

NStZ

B 6276

Neue Zeitschrift für Strafrecht

In Zusammenarbeit
mit der Neuen Juristischen
Wochenschrift

herausgegeben von
Prof. Dr. Frank Arloth
Dr. Bernhard Böhm
Prof. Dr. Thomas Fischer
Dr. Peter Frank
Dr. Margarete Gräfin von Galen
Prof. Dr. Markus Jäger
Prof. Dr. Christoph Knauer
Dr. Daniel M. Krause
Prof. Dr. Hans Kudlich
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Herbert Landau
Prof. Dr. Klaus Letzgun
Dr. Klaus Miebach
Prof. Dr. Henning Radtke
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Hartmut Schneider

www.nstz.de



2/2019

5. Februar 2019
39. Jahrgang S. 57–112

Aus dem Inhalt

F. Rose

Die Bedeutung des Erziehungsgedankens bei der
Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld 57

R. Wehowsky

Zur Justage – Befangenheitsgesuche und Beweisanträge 59

J. Schäuble/P. Pananis

Subjektive Beschränkungen des Bruttoprinzips nach
neuem Einziehungsrecht (§ 73 d Abs. 1 StGB) 65

A. Stegbauer

Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und
Äußerungsdelikten 72

BGH

Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bei Bankrott
(*Praxiskommentar von F. Bittmann*) 83

BGH

Falschbeurkundung im Amt durch Erteilung der
HU-Prüfplakette
(*Praxiskommentar von Dr. M. Weidemann*) 87

BGH

Tatbestandliche Teilüberschneidung zweier
BtM-Delikte
(*Praxiskommentar von J. Patzak*) 97

KG

Akteneinsicht des Nebenklägervertreters 110



Strafverfahrensrecht

17 Abgrenzung Strafverteidigung/Strafvereitelung

StPO § 138 a, § 97 I Nr. 3; StGB § 258

Vereitelt ein Strafverteidiger die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen, für die kein Beschlagnahmeverbot besteht, indem er absichtlich oder wissentlich falsche Angaben zu seinem Besitz an diesen macht, überschreitet er die Grenzen zulässiger Verteidigung. Ein solches Verhalten erfüllt den Tatbestand der Strafvereitelung, wenn dadurch das Strafverfahren gegen den Mandanten zumindest für geraume Zeit verzögert wird.

BGH, *Beschl. v. 8.8.2018 – 2 ARs 121/18, 2 AR 69/18 (OLG Oldenburg)*

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner sofortigen Beschwerde gegen den gemäß § 138 c Abs. 1 S. 1, § 138 a Abs. 1 Nr. 3 StPO ergangenen Beschluss des OLG, durch den er von der Mitwirkung als Verteidiger in dem Verfahren 2 KLS 950 Js 8347/14 (60/16) des LG Oldenburg ausgeschlossen wurde.

Nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die StA Oldenburg legt dem Angekl. N Steuerhinterziehung in 27 Fällen mit einem Steuerschaden von insgesamt 1.190.633,30 Euro zur Last. Der Vorwurf gründet sich auf die Annahme, der Angekl. habe Rechnungen der Firma H des Zeugen G über angebliche Lieferungen von Paletten verwendet, um deren Bezahlung als Betriebsausgaben steuerlich geltend zu machen, obwohl tatsächlich keine Warenlieferungen erfolgt seien. Die fehlerhafte Angabe solcher Betriebsausgaben habe Einkommens-, Gewerbe- und Umsatzsteuer-Erklärungen für die Jahre 2005 bis 2011 sowie Umsatzsteuervoranmeldungen für die Zeit von Januar 2012 bis November 2013 betroffen. Der hinreichende Tatverdacht ist u. a. darauf gestützt, dass bei Betriebsprüfungen der Firma H keine Hinweise auf dortigen Handel mit Paletten vorlagen.

