20</sup> OLG Frankfurt a.M., *Beschl. v. 28.4.2008 – 3 Ws 279/08*, juris, BeckRS 2008, 13121.

<sup>21</sup> Vgl. nur Knauer, *Zeitschrift für soziale Strafrechtspflege* 2015, 54, 57–58; Esser, *NSz* 2018, 121, 124; ferner dazu Goldberg, in: *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal* (Hrsg.), *StVollzGe*, 7. Aufl. 2020, Kap. 5 C Rn 24, 27 m.w.N.; krit. auch Harrendorf, in: *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal* (Hrsg.), *StVollzGe*, 7. Aufl. 2020, Kap. 11 A Rn 11: „Eine solche Versagung ist im heutigen Informationszeitalter ... problematisch“; Bachmann, *Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug. Eine Analyse aller veröffentlichten Entscheidungen*, 2015, S. 336.

**Verbreitet Ablehnungsentscheidungen**

**Andere Auffassungen**

**Einzelfallprüfung erforderlich**

Gegebenheiten und den persönlichen Verhältnissen des Strafgefangenen zu orientieren hat.“<sup>22</sup>

Sie beinhaltet einen entscheidenden Perspektivenwechsel: weg von einer abstrakten hin zu einer an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierten Beurteilung der Sicherheitsrisiken bei internetfähigen Gegenständen (hier: WLAN-fähiger Fernseher). Esser<sup>23</sup> spricht deshalb zu Recht von einer „Schrittmachfunktion“. Bedauerlicherweise ist diese Auffassung in der Rechtsprechung der Obergerichte bislang vereinzelt geblieben.

### **b) OLG Nürnberg, Beschl. v. 16.9.2008 – 2 Ws 433/08**

Hervorzuheben ist auch die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 16.9.2008. Dort ging es um die Zusendung, Annahme und Aushändigung von Entscheidungen des BVerfG in Form von Internetausdrucken an einen Strafgefangenen. Die anstaltsseitige Versagung der Empfangserlaubnis weist das OLG Nürnberg unter Bezug auf die – auch für Informationen aus dem Internet geltende – Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG zurück; ihr kommt im Strafvollzug eine besondere Bedeutung zu, wie der Senat im Rahmen der Auslegung von Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG (Paketempfang) anschaulich zeigt: „Das grundrechtlich geschützte Informationsrecht führt im Rahmen der Prüfung des Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG aber auch zu einer Ermessensreduzierung dahingehend, dass dem Gefangenen grundsätzlich bereits ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zukommen kann und nicht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung. Nur auf diese Weise wird auf der Ebene der Rechtsanwendung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts hinreichend Rechnung getragen.“<sup>24</sup>

Diese Ausführungen betreffen die Internetnutzung zwar nur indirekt. Der entscheidende Punkt ist jedoch, dass der Senat die ermessensreduzierende Wirkung von Informationsbegehren der Gefangenen, die dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG unterfallen, ausdrücklich anerkennt.

### **c) BVerfG, Beschl. v. 15.3.2012 – 2 BvR 2447/11**

Dieser verfassungsgerichtliche Beschluss wird in seiner Bedeutung überschätzt. Sofern er bisweilen als Beleg dafür herangezogen wird, dass nach Ansicht des BVerfG Strafgefangenen kein Internetzugang zu gewähren ist respektive ihnen kein grundrechtlicher Anspruch auf Nutzung des Internets zusteht, überzeugt dies nicht.<sup>25</sup> Das BVerfG hat nur in knappen Worten ausgeführt, dass ein freier Internetzugang im Vollzug ein Sicherheitsrisiko darstellen und in diesem Sinne von der Anstaltsleitung versagt werden kann. Im Beschluss heißt es dazu wörtlich: „Es verstößt nicht gegen Grundrechte, wenn Strafgefangenen freier Zugang zum Internet auf der Grundlage der strafvollzugsgesetzlichen Vorschriften zum Schutz von Sicherheit und Ordnung der Anstalt versagt wird.“<sup>26</sup>

Zu beachten ist der Ausdruck „freier Internetzugang“, denn darin liegt die Krux: Es ging dem BVerfG, wenn man sich eng an den Wortlaut seiner Ausführungen hält,

<sup>22</sup> OLG Naumburg BeckRS 2011, 21728; vgl. dazu auch Bode, NK 2019, 30, 32 ff.

<sup>23</sup> NStZ 2018, 121, 127.

<sup>24</sup> OLG Nürnberg NStZ 2008, 216, 217.

<sup>25</sup> Vgl. BeckOK-Strafvollzug Bayern/Arloth, 13. Ed. 1.5.2020, BayStVollzG Art. 35 Rn 1 sowie Lübbe-Wolff, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug 2016, S. 215; siehe dazu auch Bode, NK 2019, 30, 34 ff.

<sup>26</sup> BVerfG BeckRS 2012, 212184.

## Perspektivenwechsel

## Informationsfreiheit auch bei Informationen aus dem Internet

## Überschätzte Bedeutung als Beleg für generelle Versagung des Internetzugangs



gerade nicht um das „Ob“ der vollzuglichen Internetnutzung, sondern um das „Wie“, also die nachgelagerte Frage der praktischen Umsetzung. Hierbei betrat das BVerfG allerdings kein Neuland: Freier Internetzugang, wie er in der Außenwelt üblich ist, birgt – zweifelsohne – erhebliche Sicherheitsgefahren im Vollzug. Davon bleiben jedoch all diejenigen Fälle unberührt, in denen Strafgefangenen der Internetzugang nach vorheriger Sicherheitsprüfung durch die Anstalt gewährt, also die Vollzugstauglichkeit vor der Nutzung ausreichend geprüft wird. Grundsätzliche Fragen, nämlich ob ein Internetzugang im Vollzug allgemein zulässig ist und Gefangenen ein Anspruch auf Internetnutzung zustehen kann, sind in diesem Beschluss so nicht entschieden worden.

### IV. Aktuelle Tendenzen

In den letzten Jahren sind auf nationaler wie auch internationaler Ebene weitere Judikate ergangen, die wichtige Hinweise aus der bis dahin wenig beachteten Perspektive des Verfassungs- und Menschenrechts liefern; sie erweitern den Fokus und bewegen ihn weg von reinen Besitzfragen bei Internet-Empfangsgeräten im Freizeitbereich.

#### 1. EGMR, Urt. v. 19.1.2016, Nr. 17429/10 (*Kalda vs. Estland*)

Im Fall *Kalda vs. Estland*<sup>27</sup> hatte sich der EGMR – soweit ersichtlich – erstmals mit der Frage des Internetzugangs für Strafgefangene zu beschäftigen. Der Entscheidung kommt bereits aus diesem Grund wegweisende Bedeutung zu. In der Sache ging es um einen estnischen Strafgefangenen, der in Vorbereitung auf ein Gerichtsverfahren aus Recherchezwecken Zugriff auf drei vom Europarat und von staatlicher Seite betriebene Internetseiten begehrt hatte. Nachdem ihm dies unter Verweis auf das abstrakt bestehende Sicherheitsrisiko und die damit verbundene Kostenlast – innerstaatlich – verwehrt worden war, wandte er sich schließlich im Wege der Individualbeschwerde an den EGMR.

In seinen Ausführungen macht der Gerichtshof deutlich, dass aufgrund der besonderen Bedeutung der Meinungs- und Informationsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 EMRK erhöhte Anforderungen an die Begründung der Ablehnung eines Gefangenenantrags zu stellen sind, bei dem es um den Zugang zum Internet zu Informations- bzw. Recherchezwecken geht. Damit gibt der EGMR eine klare Linie<sup>28</sup> vor: Im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK ist auch der vollzuglichen Internetnutzung hohe Bedeutung beizumessen; Sicherheitsrisiken sind im Rahmen einer konkreten Gefahrenbetrachtung abzuwägen.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> EGMR NJOZ 2018, 1598; vgl. Esser, NSTZ 2018, 121, 125–126; ders., in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 221; Knauer, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), [www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de](http://www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de)? Gefangen(e) im Netz zwischen cyber-Forensik und Kriminalpolitik 2.0, 2018, S. 43 ff.; BeckOK-Strafvollzug Bayern/Arloth, 13. Ed. 1.5.2020, BayStVollzG Art. 35 Rn 1; siehe auch Bode, ZIS 2017, 348, 351.

<sup>28</sup> Vgl. allgemein BVerfG NJW 2011, 1931, 1935: „faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der EMRK.

<sup>29</sup> Vgl. dazu Esser, NSTZ 2018, 121, 125–126; ders., in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 221; Knauer, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), [www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de](http://www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de)? Gefangen(e) im Netz zwischen cyber-Forensik und Kriminalpolitik 2.0, 2018, S. 43 ff.; Jehle, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), StVollzGe, 7. Aufl. 2020, Kap. 1 A Rn 16; siehe auch Bode, ZIS 2017, 348, 351.

**Perspektive des Verfassungs- und Menschenrechts**

**Internetzugang zu Recherchezwecken**

**Erhöhte Anforderungen an die Begründung der Ablehnung**

### 2. EGMR, Urt. v. 17.1.2017, Nr. 21575/08 (Jankovskis vs. Litauen)

Die zweite Entscheidung, in der sich der EGMR mit dem Thema „Internet im Strafvollzug“ befassen musste, betrifft den Fall Jankovskis vs. Litauen.<sup>30</sup> Dem Sachverhalt nach ging es um einen litauischen Strafgefangenen, der Internetzugang zu Fortbildungszwecken begehrt hatte. Er wurde dabei behördlicherseits angewiesen, sich selbst über die Möglichkeiten eines Fernstudiums auf der Homepage des litauischen Bildungsministeriums zu informieren. Seinen entsprechenden Antrag auf Internetzugang lehnte die Gefängnisleitung indes ab.

Der EGMR rückt in seiner Entscheidung erneut Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK und dessen Bedeutung für die Nutzung des Internets in den Fokus. Zugleich macht er deutlich, dass die Frage der Ablehnung eines Internetnutzungsbegehrens stets einzelfallbezogen zu beantworten ist, sich mithin lediglich pauschale Verweise auf Sicherheitsrisiken durch die Anstalt verbieten. Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, bedürfe es einer Abwägung von Chancen und Risiken gleichermaßen; in diesem Zusammenhang spielt für den EGMR neben dem Schutz der Informationsfreiheit auch die resozialisierungsfördernde Wirkung einzelner Internetanwendungen („für seine Rehabilitation und Wiedereingliederung in die Gesellschaft wichtig“<sup>31</sup>) eine Rolle. Obwohl die Entscheidung nur knapp ein Jahr nach dem Urteil im Fall Kalda vs. Estland ergangen ist, liest sie sich in weiten Teilen deutlich progressiver.<sup>32</sup> Vor allem an der gesellschaftlichen Bedeutung des Internets lässt der EGMR keinen Zweifel: „Der Wert des Internets als öffentliche Dienstleistung und seine Bedeutung für die Ausübung vieler Menschenrechte wird in einigen Instrumenten des Europarats und anderen völkerrechtlichen Instrumenten anerkannt. Zugang zum Internet wird zunehmend als Recht anerkannt und es ist gefordert worden, eine wirksame Politik zu entwickeln, um den weltweiten Zugang zum Internet zu erreichen und die ‚digitalen Unterschiede‘ zu überwinden ... Diese Entwicklung zeigt die bedeutende Rolle, die das Internet im täglichen Leben der Bevölkerung spielt, insbesondere seit bestimmte Informationen ausschließlich im Internet verfügbar sind. So liefert auch die Website des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft in Litauen umfassende Informationen über Bildungsmöglichkeiten in diesem Land. Es ist bemerkenswert, dass die litauischen Behörden und Gerichte nicht einmal die Möglichkeit erwogen haben, dem Bf. begrenzten oder überwachten Zugang zu dieser staatlich verwalteten Website zu gewähren, was schwerlich Sicherheitsgefahren heraufbeschworen hätte.“<sup>33</sup>

Doch auch der weitgehend positive Eindruck dieser Entscheidung wird dadurch etwas geschmälert, dass der Gerichtshof keine generelle Pflicht statuiert hat, Gefangenen Internetzugang zu gewähren.<sup>34</sup>

**Internetzugang zu Fortbildungszwecken**

**Bedeutung des Internets für die Ausübung vieler Menschenrechte**

<sup>30</sup> EGMR NJOZ 2018, 1158; vgl. Esser, NSTZ 2018; 121, 126–127; ders., in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 222; Knauer, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), [www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de?Gefangen\(e\)imNetz](http://www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de?Gefangen(e)imNetz) zwischen cyber-Forensik und Kriminalpolitik 2.0, 2018, S. 47 ff.; BeckOK-Strafvollzug Bayern/Arloth, 13. Ed. 1.5.2020, BayStVollzG Art. 35 Rn 1; siehe auch Bode, ZIS 2017, 348 ff.

<sup>31</sup> EGMR NJOZ 2018, 1158, 1159.

<sup>32</sup> Vgl. Esser, NSTZ 2018, 121, 126: „Deutlicher in der Sache“.

<sup>33</sup> EGMR NJOZ 2018, 1158, 1160; vgl. auch Bode, ZIS 2017, 348, 351.

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch Esser, NSTZ 2018; 121, 126–127; ders., in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 222; Knauer, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), [www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de?Gefangen\(e\)imNetz](http://www.Wahnsinn-Wohl.Wehe.de?Gefangen(e)imNetz) zwischen cyber-Forensik und Kriminalpolitik 2.0, 2018, S. 47 ff.; BeckOK-Strafvollzug Bayern/Arloth, 13. Ed. 1.5.2020, BayStVollzG Art. 35 Rn 1; siehe auch Bode, ZIS 2017, 348 ff.

### 3. EGMR, Urt. v. 18.6.2019, Nr. 47121/06 (Arslan u. Bingöl vs. Türkei)

Die jüngste Entscheidung des EGMR zu diesem Themenkreis bildet das Urteil im Fall Arslan u. Bingöl vs. Türkei<sup>35</sup> vom 18.6.2019. Dort ging es um die Begehren von zwei türkischen Strafgefangenen, die für den Abschluss ihres Studiums Internetzugang begehrt hatten, was von der Anstaltsleitung unter Verweis auf potenzielle Sicherheitsgefahren abgelehnt wurde.

Der EGMR sieht in dieser Ablehnung einen Verstoß gegen das aus Art. 2 des 1. ZP-EMRK folgende Recht auf Bildung.<sup>36</sup> Dabei liegt die Besonderheit der Entscheidung darin, dass der EGMR neben der Informationsfreiheit nunmehr auch das Recht auf Bildung als Ansatzpunkt für die Forderung nach einer konkreten Gefahrenabwägung im Einzelfall versteht. Spannend ist zudem, dass der Gerichtshof die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006 in seiner Urteilsbegründung flankierend heranzieht. Im Übrigen bietet diese Entscheidung, gerade im Vergleich zu den Urteilen in den Fällen Kalda vs. Estland und Jankovskis vs. Litauen, inhaltlich nichts Neues.<sup>37</sup>

### 4. BVerfG, Beschl. v. 27.3.2019 – 2 BvR 2268/18

Der Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2019 betrifft die Computernutzung im Strafvollzug. In diesem Zusammenhang verdient folgende Passage besondere Beachtung: „Der generelle Vortrag des Beschwerdeführers, dass angesichts des prägenden Charakters, den die elektronische Datenverarbeitung im modernen gesellschaftlichen Leben hat, aus dem Angleichungsgrundsatz, aber auch aus Resozialisierungsgesichtspunkten ein erhebliches (und stetig steigendes) Interesse an einem Zugang von Strafgefangenen zu Computern besteht, ist zwar bedenkenswert.“<sup>38</sup>

Die Entscheidung bietet im Gesamtkontext betrachtet ein ambivalentes Bild: Einerseits stützt das BVerfG mit diesem Beschluss die bisherige OLG-Rechtsprechung in puncto abstrakte Gefahrenbewertung (hier: internetfähiger Computer); andererseits öffnen die Karlsruher Richter mit dem Verweis auf die Resozialisierungswirkung und den digitalen Wandel in der Außenwelt (zumindest einen Spalt weit) die Tür für ein generelles Recht der Gefangenen auf Internetzugang.

