

confront

Editorial

Nachruf Gerhard Jungfer

Friedrich: Nachruf an einem großen Strafverteidiger

Bockemühl: Gerhard Jungfer

»Strafverteidigung - Annäherung an einen Beruf«

Amelung: Die aus der Historie gespeiste ethische Mission des Strafverteidigers

confrontativ

Börner: Der Beweisantrag -

Abgesang und Aufruf zur Anteilnahme

Aufsätze

Meißner: Das neue Recht der Vermögensabschöpfung

Englert: Wieso sich der Zoll nicht an die Gesetze hält - Scheinselbstständigkeit am Bau

Berichte aus der Praxis

Krauße: Drohender Schadensersatz als wirksames Mittel gegen apokryphe Haftgründe

Task Force Strafrecht

Sascha Petzold

RA und FASStR, München

Gordon Kirchmann

RA, Wülfrath

Dr. Florian Englert

RA und FASStR, Schrobenhausen

Heft 3

August 2017

Liebe Leser und Autoren,

noch nie haben die Herausgeber einen so langen August wie dieses Jahr erleben müssen. Wir entschuldigen uns bei den interessiert wartenden Lesern für diese lange Zeit des Wartens. Noch mehr entschuldigen wir uns aber bei den Autoren, die teilweise unter Hochdruck rechtzeitig ihre Beiträge erarbeitet und geliefert haben und dann

Jetzt kommt die August-confront als Weihnachtsüberraschung. Das kleine Herausgeberteam hatte nicht die Zeit und Kraft gefunden, neben dem Betrieb ihrer Anwaltskanzleien, familiären Verpflichtungen ... die confront mit den von Allen, insbesondere auch von uns gewünschten Nachdruck voran zu treiben. Wir haben wohl die Kraft für ein solches Zeitschriftenprojekt unterschätzt.

Nun aber freuen wir uns, nach intensiver Nutzung der „staden Zeit“ das neue Heft präsentieren zu können.

In dieser Ausgabe ehren wir durch die Nachrufe von Kollegin *Friedrich* und den Kollegen *Bockemühl* und *Amelung* insbesondere das *Lebenswerk von Gerhard Jungfer*. *Jungfer* war ein Strafverteidiger, welcher jedem von uns zum Vorbild und zur Inspiration dienen sollte. Sein Vermächtnis sollten wir alle beim täglichen Kampf um das Recht bewahren, indem wir niemals in Routine verfallen und auch niemals vor der Konfrontation mit der Staatsmacht zurückschrecken. Wir sollen es nutzen um immer bessere Strafverteidiger zu werden!

Traurig und aktuell auch der Selbstmord eines ehemaligen Geschäftsführers in der JVA Gablingen: Er wurde durch die Ermittlungen* gegen ihn und die damit einhergehende U-Haft in den Tod getrieben. Allein dieser Fall zeigt, dass nicht nur die Verteidigung im Einzelfall (welche hier erstklassig war) notwendig und wichtig ist: Sie ist es in jedem einzelnen Strafverfahren, denn nur so ist dem stetig wachsenden Ermittlungshunger der Staatsanwaltschaft entgegenzutreten und - im Sinne Jungfers - der Verteidigungsauftrag, wie ihn unser Gesetz von uns verlangt, zu erfüllen.

* Zwei der Herausgeber sind in dem Verfahren für einen Mitbeschuldigten tätig.

Wir wünschen in diesem Sinne einen ruhigen Ausklang des Jahres 2017 und ein kämpferisches Jahr 2018!

Sascha Petzold | Gordon Kirchmann | Dr. Florian Englert



NEU

Für Ihre perfekte Abrechnung: Der einzige RVG-Kommentar nur für Straf- und Bußgeldsachen!

Bei der Rechnungsstellung für Strafrechtsmandate sind tiefgehende Kenntnisse des RVG von Nöten, denn sonst entgeht Ihnen womöglich ein Teil Ihres Honorars. Oder aber Sie nutzen den Klassiker „**RVG Straf- und Bußgeldsachen**“ von **Burhoff/Volpert**. Das unverzichtbare Standardwerk gibt auf **über 2.000 (!) Seiten praxisrelevante Antworten** auf alle vergütungsrechtlichen Fragen in Straf- und Bußgeldsachen. So werden Abrechnungen **einfacher und sind schneller erledigt**.

Nicht nur die ausschließliche Behandlung des RVG für Straf- und Bußgeldsachen macht dieses Buch so einzigartig. Dank der einmaligen Kombination von Kommentar und Handbuch **profitieren Sie von den Vorteilen** beider Welten. Im „Vergütungs-ABC“ des Handbuch-Teils finden Sie alle wichtigen Problemfelder und Kernbegriffe praxisnah erläutert.

Profitieren Sie von der **praxisnahen Aufbereitung** mit zahlreichen Formulierungs- und Abrechnungsbeispielen, Checklisten und Arbeitshilfen.

Da können Sie sicher sein, dass Sie nichts übersehen!