Das LG begann die Hauptverhandlung gegen den Angekl. N am 15.5.2017. In der Hauptverhandlung beantragte die StA die Beschlagnahme von Buchführungsunterlagen betreffend die Firma H. Solche Unterlagen waren bei Durchsuchungen der Räume des Angekl. im Vorverfahren nicht gefunden worden. Danach hatte der Beschwerdeführer der Steuerfahndung telefonisch mitgeteilt, dass keine Unterlagen, sollten sie vorhanden sein, herausgegeben würden. Mit einer Schutzschrift reichte der Beschwerdeführer unter dem 9.7.2015 Kopien eines Teils der Rechnungen der Firma H und Lieferscheine zu den Akten. In der Hauptverhandlung am 12.6.2017 legte er dem Gericht weitere Kopien vor und erklärte, der Angekl. habe sich an extern gelagerte Buchführungsunterlagen erinnert. Es sei beabsichtigt, sämtliche Rechnungen aus den Jahren 2004 bis 2010 vorzulegen. Im Verhandlungstermin am 13.6.2017 übergab der Beschwerdeführer dem Gericht einen Stehordner mit Originalen von Lieferscheinen und Kopien von Rechnungen. Am 15.6.2017 legte er zwei weitere Rechnungskopien vor. Jedoch blieb die Vorlage restlicher Unterlagen aus. Durch Beschluss vom 19.6.2017 ordnete das LG die Beschlagnahme der bei dem Angekl. selbst sowie dem Beschwerdeführer gelagerten Buchführungsunterlagen an und setzte die Hauptverhandlung aus.

Durch Telefax vom 20.6.2017 teilte der Beschwerdeführer der Ermittlungsbehörde mit, die gesuchten Unterlagen befänden sich in einer vom Angekl. genutzten Garage. Das dort vorhandene Material wurde an Beamte der Steuerfahndung herausgegeben, die Auswertung ergab jedoch, dass sich dabei keine Buchführungsunterlagen für das Geschäftsjahr 2011 befanden und keine die Firma H betreffenden Lieferscheine, obwohl Register in Stehordnern darauf hinwiesen. Deshalb suchten die Ermittlungsbeamten am 25.9.2017 die Kanzlei des Beschwerdeführers auf. Dieser erklärte, dass er im Besitz verschiedener Ordner mit Buchführungsunterlagen sei, die sich in seinem Wohnhaus befänden. Später korrigierte er diese Bemerkung dahin, dass es sich nur um eine Tüte mit Lieferscheinen handele. Im Übrigen sei er nicht im Besitz von Buchführungsunterlagen der genannten Art. Die Beamten suchten mit dem Beschwerdeführer dessen Wohnhaus auf, wo er die Tüte herausgab, die

Stehordner enthielt, in denen sich aber keine Unterlagen zur Firma H befanden. Eine Sichtung von Umzugskartons mit der Aufschrift N ergab, dass sich dort unter Verteidigungsunterlagen auch Originalrechnungen und Lieferscheine der Firma H sowie Kontoauszüge und Einzahlungsbelege befanden. Diese wurden beschlagnahmt. Der Beschwerdeführer erklärte danach, dass er über keine weiteren Beweismittel verfüge. Diese Angabe war unzutreffend, denn tatsächlich hatte er zwei Stehordner mit Buchführungsunterlagen, darunter einen Ordner mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“, der Karteikarten über Buchungen, Lieferscheine und Rechnungen der Firma H im Original enthielt.

Eine Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die Durchsuchung und Beschlagnahme wurde vom OLG durch Beschluss vom 1.12.2017 (1 Ws 567/17) verworfen.

Die StA hat die Vorlage der Sache an das OLG zur Entscheidung über die Ausschließung des Beschwerdeführers als Verteidiger beantragt.

Nach Zustellung dieses Antrags an den Beschwerdeführer erschien dieser am 29.12.2017 bei dem Vorsitzenden der StrK, bat um Verlängerung der Frist zur Stellungnahme und übergab eine Verteidigungsschrift für den Angekl. N. Er erklärte, bei der weiteren Fallbearbeitung habe er zwei Ordner mit Originalurkunden gefunden. Er überreichte dem Vorsitzenden den Ordner mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“.

Das LG hat durch Beschluss vom 8.1.2018 die Sache dem OLG vorgelegt. Dieses hat am 20.2.2018 die Ausschließung des Beschwerdeführers als Verteidiger angeordnet und im Wesentlichen dazu ausgeführt, es bestehe der dringende Verdacht einer zumindest versuchten Strafvereitelung, weil der Beschwerdeführer am 25.9.2017 wahrheitswidrig behauptet habe, er verfüge über keine weiteren Beweisurkunden, wobei er aber Ordner mit Buchführungsunterlagen zurückgehalten habe. Dadurch habe er die Grenze zulässigen Verteidigungshandelns überschritten. Es sei auch von einem Strafvereitelungsvorsatz auszugehen. Dieser ergebe sich aus den Umständen des Geschehensablaufs. Der Beschwerdeführer habe um die besondere Beweisbedeutung der Buchführungsunterlagen gewusst. Sein falscher Hinweis an die Beamten, das gesuchte Material befände sich in der Garage, habe auf Verfahrensverzögerung abgezielt. Unter den gegebenen Umständen sei es fernliegend, dass ihm das Vorhandensein der Buchführungsunterlagen in seinen Räumen aus dem Blick geraten sei. Erstmals in der mündlichen Verhandlung habe er behauptet, der Stehordner mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“ sei versehentlich unter ein Sideboard geraten und erst nachträglich von ihm entdeckt worden. Das sei ungläubhaft.