### 5. SächsVerfGH, Beschl. v. 27.6.2019 – Vf. 64-IV-18

Der SächsVerfGH beschäftigt sich in seinem Beschluss vom 27.6.2019 mit der Verfassungsbeschwerde eines Sicherungsverwahrten. Der Beschwerdeführer hatte zum Zwecke der Weiterbildung erfolglos die Genehmigung eines Laptops samt Internetzugang bei der Anstaltsleitung beantragt.

Die vom SächsVerfGH getroffenen Erwägungen sind, wenngleich sie Normen des sächsischen Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetzes betreffen, dem Grunde nach auf den Bereich des Strafvollzugs übertragbar. Der SächsVerfGH selbst zieht in seinen Ausführungen immer wieder diese Parallele: „Das Landgericht verkennt damit, dass bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen der Strafvollzugsgesetze das Gewicht des Grundrechts auf Informationsfreiheit zu berücksichtigen ist ... und wird nicht der Verpflichtung gerecht, eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung

**Ablehnung: Verstoß gegen  
Recht auf Bildung**

**Resozialisierungsgesichts-  
punkte**

**Internetzugang in der Siche-  
rungsverwahrung**

<sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 18.6.2019, Nr. 47121/06 (Arslan u. Bingöl vs. Türkei), abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int>; vgl. Esser, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 222–224.

<sup>36</sup> Umfassend dazu Esser, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 224.

<sup>37</sup> So auch Esser, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 224.

<sup>38</sup> BVerfG NStZ-RR 2019, 191, 192 m. Anm. Bode; vgl. auch Esser, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 225–226.

des Verfahrensgegenstandes zu ermöglichen. Zugleich lässt das Landgericht außer Acht, dass bei der Frage des Zugangs zum Internet im Vollzug nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen sind.<sup>39</sup>

Eine positive Grundstimmung, die der jüngeren verfassungs- und menschenrechtlichen Judikatur gegenüber dem Thema „Internet im Strafvollzug“ zu entnehmen ist,<sup>40</sup> spiegelt sich auch in dieser Entscheidung wider. Angesichts der vom EGMR getroffenen Erwägungen erweist sich der Beschluss jedoch mehr als Gradmesser denn als Motor des Fortschritts. Er wirkt in Teilen etwas blutleer: Man hätte sich, wie auch Esser<sup>41</sup> zutreffend anmerkt, vor allem konkretere Vorgaben für die praktische Umsetzung – abgeleitet aus der Verfassung – gewünscht. Insofern besteht weiterhin die Befürchtung, dass Gefangenen der Internetzugang – quasi durch die Hintertür – versagt bleibt, etwa indem eine sicherheitsverträgliche Implementierung im Vollzug bewusst hinausgezögert oder die Kostenlast auf ein unerträgliches Niveau gesteigert wird. Trotz alledem bleibt es das wertvolle Verdienst des SächsVerfGH, die aktuelle EGMR-Judikatur – nachdem sich das BVerfG auf eine eher pauschale Erwähnung beschränkt hatte – in der deutschen Rechtspraxis angewendet zu haben.

### V. Implikationen für den deutschen Strafvollzug

Aus der vorstehenden Judikatur lassen sich folgende Implikationen ableiten:

Die Informationsfreiheit spielt für den Internetzugang im Strafvollzug eine zentrale Rolle;<sup>42</sup> sie kann als Motor der Digitalisierung betrachtet werden. Praktisch bedeutet dies: Anstaltsleitungen haben den Internetbegehren von Strafgefangenen, die zugleich dem Schutzbereich der Informationsfreiheit (bei Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK, Art. 20 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz SächsVerf und Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG handelt es sich insofern um korrespondierende Vorschriften) unterfallen, einen hohen Stellenwert im Rahmen der Ermessensentscheidung einzuräumen.<sup>43</sup> Dies geht so weit, dass auch eine Ermessensreduzierung „auf null“ eintreten und dem Gefangenen ein unmittelbarer Anspruch auf Internetnutzung zustehen kann.<sup>44</sup> Deshalb ist es wichtig, und dies sollte von der Verteidigung als Maßgabe stets beachtet werden, im Rahmen eines sog. 109er-Verfahrens,<sup>45</sup> das der gerichtlichen Durchsetzung von Gefangenenbegehren auf Internetzugang dient, Nutzungsart und -umfang mit Blick auf den Schutzbereich der Informationsfreiheit so genau wie möglich zu bezeichnen. Nach der bisherigen Judikatur dürften vor allem Rechercheanliegen (etwa zur Wohnungs- oder Jobsuche) und Fortbildungsbegehren (Online-Studium etc.) unproblematisch dem Schutzbereich unterzuordnen sein.

Hinsichtlich der Gefahrenbetrachtung gilt: Chancen und Risiken des Internets sind gleichermaßen in der notwendigerweise einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Dies bedeutet auch, dass eine Abkehr von der bisher aus

<sup>39</sup> SächsVerfGH BeckRS 2019, 13310 = NStZ-RR 2019, 292 m. Anm. Bode = NStZ 2020, 105 m. Anm. Esser; vgl. auch BeckOK-Strafvollzug Bayern/Arloth, 13. Ed. 1.5.2020, BayStVollzG Art. 35 Rn 1.

<sup>40</sup> Vgl. auch Esser, NStZ 2018, 121, 127: „Internet im Strafvollzug – die Zeit ist reif!“.

<sup>41</sup> In: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 227–229; vgl. ders., NStZ 2020, 105, 107.

<sup>42</sup> Vgl. auch Jehle, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), StVollzGe, 7. Aufl. 2020, Kap. 1 A Rn 15, der Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG eine „wichtige ‚Vermittlerrolle‘ zwischen außenweltlichem Geschehen und innervollzuglicher Behandlung“ zuweist.

<sup>43</sup> Dazu bereits Esser, NStZ 2018, 121, 124; ders., NStZ 2020, 105, 107; siehe auch Bode, NStZ-RR 2019, 292, 296.

<sup>44</sup> Vgl. auch Knauer, in: AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 36 Rn 10: Eine solche Ermessensreduzierung „liegt nicht fern“.

<sup>45</sup> Instrukтив Peglau, NJW 2014, 2012 ff.

**Gradmesser, nicht Motor des Fortschritts**

**Informationsfreiheit: hoher Stellenwert im Rahmen der Ermessensentscheidung**

**Abwägung von Chancen und Risiken**

dem Freizeitbereich bekannten, eindimensionalen Gefahrenabwägung der Obergerichte erfolgen muss. Es geht im Gegenteil darum, die konkreten Umstände des Falles, also die Person des Gefangenen sowie die Art und den Umfang der begehrten Internetnutzung zu betrachten. Abstrakt-generelle Sicherheitsbedenken können für sich genommen nicht mehr ausreichen, um Strafgefangenen den Internetzugang zu versagen.<sup>46</sup>

Bestehende rechtliche Hürden müssen weiter abgebaut werden. Zunächst ist das Erfordernis einer generellen Zulassung des Internets durch die Landesjustizverwaltung (erste Stufe) ersatzlos zu streichen. Denn es hat nicht nur eine hinderliche Wirkung auf die Praxis; in Ermangelung individueller Rechtsschutzmöglichkeiten können Gefangenenbegehren komplett leerlaufen.<sup>47</sup> Eine solche zusätzliche „Sicherheitsschranke“ ist auch schlichtweg überflüssig. Potenzielle Sicherheitsgefahren lassen sich im Rahmen der anstaltsseitigen Zulassungsentscheidung (zweite Stufe) noch ausreichend berücksichtigen.<sup>48</sup> Darüber hinaus legen insbesondere die Ausführungen des EGMR ein Verständnis nahe, demzufolge die Gewährung von Internetzugang mehr und mehr den Regelfall bildet; nur noch ausnahmsweise, etwa bei einem in der Person des Gefangenen liegenden Sicherheitsrisiko, ist hiervon abzuweichen. Auch diesem Umstand sollten die Landesgesetze verstärkt Rechnung tragen. Im Wege einer Novellierung bietet es sich an, das bisher offen gestaltete Ermessen der Anstalten („kann“) zugunsten der Internetgewährung im Regelfall („soll“) zu begrenzen; in Bayern und Baden-Württemberg läuft es auf den Neuerlass einer entsprechenden Soll-Vorschrift hinaus.<sup>49</sup>

Die Bundesländer täten gut daran, die Modernisierung der digitalen Infrastruktur im Vollzug weiter voranzutreiben. Da eine pauschale Verweigerungshaltung („Ob“) nicht länger mit verfassungs- und menschenrechtlichen Standards vereinbar ist, wird es künftig vielmehr darauf ankommen, wie sich das Internet sicherheitsverträglich in den Vollzug implementieren lässt. Als praktische Orientierungshilfe können sowohl die Erfahrungen im Berliner Justizvollzug, wie bspw. Reschke<sup>50</sup> sie schildert, als auch das in einigen Ländern bereits laufende eLiS-Programm<sup>51</sup> dienen.

## VI. Schlussbemerkung

Wer Strafgefangenen heutzutage den Internetzugang grundsätzlich verweigert, nimmt nicht nur bewusst das Scheitern ihrer Resozialisierung in Kauf, sondern trägt auch der von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG geschützten Informationsfreiheit unzureichend Rechnung.

*Es handelt sich bei diesem Beitrag um die leicht geänderte Fassung eines Vortragsmanuskripts für das Online Forum Strafverteidigung; Teile des Textes stimmen zudem mit der schriftlichen Fassung eines weitgehend themengleichen Vortrags auf dem Fachtag „Die digitale Entdeckung des Vollzugs“ des Freiabonnements für Gefangene e.V. vom 1.10.2020 überein.*

<sup>46</sup> Plakativ äußert sich auch Dessecker, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), StVollzGe, 7. Aufl. 2020, Kap. 9 D Rn 11: „Die undifferenzierte Behauptung, die Nutzung des Internets komme aus Sicherheitsgründen nicht in Betracht, lässt sich angesichts etlicher Erprobungen in deutschen und ausländischen Vollzugsanstalten kaum mehr nachvollziehen“.

<sup>47</sup> Siehe nur Knauer, in: AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 36 Rn 14.

<sup>48</sup> Vgl. Esser, NStZ 2020, 105, 107; siehe auch Bode, NStZ-RR 2019, 292, 296.

<sup>49</sup> Vgl. dazu Esser, NStZ 2018, 121, 127; vgl. auch den Gesetzgebungsvorschlag von Knauer, Strafvollzug und Internet. Rechtsprobleme der Nutzung elektronischer Kommunikationsmedien durch Strafgefangene 2006, S. 164: „hat das Recht“; siehe ferner Bode, StV 2020, 492, 494.

<sup>50</sup> In: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 250 ff.

<sup>51</sup> Vgl. nur Dathe-Morgener/Pfeffer-Hoffmann, BewHi 2010, 42, 43.

## Abbau rechtlicher Hürden

## Orientierungshilfen für die Implementierung in den Vollzug

## Verfahrensrecht

### Verhältnismäßigkeit einer Durchsuchung

**Ein Grundrechtseingriff ist jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn nahe-  
liegende grundrechtsschonende Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare  
Gründe unterbleiben oder zurückgestellt werden und die vorgenommene  
Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des in diesem Verfahrensabschnitt  
vorliegenden Tatverdachts steht. (Leitsatz des Verfassers)**

*BVerfG, Beschl. v. 29.7.2020 – 2 BvR 1188/18*

#### I. Sachverhalt

Am 1.5.2015 warf ein Teilnehmer einer Demonstration in Hamburg zwei Glasflaschen sowie zwei weitere harte Gegenstände in Richtung der anwesenden Polizeibeamten, traf diese jedoch nicht. Die Taten wurden gefilmt und das Videomaterial wurde anschließend in Form von Standbildern zur Ermittlungsakte genommen. Der Täter konnte während und nach der Demonstration nicht aufgegriffen und seine Identität nicht geklärt werden, weswegen er im März 2016 zur Fahndung ausgeschrieben wurde. Am Rande einer Demonstration am 30.6.2016 wurde der Beschuldigte von Polizeikräften in Hamburg angehalten, da er nach Auffassung der Polizeibeamten dem Flaschenwerfer vom 1.5.2015 ähnlich sah. Die Polizei stellte seine Identität fest und fertigte Lichtbilder von ihm an, die zur Ermittlungsakte genommen wurden. Gegen den Beschuldigten erging ein Strafbefehl wegen Versuchs der gefährlichen Körperverletzung. Auf den hiergegen gerichteten Einspruch des Beschuldigten hin ordnete das AG auf Antrag des Verteidigers die Einholung eines anthropologischen Sachverständigengutachtens an, um durch einen Bildvergleich zu klären, ob zwischen dem Täter vom 1.5.2015 und dem Beschwerdeführer eine Personenidentität bestehe. Die Sachverständige kam nach einem umfassenden Lichtbildvergleich zahlreicher Körpermerkmale des Täters vom 1.5.2015 und des Beschuldigten zu dem Ergebnis, dass eine Identität auszuschließen sei. Die StA schloss sich dem nicht an, sondern beantragte, da der Sachverhalt auch auf andere Weise aufgeklärt werden könne, einen Durchsuchungsbeschluss. Das AG lehnte die beantragte Durchsuchung ab. Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hob das LG mit Beschluss vom 31.1.2018 diese Ablehnung auf. Es bejahte den Anfangsverdacht und auch Auffindevermutung im Hinblick auf einen Rucksack mit auffälligen weißen Streifen sowie auf eine Brille mit einem reflektierenden Element am Bügel, die für die Identifizierung des Beschuldigten von Bedeutung sein konnten. Die Durchsuchung blieb im Hinblick auf den Durchsuchungszweck erfolglos; als Zufallsfunde wurden Betäubungsmittel, dazugehörige Utensilien, eine Gaspistole sowie die entsprechende Munition sichergestellt. Die Verfassungsbeschwerde des Beschuldigten gegen die Beschlüsse des LG Hamburg vom 31.1.2018 hatte Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das BVerfG geht auf der Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass die Beschlüsse des LG angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalles unverhältnismäßig seien. Dabei sei es im Hinblick auf das Fehlen eines gesicherten Stands der Wissenschaft im Bereich der anthropologischen Identitätsgutachten zwar vertretbar, ein derartiges Sachverständigengutachten als nicht gleich geeignet im Vergleich zu einer Durchsuchung nach Beweisgegenständen wie der Brille und dem Rucksack des Täters anzusehen (vgl. BVerfG StRR 9/2016, 18 = VRR 9/2016, 13; BGH

**Täteridentifizierung mit  
Sachverständigengutachten  
fraglich**

**Unverhältnismäßig**

NSStZ 2005, 458). In Anbetracht des schwachen Anfangsverdachts gegen den Beschwerdeführer sowie des Umstandes, dass grundrechtsschonendere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung standen, und im Hinblick auf die nur geringe Auffindevermutung war die Durchsuchung der Wohnräume des Beschwerdeführers jedoch nicht mehr angemessen.