RVG Straf- und Bußgeldsachen

Von RiOLG a.D.
RA Detlef Burhoff und
Dipl.-Rpfl. Joachim Volpert
5. Auflage 2017
ca. 2.000 Seiten, gebunden
ca. 129,00 €
ISBN 978-3-89655-868-8
Erscheint September 2017

ZAP

Inhaltsverzeichnis

Editorial

2

Veranstaltungskalender

42

Nachruf Gerhard Jungfer

Nachruf an einem großen Strafverteidiger

Nicole Friedrich

4

Rezension: »Strafverteidigung - Annäherung an einen Beruf«

Prof. Dr. Jan Bockemühl

6

Die aus der Historie gespeiste ethische Mission des Strafverteidigers

Daniel Amelung

8

Impressum

48

confrontativ

Der Beweisantrag - Abgesang und Aufruf zur Anteilnahme

Dr. René Börner

18

Aufsätze

Das neue Recht der Vermögenabschöpfung - Teil I

Markus Meißner

21

Wieso sich der Zoll nicht an die Gesetze hält - Scheinselbstständigkeit am Bau

Dr. Florian Englert

31

Berichte aus der Praxis

Drohender Schadensersatz als wirksames Mittel gegen apokryphe Haftgründe

Christian Krauß

38

Gerhard Jungfer - Nachruf an einen großen Strafverteidiger*

Nicole Friedrich, Rechtsanwältin, Berlin

* Zunächst erschienen als Nachruf für die Vereinigung Berliner Strafverteidigung e.V.

Am 03.07.2017 ist unser ehemaliger Vorsitzender und Ehrenmitglied Gerhard Jungfer im Alter von 77 Jahren nur kurze Zeit nach seinem Geburtstag verstorben.

Für mich - wie für viele Kolleginnen und Kollegen - hat er das Berufsbild des Strafverteidigers wie kaum jemand geprägt.

Als Referendarin in seiner Kanzlei in Berlin-Schmargendorf begrüßte er mich mit den Worten „*Sie sind nun in der Höhle, in der Höhle des Strafverteidigers.*“ So war es.

Er war der „*Kämpfertyp*“ - wie er ihn bei der Einteilung der Verteidigertypen in seinem Aufsatz „*Psychologie des Vergleichs*“ selbst beschrieben hatte. Er hatte die „*Bereitschaft zum Streit*“. Strafverteidigung war für ihn die „*Speerspitze der Demokratie*“.

Besondere Bedeutung dabei kam für ihn der Form zu. Auf der Internetpräsenz seiner Kanzlei zitierte er Rudolf von Jhering:

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen.“

Bei solcher Affinität zur Form war es nur konsequent, dass ein breites Feld seiner erfolgreichen Verteidigertätigkeit das Revisionsrecht war. Wie kaum ein Anderer spürte er Fehler in Verfahren und Urteil auf. Er nahm die Urteilsbegründungen auseinander, seziierte diese, zeigte die Fehler auf, argumentierte punktgenau. Zahlreiche erfolgreiche Revisionen waren sein Verdienst.

Vor Gericht war er nie bange, nie bequem. Er kämpfte, scheute keinen Konflikt.

Einige Erlebnisse brachten mich zu Schmunzeln. Aber ihm war es todernst. Noch als Referendarin begleitete ich ihn zu Hauptverhandlungen. Einem Richter, der bei einer Zeugenbefragung fehlende Aktenkenntnis offenbarte, entgegnete er „*Ich werde den Saal jetzt verlassen, dann können Sie Ihre Arbeit machen.*“ Auf die - unberechtigte - Ablehnung eines Prozessantrages reagierte er mit den Worten „*Ihnen fehlt das demokratische Grundverständnis.*“

Bei der Vermittlung seines Berufsbildes bediente er sich einer bildhaften, geradezu martialischen Sprache. Jungen Kolleginnen und Kollegen in den Einführungsseminaren der Rechtsanwaltskammer und in den Fachanwaltskursen erklärte er:

„Die Verteidigerin/der Verteidiger muss im Gericht stets ihren/seinen claim abstecken und verhindern, dass der Staatsanwalt seine Hand dort hineinsteckt. Anderenfalls ist darauf zu klopfen, wenn das nicht hilft, ist das Schwert zu ziehen und die Hand abzuschlagen. Gleichzeitig aber muss versucht werden, die eigene Hand möglichst weit in den claim des Gerichtes und des Staatsanwaltes hinein zu stecken.“

Er vermittelte eine Ethik der Strafverteidigung, an der es heute gelegentlich fehlt. Er war stets kollegial. Wann immer man ihn um Rat fragte, gab er Rat.

Sein großer Stolz war eine gut sortierte Bibliothek mit Anwalts- und historischer Literatur. Stets bot er – insbesondere jungen – Kolleginnen und Kollegen an, diese zu nutzen.

Schuld oder Nichtschuld waren für ihn nicht dominierend. Nie hätte er zugelassen, dass ein Angeklagter zum Objekt eines Verfahrens degradiert worden wäre. Es war ihm Berufsaufgabe, dafür zu sorgen, dass das formelle Recht eines Rechtsstaates eingehalten wird. Dafür warf er sich in die Bresche.

Kraft schöpfte er aus der Auseinandersetzung mit den großen Verteidigerpersönlichkeiten der Weimarer Zeit. Sie hatten ihn beeindruckt. Er verehrte Max Alsberg, Hans Litten, Max Hachenburg. In zahlreichen Aufsätzen, Veröffentlichungen und Vorträgen hat er an diese großen Juristen erinnert. Sein Credo war „eine geschichtslose Anwaltschaft ist gesichtslose Anwaltschaft“ und so hielt er die Erinnerung lebendig.