Mit der sofortigen Beschwerde beanstandet der Beschwerdeführer vor allem die Annahme vorsätzlichen Handelns. Das OLG habe seine Überraschung durch das Erscheinen der Beamten, seine damalige Überforderung und die Unübersichtlichkeit der Materialmenge verkannt. Die Unterlagen habe er abwechselnd in der Kanzlei oder in seinem Arbeitszimmer im Wohnhaus ausgewertet, weshalb sie zwischen beiden Orten hin und her transportiert worden seien; dabei sei Unordnung entstanden. Die gesuchten Rechnungen habe er erst zuletzt entdeckt. Dies sei ohne Einfluss auf das Strafverfahren. In der ersten Hauptverhandlung seien bereits alle Zeugen vernommen gewesen und das Gericht habe einen Freispruch in Aussicht gestellt. Am 25.9.2017 habe ausreichend Zeit bestanden, „den relativ bescheidenen Umfang der Unterlagen problemlos ergänzend auszuwerten.“

Die sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg.

Aus den Gründen: II. Die sofortige Beschwerde ist un begründet. Die formellen Voraussetzungen für die Ausschließung des Beschwerdeführers als Verteidiger liegen vor. Es besteht auch der dringende Verdacht einer Strafvereitelung durch den Beschwerdeführer, weshalb er zu Recht gemäß § 138 a Abs. 1 Nr. 3 StPO von der Mitwirkung an dem Strafverfahren gegen den Angekl. N als Verteidiger ausgeschlossen ist.

1. Strafvereitelung begeht, wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird. Zur Vollendung der Tat genügt es, wenn die Ahndung des begünstigten Täters wegen der Handlung des Täters der Strafvereitelung für geraume

11

12

Zeit unterbleibt (vgl. *BGH* Urt. v. 4.8.1983 – 4 StR 378/83, *NJW* 1984, 135; *Senat* Beschl. v. 21.12.1994 – 2 StR 455/94, *BGHR* StGB § 258 Abs. 1 Vollendung 1). Dies entspricht sowohl dem Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB („... zum Teil vereitelt ...“) als auch dem Willen des Gesetzgebers (vgl. *BT-Dr.* 7/550, 249). Eine Strafvereitelung in diesem Sinn kann auch durch Vereitelung des staatlichen Beschlagnahmезugriffs auf Beweisgegenstände durch einen Strafverteidiger begangen werden. So gehen etwa wahrheitswidriges Bestreiten des Besitzes gesuchter Beweisurkunden und ein falscher Hinweis auf einen anderweitigen Belegenheitsort zur Vereitelung eines bevorstehenden Beschlagnahmезugriffs über die Grenzen zulässiger Strafverteidigung hinaus. Ein solches Verhalten erfüllt den Tatbestand der Strafvereitelung, wenn dadurch der Abschluss des staatlichen Strafverfahrens für geraume Zeit verzögert wird und der Strafverteidiger absichtlich oder wissentlich handelt. Hierzu gilt:

3 a) Der Strafverteidiger darf, sofern der Besitzverschaffung oder dem Besitz jedenfalls kein Verbotstatbestand entgegensteht, allgemein Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, in Besitz nehmen, um sie für Verteidigungszwecke auszuwerten. Soweit sie ihm von einem anderen zur Auswertung für Verteidigungszwecke überlassen wurden, hat er sie nach Erledigung dieser Aufgabe unverzüglich zurückzugeben. Unaufgefordert muss er sie nicht den Ermittlungsbehörden oder dem Strafgericht ausliefern (vgl. *Müller/Leitner* in *Widmaier/Müller/Schlottbauer* [Hrsg.], *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2. Aufl. 2014, § 39 Rn. 55).