Der Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer erweise sich allenfalls als schwach. Für einen Anfangsverdacht habe zwar eine jedenfalls auf den ersten Blick bestehende optische Ähnlichkeit zwischen dem Beschwerdeführer und dem Täter vom 1.5.2015 im Hinblick auf Gesicht und Körperbau gesprochen. Das BVerfG setzt sich in dem Zusammenhang im Einzelnen mit den Ausführungen des LG im Hinblick auf das Sachverständigengutachten auseinander, die es kritisch sieht. Zusammenfassend bewertet es den Anfangsverdacht gegen den Beschuldigten im Hinblick auf das den Mindeststandards genügende Sachverständigengutachten, welches eine Nichtidentität als sehr wahrscheinlich einstufte, und dem Fehlen sonstiger Anhaltspunkte allenfalls als gering, er habe allein auf der im Widerspruch zu einem Sachverständigengutachten stehenden Feststellung beruht, der Beschuldigte sehe den Fotos des Täters vom 1.5.2015 ähnlich.

Gleichwohl bestehende Zweifel an der Aussagekraft des Gutachtens hätten – so das BVerfG – bei einem derart niedrigen Verdachtsgrad durch die deutlich mildere Maßnahme der Einholung eines weiteren, den Anforderungen des LG genügenden Gutachtens beseitigt werden können. Durch eine erkennungsdienstliche Behandlung des Beschwerdeführers und die Verwendung dieser Fotos für das weitere Gutachten hätten sich auch die Bedenken zur möglichen Manipulation des Bildmaterials leicht ausräumen lassen. Gründe, warum das LG seinen Bedenken an der Vorgehensweise der Sachverständigen nicht zunächst durch die Einholung eines neuen Gutachtens begegnet ist, seien nicht ersichtlich. Erst recht sei es nicht verhältnismäßig, eine Durchsuchung auch zum Auffinden von Lichtbildern „für ein gegebenenfalls einzuholendes weiteres anthropologisches Gutachten“ anzuordnen, da insoweit die sowohl grundrechtsschonendere als auch deutlich geeignetere Maßnahme einer erkennungsdienstlichen Behandlung zur Verfügung steht.

Darüber hinaus war in der vorliegenden Fallkonstellation nach Auffassung des BVerfG auch der Auffindeverdacht nur sehr gering. Zwar seien konkrete Gründe, die dafür sprechen müssen, dass der zu suchende Beweisgegenstand in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten gefunden werden kann, regelmäßig nur bei der Durchsuchung beim Unverdächtigen erforderlich (u.a. BVerfGK 1, 126, 132; 15, 225, 241). Hier sei allerdings dem Beschuldigten das gegen ihn gerichtete Ermittlungsverfahren bereits seit seiner Vorladung im Juli 2016 bekannt gewesen. Im August 2016 sei gegen ihn ein Strafbefehl ergangen. Seit spätestens September 2016 sei der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten; im Oktober 2016 wurde seinem Verteidiger Akteneinsicht gewährt. Im Jahr 2017 wirkten der Beschwerdeführer und sein Verteidiger an der Erstellung des von ihnen beantragten anthropologischen Gutachtens mit. Gerade wenn es sich bei dem Beschwerdeführer um den Täter vom 1.5.2015 handeln sollte, hätte er jedenfalls nicht ausschließen können, dass das Gutachten dies auch so feststellen würde und er weiter im Visier der Ermittlungsbehörden stünde. Die nicht näher erläuterte Feststellung des LG, Anhaltspunkte für die Vernichtung der Gegenstände bestünden gleichwohl nicht, erscheint aus diesen Gründen nicht überzeugend.

### Schwacher Anfangsverdacht

### Mildere Maßnahme: weiteres Sachverständigengutachten

### Auffindeverdacht

### III. Bedeutung für die Praxis

M.E. ist der Begründung des BVerfG das deutliche Unbehagen über die angeordnete und durchgeführte Durchsicherung beim Beschuldigten anzumerken. Und m.E. mit Recht: Denn wie sicher war es, dass man fast drei Jahre nach dem dem Beschuldigten zur Last gelegten Flaschenwurf noch Gegenstände finden würde, die eine Identifizierung des Beschuldigten als Täter des 1.5.2015 ermöglicht hätten? Das BVerfG sieht diese Erwartung mit Recht als gering an, anders übrigens als der GBA in seiner Stellungnahme. Letztlich ist die Entscheidung ein weiterer Beleg für die vom BVerfG vertretene Auffassung, dass, je geringer der Anfangsverdacht ist – er war hier nach dem vorliegenden Sachverständigengutachten praktisch ausgeschlossen –, desto stärker die Auffindevermutung sein muss. Ist beides (zu) gering, ist eine Durchsicherung unverhältnismäßig (vgl. wegen weiterer Einzelheiten Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 1630 ff.).

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

### Anfangsverdacht für die Anordnung einer Durchsicherung

**Der Umstand, dass gegen eine Person in der Vergangenheit wegen eines gleichgelagerten Delikts ein Ermittlungsverfahren durchgeführt und nach § 153 StPO eingestellt wurde, ist keine tragfähige Grundlage dafür, den Tatverdacht in einem neuen Verfahren zu bejahen und auf der Grundlage eine Durchsicherung anzuordnen. (Leitsatz des Verfassers)**

*BVerfG, Beschl. v. 27.7.2020 – 2 BvR 2132/19*

#### I. Sachverhalt

Die Beschuldigte wendet sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsicherung ihrer Wohnung wegen des Verdachts der Sachbeschädigung im Zuge eines gegen sie geführten Ermittlungsverfahrens im Jahr 2019.

Diesem Ermittlungsverfahren 2019 ging 2018 ein gleichfalls gegen die Beschuldigte geführtes Ermittlungsverfahren wegen Sachbeschädigung voraus. Anlass dieses Ermittlungsverfahrens war eine Strafanzeige einer Zeugin von Anfang April 2018 zu einem Vorfall am 31.3.2018, nämlich das Aufsprühen von Graffiti, u.a. des Schriftzuges „KLIT“. Das daraufhin gegen die Beschuldigte eingeleitete Strafverfahren ist dann später vom AG § 153 Abs. 2 StPO auf Kosten der Staatskasse und unter Erstattung der notwendigen Auslagen der Beschuldigten eingestellt worden.

Ausgangspunkt des Ermittlungsverfahrens 2019 war ebenfalls die Strafanzeige einer Zeugin, die angegeben hat, eine Frau beim Sprühen an eine Hauswand beobachtet und im Weggehen von hinten fotografiert zu haben. Die Zeugin hatte die Täterin beschrieben. In dem daraufhin gefertigten Ermittlungsbericht regte die Polizei eine Wohnungsdurchsicherung bei der Beschwerdeführerin an. Zur Begründung führte die Polizei aus, dass in einem umfangreichen Ermittlungsverfahren 2018, das zu einer Einstellung nach § 153 StPO geführt habe, der Beschuldigten „der Schriftzug ‚KLIT‘ als individuelles Tag zugeordnet“ worden sei. Das AG hat die Durchsicherung der Wohnung der Beschuldigten angeordnet. In den Gründen des Beschlusses heißt es, die Beschuldigte sei verdächtig, am 21.7. 2019 in Braunschweig im Windfang eines näher bezeichneten Mehrfamilienhauses den Schriftzug „KLIT“ zweimal auf die Wand aufgesprüht zu haben. Der Tatverdacht beruhe auf den Angaben der Zeugin und den polizeilichen Ermittlungen.

### Unbehagen beim BVerfG

**Verfassungsbeschwerde gegen Durchsicherung im Jahr 2019**

**Ermittlungsverfahren 2018: nach § 153 Abs. 2 StPO eingestellt**

**Ermittlungsverfahren 2019: Durchsicherung angeordnet**



## Rechtsprechungsreport

Im Rahmen der Durchsuchung wurden weder Graffitiutensilien noch der Täterinnenbekleidung ähnliche Kleidungsstücke aufgefunden. Zwei Laptops der Beschuldigten wurden beschlagnahmt. Im Anschluss an die Durchsuchung wurde die Beschuldigte erkennungsdienstlich behandelt. Die Zeugin schloss die Beschuldigte in einer kurz darauf durchgeführten sequentiellen Wahllichtbildvorlage als Täterin aus. Auf eine Auswertung der Laptops der Beschwerdeführerin wurde daher verzichtet und das Ermittlungsverfahren gegen sie gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

Die Beschuldigte hat gegen die Durchsuchungsanordnung Beschwerde eingelegt, die beim LG keinen Erfolg hatte. Die Verfassungsbeschwerde der Beschuldigten hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Nach Auffassung des BVerfG erweist sich die Annahme eines Anfangsverdachts der Sachbeschädigung durch die Beschuldigte als willkürlich. Denn weder dem Durchsuchungsbeschluss noch der Beschwerdeentscheidung ließen sich sachlich zureichende, plausible Gründe dafür entnehmen, dass es sich bei der Täterin der Sachbeschädigung aus dem Jahr 2019 um die Beschuldigte gehandelt habe. Die in Bezug genommene Aussage der Zeugin und der Ermittlungsbericht der Polizei würden keine Tatsachen enthalten, die geeignet wären, den Tatverdacht gegen die Beschuldigte zu aufrechtzuerhalten. In dem Zusammenhang setzt sich das BVerfG mit den Einzelheiten der Angaben der Zeugin, der Auffälligkeiten in den Schriftzügen und der Täterbeschreibung auseinander, die es aber insgesamt als ungeeignet ansieht, die Wohnungsdurchsuchung bei der Beschuldigten zu rechtfertigen. Auch der Umstand, dass 2018 wegen eines gleichgelagerten Delikts ein Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigte geführt und dieses nach § 153 StPO eingestellt worden sei, begründet nach Auffassung des BVerfG keine tragfähige Grundlage für die Annahme, die Beschuldigte habe das Delikt aus dem Jahr 2019 begangen. Denn darin komme lediglich zum Ausdruck, dass zu einem anderen Zeitpunkt durch die Ermittlungsbehörden ein Tatverdacht wegen Sachbeschädigung gegen die Beschuldigte angenommen wurde und welche prozessuale Behandlung dieses Verfahren erfahren habe.

Insbesondere die Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO habe für das Ermittlungsverfahren 2019 keine Aussagekraft entfalten können. Eine Einstellung nach § 153 StPO lasse die verfassungsrechtlich garantierte Unschuldsvermutung unberührt. Denn Feststellungen zur Schuld zu treffen und Schuld auszusprechen sei den Strafgerichten erst gestattet, wenn die Schuld eines Angeklagten in dem mit rechtsstaatlichen Verteidigungsgarantien ausgestatteten, bis zum prozessordnungsgemäßen Abschluss durchgeführten Strafverfahren nachgewiesen sei (vgl. BVerfGE 74, 358, 372; 82, 106, 116). Zwar schließe es die Unschuldsvermutung nicht aus, einen verbleibenden Tatverdacht festzustellen und zu bewerten, auch wenn dem Tatverdacht nicht weiter nachgegangen werde und das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren zum Nachweis der Schuld nicht stattgefunden habe. Dabei müsse aber erkennbar berücksichtigt werden, dass es sich nicht um eine gerichtliche Schuldfeststellung, sondern lediglich um einen Verdacht handele (vgl. BVerfGE 82, 106, 117). Indem die Fachgerichte den polizeilichen Ermittlungsbericht, wonach der Beschuldigten der Tag „KLIT“ in einem anderen Verfahren zugeordnet worden sei, pauschal in Bezug genommen hätten, hätten sie dieser Unterscheidung zwischen Schuldzuweisung und Verdacht nicht hinreichend Rechnung getragen.

**Ermittlungsverfahren 2019:  
nach Durchsuchung eingestell**

**Beschwerde gegen Durchsuchungsanordnung**

**Willkürliche Annahme eines Anfangsverdachts**

**Einstellung nach § 153 StPO  
keine Aussagekraft**

### III. Bedeutung für die Praxis

Das BVerfG muss leider immer wieder zu dem eine Durchsuchung rechtfertigenden Anfangsverdacht Stellung nehmen. Gebetsmühlenartig heißt es immer wieder: Notwendiger, aber auch hinreichender Anlass für eine Wohnungsdurchsuchung (§§ 102, 105 StPO) ist der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das Gewicht dieses Eingriffs verlangt aber auf konkreten Tatsachen beruhende Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen (vgl. wegen der Einzelheiten und weiterer Nachweise Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 1580 ff.). In dem Zusammenhang können zwar frühere Ermittlungsverfahren eine Rolle spielen. Sind diese aber eingestellt worden, handelt es sich nicht um mehr als ggf. weitere Verdachtsmomente, was bei der Beurteilung des Anfangsverdacht zu berücksichtigen ist.

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

### Inbegriff der Hauptverhandlung

#### Die Verlesung des erstinstanzlichen Urteils nach § 324 Abs. 1 Satz 2 StPO ist nicht Teil der Beweisaufnahme. (Leitsatz des Gerichts)

*KG, Beschl. v. 4.3.2020 – (2) 121 Ss 32/20 (10/20)*

#### I. Sachverhalt

Das AG hat die Angeklagten wegen gemeinschaftlicher Unterschlagung verurteilt. Die dagegen mit dem Ziel eines Freispruchs eingelegten Berufungen der Angeklagten hat das LG verworfen. Die Revisionen der Angeklagten hatten mit der Verfahrensrüge Erfolg. Mit dieser war geltend gemacht worden, dass das LG-Urteil nicht auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhe. Zur Begründung hatten die Angeklagten vorgetragen, dass die Strafkammer die Aussage eines Zeugen anhand seiner Angaben in erster Instanz gewürdigt habe, ohne diese in prozessordnungsgemäßer Weise in die Hauptverhandlung einzuführen.