Seinem Engagement ist das von der RAK-Berlin erstmals 1998 herausgegebene Buch „Anwalt ohne Recht - Das Schicksal jüdischer Rechtsanwälte in Berlin nach 1933“ und die darauf beruhende Wanderausstellung zu verdanken. Auch hier hat er gekämpft. Dafür, dass das Schicksal der von den Nazis ausgegrenzten, verfolgten und getöteten Kollegen nicht in Vergessenheit gerät. 1993 gründete er mit weiteren Kollegen den anwaltlichen Historikerkreis, gemeinsam mit Prof. Dr. Stephan Barton initiierte er die Seite www.alsberg.de, die das Ziel verfolgt, „Materialien und Informationen zum größten deutschen Strafverteidiger Max Alsberg, einem breiten Publikum zugänglich zu machen“. Ein Museum der deutschen Anwaltschaft war sein Traum. Dafür engagierte er sich bis zuletzt. Vor allem für sein wissenschaftliches Werk erhielt Gerhard Jungfer am 21.08.2002 das Bundesverdienstkreuz erster Klasse.

Das Berufsbild des Anwaltes und des Verteidigers hat Gerhard Jungfer in entscheidender Weise geprägt. Er ist Mitbegründer des Strafverteidigertages, Mitinitiator der Zeitschrift „Der Strafverteidiger“: 1977 war er Vorsitzender unserer Vereinigung, von 1983-1993 Vorstandsmitglied der Rechtsanwaltskammer Berlin. 2014 haben ihn die Mitglieder unserer Vereinigung – insbesondere wegen seiner Verdienste um den Berufsstand der Strafverteidiger – zum Ehrenmitglied ernannt.

Seine berufliche Tätigkeit begann er mit Kollegen in einer Berliner Kanzlei, ging dann nach Kolumbien, kehrte zurück nach Berlin und begründete eine eigene Kanzlei, in welcher er zahlreichen jeweils jungen Kolleginnen und Kollegen – auch mir – den Weg in die Strafverteidigung ebnete, sein Selbstverständnis vom Berufsbild des Verteidigers und dem Kampf ums Recht weitergab.

Nach einer Vielzahl von Veröffentlichungen erschien zu seinem 76. Geburtstag sein letztes Werk: „Strafverteidigung. Annäherungen an einen Beruf.“ *

* siehe im gleichen Heft S. 6 die Rezension von Prof. Dr. Jan Bockemühl.

Für Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger war er stets ein Vorbild. Er war mein Vorbild.

Gerhard Jungfer: Strafverteidigung - Annäherung an einen Beruf*

Lit Verlag, 1. Aufl. 2016, 250 Seiten, gebunden, EUR 29,90, ISBN 978-3-643-13480-6

Prof. Dr. Jan Bockemühl, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Regensburg

* Die Rezension erschien zuerst im Berliner Anwaltsblatt 2016, Heft 11.

Lassen Sie mich das Ergebnis vorwegnehmen: Gerhard Jungfers »Strafverteidigung - Annäherung an einen Beruf« muss man lesen! Mehr noch: Es sollte für jeden auf dem Gebiet der Strafverteidigung tätigen Kollegen zur Pflichtlektüre gehören!

»Strafverteidigung lebt aus der Liebe zur Freiheit«. Diesen Satz stellt Gerhard Jungfer an den Beginn seines Buches und „verspricht“, dass der „Geist dieser Worte“ sich an vielen Stellen des Buches wiederfinden wird (Einführung).

Aber der Reihe nach: Bevor Jungfer das „Wort erhält“ wird das in der von Thomas Vormbaum herausgegebenen Reihe „Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen“ erschienene Buch von einem sehr persönlichen Vorwort von *Thomas Röth* und von drei Geleitworten von *Marcus Mollnau*, *Martin Rubbert* und *Ingo Müller* sehr passend eingeführt.

Das Buch gliedert sich in vier Kapitel. Neben der **Geschichte** (I.), der **Psychologie der Strafverteidigung** (II.) und **Grundfragen** (III.) schließt Gerhard Jungfer mit einem Kapitel **Nachdenklichkeit** (IV.).

Das Kapitel zur **Geschichte** beginnt mit der spannenden Frage, ob es einen „neuen Typ des Strafverteidigers“ gibt. Hier stellt Jungfer das (Ab)Bild des Strafverteidigers in der Weimarer Republik dem Bild des Strafverteidigers in der Bundesrepublik gegenüber und resümiert, dass ein „neuer Strafverteidigertyp“ nicht auszumachen sei, sondern vielmehr eine „Renaissance der Strafverteidigung“.

Von besonderem - historischen - Interesse sind die Ausführungen Jungfers zur *schwierigen Annäherung tradierter Verbandspolitik an „neue“ Strafverteidigung*. Die Entstehung und Entwicklung der verschiedenen Strafverteidigerorganisationen, die seit 1977 entstanden, und deren Verhältnis untereinander leuchtet Jungfer aus. Welche verbandspolitischen Beweggründe hierbei tragend waren wird eindrucksvoll aufgezeigt.

Die Vorzüge und den berechtigten „Stolz“ auf die Errungenschaften des reformierten Strafprozesses werden im dritten historischen Unterkapitel anhand eines Rekurses auf den *Vortrag (...) von Liszt's vor dem Berliner Anwaltsverein* zum Thema „Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen - damalige und heutige Bedeutung“ herausgearbeitet.

Zu Recht weist *Röth* in seinem Vorwort darauf hin, dass dieser Teil eines der Highlights in dem Buch ist, da es um das »Herz der Strafverteidigung« geht.

Anschließend stellt Jungfer das Who-is-Who der Strafverteidiger der Weimarer Republik vor. Der Bogen spannt sich hier von *Martin Drucker, Max Alsberg, Alfred Apfel, Rudolf Dix, Arthur Brandt, Paul Reiwald, Robert Kempner* zu *Hans Litten*. Das hohe Maß an Professionalität, die prozesstaktischen Raffinessen und die Notwendigkeit aktiver Verteidigung (eigene Ermittlungen, Selbstladungsrecht) offenbaren den Vorbildcharakter dieser Strafverteidigergrößen.