4 Anders liegt es, wenn durch die Ermittlungsbehörde oder das Strafgericht die Herausgabe solcher Beweismittel, die nicht originär durch die Verteidigung hervorgebracht wurden, verlangt (§ 95 Abs. 1 StPO) oder deren Beschlagnahme (§ 94 Abs. 2 StPO) angestrebt wird. In diesem Fall darf der Verteidiger solche Beweismittel, die nicht spezifisches Verteidigungsmaterial darstellen, nicht dem staatlichen Zugriff entziehen, indem er sie verborgen hält oder falsche Angaben zum Belegenheitsort macht. In Bezug auf solche Beweismittel, namentlich „verfängliche Geschäftsunterlagen“ (*Dann* *NJW* 2015, 2609, 2612), besteht kein Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. *G. Schäfer* in *FS Ha-nack*, 1999, S. 77, 97).

5 § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO betrifft, wie sich aus dem Regelungszusammenhang mit § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO ergibt, nur Gegenstände, die im Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Mandanten entstanden sind, oder die spezifisches Verteidigungsmaterial darstellen, auf das sich das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten erstreckt. Er erfasst nicht solche Beweisurkunden, die keine Kommunikationsinhalte aus dem Mandatsverhältnis verkörpern und keine originären Verteidigungsunterlagen, sondern unabhängig davon entstandene Beweismittel sind. Auch nach dem Regel- und Ausnahmeverhältnis zwischen der grundsätzlichen Verwertbarkeit von Sachbeweisen zur Wahrheitserforschung im Strafverfahren und dem Beschlagnahmeschutz ist, unbeschadet des weiten Wortlauts der Norm, keine Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO dahin geboten, dass er sich auf Beweismittel erstreckt, welche als „Überführungsstücke“ in Frage kommen. Auch § 160a StPO ist insoweit nicht anzuwenden (vgl. *BVerfG* Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 1780/17, *NJW* 2018, 2385, 2387 ff. mwN).

6 Der Verteidiger darf „Überführungsstücke“, auf die ein staatlicher Beschlagnahmезugriff zielt, nicht in seinen Räumen verstecken (vgl. *Müller/Leitner* aaO Rn. 56). Sein Man-

dat soll nicht dazu genutzt werden können, gesuchten Beweisgegenständen „Asyl“ zu gewähren (vgl. *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2018, Rn. 2361; *SSW-StPO/Eschelbach* 3. Aufl. 2018, § 97 Rn. 34; *LR-StPO/Menges* 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 93; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 39; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 33 Rn. 20; aA *SK-StPO/Wohlers/Greco* 5. Aufl. 2016, § 97 Rn. 92 f.). Erst recht gestattet keine der Regelungen zum Schutz des Vertrauensverhältnisses gemäß §§ 53, 97, 160a, 148 StPO es dem Strafverteidiger, falsche Angaben über seinen Besitz an Beweisgegenständen zu machen.

b) Die Pflicht zum Unterlassen der Vereitelung eines Beschlagnahmезugriffs gilt auch dann, wenn Beweisgegenstände dem Verteidiger zur Auswertung übergeben wurden und dieser noch keine Kenntnis vom Inhalt genommen hat (vgl. *LR-StPO/Menges* aaO); denn die Verwertung durch die staatlichen Strafverfolgungsorgane besitzt Vorrang, während sich die Verteidigung im Fall der Beschlagnahme mit Kopien von Beweisurkunden oder mit der Besichtigung der Beweisgegenstände begnügen muss (vgl. *G. Schäfer* aaO). Es kann nicht im Belieben des Verteidigers stehen, ob und wann er die Beweisgegenstände den Strafverfolgungsorganen, die danach suchen, herausgibt.

2. Danach liegt bei vorläufiger Bewertung der Sach- und Rechtslage mit hoher Wahrscheinlichkeit ein derartiger Fall der Strafvereitelung vor.

a) Die Rechnungsurkunden und Lieferscheine, auf die sich die Suche der Ermittlungsbeamten im Auftrag des Gerichts bezog, sind Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können (§ 94 Abs. 1 StPO). Sie sind offensichtlich von Beweisbedeutung für die nach § 244 Abs. 2 StPO gebotene Prüfung, ob der Angekl. N sie im Zusammenhang mit bloßen Scheingeschäften zur Steuerhinterziehung verwendet hat; denn sie beziehen sich auf angebliche Lieferungen von Paletten an den Mandanten des Beschwerdeführers, für deren Ausführung bei der Firma H. nach den Ermittlungen der Steuerfahndungsbehörde keine Hinweise zu finden waren.

b) Eine Vereitelung des staatlichen Zugriffs auf diese Beweisgegenstände lag zunächst darin, dass der Beschwerdeführer der Ermittlungsbehörde nach Erlass des Beschlagnahmebeschlusses des LG vom 19.6.2017 am 20. Juni 2017 wahrheitswidrig mitteilte, die gesuchten Unterlagen befänden sich in der von seinem Mandanten genutzten Garage. Tatsächlich befanden sich wesentliche Beweisstücke in seinen Räumen. Diese Tatsache kann daraus gefolgert werden, dass der Beschwerdeführer schon zuvor einzelne der fraglichen Unterlagen, zumindest zum Teil nur in Kopie, in der Hauptverhandlung dem Gericht vorgelegt hatte.