#### II. Entscheidung

Das KG führt aus: Als Inbegriff der Hauptverhandlung dürfe nach einem der wesentlichen Grundsätze des Strafverfahrens, der seine gesetzliche Ausprägung namentlich in § 261 StPO findet, nur das verwertet und zur gerichtlichen Überzeugungsbildung herangezogen werden, was zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden sei; inhaltlich dürfen nur Beweiserhebungen zur Urteilsgrundlage gemacht werden, die in einer vom Gesetz vorgeschriebenen Form in das Verfahren eingeführt worden sind. Das LG hat aber – so das KG – bei der Würdigung der Frage, ob es die Angabe des Zeugen, die es – im Zusammenhang mit erhobenen Urkundsbeweisen – als Grundlage der Verurteilung der Angeklagten herangezogen hat, als glaubhaft angesehen habe, maßgeblich darauf abgestellt, dass diese gegenüber seinen Angaben in erster Instanz im Wesentlichen konstant gewesen seien. Insoweit werde von den Revisionen zutreffend beanstandet, dass die Angaben, die der Zeuge in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung getätigt hatte, zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der Beweisaufnahme vor dem LG gewesen seien. Entsprechend sei die Strafkammer aus Rechtsgründen gehindert gewesen, einen Vergleich der jeweiligen Aussagen des Zeugen vor Amts- bzw. Landgericht und damit eine Überprüfung von deren möglicher Konstanz anzustellen. Dem könne sich das Revisionsgericht nicht verschließen. Das Sitzungsprotokoll der Berufungshauptverhandlung weise zwar aus, dass gemäß dem gesetzli-

### Ständige Rechtsprechung

#### Inbegriffsrüge

#### Nur Verlesung des Urteils beim Vortrag des Berichterstatters

chen Gang der Berufungshauptverhandlung (§ 324 StPO) das erstinstanzliche Urteil – auszugsweise – verlesen worden sei. Dies sei aber – selbst wenn es sich vorliegend auch auf die Angaben des Zeugen erstreckt hätte – schon nach Auslegung des Gesetzeswortlautes des § 324 StPO (dort Inhalt des Abs. 2 im Anschluss an Abs. 1 Satz 2 der Norm) nicht Teil der Beweisaufnahme bzw. -erhebung und damit nicht als Urkundsbeweis verwertbar (vgl. KG StV 2013, 433 f. = StRR 2013, 145 m. Anm. Hanschke). Komme es inhaltlich darauf an, was Angeklagte oder Zeugen vor dem erstinstanzlichen Spruchkörper ausgesagt haben, müsse das Urteil (nochmals) nach § 249 StPO verlesen werden (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO 62. Aufl., § 249 Rn 21). Dies sei jedoch nicht erfolgt; die Verlesung habe sich auf die Passagen zu den Lebensläufen der Angeklagten beschränkt. Die vorgeschriebene Verknüpfung zwischen dem Inbegriff der Hauptverhandlung und der Entscheidungsfindung des Gerichts sei damit in diesem Punkt nicht gegeben.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Es ist in der Praxis nicht selten, dass im Berufungsverfahren nicht sorgfältig zwischen der Verlesung des Urteils erster Instanz im Rahmen des sog. Vortrags des Berichterstatters und der Beweisaufnahme unterschieden wird. Das KG (a.a.O.) hat schon 2013 darauf hingewiesen, dass die Verlesung des Urteils erster Instanz keine Beweisaufnahme in Form des Urkundsbeweises ist. Durch diese Verlesung kann daher nicht die Beweiserhebung darüber ersetzt werden, was der Angeklagte oder Zeugen in der ersten Instanz beim AG ausgesagt haben. Kommt es darauf an, muss das Urteil noch einmal im Rahmen der Beweisaufnahme nach § 249 StGB verlesen werden (Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 724).

2. Bei der Begründung der Verfahrensrüge ist darauf zu achten, dass unter Mitteilung der maßgeblichen Urteilsgründe und der notwendigen Aktenteile ausreichend dargelegt wird, dass z.B. das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen anhand seiner Angaben in erster Instanz gewürdigt hat, ohne diese in prozessordnungsgemäßer Weise in die Hauptverhandlung einzuführen. Dazu gehört dann auch die Wiedergabe des Wortlauts des Hauptverhandlungsprotokolls (vgl. hierzu OLG Hamm, Beschl. v. 15.4.2016 – III-2 RBs 61/16).

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

### **Abgrenzung der dienstlichen Äußerung eines Richters von einer Zeugen- aussage (§ 22 Nr. 5 StPO)**

**1. Eine dienstliche Erklärung über Wahrnehmungen anlässlich einer früheren Hauptverhandlung kann nur dann als eine die persönliche Vernehmung ersetzende schriftliche Zeugenäußerung i.S.d. § 22 Nr. 5 StPO gewertet werden, wenn diese sich nicht allein zu prozessual erheblichen Vorgängen verhält, sondern Beweisergebnisse zum Gegenstand hat, die auf komplexen, ausschließlich auf den Einzelfall bezogenen Wahrnehmungen des Richters beruhen.**

**2. Die Urteilsgründe eines früheren Prozesses stellen schon deshalb keine Zeugenbekundungen im vorstehenden Sinne dar, da diese lediglich das Ergebnis der geheimen Beratungen (der Mehrheit) eines Spruchkörpers abbilden und sich ihnen gerade nicht entnehmen lässt, welcher der jeweils seinerzeit an der Urteilsfindung beteiligten Richter welche konkreten Wahrnehmungen in der früheren Hauptverhandlung gemacht hat.**

**Berichterstattung/  
Beweisaufnahme**

**Begründung der Revision**

**3. Das Vorliegen einer Selbstanzeige nach § 30 StPO führt selbst dann, wenn diese komplexe, ausschließlich auf den Einzelfall bezogene Wahrnehmungen aus einer früheren Hauptverhandlung zum Gegenstand hat, nicht zwangsläufig zum Ausschluss des betreffenden Richters nach § 22 Nr. 5 StPO, solange vorrangig auszuschöpfenden Möglichkeiten gegeben sind, das im Rahmen der Selbstanzeige zu Tage getretene Wissen des Richters auf andere Weise als durch dessen Zeugenvernehmung in das laufende Verfahren einzubringen. (Leitsätze des Gerichts)**

*OLG Oldenburg, Beschl. v. 14.5.2020 – 1 Ws 140/20*

### I. Sachverhalt

Der Vorsitzende und ein Beisitzer des mit dem anhängigen Verfahren befassten Schwurgerichts haben in einem früheren Verfahren dieses Gerichts F wegen Mordes an Patienten der Kliniken verurteilt, in denen F als Pfleger tätig war. Im anhängigen Verfahren wird den Angeschuldigten als Mitarbeitern der Klinik vorgeworfen, jeweils durch Unterlassen Morde sowie versuchte Morde durch F ermöglicht zu haben. Das Schwurgericht hat das Hauptverfahren bisher noch nicht eröffnet. Die Angeschuldigten haben geltend gemacht, der Vorsitzende und der Beisitzer seien von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, und lehnen die Richter hilfsweise wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Der Vorsitzende und der Beisitzer haben jeweils eine Selbstanzeige zu den Akten gereicht und das tatsächliche Vorbringen in der Antragsschrift als zutreffend bezeichnet. Mit angefochtenem Beschluss hat die Vertreterkammer die auf Ablehnung wegen Ausschlusses kraft Gesetzes gerichteten Anträge als unbegründet zurückgewiesen. Die sofortigen Beschwerden der Angeschuldigten hat das OLG als unbegründet verworfen.

### II. Entscheidung

Die Voraussetzungen für einen Ausschluss kraft Gesetzes nach § 22 Nr. 5 StPO lägen nicht vor. Nach § 22 Nr. 5 StPO ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Zeuge oder als Sachverständiger vernommen ist. Voraussetzung sei, dass der Richter als Zeuge zur Sache vernommen ist. Deshalb reiche es weder aus, dass er als Zeuge benannt (BGHSt 39, 239 = NJW 1993, 2758), noch dass er zwar als Zeuge geladen, aber nicht vernommen worden ist; erst recht reiche die bloße Möglichkeit, dass er als Zeuge in Betracht kommen kann, nicht aus (BGHSt 44, 4 = NJW 1998, 1234). Bei der Prüfung der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Zeugenvernehmung im Sinne des § 22 Nr. 5 StPO vorliegt, müsse überdies die gesetzgeberische Zielsetzung berücksichtigt werden. Durch die Anbindung des Richterausschlusses an eine bereits erfolgte Zeugenvernehmung „in der anhängigen Sache“ sollte die Möglichkeit des Beschuldigten ausgeschlossen werden, einen ihm missliebigen Richter durch dessen bloße Benennung als Zeugen an der Ausübung seines Amtes zu hindern.

Eine Zeugenvernehmung im Sinne des § 22 Nr. 5 StPO erfordere nicht stets eine persönliche Anhörung durch ein Organ der Rechtspflege. Es bedürfe keines förmlichen Vernehmungsprotokolls, sodass auch sonstige schriftliche Erklärungen in Betracht kämen (BGHSt 44, 4 = NJW 1998, 1234; BGHSt 45, 354 = NJW 2000, 1204). Es reiche die Einführung einer schriftlichen Zeugenerklärung in die Hauptverhandlung aus, durch die eine persönliche Zeugenvernehmung, etwa in den Fällen des § 251 Abs. 2 StPO, ersetzt werden soll. Insoweit seien dienstliche Erklärungen eines Richters zu behaupteten Beweistatsachen jedoch nicht ohne Weiteres den vorge-

**Dienstliche Äußerung zu früherem Verfahren**

**Grundlagen: Ausschluss nach § 22 Nr. 5 StPO**

**Dienstliche Äußerung und Zeugenvernehmung**

nannten schriftlichen Zeugenerklärungen gleichzusetzen. Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung, ob eine mündliche oder schriftliche Äußerung eines Richters die Voraussetzungen des § 22 Nr. 5 StPO erfüllt oder nicht, könne nur die Frage sein, ob der Richter tatsächlich Bekundungen als Zeuge gemacht hat, weil seine Wahrnehmungen Tatsachen und Vorgänge zur Schuld- und Straffrage betreffen, die er „außerhalb des anhängigen Prozesses“ gemacht hat, „wie es für einen Zeugen kennzeichnend ist“ (BGHSt 39, 239 = NJW 1993, 2758; BGHSt 44, 4 = NJW 1998, 1234). Handelt es sich nämlich um die laufende Hauptverhandlung und das anhängige Verfahren betreffende dienstliche Wahrnehmungen, die er in seiner amtlichen Eigenschaft als mit der Sache befasster Richter machen musste, könnten die so wahrgenommenen Tatsachen und Umstände in zulässiger Weise durch eine dienstliche Äußerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden (BGHSt 39 und 44 a.a.O.). Wenn diese Kenntnisse für die Beweiswürdigung von Bedeutung sein können, seien sie – gleichsam als gerichtskundige Tatsache – durch die dienstliche Äußerung in die Hauptverhandlung eingeführt. Etwas anderes gelte für dienstliche Erklärungen über Wahrnehmungen, die ein erkennender Richter in einer früheren Hauptverhandlung gemacht hat. Zwar gelte auch in diesem Kontext, dass dienstliche Erklärungen, die sich allein zu der prozessualen Frage verhalten, ob der als Zeuge benannte Richter die in sein Wissen gestellten Beweisbehauptungen über Vorgänge aus einer früheren Hauptverhandlung bestätigen kann, nicht ohne Weiteres die Voraussetzungen einer Zeugenaussage im Sinne des § 22 Nr. 5 StPO erfüllen (BGHSt 47, 270 = NJW 2002, 2401). Sollen jedoch außerhalb der laufenden Hauptverhandlung gewonnene Erkenntnisse, die nicht aus einer lediglich „aufgedrängten kurzen Information“ bestehen (BGHSt 45, 354 = NJW 2000, 1204; BGHSt 47, 270 = NJW 2002, 2401), einer Würdigung unterzogen und für die Beurteilung der Straf- und Schuldfrage herangezogen werden, so dürfe dies nicht zum Inhalt einer dienstlichen Erklärung gemacht werden (BGHSt 47, 270 = NJW 2002, 2401). Aussageinhalte der in einer früheren Hauptverhandlung vernommenen Prozessbeteiligten könnten demzufolge nicht als gerichtskundig behandelt werden, da es sich insoweit um Beweisergebnisse handelt, die auf komplexen, ausschließlich auf den Einzelfall bezogenen Wahrnehmungen des Richters beruhen (BGHSt 45, 354 = NJW 2000, 1204; BGHSt 47, 270 = NJW 2002, 2401).

Dabei sei allerdings in den Blick zu nehmen, dass die bloße Beteiligung eines Richters an Vorentscheidungen im nämlichen und in anderen damit zusammenhängenden Verfahren von StPO und GVG ausdrücklich vorgesehen und vorausgesetzt wird und somit die Vorbefassung für sich genommen – abgesehen von den in §§ 22 Nr. 4 und Nr. 5, 23 und 148a Abs. 2 Satz 1 StPO genannten Ausschließungstatbeständen – die Besorgnis der Befangenheit aus normativen Erwägungen gerade nicht zu begründen vermöge (BGHSt 43, 96 = NJW 1997, 3034; BGH NJW 2006, 2864; NStZ 2011, 44 = StRR 2010, 421 [Jung]). Wenn eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters – soweit sie nicht den Tatbestand eines Ausschlussgrundes gemäß § 23 StPO erfüllt bzw. nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen – nach ständiger Rechtsprechung schon nicht geeignet ist, die Besorgnis der Befangenheit eines Richters im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, dann greife erst recht nicht der Ausnahmetatbestand des Ausschlusses des Richters kraft Gesetzes. Andernfalls würde die Ablehnung wegen Vorbefassung mit der Sache faktisch regelmäßig zum Ausschließungsgrund gemacht, obwohl nach dem normativen Leitbild des Gesetzes von der Unvoreingenommenheit eines Richters auch dann auszugehen ist, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat (BVerfG NJW 1971, 1029; BGHSt 43, 96 = NJW 1997, 3034). Die aus der Beschlussformel ersichtlichen Richter seien in dieser Sache bislang noch

**Vorbefassung ändert nichts**

nicht als Zeugen vernommen worden. Insoweit reiche es nicht aus, dass die Anhörung dieser Richter als Zeugen im hiesigen Verfahren „unabweisbar“ sein soll. In den Gründen des schriftlichen Urteils im Verfahren gegen F und den richterlichen Selbstanzeigen könnten keine Zeugenbekundungen im Sinne des § 22 Nr. 5 StPO erblickt werden (näher Leitsätze 2 und 3).

### III. Bedeutung für die Praxis

Strafrichter geraten gelegentlich vom Tatsachenermittler zum Beweismittel. Das kann etwa als Ermittlungsrichter betreffend frühere Vernehmungen in der Sache der Fall sein (§ 252 StPO!) Oder als Zeuge von strafbaren Vorfällen in der Hauptsache, hier vorrangig zum Inhalt von Aussagen beim Vorwurf von Aussagedelikten. Schwieriger ist die Sachlage nach Abtrennung und Verurteilung von Mitangeklagten in der fortgesetzten Verhandlung gegen die anderen Angeklagten oder in Fällen wie dem vorliegenden, bei denen im früheren und neuen Verfahren derselbe Sachverhalt von Bedeutung ist. In beiden Fällen besteht aus Sicht der neuen Angeklagten die Gefahr, dass sich die Richter schon in den früheren Verfahren ein Bild von der Tat gemacht haben und daher nicht unbefangen in das neue Verfahren gehen. Gleichwohl ist diese Vorbefassung mit demselben Sachverhalt in einem früheren Verfahren ohne hinzutretende weitere Umstände kein Ablehnungsgrund gem. § 24 Abs. 2 StPO (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 24 Rn 13; Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 114 ff.; jew. m.N.). Das OLG legt hier sauber und überzeugend begründet dar, dass diese Klippe auch über den gesetzlichen Ausschluss nach § 22 Nr. 5 StPO nicht ohne Weiteres dadurch umschifft werden kann, dass sich die durch ein Ablehnungersuchen bewirkte dienstliche Äußerung auch zu Vorgängen der früheren Verhandlung verhält (hierzu Burhoff, Rn 544) und eine Vernehmung der Richter über Wahrnehmungen in der früheren Hauptverhandlung nur denkbar, aber noch nicht erfolgt ist.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### „Kostenneutrale“ Umbeordnung

**Auch nach neuem Recht kommt eine Umbeordnung unter der Voraussetzung, dass für die Staatskasse keine Mehrkosten entstehen, nur in Betracht, wenn der neue Pflichtverteidiger ggf. einen Verzicht auf beim alten Pflichtverteidiger bereits entstandene Gebühren erklärt hat. (Leitsatz des Verfassers)**

*LG Braunschweig, Beschl. v. 3.9.2020 – 4 Qs 180/20*

#### I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft legt dem Angeklagten einen gemeinschaftlichen Diebstahl in einem besonders schweren Fall zur Last. Mit Verfügung vom 18.6.2020 hat die Staatsanwaltschaft auf Anregung des AG beantragt, dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger beizuordnen. Mit Verfügung vom 26.6.2020 hat das AG den Angeklagten zur beabsichtigten Pflichtverteidigerbestellung angehört und mitgeteilt, dass das Gericht einen Rechtsanwalt auswählen würde, wenn der Beschuldigte nicht binnen einer Woche einen Rechtsanwalt bezeichne. Mit Beschluss vom 20.7.2020 hat das AG dem Angeklagten dann Rechtsanwalt H als Pflichtverteidiger beigeordnet.