Im Kapitel **Psychologie der Strafverteidigung** wendet sich Gerhard Jungfer einigen Grundproblemen der Strafverteidigung zu. Die Verteidigung eines „schuldigen“ Angeklagten wird mittels des Theaterstücks „Konflikt“ von *Max Alsberg* dargestellt.

Hoch aktuell und unbedingt lesenswert sind die Ausführungen *Zur Psychologie des Vergleichs im Strafverfahren*. Jungfer analysiert scharf die verschiedenen Verteidigertypen und die konstellativen Faktoren im Strafverfahren und die Bedeutung dieser für Verständigungen im Strafverfahren. Er endet mit der Mahnung (S. 182):

Pflegen wir unser strafverfahrensrechtliches Wissen, unsere Liebe zum Prozessrecht, zum Reformierten Strafprozess. Bewahren wir uns das weiche Fell des Löwen, ohne zu vergessen, dass er in seinen samtenen Tatzen Krallen hat. Und nutzen wir diese.

Denn es ist wie mit dem Verstand: Was man nicht benutzt, das verliert man.

Im Kapitel **Grundfragen** behandelt Jungfer das Verhältnis von Strafverteidigung und Rechtskultur und wagt in seinem Beitrag Zurück zur Form. 50 Jahre Nachkriegsadvokatur einen rechtshistorischen Blick auf die Entwicklung des Strafprozessrecht in der Bundesrepublik Deutschland.

Im „letzte Akt“ wird Jungfer *nachdenklich* und nutzt den *Abschied vom 5. (Berliner) Strafsenat des BGH* dazu zu den bedenklichen Entwicklungen des Revisionsrechts Stellung zu nehmen.

Eine beachtliche Sammlung von Beiträgen; ein uneingeschränkt lesenswertes Buch!

Die aus der Historie gespeiste ethische Mission des Strafverteidigers

Ein Nachruf auf Rechtsanwalt Gerhard Jungfer

Daniel Amelung, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

„Denn als ein großer, als ein wahrer Ritter des forensischen Kampfes will dieser Mann betrauert sein. Ein Ritter noch, selbst wenn er zu feindseliger Härte das Wort stahlte, - weil hinter allem der Überzeugung starke Leidenschaften und des Gemütes reine Mächte lebten.“

Max Alsberg über Paul Levi*

* Alsberg, Das Tagebuch, 1930, S. 245; zit. nach Jungfer, Strafverteidigung in der Weimarer Republik - Strafverteidigung in der Bundesrepublik: neuer Typ des Strafverteidigers!?, in: Ebert, Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, S. 37.

Nur wenige Berufe bedürfen so sehr der Berufung wie der des Strafverteidigers. Ein steter Kampf mit der Trägheit und den Untiefen des menschlichen Verstandes - sei es auf Seiten der Justiz, der Polizei, der Presse, des Mandanten oder auch des Verteidigers selbst - ist erforderlich, der nur dem gelingen kann, der sich der Strafverteidigung ganz verschreibt, sich ihr mit ganzem Herzen hingibt und sich nie der Mühe entzieht, den nächsten Fall wieder aufs Neue in allen entscheidungsrelevanten Facetten und darüber hinaus intellektuell zu durchdringen, während er die ganze Klaviatur, welche die Strafprozessordnung zur Verfügung stellt, jederzeit im Interesse des Mandanten rauf und runter sicher und - wenn es sein muss - auch mit meisterhafter Improvisation bespielen kann.

So wie ein jeder Fall wieder von neuem vom Verteidiger erarbeitet werden muss, so muss eine jede Verteidigergeneration erneut eine Ethik der Verteidigung für sich und die Welt finden, um bestehende Rechtspositionen verteidigen und neue erkämpfen zu können. Keine der Generationen vor der jetzigen war frei von Versuchungen, denen sie zum Teil widerstanden und zum Teil erlagen, so wie es auch die gegenwärtige und zukünftige nicht sein werden.

„Kann man so eine verteidigen?“ mussten sich die Verteidiger im NSU-Verfahren schon vor Prozessbeginn - auch aus den Reihen der eigenen Zunft - fragen lassen und nicht wenige trugen ihr „Nein!“ als Antwort mit der Inbrunst der Überzeugung eigener ethischer Vollkommenheit vor der stolz geschwellten Brust moralischer Selbstherrlichkeit.*

* So wurde beispielsweise die Zschäpe-Verteidigerin Anja Sturm anlässlich einer Diskussionsveranstaltung der Bayerischen Strafverteidiger Initiative am 01.10.2013 mit dem Thema „Selbstverständnis des Strafverteidigers/Nebenklagevertreters am Beispiel des aktuellen NSU-Verfahrens“ von einem Nebenklagevertreter „rhetorisch“ gefragt, ob sie es denn mit ihrem Gewissen hätte vereinbaren können, wenn den Einstellungsanträgen der Verteidigung wegen eines Prozesshindernisse am ersten Prozesstag seitens des Oberlandesgerichts München entsprochen worden wäre; ebenso wurde von Verteidigern/Verteidigerinnen im Rahmen dieser Diskussionsveranstaltung erklärt, wer einer Strafverteidigervereinigung bzw. -initiative angehöre und „politisch verteidige“, könne nach ihrer Überzeugung im NSU-Verfahren keinen der Angeklagten verteidigen.