Eine weitere Vereitelungshandlung lag darin, dass der Beschwerdeführer bei der Sichtung des in seinen Räumen befindlichen Materials durch die Ermittlungsbeamten nach Auffinden einzelner der gesuchten Urkunden erklärte, dass er über keine weiteren Beweismittel dieser Art verfüge, obwohl er jedenfalls noch den Ordner mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“ besaß, der wichtige Beweisurkunden der gesuchten Art enthielt.

c) Dadurch, dass der Beschwerdeführer den genannten Ordner erst am 29.12.2017 – nach Zustellung des Antrags der StA auf Vorlage der Sache an das OLG – dem Vorsitzenden der *StrK* übergeben hat, hat er die Auswertung dieser Unterlagen durch die Ermittlungsbehörde und das Gericht gegenüber einer möglichen Herausgabe unmittelbar nach Erlass

des Beschlagnahmebeschlusses für rund ein halbes Jahr, gegenüber einer Zulassung der Beschlagnahme am 25.9.2017 um rund drei Monate verzögert. In beiden Konstellationen hat er objektiv eine Verzögerung des Abschlusses des Strafverfahrens für geraume Zeit verursacht.

- 23 d) Es ist auch von dem dringenden Verdacht eines absichtlichen oder wissentlichen Handelns des Beschwerdeführers auszugehen. Seine angespannte Lage am 25.9.2017 entkräftet diesen Verdacht nicht.
- 24 Der Zusammenhang zwischen der Vorlage eines Teils der Beweisurkunden durch den Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung am 12., 13. und 15.6.2017, der Beschlagnahmeanordnung der *StrK* vom 19.6.2017, den Maßnahmen zur Vollstreckung dieser Anordnung am 20.6.2017 und den Reaktionen des Beschwerdeführers legt dessen Wissen um seinen eigenen Besitz an den Beweisurkunden dringend nahe. Er hatte einen Teil des gesuchten Materials bereits ausgewertet und wollte dies später fortsetzen. Dazu hatte er die Urkunden zur Verfügung und er hat sie nach seiner Darstellung zwischen der Kanzlei und seiner Wohnung hin und her transportiert. Dem Stehordner mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“ hatte er bereits einzelne Belege entnommen, die er in der Hauptverhandlung dem Gericht, zum Teil nur als Kopie, präsentiert hat. Die auch gegen ihn selbst gerichtete Beschlagnahmeanordnung hatte ihm verdeutlicht, dass das *LG* davon ausging, er sei im Besitz gesuchter Unterlagen. Um welche Urkunden es ging, konnte nicht zweifelhaft sein. Das wurde von den Beamten, welche die Beschlagnahmeanordnung vollziehen sollten, nochmals erläutert, bevor der Beschwerdeführer den Besitz weiterer Unterlagen über die sichergestellten Einzelstücke hinaus wahrheitswidrig in Abrede stellte. Die Herausgabe des Stehordners mit der Aufschrift „Rech. H. 2004-2010“ an den Vorsitzenden der *StrK* erfolgte erst nach Zustellung des staatsanwaltschaftlichen Antrags auf Vorlage der Sache zum Verteidigerausschluss an den Beschwerdeführer. Sie beruhte damit ersichtlich auf dem durch die Antragsmitteilung entstandenen Handlungsdruck. Diese Umstände begründen in der Gesamtschau den dringenden Verdacht, dass es dem Beschwerdeführer bei seinen falschen Mitteilungen am 20.6. und 25.9.2017 darum ging, der Ermittlungsbehörde und dem Gericht die Unterlagen jedenfalls bis zum Abschluss der eigenen Auswertung vorzuenthalten; dazu war er jedoch nicht berechtigt.
- 25 Nach Lage der Dinge insbesondere mit Blick auf die zur Beschlagnahme und Auswertung der Unterlagen erfolgten Aussetzung der Hauptverhandlung, konnte es für den Beschwerdeführer schließlich nicht zweifelhaft sein, dass durch die Vereitelung der Urkundenbeschlagnahme der Abschluss des Strafverfahrens für geraume Zeit verzögert würde.