Mit Schreiben vom 3.7.2020 hat der Angeklagte gegenüber der Staatsanwaltschaft Braunschweig die Beordnung von Rechtsanwalt F als Pflichtverteidiger beantragt.

Überzeugend

Beordnung von  
Rechtsanwalt H ...

... wird geändert in Beord-  
nung von Rechtsanwalt F

## Rechtsprechungsreport

Nach Anhörung von Rechtsanwalt H hat dieser mitgeteilt, einer Entpflichtung nicht entgegenzutreten, sofern ihm die Grundgebühr, die Verfahrensgebühr, Post- und Telekommunikationsentgelt, Fotokopiekosten und die Umsatzsteuer auf die Vergütung zustehe. Nach Anhörung der StA, die dem Pflichtverteidigerwechsel nicht entgegengetreten ist, hat das AG die Bestellung von Rechtsanwalt H als Pflichtverteidiger aufgehoben und Rechtsanwalt F als neuen Pflichtverteidiger bestellt. Zugleich hat es tenoriert, dass ein Anspruch auf die entstandenen Verteidigerkosten nicht bestehe. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Angeklagten. Die hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Nach Auffassung des LG ist die sofortige Beschwerde (§ 142 Abs. 7 StPO) begründet. Die angegriffene gerichtliche Bestimmung, dass für den Verteidiger des Angeklagten ein Anspruch auf die bereits entstandenen Verteidigerkosten nicht bestehe, finde keine Stütze im Gesetz und sei daher aufzuheben. Der Wechsel des Pflichtverteidigers sei seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 10.12.2019 (BGBl I, S. 2128) gesetzlich in § 143a StPO geregelt. Der vorliegende Fall des einverständlichen Pflichtverteidigerwechsels sei durch das „Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung“ zwar nicht explizit geregelt, solle aber nach den von der Rechtsprechung entwickelten Maßgaben weiterhin möglich sein (vgl. BT-Drucks 19/13829, S. 47).

Danach sei dem Wunsch des Beschuldigten auf Wechsel des Pflichtverteidigers nachzukommen, wenn der bisherige Pflichtverteidiger damit einverstanden ist und durch die Bestellung des neuen Verteidigers weder eine Verfahrensverzögerung noch Mehrkosten für die Staatskasse verursacht werden (st. Rspr. der OLG, vgl. u.a. KG NStZ 2017, 305; OLG Braunschweig StraFo 2008, 428; OLG Brandenburg NStZ-RR 2009, 64; OLG Düsseldorf StraFo 2007, 156; OLG Karlsruhe NStZ 2016, 305; OLG Oldenburg NStZ-RR 2010, 210; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2008, 47; StV 2008, 128). Der Begriff der Mehrkosten erfasse nur solche Gebührenpositionen, die durch eine neue Bestellung doppelt entstehen würden, wie also Grund- und Verfahrensgebühr, nicht dagegen Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder (vgl. OLG Celle RVGreport 2019, 254 = StraFo 2019, 263 = RVGprofessionell 2019, 95 = AGS 2019, 333). Die erforderliche Kostenneutralität sei gewahrt, wenn der neue Verteidiger auf die bisher für die Pflichtverteidigung angefallenen Gebühren (Grund- und Verfahrensgebühr) verzichte.

Diesen Voraussetzungen werde die Entscheidung des AG nicht gerecht, sodass sie keinen Bestand haben könne. Einen Verzicht auf die bereits Rechtsanwalt H entstandenen Gebühren habe der (neue) Verteidiger des Angeklagten nicht erklärt; er sei diesbezüglich auch nicht durch das AG angehört worden. Eine gerichtliche Kompetenz, die Gebühren des neuen Pflichtverteidigers nach Pflichtverteidigerwechsel zu begrenzen, bestehe nicht. Vorliegend hätte das AG vor der Entscheidung über den Pflichtverteidigerwechsel eine Stellungnahme von Rechtsanwalt F im Hinblick auf die Kostenneutralität des Pflichtverteidigerwechsels einholen und für den Fall, dass dieser auf die Grund- und Verfahrensgebühr nicht verzichten würde, den Pflichtverteidigerwechsel versagen müssen, da die Voraussetzungen des § 143a Abs. 2 StPO nicht erkennbar vorlagen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist zutreffend. Anzumerken ist nur Folgendes:

1. Soweit ersichtlich handelt es sich bei der Entscheidung um die erste bekannt gewordene Entscheidung zum einvernehmlichen Pflichtverteidigerwechsel. Insoweit

**Keine Stütze im Gesetz**

**Ausdrücklicher Verzicht erforderlich**

**Fehlt Verzicht, muss Umbeordnung ggf. abgelehnt werden**

**Fortschreibung der Rechtsprechung zum alten Recht**

ist festzuhalten, dass dazu die zum früheren Recht aufgestellten Regeln der Rechtsprechung weiter gelten (vgl. dazu Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 3213 ff. m.w.N.). Danach kommt der Wechsel nur unter den vom LG noch einmal aufgezeigten Bedingungen in Betracht. Dazu gehört eben auch der vorab vom „neuen“ Pflichtverteidiger erklärte Verzicht auf die Gebühren, die bereits beim „alten“ Pflichtverteidiger angefallen sind. Dabei handelt es sich i.d.R. um die Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG und die Verfahrensgebühren. Ohne diesen Verzicht ist eine „gebührenrechtlich beschränkte“ Umbeordnung nicht zulässig. Das war schon nach altem Recht h.M. und gilt auch für das ab 13.12.2019 geltende neue Recht.

2. Eine Ausnahme von der Möglichkeit der „kostenneutralen“ Umbeordnung gilt, wenn der Justiz in Zusammenhang mit der Bestellung des „alten“ Pflichtverteidigers Fehler unterlaufen sind. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Beschuldigte vor der Bestellung nicht angehört wurde (vgl. dazu jetzt auch § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO und zum alten Recht LG Bielefeld RVGreport 2016, 4463; LG Siegen StRR 2015, 465; vgl. auch Burhoff, a.a.O., Rn 3214).

3. Der Rechtsanwalt muss darauf achten, dass das neue Recht jetzt als Rechtsmittel in § 142 Abs. 7 StPO gegen „gerichtliche Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers „nur“ noch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde vorsieht. Es ist also die Beschwerdefrist des § 311 Abs. 2 StPO zu beachten. Die Frist beträgt eine Woche ab Bekanntmachung (§ 35 StPO). Das bedeutet, dass ein Beschluss über die Bestellung als Pflichtverteidiger auf jeden Fall immer kurzfristig auf „Einschränkungen“ geprüft werden muss, um dann rechtzeitig Rechtsmittel einzulegen.

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

### *StGB/Nebengebiete*

#### **Hinterziehung von Tabaksteuer**

**1. Eine Hinterziehung von Tabaksteuer bezüglich Rauchtabak gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG bzw. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a RL 2011/64/EU des Rates v. 21.6.2011 erfordert, dass ein geschnittener oder anders zerkleinerter Tabak vorliegt, der ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen geeignet ist. Dies wiederum setzt voraus, dass die Tabakblätter einen ersten Trocknungsprozess durchlaufen haben und anschließend kontrolliert feucht gehalten werden (EuGH, Urt. v. 6.4.2017 – C-638/15, BeckRS 2017, 106126).**

**2. Der für eine Steuerhinterziehung erforderliche Vorsatz setzt voraus, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will bzw. dessen Verkürzung billigend in Kauf nimmt.**

**3. Wenn der Täter irrig annimmt, der Steueranspruch sei nicht entstanden, liegt ein den Hinterziehungsvorsatz ausschließender Tatumstandsirrtum vor. (Leitsätze des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 1.4.2020 – 1 StR 5/20*

**Ausnahme bei Fehlern der Justiz**

**Rechtsmittel sofortige Beschwerde**



### I. Sachverhalt

Der Angeklagte erwarb im Jahr 2018 in sieben Fällen sogenannte Hand-Strips oder Strips aus Italien oder Polen zum Weiterverkauf. Dieser Tabak konnte als Wasserpfeifentabak in Shisha-Bars verwendet werden, indem die Strips nach Zerkleinern der getrockneten Tabakblätter in den Tontopf der Wasserpfeife gegeben wurden bzw. bei den Hand-Strips zuvor die Mittelrippe der getrockneten Tabakblätter entfernt wurde. Um die Tabakblätter für den Rauchkonsum feucht zu halten, müssen sie jedoch noch mit Glycerin vermischt werden, wobei ihnen zusätzlich Trockenfrüchte oder ätherische Öle in den Shisha-Bars beigelegt werden.

Kurz vor Erwerb dieses Tabaks schrieb der Angeklagte, der zum Feuchthalten des Tabaks bereits Glycerin erworben hatte, an die Zollverwaltung, dass ihm unklar sei, welcher Tabak nach der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 6.4.2017 – C-638/15, BeckRS 2017, 106126) als Rauchtobak gelte.

Die Vorinstanz – LG Würzburg – klärte nicht auf, welche Antwort er von der Zollverwaltung auf seine Frage erhalten hatte, und verurteilte den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in sieben Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe und ordnete die Einziehung von Taterträgen an.

### II. Entscheidung

Der BGH sieht den Sachverhalt von der Vorinstanz nicht hinreichend aufgeklärt sowohl hinsichtlich der Frage, ob überhaupt steuerbarer Rauchtobak i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabakStG vorliegt, als auch bezüglich der Frage, ob der Angeklagte mit Hinterziehungsvorsatz handelte.

Unabhängig von seiner lebensmittelrechtlichen Zulassung ist ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, ob der Wasserpfeifentabak taugliches Tatobjekt einer Hinterziehung von Tabaksteuer sein kann, dessen Rauchbarkeit, ohne zuvor eine weitere industrielle Bearbeitung erfahren zu müssen. Rauchbarkeit bedeutet dabei, dass nach Hitzeentwicklung der entstehende Rauch durch Einziehen in den Mundraum oder Inhalation genossen werden kann (BGH, Beschl. v. 27.7.2016 – 1 StR 19/16, StRR 2017/2, S. 17 m. Anm. Gehm; FG Hamburg, Urt. v. 7.10.2008 – 4 K 124/08, NWB IAAAD-03082).

Ob für die Rauchbarkeit eine weitere industrielle Verarbeitung erforderlich ist, hängt davon ab, ob der bereits getrocknete Tabak kontrolliert (mit Glycerin) feucht gehalten wurde (EuGH, Urt. v. 6.4.2017 – C-638/15, BeckRS 2017, 106126). Allein dass er natürliche Restfeuchte enthält, ist nicht ausreichend. Ob ein solches kontrolliertes Feuchthalten bereits erfolgte, ist bisher nicht aufgeklärt.

Aufgrund dessen, dass zudem nicht aufgeklärt ist, welche Antwort der Angeklagte auf seine Anfrage von der Zollverwaltung bekommen hat und er ggf. deshalb in Verkennerung der Rechtsprechung des EuGH – Urt. v. 6.4.2017, C-638/15 a.a.O. – keinen Tabaksteueranspruch für gegeben erachtete, ist die Vorsatzfrage offen.

Denn der Angeklagte hätte nur vorsätzlich gehandelt, wenn er den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach erkannt oder zumindest ihn für möglich gehalten hätte und er zudem die anfallende Tabaksteuer hätte verkürzen wollen bzw. die Verkürzung billigend in Kauf genommen hätte. Ging er hingegen irrtümlich davon aus, dass kein Steueranspruch besteht, liegt ein den Vorsatz ausschließender Tatumstand-sirrtum vor (BGH, Urt. v. 24.7.2018 – 1 StR 331/17, StRR 7/2018, S. 18 m. Anm. Gehm).

Der BGH weist auch darauf hin, dass, sollten die Strips bereits vor Erwerb durch den Angeklagten steuerbar gewesen sein und ein entsprechender Vorsatz des Angeklag-

**Frage nach Einstufung als Rauchtobak bei der Zollverwaltung**

**Wasserpfeifentabak taugliches Tatobjekt für Hinterziehung von Tabaksteuer?**

**Vorsatz?**

**Steuerhellei statt Steuerhinterziehung**

ten vorliegen, statt Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 AO, § 23 TabakStG nur der Tatbestand der gewerbsmäßigen Steuerhehlerei gem. § 374 Abs. 1 Variante 2, Abs. 2 AO in Betracht kommt (BGH, Beschl. v. 11.7.2019 – 1 StR 634/18, wistra 2020, S. 161 m. Anm. Gehm).

### III. Bedeutung für die Praxis

Was das Vorliegen von Rauchtabak i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG bzw. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a RL 2011/64/EU anbelangt, geht der BGH in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass dies voraussetzt, dass kein weiterer Schritt im industriellen Produktionsprozess durchlaufen werden muss, um den Tabak rauchfähig zu machen. Wobei kumulativ dazu kommen muss, dass der Tabak bereits geschnitten oder anders zerkleinert, gesponnen oder in Platten gepresst ist (EuGH, Urt. v. 6.4.2017 – C-638/15, BeckRS 2017, 106126; vgl. auch LG Hagen, Beschl. v. 31.8.2018 – 71 Qs 16/18, StRR 2019/1, 24 m. Anm. Gehm).

Da der Sinn von Zollauskünften gerade ist, die steuerliche Behandlung zu klären, ist es nur konsequent, dass für die Vorsatzfrage der Inhalt dieser Auskunft abzuklären ist. Andernfalls würde ein Fehler in der rechtlichen Beurteilung durch die Zollbehörden zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

## Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln – teleologische Reduktion

### Zur Ablehnung einer teleologischen Reduktion des Tatbestands des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. (Leitsatz des Gerichts)

*BGH, Beschl. v. 28.1.2020 – 4 StR 303/19*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Der Angeklagte verfügte in seiner Wohnung über einen Vorrat an verschiedenen Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, teilweise zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmt. Im Zuge der Wohnungsdurchsuchung fand sich neben einer Schrankwand im Wohnzimmer, in der Ecstasy-Tabletten aufbewahrt wurden, ein Jagdmesser und ein ausgezogener Teleskopschlagstock, in einer Schublade im Büroschrank ein Springmesser und in einer Schublade des Schlafzimmerschranks ein weiterer ausziehbarer Teleskopschlagstock. Darüber hinaus lagerte in einem Schrank im Büro der Wohnung eine in einem Originalkoffer verpackte, geladene und funktionsfähige halbautomatische Schreckschuss-, Reizstoff- und Signalpistole nebst Zubehör. Sämtliche Gegenstände befanden sich mit Wissen des Angeklagten für diesen ohne Weiteres zugriffsbereit in seiner Wohnung. Zeitgleich hatte der Angeklagte aus seiner Wohnung heraus bei seinem Lieferanten eine Bestellung von Betäubungsmitteln in Auftrag gegeben. Seine Revision blieb erfolglos.