Regelmäßig beantragen Verteidiger in Schwurgerichtsverfahren für ihre Mandanten eine lebenslange Freiheitsstrafe, ohne dass dies einen Aufschrei der Empörung aus den Reihen der Verteidiger nach sich zöge.*

* So z.B. Tagesspiegel v. 29.04.2015 „Selbst Verteidiger fordert lebenslang“; Augsburg Allgemeine v. 23.03.2017 „Gericht verkündet Urteil über Doppelmord von Eching“.

Nicht minder selten rühmen sich Anwälte ohne Not öffentlich, dass sie es kategorisch ablehnen, Verteidigungen in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern zu übernehmen, ohne hierin ein standesethisches Defizit zu erblicken - und sei es nur aus Respekt vor den Kollegen, die den vom Grundgesetz verbürgten Anspruch eines jeden auf effektive Verteidigung ernst nehmen und zwangsläufig durch derartig unbedachtes Verfemen solcher Mandatsübernahmen pauschal diskreditiert werden.*

* So, z.B. FAZ v. 18.08.2009, Interview m. Ferdinand von Schirach „Verbrechen und andere Kleinigkeiten“.

Generationen von jungen Verteidigern hat der am 3. Juli dieses Jahres verstorbene Berliner Kollege Gerhard Jungfer in diversen Einführungs-, Fachanwaltslehrgängen oder Grundkursen die „*Psychologie der Strafverteidigung*“ vor dem Hintergrund eines historisch abgeleiteten Berufsbildes vermittelt. Niemals erschien er zu diesen Veranstaltungen ohne einen bis oben mit antiquarischer Literatur gefüllten Wäschekorb, dessen Inhalt er während seines Vortrages durch die Reihen reichen lies, um die Neugierde an den Gerichtsreportagen, Fallberichten und Verteidigerbiografien zu wecken. Sehr schnell und eindringlich vermittelte er den jungen, angehenden Verteidigern, dass der „*Kampf ums Recht*“ auch für den Verteidiger selbst ein existentieller sein könne, wengleich er stets mahnte, sich vor den „*Rettungsphantasien der Mandanten*“ zu hüten.

In der Vorstellungswelt Gerhard Jungfers ist der idealtypische Verteidiger ein Vertreter großbürgerlich selbstbewussten Geistes, der sich von niemandem, auch keiner Justiz, zum Bitt- oder Antragsteller degradieren lässt, sondern kraft der Autorität seines Könnens die Rechte für seinen Mandanten mit einem Ausrufezeichen einfordert, ein ausschließlich am rechtlichen Interesse seines Mandanten sich orientierender Meister der Evokation! Dabei schreckte Jungfer selbst nicht vor einfachsten, ausschließlich auf den Effekt abzielenden Mitteln zurück, indem er beispielsweise gerne zu Prozessbeginn als letzter den Sitzungssaal betrat, um schon von weitem seinen Pilotenkoffer in hohem Bogen auf den Verteidigertisch krachen zu lassen, damit einem jedem im Saal eindringlich seine Präsenz ins Rückenmark fuhr: Strafverteidigung als Ausrufezeichen!*

* „Würde der Name Gerd Jungfer je in Vergessenheit geraten, dann bliebe der ‚Meister des Ausrufezeichens‘...“, Rubbert, Geleitwort zu: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 2.

Anekdotisch wird berichtet, er habe bei seinen Einführungslehrgängen über Minuten immer größeren Druck auf die Berufsanfänger durch barsches und bestimmtes Auftreten ausgeübt, um dann die ins Unerträgliche wachsende Anspannung mit einem „*Das müssen Sie können!*“ aufzulösen, wobei er mit diesem Postulat ein entsprechendes Auftreten im Gerichtssaal verband.*

* Rubbert, in: Eindrucksvolle Ehrung für Rechtsanwalt Jungfer, unter: kammerton.rak-berlin.de/ausgabe/09-2016.

Selbst einer Pastorenfamilie entstammend erkannte er in einer unbewussten Harmoniesucht eine Gefahr für den forensischen Streit, den er - auch wenn mit harten Bandagen geführt - als gewinnbringende Läuterung im Erkenntnisverfahren verstand.

Das für eine solche Streitkultur erforderliche Selbstbewusstsein zog er wohl ausschließlich aus seinen intensiven Studien der Geschichte des Strafverfahrens im Allgemeinen und der Individualgeschichte herausragender Strafverteidiger im Besonderen. Ein reifes, selbstbewusstes Auftreten eines Strafverteidigers konnte für ihn nur aus dem tiefen, ja

innerlich nacherlebten Verständnis der historischen Freiheitskämpfe zahlloser Verteidigergenerationen für eine „freie Advokatur“ entstammen; eitle Selbstdarstellung manch eines „Staranwaltes“ konnte vor diesem Anspruch auf ein historisch fundiertes Selbstverständnis des Berufes des Verteidigers nur leeres Blendwerk sein, wenngleich ihm selbst der große Auftritt nicht fremd war! Dieser jedoch war bei ihm nicht narzisstischer Selbstzweck, sondern legitimes Kampfmittel der Verteidigung, welche er als „Speerspitze der Demokratie“ ohnehin in einem Dauerkampf um die Waffengleichheit eines immer noch zu inquisitorischen, nicht ausreichend kontradiktorisch ausgerichteten Strafverfahrens sah. Seine Streitkultur berief sich dabei auf die Debattenrhetorik des ausgehenden 19. Jahrhunderts:

„Es ist mein Credo, gewachsen aus historischen Studien und psychologischer Gewissheit, dass wir in der Form die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit haben (Jhering). Es ist mein Credo, dass wir Streitkultur brauchen: Streit begrenzt die Macht, klärt die Fronten, erzwingt klare Positionen, fördert Intelligenz, Mut und Kreativität (Sofsky). Wir brauchen Scherz, Satire, Ironie und tiefere Bedeutung (Grabbe). All dies hier und heute, brauchen wir. Was wir nicht brauchen: Political Correctness. Kurzum: Mit Vehemenz wollen wir uns erinnern an die Segnungen, an den Kultursprung, den der kontradiktorische Strafprozess gebracht hat. Es sei uns der löwenhafte Mut und die löwenhafte Gelassenheit gegeben, der Stolz, diesen Kultursprung zu verteidigen.“ *

* Jungfer, Berliner Anwaltsblatt 2002, 485.