Praxiskommentar von Prof. Dr. Jan Bockemühl, Regensburg

Hard cases make bad law – Dieser Satz soll im Jahr 1904 von US Supreme Court Justice *Oliver Wendell Holmes Jr.* gesagt worden sein. *Holmes* wollte mit dieser Äußerung betonen, dass extreme Fälle – aufgrund ihrer speziellen, individuellen Bedeutung – nicht geeignet sind als Grundlage für allgemeine Rechtsprobleme zu dienen.

Richtig verstanden bedeutet der Ausspruch von *Holmes* aber auch, dass manche Fälle (hard oder bad cases) nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden sollten, um eine Judikatur zu verhindern, die in eine falsche Richtung weisen kann. Anders gesagt: ein Rechtsmittel will in sämtlichen Fällen wohl überlegt sein!

So liegt der Fall hier!

Der 2. *Strafsenat* hat sich wiederholt mit der Problematik des Verteidigerausschlusses nach §§ 138a ff. StPO und der Abgrenzung zwischen zulässigem Verteidigungsverhalten und strafbarer Strafvereitelung befasst. Die nunmehr ergangene Entscheidung liegt „im Trend“. Sie beinhaltet mit der (prozessualen) Frage nach dem zulässigen Verteidigungsverhalten und der (materiellen) Frage nach dem Vorliegen einer ggf. vollendeten Strafvereitelung zwei Seiten ein und derselben Medaille.

Die Strafprozessordnung enthält nur wenige Regelungen über die Rechte und Pflichten des Verteidigers. Sie geht stillschweigend davon aus, dass Verteidigung grundsätzlich sämtliche Handlungen zustehen, welche dem Schutz und den Belangen des Beschuldigten dienen. Dieses ergibt sich unmittelbar aus der Beistands- und Schutzaufgabe des § 137 Abs. 1 S. 1 StPO und § 1 Abs. 3 BORA. Verteidigungsverhalten findet seine Grenzen allerdings in den allgemeinen Strafgesetzen. Dabei gilt, dass strafprozessual zulässiges Verteidigerverhalten niemals strafbar ist!

Dem Beschluss ist zuzustimmen, dass das Verhalten des Beschwerdeführers die Grenzen zulässigen Verteidigungsverhalten überschritten hat. Der *Senat* erkennt das Recht der Verteidigung Beweismittel zum Zwecke der Verteidigung in Besitz zu haben (Rn. 13) an. Dieses Recht der Verteidigung ergibt sich inzwischen unstreitig aus dem Recht von Verteidigung auf Durchführung eigener Erhebungen (vgl. nur *Strafrechtsausschuss der BRAK* Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. 2015, Thesen 25 ff.). Eine „Spielart“ der eigenen Erhebungen der Verteidigung stellt die Untersuchung oder Auswertung von potentiellen Beweismittel – ggfs. mit Hilfe von Sachverständigen – dar. Sind diese, im Besitz der Verteidigung befindlichen, sachlichen Beweismittel belastend für den Mandanten, so darf der Verteidiger diese den Ermittlungsbehörden nicht entziehen oder gar unbrauchbar machen (Thesen zur Strafverteidigung, aaO, These 25 Anm. 4). Das Recht der Verteidigung auf eigene Erhebungen gestattet nicht, dass Überführungsstücke den Strafverfolgungsbehörden vorenthalten werden. Es besteht kein „Asylrecht für potentielle Beweismittel“ unter dem Deckmantel der Verteidigung (SK-StPO/*Wohlers/Greco* § 97 Rn. 93).

Der Verteidiger ist – wie der *Senat* ausführt – nicht verpflichtet von sich aus tätig zu werden und die von ihm als beweisrelevant erkannten Beweismittel den Ermittlungsbehörden anzubieten (Rn. 13).

Wird der Verteidiger allerdings – wie im vorliegenden Fall – von den Strafverfolgungsbehörden aufgefordert, die in seinem Besitz befindlichen Beweismittel herauszugeben, so darf er nicht den Besitz leugnen. Insofern gilt: alles was der Verteidiger sagt muss wahr sein, aber nicht alles was wahr ist darf der Verteidiger sagen. Die Wahrheitspflicht gilt bzgl. der Tatsache des Besitzes als auch hinsichtlich der Aufbewahrungsortlichkeit. Eine aktive Täuschung der Strafverfolgungsbehörden verbietet sich in jedem Fall! Ggf. hat der Verteidiger – sollten bei ihm Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Sicherstellung des Beweisgegenstandes bestehen – auf eine förmliche Beschlagnahme zu bestehen.