#### II. Entscheidung

Für die Erfüllung des Tatbestandes des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG reiche es aus, wenn dem Täter die Schusswaffe oder der gefährliche Gegenstand bei einem Teilakt der auf den Umsatz einer nicht geringen Betäubungsmittelmengem bezogenen Bewertungseinheit des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zur Verfügung steht (BGHSt 43, 8 =

**Betäubungsmittel und Waffen  
in der Wohnung**

**Ausgangspunkt**

NJW 1997, 1717). Indem der Angeklagte, dem in seiner Wohnung eine Schusswaffe und mit den anderen Gegenständen mehrere ihrer Art nach zur Verletzung von Personen geeignete und bestimmte Gegenstände griffbereit zur Verfügung standen, aus der Wohnung heraus eine nicht geringe Handelsmenge an Betäubungsmitteln zur alsbaldigen Lieferung in seine Wohnung bestellte, habe er den Tatbestand erfüllt. Dass er nicht vorhatte, die Schusswaffe oder die gefährlichen Gegenstände bei seinen Betäubungsmittelgeschäften zum Einsatz zu bringen, sei ohne Bedeutung. Denn der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setze eine tatbezogene Verwendungsabsicht nicht voraus (BGHSt 43, 266 = NJW 1998, 1504).

Eine den Anwendungsbereich der Norm einschränkende Auslegung des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sei nicht geboten. Soweit in der Rechtsprechung des BGH nicht tragend erwogen worden ist, Fälle, in denen nach Lage der Dinge schlechterdings keine Gefahr für das geschützte Rechtsgut besteht, im Wege einer teleologischen Reduktion der Vorschrift von der Strafbarkeit nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG auszunehmen (StV 2019, 341 = StRR 5/2019, 20 [Burhoff]; offengelassen in BGH(GrS)St 48, 189 = NJW 2003, 435), folge der Senat dem nicht. Die Qualifikationsnorm des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG, die den Schutz der Allgemeinheit vor bewaffneten Tätern bezweckt, solle der besonderen Gefährlichkeit Rechnung tragen, die darin besteht, dass Täter ihre Interessen beim unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln rücksichtslos durchsetzen und dabei die Schusswaffe oder die sonstigen von der Vorschrift erfassten gefährlichen Gegenstände einsetzen (BGHSt 42, 123 = NJW 1996, 2804). Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG schütze nicht nur das Rechtsgut der Volksgesundheit vor qualifizierten Angriffen, sondern auch die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit von Personen, die in Kontakt mit Tätern von Betäubungsmittelstraftaten geraten. Der Gesetzgeber habe die Qualifikationsnorm des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet (BGH NStZ-RR 2013, 150 = StRR 2013, 192 [Strittmatter/Apfel]) und den Tatbestand durch die Beschränkung auf bestimmte verkehrsrelevante Umgangsformen mit Betäubungsmitteln und das Erfordernis einer nicht geringen Betäubungsmittelmenge auf Tatmodalitäten begrenzt, bei denen nach seiner Bewertung das Führen von Schusswaffen oder sonstigen gefährlichen Gegenständen typischerweise zu einer besonderen Gefährlichkeit führt.

Für eine einschränkende Auslegung des Tatbestands im Wege einer teleologischen Reduktion sei nach Auffassung des Senats schon deshalb kein Raum, weil sich für die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut nach Lage der Dinge gänzlich ausgeschlossen erscheint, vor dem Hintergrund des weiten Verständnisses des Handelsbegriffes im Betäubungsmittelstrafrecht und des Schutzzwecks des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG keine sachgerechten, abstrakt formulierbaren Kriterien finden lassen (Altenhain, NStZ 2003, 435). Überlegungen, die Strafbarkeit des bewaffneten Handelstreibens auf Konstellationen eines zeitgleichen Zugriffs des Täters auf Schusswaffe bzw. gefährlichen Gegenstand und die Betäubungsmittel zu beschränken, hätten wegen der damit verbundenen Privilegierung bewaffneter, am eigentlichen Güterumsatz unmittelbar nicht beteiligter Hintermänner in der Rechtsprechung des BGH zu Recht keine Zustimmung erfahren (vgl. BGH NJW 1999, 3206). Da die Strafnorm auf den Schutz der Allgemeinheit vor bewaffneten Tätern abzielt, umfasse ihr Schutzzweck nicht nur am Betäubungsmittelumsatz als Abnehmer oder Lieferanten Beteiligte, sondern alle Personen, die – sei es aus Tätersicht auch ungewollt oder zufällig – in Kontakt mit dem Täter geraten. Zu Letzteren gehören insbesondere auch offen oder verdeckt agierende Angehörige des Zolls oder der Polizei (NStZ-RR 2013, 150 = StRR 2013, 192 [Strittmatter/Apfel]). Eine

**Keine teleologische Reduktion**

**Keine abstrakt formulierbaren Abgrenzungskriterien**

vom Täter intendierte Kontaktaufnahme mit Dritten scheidet deshalb als taugliches Kriterium für die Erfassung gänzlich ungefährlicher Fallkonstellationen aus. Ein Abstellen darauf, ob es beim Mitsichführen der Schusswaffe oder des gefährlichen Gegenstandes tatsächlich zu einer potenziellen oder gar konkreten Gefahrenlage gekommen ist, lässt sich mit der Struktur der Strafvorschrift als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht in Einklang bringen. Eine abstrakt mögliche Gefahrensituation für andere werde aber im Einzelfall kaum jemals zweifelsfrei auszuschließen sein. Dies zeige auch der Sachverhalt im vorliegenden Verfahren, bei dem der bewaffnete Angeklagte aus seiner Wohnung heraus Betäubungsmittel zur alsbaldigen Lieferung in seine Wohnung bestellte und gegen ihn bereits zeitgleich mit der Lieferung der bestellten Betäubungsmittel offene polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen ergriffen wurden. Bei dieser Konstellation lässt sich die Frage eines gänzlichen Fehlens jedweder Gefahr für das geschützte Rechtsgut nicht plausibel beurteilen. Das Fehlen sachgerechter, abstrakt formulierbarer Kriterien für einen Ausschluss jedweder Rechtsgutsgefährdung habe aber zur Folge, dass sich die Fallgestaltungen, für welche eine teleologische Reduktion des Tatbestands in Betracht kommen soll, einer objektiv nachvollziehbaren und damit intersubjektiv zu vermittelnden Umschreibung entziehen.

Eine teleologische Reduktion der Strafnorm sei schließlich auch unter Berücksichtigung der hohen, eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehenden Strafandrohung der Vorschrift nicht erforderlich, um in atypischen Sachverhaltskonstellationen zu einer strafrechtlichen Ahndung zu gelangen, die dem Unrechts- und Schuldgehalt der betreffenden Handlungen in angemessener Weise gerecht wird. Denn solchen Sachverhaltsgestaltungen könne durch die Annahme eines minder schweren Falles nach § 30a Abs. 3 BtMG hinreichend Rechnung getragen werden (BGH(GrS)St 48, 189 = NJW 2003, 435).

### III. Bedeutung für die Praxis

In seinem für BGHSt vorgesehenen Beschluss schließt sich der 4. Senat der letztens bereits vom 2. Senat (Beschl. v. 23.10.2019 – 2 StR 294/19, StRR 2/2020, 23 [Deutscher] vertretenen weiten Anwendung des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG an. Angesichts des ausgedehnten Anwendungsbereichs des unechten Unternehmenstatbestands des „Handeltreibens“ einerseits und der hohen Mindeststrafe andererseits verbleibt trotz der durchaus plausiblen Begründung das in der genannten Besprechung näher dargelegte Unbehagen. Auch die Annahme eines minder schweren Falles wird hier nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen führen. Gleichwohl muss sich die Praxis auf diese Sachlage einstellen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### *Ordnungswidrigkeitenrecht*

#### **Fest eingebauter Touchscreen als elektronisches Gerät nach § 23 Abs. 1a StVO**

**1. Der fest im Fahrzeug der Marke Tesla eingebaute Berührungsbildschirm (Touchscreen) ist ein elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a S. 1 u. 2 StVO, dessen Bedienung dem Kraftfahrzeugführer nur unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift gestattet ist, ohne dass es darauf ankommt, welchen Zweck der Fahrzeugführer mit der Bedienung verfolgt.**

**Rückgriff auf minder schweren Fall**

**Unbehagen**

**2. Auch die Einstellung der zum Betrieb des Kraftfahrzeugs notwendiger Funktionen über Touchscreen (hier: Einstellung des Wischintervalls des Scheibenwischers) ist daher nur gestattet, wenn diese mit einer nur kurzen, den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen angepassten Blickzuwendung zum Bildschirm bei gleichzeitig entsprechender Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen verbunden ist. (Leitsätze des Gerichts)**

**OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Rb 36 Ss 832/19**

### I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen wegen vorschriftswidrigen Benutzens eines elektronischen Gerätes nach § 23 Abs. 1a StVO zu einer Geldbuße von 200 EUR verurteilt und ein Fahrverbot von einem Monat angeordnet. Der Betroffene benutzte als Führer des Fahrzeugs der Marke Tesla den fest neben dem Lenkrad über der Mittelkonsole des Fahrzeugs installierten Berührungsbildschirm (Touchscreen), um so die Intervalle des bereits wegen starken Regens eingeschalteten Scheibenwischers einzustellen. Der Scheibenwischer des Tesla lässt sich zwar am Lenkrad ein- und ausschalten, die Einstellung der Intervalle hat aber auf dem Touchscreen zu erfolgen. Aufgrund nicht angepasster Blickzuwendung auf den Bildschirm und der damit verbundenen Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen kam der Betroffene bei regennasser Fahrbahn und starkem Regen jedoch von der Fahrbahn nach rechts ab, fuhr in eine Böschung und kollidierte dort mit einem Netzknotenstationierungszeichen und mehreren Bäumen. Seine Rechtsbeschwerde blieb erfolglos.

### II. Entscheidung

Der fest im Fahrzeug der Marke Tesla installierte Berührungsbildschirm (Touchscreen) stelle ein elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a Satz 1 und 2 StVO dar, dessen Bedienung dem Kfz-Führer nur unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift gestattet ist. Die Vorschrift des § 23 Abs. 1a StVO sei mit Wirkung zum 19.10.2017 grundlegend geändert worden. Erfasst würden nunmehr sämtliche elektronische Geräte, die der Kommunikation, Information oder Organisation dienen oder zu dienen bestimmt sind. Dies seien nicht nur „Mobiltelefone oder Autotelefone“, sondern auch Berührungsbildschirme, tragbare Flachrechner, Navigationsgeräte, Fernseher oder Abspielgeräte mit Videofunktion oder Audiorekorder. Unerheblich sei hierbei auch, ob das Navigationsgerät fest im Fahrzeug verbaut ist. Die Vorschrift unterscheide – wie sich aus § 23a Abs. 1a Ziffer 2 StVO zweifelsfrei ergebe – nicht zwischen mobilen und immobilen elektronischen Geräten (KG VRS 135, 300 = NZV 2020, 209 [Will]), sodass auch ein fest im Fahrzeug eingebautes Gerät vom Anwendungsbereich erfasst sei.

Im Hinblick auf die Frage, ob auch der im Tesla eingebaute Touchscreen hierunter fällt, schließt sich das OLG den Ausführungen des Tatrichters an: Die Subsumtion unter den Begriff des elektronischen Gerätes könnte man in Zweifel ziehen, da die Scheibenwischereinstellung über den Bildschirm im Pkw des Betroffenen lediglich an die Stelle der herkömmlichen „analogen“ Einstellung mittels Hebel und Stellrädchen tritt, deren Bedienung dem Kfz-Führer nicht untersagt ist. Bezweifeln lasse sich auch, dass die Einstellung des Scheibenwischers über den Bildschirm der Kommunikation, Information oder Organisation zu dienen bestimmt ist. § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO enthalte jedoch eine – nicht abschließende – Liste von Elektronikgeräten, die „auch“ Geräte i.S.d. Norm darstellen. Die Verwendung des Wortes „auch“ deute darauf hin, dass es sich nicht lediglich um konkretisierende Beispiele handelt; sondern dass der Begriff des elektronischen Geräts i.S.d. Gesetzes durch einige der in Satz 2 genannten Begriffe erweitert wird. Die klarstellende Wirkung von § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO liege

**Touchscreen berührt zur Änderung des Scheibenwischerintervalls**

**Auch immobile Geräte werden erfasst**

**Wortlaut, Systematik und Zweck der Norm**

so in erster Linie darin, dass die dort genannten Gerätekategorien (Unterhaltungselektronik, Ortsbestimmung) und Gerätegruppen (z.B. Flachrechner) auf jeden Fall elektronische Geräte i.S.d. § 23 Abs. 1a StVO sind. Dies bedeute konkret, dass ein von Satz 2 erfasstes Gerät nicht etwa zusätzlich auch noch die gerätebezogenen Tatbestandsmerkmale des Satzes erfüllen müsse (Will, NJW 2019, 1633, 1634). Berührungsbildschirme würden in Satz 2 ausdrücklich und ohne Einschränkung bzgl. ihrer Funktion als elektronisches Gerät i.S.d. Gesetzes aufgeführt. Die Einstellung des Scheibenwischers über einen solchen diene allerdings weder der Unterhaltung noch der Ortsbestimmung. Nach grammatikalischer Auslegung könnten die einzelnen Gerätegruppen des § 23 StVO Abs. 1a StVO lediglich Beispiele für elektronische Geräte der Unterhaltungselektronik oder zur Ortsbestimmung sein und den Tatbestand entsprechend eingrenzen. Unter den Gerätegruppen fänden sich aber zum Beispiel auch Geräte, die weder Geräte der Unterhaltungselektronik sind, noch der Ortsbestimmung dienen (z.B. Autotelefone oder Audiorekorder). Dies spreche dafür, dass die einzelnen, nach dem Adverb „insbesondere“ genannten Gerätegruppen letztlich konkrete Fälle von elektronischen Geräten i.S.v. § 23 Abs. 1a StVO sind (Will, NJW 2019, 1633, 1634). Es stelle sich die Frage, ob die Nennung des Berührungsbildschirms in § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO ohne jegliche Einschränkungen bzgl. des Verwendungszwecks dem Wortlaut gemäß soweit zu verstehen ist, dass auch die Bedienung originärer Funktionen eines Kraftfahrzeugs, wie etwa des Scheibenwischers, erfasst sein sollen. Die Einbeziehung von jeglichen Berührungsbildschirmen habe die weitreichende Folge, dass ein Gerät auf jeden Fall ein elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1 StVO ist, wenn es über einen Touchscreen verfügt. Danach seien alle fahrzeugbezogenen Bedienungseinheiten mit Touchscreen erfasst. § 23 Abs. 1a StVO könnte sich infolgedessen – möglicherweise vom Verordnungsgeber unbeabsichtigt – als limitierender Faktor für die zunehmende, aus Sicht der Verkehrssicherheit problematische Verwendung von Touchscreens in Kfz-Bedienungseinheiten erweisen (Will, NJW 2019, 1633, 1635). Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1a StVO sprächen für die Einbeziehung sämtlicher Berührungsbildschirme entsprechend dem weit gefassten Wortlaut ohne Einschränkung. § 23 Abs. 1a StVO diene der Unfallverhütung und solle Ablenkungen des Fahrzeugführers vom Verkehrsgeschehen, die durch die Blickzuwendung bei der Bedienung elektronischer Geräte entstehen, verhindern. Es mache dabei für die Ablenkung des Fahrzeugführers keinen Unterschied, welcher Zweck mit der Bedeutung des elektronischen Gerätes konkret von ihm verfolgt wird. Der Kfz-Führer werde durch die Aufnahme von Berührungsbildschirmen in § 23 Abs. 1a StVO auch nicht unverhältnismäßig bei der Bedienung seines Fahrzeugs eingeschränkt. § 23 Abs. 1 Nr. 1a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 StVO verbiete die Bedienung originärer Funktionen eines Kraftfahrzeugs durch Berührungsbildschirme nicht an sich, sondern gestatte sie unter den Voraussetzungen von Satz 1 Nr. 2 anders als in der Hand zu haltende Geräte, die gemäß Satz 1 Nr. 1 grundsätzlich verboten sind. Sofern zur Bedienung und Nutzung des fest im Pkw installierten Berührungsbildschirms nur eine kurze, den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen angepasste Blickzuwendung zum Gerät bei gleichzeitig entsprechender Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen erfolgt oder erforderlich ist, dürfe das Gerät auch weiterhin vom Fahrzeugführer verwendet werden.