Jungfer wusste um die Wirkmächte einer großen Rhetorik, deren Fundamente in der Antike gelegt wurden und zu deren frühen Rhetorik-Stars gerade auch die Juristen der ersten Stunde zählten. In seiner Rhetorik kommt alles zusammen, was eine große Rede nach antikem Vorbild ausmacht: die Glaubwürdigkeit des Redners, die Tragkraft seiner Argumente und die Gefühle, die er beim Publikum hervorzurufen vermag. Die drei Säulen der Rhetorik also – Ethos, Logos und Pathos, wie Aristoteles sie im ersten Lehrbuch der Rhetorik beschrieb. Für diesen war die Rhetorik die Kunst der Überzeugung, nicht der Überredung, weshalb für ihn das Argument das entscheidende rhetorische Mittel war. Aber Aristoteles wusste auch um die Macht der Gefühle, so dass er dem Redner riet, *„nicht nur darauf zu sehen, dass die Rede beweisend und überzeugend sei“*, sondern auch dafür zu sorgen, *„sich selbst und den Beurteiler in eine bestimmte Verfassung zu versetzen“*.

Später setzte der erfahrene Jurist, Politiker und Rhetoriker Marcus Tullius Cicero ganz unverblümt auf das Pathos: *„Nichts ist in der Beredsamkeit wichtiger, als dass der Zuhörer dem Redner geneigt sei und selbst so erschüttert werde, dass er sich mehr durch einen Drang des Gemütes und durch Leidenschaft als durch Urteil und Überlegung leiten lasse.“* Jungfer lebte diese Rhetorik in vollem Bewusstsein ihrer historischen Entwicklungslinien und in der Überzeugung ihrer Notwendigkeit im forensischen Kampf um die Verteidigung der Unschuldsvermutung. Er wusste dass dieser Kampf eine über jeden Zweifel nach außen erhabene Rhetorik verlangt, die fast alles darf, nur eines nicht: Gefallen zu wollen! Er warnte daher vor dem *„Harmonietyp“*, *„sozialisiert in einer Gesellschaft, die harmoniesüchtig und streitfeindlich ist, eine Gesellschaft, die mit Schambegriffen arbeitet, indem sie „political correctness“ predigt und in der Begriffe „Positives Denken“, „Mediation“ und „Vergleich“ die Leitbilder „vernünftigen“ Handelns sind“*, und welcher in der

Hauptverhandlung meist seltsam blass bleibe, er sah aber auch in dem „*narzisstischen Typ*“ keinen Vertreter wahrhaftiger Streitkultur, denn dieser brauche Erfolgserlebnisse, weil er beachtet und bewundert werden wolle, weshalb er nicht in die Tiefe streiten könne, da „*seine Arbeit sekundär motiviert*“ sei, weshalb er sich letztendlich - auch wenn er temporär in einen Diskurs eintreten könne - um den Deal bemühe - „*um wieder beliebt zu werden*“*

* Jungfer, Zur Psychologie des Vergleichs im Strafverfahren - Verteidigertypen, in: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 167.

Jungfer selbst sah sich hingegen - daran kann gemessen an seinen Schriften wie an seinem forensischem Auftritt kein Zweifel bestehen - als der „*Kämpfertyp*“, der wie schon Heraklit im Streit den Vater aller Dinge sieht.*

* Jungfer, a.a.O., S. 163: „Denn als die tiefste philosophische Einsicht birgt die akkusatorische Verfahrensform in sich das starke Gefühl für die Bedeutung der Spannung der Dinge gegeneinander, jenen Streit, von dem schon Heraklit sagt, daß er der Vater aller Dinge sei. Diese Verfahrensform ermöglicht erst den Dreischritt von der These über die Antithesis zur Synthesis und damit überhaupt nur in idealtypischer Reinheit einen ‚Prozeß‘.“

Seinen Verteidigungsauftrag entnahm Jungfer für diesen Kampf der im reformierten Strafprozess zugeschriebene Rolle des Verteidigers als einseitiger Parteivertreter seines Mandanten unabhängig von seinen persönlichen Überzeugungen, wie er von Franz von Liszt formuliert worden war:

„*Er hat die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen. Je entschiedener er das tut, desto fester hoffen wir, dass die Wahrheit zutage treten werde*“*

* Jungfer, Der Vortrag Prof. von Liszts vor dem Berliner Anwaltsverein am 23. März 1901 'Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen' - damalige und heutige Bedeutung, Vortrag auf dem 25. Strafverteidigertag 2001 in Berlin, Erstveröffentlichung in: Berliner Anwaltsblatt 2001, 216, ebenso: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 43.