In einem zweiten Schritt subsumiert der *Senat* das Handeln des Verteidigers „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ als Strafvereitelung. Dabei verfestigt der *Senat* die kühne Behauptung auch anderer Strafsenate in früheren Entscheidungen, dass „zur Vollendung der Tat es genügt, wenn die Ahndung des begünstigten Täters wegen der Handlungen des Täters der Strafvereitelung für geraume Zeit unterbleibt“ (Rn. 12). Der

Senat behauptet eine Vollendung bei schlichter Verurteilungsverzögerung. Das ist – in dieser Allgemeinheit – falsch. Das Gesetz spricht in § 258 Abs. 1 StGB von „ganz“ oder „zum Teil vereitelt“. Eine Teilvereitelung liegt vor, wenn eine mildere Sanktion als die eigentlich angemessene verhängt wird. Eine bloße „spätere“, aber schuldangemessene Verurteilung ist keine Teilvereitelung. Eine Verfahrensverzögerung wird erst dann zu einer Teilvereitelung iSv § 258 Abs. 1 StGB, wenn diese bei der Strafzumessung zu einer geringeren Strafe führen würde. Dieses wäre zB dann der Fall, wenn eine überlange Verfahrensdauer zu einer strafmildernden Strafzumessungsentscheidung führen würde (Schönke/Schröder/Streef/Kinzig StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 57 ff).

18 Inhaltliche Kontinuität zwischen Beweisbeschluss und Urteilsinhalt

StPO § 244 III 2

Weist der Tatrichter einen Beweisantrag wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurück, darf er sich im Urteil zu Einzelheiten der Ablehnungsbegründung nicht in Widerspruch setzen. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Beschl. v. 26.9.2018 – 2 StR 283/18 (LG Köln)

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. A wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Ihr liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde:

In der Hauptverhandlung beantragte der sich nicht einlassende Angekl. die Einholung eines morphologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, dass auf dem Video der Überwachungskamera aus dem Edeka-Markt in K zum Tatgeschehen am 1.10.2016 eine andere Person als er zu sehen ist. Dieses werde ergeben, dass er bereits aufgrund seiner körperlichen Statur im September/Oktober 2016 die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen habe, da der Täter auf dem Video eine andere (Körper-)Statur aufweise als er selbst. Der Sachverständige werde aufgrund des vorliegenden Bildmaterials die im Beweisantrag genannten Feststellungen treffen können.

Das LG hat den Beweisantrag zurückgewiesen, weil das angegebene Beweismittel völlig ungeeignet sei. Es sei nicht möglich, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, die er für sein Gutachten bedürfe. Es könne dahinstehen, ob die von der Verteidigung eingereichten Lichtbilder überhaupt die Körperstatur abbildeten, die der Angekl. am Tattag gehabt habe. Selbst wenn man dies unterstelle, könne das unter Beweis gestellte Beweisergebnis mit dem angebotenen Beweismittel nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielt werden. Die Videoaufzeichnungen seien von mäßiger Qualität und relativ unscharf. Aus ihnen ließen sich keine individualtypischen Merkmale des größeren und nach den Bekundungen der Zeugen männlichen Täters erkennen. Der Täter sei vollständig vermmummt, trage eine langärmelige, nicht eng anliegende Jacke mit einer Kapuze, die einige Zentimeter ins Gesicht rage, und eine nicht eng anliegende Hose. Im Gesicht sei der Täter maskiert, freie Gesichtspartien seien nicht zu erkennen. Welche Schuhe der Täter trage, lasse sich aufgrund der Unschärfe der Aufzeichnung nicht erkennen. Es lasse sich weiterhin überhaupt nicht sagen, ob der Täter seine Körperstatur unter der Hose und Jacke möglicherweise durch straffe Kleidung bzw. Bandagen verengt oder durch weitere Kleidung künstlich verbreitert habe oder ob er seine Körperhöhe durch Einlagen in den Schuhen oder durch das Tragen dick besohlter Schuhe habe größer erscheinen lassen.