Zwar stelle der im Touchscreen des Tesla eingebaute Geschwindigkeitsregler des Scheibenwischers selbst kein elektronisches Gerät dar, welches der „Kommunikation, Information oder Organisation“ diene, sondern es handle sich um ein sicherheitstechnisches Bedienteil des Fahrzeugs. Dieses sei jedoch in den Touchscreen des Tesla fest eingebaut, welcher auch andere Funktionen beinhaltet, wie etwa ein der Information dienendes Navigationsgerät, sodass der Berührungsbildschirm auch aus

**Ganzheitliche Bewertung des Touchscreens erforderlich**

verkehrstechnischen Sicherheitsgründen insoweit nur einheitlich betrachtet werden könne und von der Verbotsnorm nicht einzelne Anwendungen herausgenommen werden können. Diese Auslegung werde auch vom Wortlaut der Norm gedeckt, denn das in § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO verwendete Adverb „auch“ stelle klar, dass die in § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO verwendeten Merkmale der der „Kommunikation, Information oder Organisation“ dienenden Geräte nicht abschließend sind, zumal dann die in § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO erfolgte Aufzählung auch überflüssig wäre. Hinzu kommt, dass auch der weitere Inhalt der Vorschrift für eine solche weite Auslegung spreche, denn auch bei der in § 23a Abs. 1b Satz 3 StVO aufgeführten Rückwärtsfahrkamera handele es sich um ein technisches Bedienteil, sodass die dort aufgeführte Sonderregelung nicht veranlasst gewesen wäre, wenn solche Bedienteile nicht unter den Anwendungsbereich der Norm fallen würden.

### III. Bedeutung für die Praxis

Unbestreitbar hat die Nutzung von Mobiltelefonen und vergleichbaren Geräten während der Fahrt über das letzte Jahrzehnt deutlich zugenommen und eine erhebliche Gefahr für die Verkehrssicherheit geschaffen. Dem entgegenzutreten war auch Grund für die Reform des § 23 Abs. 1a StVO zum 19.10.2017 (näher Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2018, Rn 2833 ff.; aktuelle Rechtsprechungsübersicht bei Burhoff, VRR 10/2019, 4). Andererseits schreiten die technische Entwicklung von Fahrzeugen und die Digitalisierung von Fahrzeugfunktionen stetig voran. Auf dieser Grundlage nimmt das OLG an, auch ein fest verbauter Touchscreen falle selbst dann unter diese Vorschrift, wenn er zur Änderung der Wischintervalle des Scheibenwischers berührt wird. Das kann man mit der Begründung des Senats durchaus vertretbar so machen. Leider bleiben aber Fragen unbeantwortet: Sind trotz aller vom OLG an den Tag gelegten Auslegungskunst letztlich nicht „Kommunikation, Information oder Organisation“ (§ 23 Abs. 1a Satz 1 StVO) als Funktionszweck aller einschlägigen elektronischen Geräts als Oberbegriff maßgebend, wobei die hier benutzte Funktion nicht darunter fällt, sondern der Steuerung von Fahrzeugfunktionen dient? Wie wirkt es sich aus, dass dieses Fahrzeug offensichtlich eine Zulassung besitzt, obwohl die Intervallschaltung nur durch Benutzung des Touchscreens geändert werden kann? Muss der Fahrer eines solchen Fahrzeugs zukünftig auf die Nutzung dieser Funktion während der Fahrt verzichten, obwohl dies bei Regen andere Gefahren hervorrufen kann? Ist die Benutzung zwangsläufig immer nur mit einer über die Grenzen des § 23 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2b StVO erlaubten Ablenkung möglich?

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Nichtigkeit der StVO-Novelle 2013

**Die StVO vom 6.3.2013 ist nicht wegen einer Verletzung des Zitiergebotes nichtig. (Leitsatz des Verfassers)**

**OLG Oldenburg, Beschl. v. 8.10.2020 – 2 Ss (OWi) 230/20**

#### I. Sachverhalt

Das AG hat die Betroffene wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung verurteilt. Die Betroffene hatte im Rechtsbeschwerdeverfahren in ihrer Gegenerklärung zum Verwerfungsantrag der Generalstaatsanwaltschaft geltend gemacht, dass die StVO 2013 wegen einer Verletzung des Zitiergebotes nichtig sei.

**Nicht zwingend**

**Einwand: StVO 2013 nichtig**

### II. Entscheidung

Das OLG Oldenburg verneint die Frage. Die Gegenerklärung der Betroffenen gebe keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Soweit die Betroffene hierin auf die vom Land Baden-Württemberg aufgeworfene und in der Presse aufgegriffene Frage einer Nichtigkeit auch der StVO vom 6.3.2013 hinweise, teile der Senat die Bedenken, dass die Straßenverkehrsordnung vom 6.3.2013 das Zitiergebot verletzt, nicht. Durch die in der Eingangsformel erfolgte Nennung verschiedener Buchstaben von § 6 Abs 1 Nr. 3 StVG sei auch der vorhergehende Satzteil der Nr. 3 mitumfasst, da der den Buchstaben nachfolgende Text mit dem vorhergehenden – vor der Buchstabenfolge stehendem Text – eine Einheit bilde. Ohnehin wäre der vorliegende Geschwindigkeitsverstoß von einer Verletzung des Zitiergebotes nicht betroffen. Aber selbst wenn man – einen Verstoß unterstellt – deshalb nicht nur eine Teilnichtigkeit, sondern eine Gesamtnichtigkeit der StVO vom 6.3.2013 und wegen Verletzung des Zitiergebotes im Rahmen der „Schilderwaldnovelle“ auch eine Gesamtnichtigkeit der StVO, die am 1.9.2009 in Kraft getreten ist (gegen eine Gesamtnichtigkeit der „Schilderwaldnovelle“ Schubert, NZV 2011, 369 ff.), annähme, würde die bis zum 31.8.2009 geltende Fassung anzuwenden sein, so dass sich am Ergebnis nichts ändern würde.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das ist die erste bekannt gewordene Entscheidung eines OLG zur Frage der Verletzung des Zitiergebotes und der darauf beruhenden Nichtigkeit der StVO vom 6.3.2013 (Art. 80 GG). Die Frage hatte sich gestellt, weil aus Baden-Württemberg Stimmen laut geworden sind, die – im Anschluss an die Fehler bei der StVO-Novelle 2020 – auch bei der StVO-Novelle 2013, die ja schon eine Reparatur-Novelle war – Stichwort: Schilderwaldnovelle –, Fehler behauptet hatten, die zur Nichtigkeit der Novelle 2013 geführt haben sollen. Folge wäre gewesen, das dann ggf. immer noch die StVO 2007 gelten würde. Zu der Problematik wird dann auch auf Deutscher, VRR 10/2020, 4 verwiesen.

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

### Anwaltsvergütung

#### Geplatzer Termin

**Eine Terminsgebühr für einen sog. geplatzen Termin (Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV) entsteht nur, wenn der Rechtsanwalt körperlich im Gerichtsgebäude mit dem Ziel der Teilnahme an dem Termin erscheint; das bloße Antreten der Anreise reicht nicht aus. (Leitsatz des Verfassers)**

**OLG Naumburg, Beschl. v. 12.8.2020 – 1 Ws (s) 154/20**

#### I. Sachverhalt

Der Rechtsanwalt war Nebenklägerbeistand. Er hat nach Abschluss des Verfahrens seine gesetzlichen Gebühren geltend gemacht. Beantragt worden ist u.a. auch die Festsetzung einer Terminsgebühr für einen Hauptverhandlungstermin am 7.10.2019, zu dem der Rechtsanwalt geladen war. Der Termin ist jedoch wegen Erkrankung des Vorsitzenden kurzfristig am 7.10.2019 telefonisch morgens aufgehoben worden. Der Rechtsanwalt erhielt die Abladung am 7.10.2019 erst nach Fahrtantritt zum Gericht auf der A2, kurz vor dem Dreieck Braunschweig-Nord. Dort hat er die Reise abgebrochen und den Rückweg angetreten. Das LG hat die Terminsgebühr festgesetzt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Vertreters der Staatskasse hatte Erfolg.

**OLG verneint die Frage**

**Schilderwaldnovelle**

**Terminsaufhebung nach  
Abreise**



### II. Entscheidung

Das OLG geht davon aus, dass (auch) für das Entstehen einer Terminsgebühr für einen sog. geplatzten Termin nach Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 3 VV RVG nach dem eindeutigen Wortlaut die körperliche Anwesenheit des Rechtsanwalts im Gerichtsgebäude erforderlich ist. Entgegen dem angefochtenen Beschluss, der sich wohl der in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 24. Aufl., Vorb. 4 VV Rn 40) anschließe, sei davon auszugehen, dass der Begriff des Erscheinens keiner Auslegung zugänglich sei. Der Begriff des Erscheinens bedürfe auch keiner engen Auslegungen, sondern beziehe sich eindeutig auf eine körperliche Anwesenheit (OLG Frankfurt am Main RVGreport 2012, 64 = StRR 2012, 118). Wollte man bereits die Anreise zu einem Gerichtstermin für ein Erscheinen im Sinne der Vorschrift ausreichen lassen, würde dies zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen (vgl. OLG München RVGreport 2008, 109 = NStZ-RR 2008, 159 = AGS 2008, 233 = StRR 2008, 199 = NJW 2008, 1607 = JurBüro 2008, 418 m. abl. Anm. Kotz; RVGreport 2018, 301 = AGS 2018, 339 = NStZ-RR 2018, 296). Eine Anreise könne nämlich auf verschiedene Arten erfolgen. Beginne die Anreise schon dann, wenn ein ortsansässiger Rechtsanwalt, der das Gerichtsgebäude zu Fuß aufsuche, sein Büro verlassen habe oder sei eine Annäherung an das Gebäude erforderlich? Hätte vorliegend die Anreise schon beim Losfahren am Kanzleisitz des Rechtsanwalts begonnen? Kann eine dem Erscheinen gleichzusetzende Anreise erst angenommen werden, wenn in Drittel oder mehr der Wegstrecke zurückgelegt worden ist? Diese Unsicherheiten in der Abgrenzung zeigten, dass das Erscheinen des Rechtsanwalts im Sinne von Vorb. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG erst anzunehmen ist, wenn dieser körperlich im Gericht anwesend sei. Wie das OLG München in der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2018 ausgeführt habe, finde die Ansicht des Senats ihre Bestätigung in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 15/1971), dass der Gesetzgeber den nutzlosen Zeitaufwand nur in den Fällen vergütet wissen wolle, in denen der Rechtsanwalt auch zu einem Hauptverhandlungstermin erscheine.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Mal wieder eine Entscheidung, die einen verärgert zurücklässt. Ein OLG schreibt etwas gebührenrechtlich Nichthaltbares – hier das OLG Frankfurt am Main – und alle anderen OLG springen auf den fahrenden Zug auf und beten das nach. So dann auch das OLG Naumburg, das sich lieber erst gar nicht im Einzelnen mit dem gut begründeten Beschluss des LG Magdeburg (StRR 11/2020, 34) befasst. Warum auch? Hatte doch die Bezirksrevisorin ausdrücklich „klargestellt, dass sie eine richtungsweisende Entscheidung zu der noch streitigen Problematik ‚Terminsgebühr für einen geplatzten Termin‘ ... anstrebe“. Den Wunsch erfüllt man doch gern und erlässt eine richtungsweisende Entscheidung. Nur leider weist sie in die falsche Richtung.

2. Es ist müßig, die Gründe, warum die Entscheidung falsch ist, noch einmal zusammenzustellen. Ich habe es inzwischen oft genug geschrieben. Es interessiert niemanden, zumindest kein OLG. Nur noch einmal so viel: Es geht um den Sinn und Zweck der Regelung der Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG, nämlich nutzlosen Zeitaufwand des Verteidigers zu honorieren. Und der ist angefallen, und zwar nicht erst, wenn der Verteidiger im Sitzungssaal erscheint.

Und die immer wieder beschworenen „Abgrenzungsprobleme“? Das LG Magdeburg (a.a.O.) hat darauf hingewiesen, dass es ureigene Aufgabe von Richtern ist, gerade solche Probleme zu lösen. Das sollte man auch bei einem OLG können. Oder ist das zu viel verlangt? Im Übrigen: Wo sind da Probleme? § 14 Abs. 1 RVG gibt den Gerichten ein vortreffliches Werkzeug an die Hand, um die Terminsgebühr für den geplatzten

**Körperliches Erscheinen  
erforderlich**

**Falsche Entscheidung**

**Sinn und Zweck**

Termin eines Wahlanwalts zu bemessen. Und beim Pflichtverteidiger ist es ebenso, dass er wegen des Pauschalcharakters dann die Terminsgebühr erhält, egal, wann er davon erfahren hat, dass der Hauptverhandlungstermin ausfällt. Das kann doch alles nicht so schwierig sein, ist es aber offenbar doch.

3. Was ist das Ergebnis dieses Beschlusses und der Rechtsprechung der OLG? Man kann Verteidigern nur empfehlen, nach Antritt der Fahrt zum Termin das Handy auszuschalten, damit sie vom Büro nicht vom Ausfallen des Termins unterrichtet werden können. Und dann natürlich auf jeden Fall im Gerichtssaal „erscheinen“, damit den Anforderungen der OLG genüge getan ist. Also: Verteidigertourismus. Allerdings ist auch diese Vorgehensweise nicht ungefährlich. Denn wahrscheinlich wird dann ein OLG in seiner unerforschlichen Gebührenweisheit auf die Idee kommen, dem Verteidiger wegen des ausgeschalteten Handys ein Verschulden zur Last zu legen und damit dann Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 3 und 4 VV RVG anzuwenden. Die Argumentation wird den OLG sicherlich besser gefallen, als endlich die Regelung der Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG entsprechend ihrem Sinn und Zweck anzuwenden.