Wie entschieden eine so verstandene Verteidigung zu führen ist, zeigte Jungfer beispielsweise in einem Verfahren gegen den Vorwurf der Vergewaltigung gegen zwei Ärzte in West-Berlin, welches deutschlandweit Beachtung fand und in welchem die Verteidiger* außergewöhnliche Kritik erfuhren. Sogar die Reportagen von Gerhard Mauz waren selten gegen Verteidigung so vernichtend: „Auch und gerade Männer, denen Vergewaltigung vorgeworfen wird, bedürfen der Verteidigung. Doch wenn so brutal verteidigt wird, wie in diesem Prozeß, werden jene bedient, die darauf aus sind, die Rechte der Verteidigung einzuschränken“.**

* Verteidiger waren neben Gerhard Jungfer die Rechtsanwälte Peter Danckert, Herbert Dulde und Thomas Braunsdorf.

** Mauz, „Daß nichts zu beweisen ist, war uns klar“, DER SPIEGEL Nr. 38, 1984.
www.spiegel.de/spiegel/print/d-13511522.html

Mauz warf den Verteidigern, insbesondere Jungfer und Danckert vor, dass sie sich bedingungslos für die Unschuld der Angeklagten einsetzten, während sie aus der Nebenklägerin eine Täterin machen wollten, indem sie auf diese „*Jauche fahren*“ würden. Mauz vorwurfsvoll: „Die Verteidiger müssen allerdings, in dieser wie in jeder Strafsache, die heikle Frage beantworten, womit sie tatsächlich dem Interesse ihres Mandanten dienen“. Und er zitiert weiter die taz-Mitbegründerin Gitti Hentschel: „Das Wichtigste an diesem Prozeß ist nicht sein Ausgang mit einer Verurteilung, sondern sein Verlauf: Eine Strategie der Verteidigung, wie sie schlimmer und abstoßender nicht hätte sein können, ist gescheitert. Eine Strategie, die von Beginn an darauf angelegt war, die vergewaltigte Frau

als Täterin darzustellen, die als sexbesessenes Monster den Prozeß allein zur Beförderung ihrer beruflichen Karriere angezettelt hat“.*

* Mauz, Bilder aus einer Universitätsklinik, DER SPIEGEL Nr. 33, 1984.

Ungeachtet der scharfen Angriffe kämpfte die Verteidigung, ein „Koloß von einem Elefanten“ (so Mauz*) bis in die Urteilsverkündung unverdrossen weiter. Mitten in den Urteilstenor hinein stellte Gerhard Jungfer nach kurzer Entschuldigung („Es ist mir sehr unangenehm“) einen weiteren Hauptbeweis Antrag, den die Kammer entgegennahm und mit Wahrunterstellung fehlerhaft ablehnte. Der nach erfolgreicher Revision durchgeführte zweite Tatsachenprozess endete mit einem Freispruch. Nicht die Verteidigung, sondern die Kritik an dieser, allen voran der sonst vielfach geehrte Gerhard Mauz, hatten sich nicht nur in der Schuldfrage geirrt, sondern in der Werteordnung des Strafverfahrens heillos verirrt. Die Unschuldsvermutung ausschließlich zugunsten der Angeklagten wollte Mauz, der frei nach Schopenhauer nach einmal gefasster Hypothese blind geworden war für alles ihr Widersprechende**, nicht gelten lassen, denn diese müsse in Vergewaltigungsprozessen auch für die Nebenklägerinnen gelten.***

* Mauz, a.a.O.

** Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, 1819, Zweiter Band, Ergänzungen zum zweiten Buch, Kapitel 19, Vom Primat des Willens im Selbstbewusstsein.

*** Mauz, „... daß die Initiative von ihnen ausging“, DER SPIEGEL Nr. 13, 1986 mit Verweis auf Henny/Beyer, Blaming the victim - Die „Schuldumkehr“ in Vergewaltigungsprozessen, MschrKrim 1985, 340.

Und so führte Mauz selbst nach den Freisprüchen gegen die Verteidigung an: „Der Mandant, der von A bis Z zu Unrecht beschuldigt wird, ist die - nahezu glückliche - Ausnahme. Die Regel ist ein Mandant, der zu dem, was ihm vorgeworfen wird, in einer Beziehung steht, die eine sinnvolle Verteidigung sehr schwer macht. Der Mandant will so glimpflich wie möglich davonkommen, doch er kann sich einer Situation befinden, die das nicht zulässt, die von ihm verlangt, daß er sich zumindest auf eine Verurteilung von einigem Ausmaß einrichtet. Der Verteidiger, der dem Mandanten nicht klarmachen kann, wo sein Bedürfnis, freigesprochen oder milde verurteilt zu werden, an eine unüberwindbare Grenze gerät, lässt sich auf ein Unternehmen ein, in dem er zuletzt selbst eine Grenze überschreitet und dem Mandanten dadurch nicht nutzt, sondern schadet“.*

* Mauz, „Ich habe nichts als meine Pflicht getan“, DER SPIEGEL Nr. 11, 1985.

Vollends desorientiert bei der Suche nach der Aufgabe der Verteidigung verstieg sich Mauz dann zu der Behauptung: „Eine distanzierte Analyse der Situation hätte ergeben, daß in diesem Fall ein voller Erfolg, ein Freispruch, nur über die Leiche der Frau zu erzielen war, die behauptete, vergewaltigt worden zu sein.“ Wie einfach hätte Mauz Orientierung bei Franz von Lizst und dem so gnadenlos gescholtenen Gerhard Jungfer finden können:

„Der Verteidiger ist zur einseitigen Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten berufen. Gerade indem er sich vom einseitigen Parteienstandpunkt aus für seinen Mandanten einsetzt, dient er im Sinne des Gesetzes der Wahrheitsforschung. Dabei darf er stets nur zu Gunsten, niemals zu Ungunsten seines Mandanten handeln (Franz von Lizst).“*

* Jungfer, Der Vortrag Prof. von Lizsts vor dem Berliner Anwaltsverein am 23. März 1901 'Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen' - damalige und heutige Bedeutung, Vortrag auf dem 25. Strafverteidigertag 2001 in Berlin, Erstveröffentlichung in: Berliner Anwaltsblatt 2001, 216, ebenso: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 44.