In den Urteilsgründen hingegen hat das LG zur Frage der Vereinbarkeit der Körperstatur des Angekl. mit dem auf der Videoaufzeichnung von der Tat zu sehenden Erscheinungsbild des Täters unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Aus den Videoaufzeichnungen der Tat ... und den Zeugenaussagen ergibt sich nicht, dass der Angekl. A aufgrund seiner Körperstatur nicht der Täter sein kann. Die Körperstatur des Angekl. ist mit den Zeugen-

aussagen ... zum Aussehen und der Statur des männlichen Täters sowie mit den Aufzeichnungen in Einklang zu bringen. Dabei mag es dahinstehen, ob die von der Verteidigung eingereichten Lichtbilder ... überhaupt die Körperstatur abbilden, die der Angekl. am 1.10.2016 hatte. Diese Körperstatur kann ohne Weiteres mit den Aufzeichnungen und den Bekundungen der Zeugen in Einklang gebracht werden.“

Aus den Gründen: 2. Darin liegt ein Verstoß gegen das Beweisantragsrecht. Dabei kann dahinstehen, ob das LG den Beweisantrag mit der Begründung zurückweisen durfte, der angebotene Sachverständigenbeweis sei ungeeignet, weil die Videoaufzeichnungen von mäßiger Qualität und relativ unscharf seien, oder ob es zuvor – wie die Revision meint – verpflichtet gewesen wäre, im Freibeweisverfahren einen Sachverständigen zu befragen, ob dieser anhand des vorliegenden Bildmaterials Aussagen zur Identität des Angekl. als Täter hätte machen können (vgl. insoweit BGH Ur. v. 1.12.2011 – 3 StR 284/11, BGH NSTz 2012, 345, 346; Beschl. v. 31.7.2013 – 4 StR 270/13, NSTz-RR 2014, 115, 116). Denn die *StrK* setzt sich in den Urteilsgründen, in denen sie im Rahmen der Beweiswürdigung zur Täterschaft des Angekl. auch die Videoaufzeichnungen zu der Feststellung heranzieht, die Körperstatur des Angekl. sei mit dem Aussehen des männlichen Täters der Tat vom 1.10.2016 in Einklang zu bringen, in Widerspruch zur Ablehnung des Beweisantrags, die sie damit begründet, der Aufzeichnung fehle die notwendige Qualität, um Grundlage eines beantragten Sachverständigengutachtens zu sein.

Das LG hat die Zurückweisung des Beweisantrags damit begründet, das vorhandene Videomaterial biete keine ausreichende Grundlage für eine sachverständige Beurteilung. Der Angekl., der die Einholung des Sachverständigengutachtens zum Ausschluss seiner Täterschaft beantragt hatte, durfte angesichts dieser Begründung davon ausgehen, dass das LG die (insoweit als Grundlage für ein Sachverständigengutachten nicht als tauglich angesehenen) Videoaufzeichnungen im Rahmen seiner Beweiswürdigung seinerseits nicht (zu seinen Lasten) heranziehen würde. Wäre das LG erst später zu der im Urteil dargelegten Überzeugung von der Vereinbarkeit von Angeklagtenstatur und Tätersaussehen im Video gekommen, wäre es gehalten gewesen, den Angekl. darauf hinzuweisen und den Beweisantrag gegebenenfalls neu zu bescheiden.

Angesichts des offensichtlichen Widerspruchs der Urteilsbegründung zur Ablehnung des Beweisantrags liegt eine Verletzung des Beweisantragsrechts vor, die zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zwingt. Der *Senat* kann nicht ausschließen, dass das LG bei ordnungsgemäßer Erhebung des Beweises und einem dem Beweisantrag entsprechenden Ergebnis der Beweiserhebung eine Täterschaft des Angekl. nicht angenommen und ihn deshalb freigesprochen hätte.

Praxiskommentar von BA b. BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider, Leipzig

1. In der vorstehenden Entscheidung thematisiert der 2. *Strafsenat* des BGH die inhaltliche Kontinuität zwischen der Begründung, mit der das Gericht einen Beweisantrag zurückweist, und dem darauf bezogenen Urteilsinhalt (siehe dazu BGH NSTz 1989, 83; BGH NSTz 2013, 118; BGH NSTz 2013, 478 f.; BGH NSTz 2013, 611 f.; BGH NSTz 2015, 179 sowie auch BGHSt 28, 310, 311; BGHSt 32, 44, 46 f.; BGHSt 40, 169, 184 f.; BGHSt 51, 364, 366; BGH NSTz-RR 2000, 13, 14). Es ist allenthalben anerkannt, dass dieser den beweisrechtsrechtlichen Umgang mit der Beweistatsache nicht konterkarieren darf (grundlegend Niemöller FS Hamm, S. 537, 539 ff.; ders. FS Schlothauer, S. 443, 444-449). Darüber hinaus ist es rechtlich nicht angängig,