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

### **Geplatzter Termin und Mittagspause**

**1. Der Begriff des Erscheinens in Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG ist teleologisch erweiternd dahin auszulegen, dass es grundsätzlich auch ausreicht, wenn der sich bereits auf dem Weg befindliche Rechtsanwalt zur Terminsteilnahme gewillt ist und von einem Aufsuchen des Gerichtsgebäudes lediglich deshalb absieht, weil er noch kurzfristig während der Anreise zum Gericht von der Terminsaufhebung erfährt.**

**2. Macht das Gericht eine Mittagspause, ist diese unabhängig von ihrer tatsächlichen Dauer mit 30 Minuten in Abzug zu bringen. Ob es sich bei einer Pause um eine Mittagspause handelt, lässt sich ggf. aus dem zur Mittagszeit gelegenen Unterbrechungszeitpunkt entnehmen. (Leitsätze des Verfassers)**

*LG Magdeburg, Beschl. v. 15.4.2020 – 21 Ks 5/19*

#### **I. Sachverhalt**

Der Rechtsanwalt war Nebenklägerbeistand in einem Verfahren mit dem Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge. Er hat nach Abschluss des Verfahrens seine gesetzlichen Gebühren geltend gemacht. Beantragt worden ist u.a. auch die Festsetzung einer Terminsgebühr für einen Hauptverhandlungstermin am 7.10.2019, zu dem der Rechtsanwalt geladen war. Der Termin ist jedoch wegen Erkrankung des Vorsitzenden kurzfristig am 7.10.2019 telefonisch morgens aufgehoben worden. Zur Begründung der Terminsgebühr hat der Rechtsanwalt, der seinen Kanzleisitz in Burgwedel hat, darauf hingewiesen, dass er die Abladung am 7.10.2019 erst nach Fahrtantritt zum Gericht auf der A2, kurz vor dem Dreieck Braunschweig-Nord, erhalten habe. Dort habe er die Reise abgebrochen und den Rückweg angetreten. Geltend gemacht worden ist außerdem ein Längenzuschlag nach Nr. 4122 VV RVG für einen Hauptverhandlungstermin am 10.10.2019. Dieser dauerte ausweislich des Sitzungsprotokolls von 09:05 Uhr bis 14:25 Uhr, wurde u.a. aber von 12:22 Uhr bis um 13:05 Uhr unterbrochen. Diese Gebühren sind festgesetzt worden. Die dagegen gerichtete Erinnerung des Rechtsanwalts hatte Erfolg.

### **Verteidigertourismus**

**Terminsgebühr für geplatzten Termin und Längenzuschlag geltend gemacht**

### II. Entscheidung

Das LG legt den in Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG verwendeten Begriff des „Erscheinens“ teleologisch erweiternd dahin aus, dass es grundsätzlich auch ausreicht, wenn der sich bereits auf dem Weg befindliche Rechtsanwalt zur Terminsteilnahme gewillt ist und von einem Aufsuchen des Gerichtsgebäudes lediglich deshalb absieht, weil er noch kurzfristig während der Anreise zum Gericht von der Terminsaufhebung erfährt (vgl. auch Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 24. Aufl. 2019, VV Vorb. 4, Rn 40 f. m.w.N.; Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Vorbem. 4 VV Rn 93 ff.). Es schließt sich damit nicht der ständigen Rechtsprechung der OLG an, die eine solche erweiternde Auslegung ablehnt (vgl. nur OLG München RVGreport 2008, 109 = StRR 2008, 199; RVGreport 2015, 66 = StRR 2014, 451; OLG München RVGreport 2018, 301 = AGS 2018, 339 = NStZ-RR 2018, 296; s. auch noch OLG Frankfurt am Main RVGreport 2012, 64 = StRR 2012, 118 = JurBüro 2011, 422). Zwar lege der Wortlaut der Norm, die davon spricht, dass der Rechtsanwalt zu dem Termin „erscheint“, es nach allgemeinem Sprachgebrauch nahe, die körperliche Anwesenheit am Ort der vorgesehenen Hauptverhandlung zu verlangen, dieser sei jedoch nicht derart unflexibel, dass er jede Auslegung verbieten würde. So spreche der Gesetzestext nicht von dem Rechtsanwalt, der zu dem Gerichtstermin „erschienen ist“, sondern von dem Rechtsanwalt, der zu dem Termin „erscheint“. Dies lasse es durchaus zu, das Erscheinen nicht allein als Zustand der Anwesenheit, sondern als anwaltliche Tätigkeit, mithin einen Vorgang zu verstehen, der mit dem Antritt des Weges zum Gericht bereits seinen Anfang nimmt. Wengleich dieses Begriffsverständnis ein sehr weites sei, zeige sich damit, dass die Wortlautgrenze bei einer historischen, teleologischen und systematischen Betrachtung gebotenen erweiternden Auslegung der vorgenommenen Auslegung nicht entgegenstehe.

Insoweit bezieht sich das LG auf die Gesetzesbegründung zu dem KostRMOG (BT-Drucks 15/1971, S. 221). Der sei entgegen der Auffassung des OLG München der Wille des historischen Gesetzgebers zu entnehmen, die frustrierte Vorbereitung des Verteidigers – und damit gemäß Vorbem. 4 Abs. 1 VV RVG auch diejenige des Nebenklägervertreters – zu dem Hauptverhandlungstermin zu entschädigen. Diese Arbeitsleistung sei aber in aller Regel bereits angefallen, wenn sich der Rechtsanwalt auf den Weg zum Gericht gemacht hat, nicht erst mit seiner dortigen Ankunft. Sinn und Zweck der Eingrenzung auf den Rechtsanwalt, der „zu einem anberaumten Termin erscheint“, sei es, dass derjenige Rechtsanwalt von der Terminsgebühr ausgeschlossen sein soll, der ungeachtet der Terminsaufhebung zu dem Hauptverhandlungstermin ohnehin nicht erschienen wäre. Dieser Fall sei jedoch nicht vergleichbar mit dem – hier gegebenen – Fall, dass der Rechtsanwalt erscheinen will, dies mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch würde, den Termin mit großer Wahrscheinlichkeit bereits vorbereitet und sich zu ihm schon auf den Weg gemacht hat. Deshalb entspreche die Vergütung des schon auf dem Weg befindlichen Rechtsanwalts mit einer fiktiven Terminsgebühr dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Rechtsanwalt, der nicht oder zu spät von einer Terminsaufhebung erfährt und hiermit auch nicht rechnen musste, keinen Nachteil entstehen zu lassen. In systematischer Hinsicht sei der Zusammenhang der Sätze 2 und 3 der Vorbem. 4 Abs. 3 VV RVG zu berücksichtigen. Der erschienene Rechtsanwalt soll die Terminsgebühr – abgesehen von dem Fall seines Vertretenmüssens hinsichtlich der Terminsaufhebung – nur dann nicht erhalten, wenn er rechtzeitig von der Aufhebung oder Verlegung des Termins in Kenntnis gesetzt worden ist. Würde der Rechtsanwalt, der bereits zu dem Gericht unterwegs ist, wenn er von der Terminsaufhebung Kenntnis erlangt, nicht in den Kreis der erschienenen Rechtsanwälte miteinbezogen, würde dies mithin zu einem erhebli-

**Begriff des Erscheinens/  
geplatztter Termin**

**Historische, teleologische und  
systematische Betrachtung**

chen Wertungswiderspruch führen. Diesen Wertungswiderspruch könne man – so das LG – allein dadurch vermeiden, dass man – wie es das OLG München, ohne dies so klar auszusprechen, wohl vertreten will (vgl. RVGreport 2008, 109 = StRR 2008, 199) – jede Kenntniserlangung des Rechtsanwalts vor Erreichen des Gerichtsgebäudes als rechtzeitig im Sinne der Vorbemerkung 4 Abs. 3 Satz 3 VV RVG ansehen und damit auch dem im Gericht erschienenen Rechtsanwalt die Terminsgebühr ungeachtet des Zeitpunktes seiner Kenntniserlangung stets versagen würde. Diese Auslegung könne indessen nicht überzeugen, denn sie würde den Begriff „rechtzeitig“ gänzlich entleeren und mithin überflüssig machen, was ersichtlich nicht dem Regelungsanliegen des Gesetzgebers entspräche.

Für die Frage, wann eine Kenntniserlangung von dem Nichtstattfinden eines Termins rechtzeitig ist, legt das LG einen Maßstab an, der dem Rechtsanwalt bei der gebotenen Flexibilität seiner Arbeitsorganisation noch eine anderweitige Nutzung zumindest eines Großteils seiner für den Termin vorgesehenen Arbeitszeit ermöglicht. Das sei nach Auffassung des LG der Fall, wenn wie in dem Fall des Beschlusses des OLG München vom 4.8.2014 (OLG München RVGreport 2015, 66 = StRR 2014, 451) die Terminsaufhebung dem Rechtsanwalt am Vortag des geplanten Termins zur Kenntnis gelange. Dies habe der Nebenklägerbeistand hier auch offensichtlich zugrunde gelegt, denn er habe die Festsetzung einer Terminsgebühr für einen ausgefallenen Termin am 8.10.2019 nicht beantragt. Ob insoweit auch eine Mitteilung am Terminstag selbst, wenige Stunden oder gar Minuten vor dem geplanten Terminsbeginn vor dem Hintergrund des Regelungsanliegens der Entschädigung für eine Terminsvorbereitung noch ausreichend sein könne, müsse nicht entschieden werden. Denn jedenfalls der bereits auf dem Wege befindliche Rechtsanwalt könne – wenn dem Begriff überhaupt eine Bedeutung beigemessen werden solle – in aller Regel nicht mehr als rechtzeitig informiert gelten. Ausnahmen mögen bei besonders langen Anreisen per Zug oder mit Chauffeur, die eine Arbeit von unterwegs ermöglichen, in Betracht zu ziehen sein, wenn der Rechtsanwalt Kenntnis von der Terminsaufhebung noch geraume Zeit vor Eintreffen bei Gericht erlangt.

Den geltend gemachten Längenzuschlag nach Nr. 4122 VV RVG hat das LG hingegen nicht gewährt. Grundsätzlich seien Sitzungsunterbrechungen zwar nicht von der Dauer der Hauptverhandlung abzuziehen. Etwas anderes gelte jedoch, wenn das Gericht eine Mittagspause macht. Diese sei unabhängig von ihrer tatsächlichen Dauer mit 30 Minuten in Abzug zu bringen (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 11.1.2010 – 1 Ws 634/09). Bei der Unterbrechung des Hauptverhandlungstermins von 12:22 Uhr bis 13:05 Uhr habe es sich um eine Mittagspause gehandelt. Dies folge aus dem zur Mittagszeit gelegenen Unterbrechungszeitpunkt, was auch daraus erkennbar werde, dass bereits dem Ladungsplan nach die Zeugen weitgehend im Halbstundentakt geladen waren, jedoch nach dem auf 11:30 Uhr geladenen Zeugen pp. die Zeugenvernehmungen erst um 13:00 Uhr ihren Fortgang finden sollten. Damit sei erkennbar, dass der Vorsitzende von vorneherein eine Mittagspause eingeplant und diese letztlich umgesetzt habe.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Eine hinsichtlich der Terminsgebühr sehr schön begründete Entscheidung des LG, die zu dem m.E. zutreffenden Ergebnis führt, dass in dem Fall die Terminsgebühr nach Vorbem. 4 Abs. 3 VV RVG auf jeden Fall entstanden war. Wenn nicht hier, wann denn dann? Die Auffassung des OLG München, mit der sich das LG auseinandersetzt, führt nämlich dazu, dass in den Fällen sonst nie eine Terminsgebühr entstehen und der Anwendungsbereich der Regelung gegen null gehen würde. Denn wenn der Rechts-

**Wann ist Kenntnis erlangt?**

**Längenzuschlag**

**Sehr schön begründete Entscheidung**

anwalt weitergefahren wäre, um im Gerichtssaal zu „erscheinen“ und so die Voraussetzungen der Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG zu erfüllen, wäre ihm im Zweifel entgegengehalten worden, dass er ja rechtzeitig Kenntnis erlangt hatte und damit nach Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 3 VV RVG die Terminsgebühr eben doch nicht entstanden ist. Das wären dann die vom OLG München gegen das Entstehen der Gebühr auch bemühten „Abgrenzungsschwierigkeiten“, die das LG nicht sieht. Denn es ist zutreffend, wenn es darauf hinweist, dass das Finden von rechtssicheren und handhabbaren, aber auch im Einzelfall gerechten Lösungen für Grenzfälle zu der originären Aufgabe der Rechtsprechung gehört, der sie sich weder entziehen darf noch kann.

2. Widersprechen muss man m.E. dem LG insoweit, als es unter Hinweis auf den Beschluss des OLG München vom 4.8.2014 (OLG München RVGreport 2015, 66 = StRR 2014, 451) offenbar der Auffassung ist, eine Terminsaufhebung am Vortag des geplanten Termins gelange dem Rechtsanwalt immer rechtzeitig zur Kenntnis. Das mag in den meisten Fällen zutreffen, m.E. jedoch nicht, wenn der Rechtsanwalt zu mehreren nacheinander terminierten Hauptverhandlungsterminen angereist ist, von denen einer kurzfristig abgesetzt wird, wovon der Rechtsanwalt aber erst am Gerichtsort erfährt. Das war die Fallgestaltung in dem vom OLG München (a.a.O.) entschiedenen Fall. Der ist sicherlich nicht vergleichbar mit der vom LG angeführten normalen Terminsabsage am Vortag des Hauptverhandlungstermins.

3. Eine ganz andere Frage ist, ob man in den Fällen der (kurzfristigen) Terminsabsage überhaupt den Streit um die Auslegung der Vorbem. 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG weiterführen muss oder ob sich nicht eine andere Argumentation aufdrängt. Denn geht man mit der zutreffend h.M davon aus, dass die Terminsgebühr auch die konkrete Vorbereitung des jeweiligen Hauptverhandlungstermins abdeckt (vgl. z.B. OLG Jena StV 2006, 204 = RVGreport 2006, 423 = JurBüro 2005, 470; OLG Hamm AGS 2006, 498 = JurBüro 2006, 591; OLG Oldenburg JurBüro 2007, 528; LG Hamburg JurBüro 2008, 312 = AGS 2008, 343), dann ist die Terminsgebühr bereits mit der Vornahme der Vorbereitungsarbeiten entstanden und kann nach dem Rechtsgedanken des § 15 Abs. 4 RVG durch die Absage des Termins nicht wieder entfallen. Zumindest ist diese Überlegung aber ein zusätzliches Argument für die Richtigkeit der vom LG Magdeburg vertretenen Auffassung.

4. Das LG hat die Beschwerde gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 33 Abs. 3 Satz 2 RVG hinsichtlich der Zubilligung der fiktiven Terminsgebühr zugelassen. Man darf gespannt sein, ob und wie dann ggf. demnächst das OLG Naumburg entscheidet. Es wird bei der überzeugenden Argumentation des LG nicht so ganz einfach sein.

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

**Widerspruch bei Anreise am Tag vor dem Termin**

**Normale Terminsgebühr?**

**Beschwerde zugelassen**

---

## Impressum

---

### Herausgeber:

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

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bezugspreis (jährlich):

114 EUR zzgl. MwSt.

### Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende gegenüber dem Verlag erfolgen.

ISSN 1864-7200



ZAP Verlag GmbH  
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 0228-91911-62 · Fax: 0228-91911-66  
service@zap-verlag.de  
Ansprechpartnerin im Verlag: Bettina Schwabe

### Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

### Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die ZAP Verlag GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der ZAP Verlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.