Und Jungfer: „Es ist in der Tat erstaunlich – ich habe mich das immer gefragt, immer wieder habe ich gelesen, wie in der Kaiserzeit die Anwälte mit harten, klaren Worten sprachen, so hab ich gedacht, wenn wir das tun würden, hätten wir sofort ein berufsrechtliches Verfahren wegen Verletzung des Sachlichkeitsgebotes. Wie kam es, dass diese Männer so klar waren, so satireverliebt, ironiewütig, wie kam es, dass sie laut sprachen, vielleicht weil es in den Gerichtssälen der Kaiserzeit keine Mikrophone gab? Man musste das Schwurgericht füllen mit seiner Stimme. Sprechen wir heute laut in einem Gerichtssaal, es wird Ihnen gleich gesagt, in einem Gerichtssaal wird nicht geschrien. Aber in der Kaiserzeit war das nicht nur üblich, es war ja auch notwendig“.*

* Jungfer, a.a.O., S. 47.

Jungfer wusste eben um die Hochkultur in der Geschichte deutscher Strafverteidigung wie nur wenige neben ihm, er wusste, dass die Verteidiger dieser frühen Epoche des reformierten Strafprozesses im Bewusstsein des Kampfes um die Freiheit des Bürgers, einer mit Blut erkämpften Position, um den Erhalt eben dieses Kultursprunges rangen. Und er wusste so wie diese, dass Wahrheit im Gerichtssaal nur gefunden werden kann „durch Rede, Gegenrede, Streit, Streitlust, Streitwille, Streitwut, Streitkultur“.*

* Jungfer, a.a.O., S. 48.

Gerhard Jungfer wies in seiner Abhandlung über Max Alsberg daraufhin, dass man etwas über einen Menschen erfahre, wenn man wisse, wem er Achtung zolle. *

* Jungfer, Max Alsberg – Verteidigung als ethische Mission, Erstveröffentlichung in: Streitbare Juristen, 1988, 141; ebenso in: Jungfer, Strafverteidigung – Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 64; ebenso unter: www.alsberg.de

So verhält es sich auch in besonderem Maße bei Jungfer selbst. Seine Identität erscheint durch und durch geprägt durch Identifikation. Identifikation mit Ideen und Identifikation mit den diese Ideen verkörpernden Vertretern seiner Zunft. Von diesen ist an allererster Stelle wiederum Max Alsberg zu nennen, mit welchem er sich tief verbunden fühlte. Als ich 1996 nach bestandenen Assessorexamen von meiner Heimatstadt München nach Berlin wechselte, hatte mich zu diesem Umzug vor allem auch Gerhard Jungfer motiviert, den ich erstmals bei einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht in Weimar 1994 kennengelernt hatte. Im Frühjahr rief ich ihn an und teilte ihm mit, dass ich nun eine Wohnung in der Richard-Strauss-Straße genommen hätte. Seine Begeisterung hierüber war kaum zu bremsen: „Ja, das ist ja die allerbeste Adresse für einen Strafverteidiger! Wissen Sie gar nicht, dass in der Richard-Strauss-Straße, die früher Jagow Straße hieß, die ehemalige Villa von Max Alsberg liegt?“. Er berichtete, dass sich nun ein Frauenhaus in der Villa befinde und ihm deshalb der Zutritt verwehrt werde, ob ich denn nicht eine Fotografin oder Journalistin kenne, er bräuchte Fotos vom Inneren der Villa, da er an einer Biographie über Alsberg arbeite. Obwohl ich – noch auf meine Zulassung zur Berliner Anwaltschaft wartend – damals Gerhard Jungfer kaum und Max Alsberg gar nicht kannte, vermittelte mir Jungfer sofort, dass Max Alsberg für ihn eine zentrale Bedeutung hatte, wie er sie sich für jeden Strafverteidiger in Deutschland wünsche. Wenn man große Menschen auch daran erkennen kann, dass sie ihre Interessen und Leidenschaften nicht so häufig wechseln wie einen in die Jahre gekommenen Anzug, dann ist es Ausdruck der Größe Gerhard Jungfers, dass er Max Alsberg bis an sein Lebensende treu blieb und sich für die Würdigung dieses bedeutenden Strafverteidigers einsetzte, als wäre er sein alter ego. So ist es auch Jungfers unerschöpflichem Engagement zu verdanken, dass am 12. September

2001 eine an Alsberg erinnernde Gedenktafel an dessen ehemaliger Villa im Grunewald enthüllt wurde.*

* Vgl. den Redebeitrag Gerhard Jungfers anlässlich der Gedenktafelenthüllung unter: www.alsberg.de.

Jungfer sah in der Strafverteidigung der Weimarer Republik für ein historisches Bewusstsein der Strafverteidiger in der Bundesrepublik das Vorbild schlechthin.*

* Jungfer, Strafverteidigung in der Weimarer Republik - Strafverteidigung in der Bundesrepublik: neuer Typ des Strafverteidigers!?, in: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 6.

Zwar verweist er mit einem zeitlos modernen Zitat von Olden auch auf die Unzulänglichkeiten der Verteidigung dieser Zeit: „Es gab damals in Moabit (...) einen Typus Verteidiger, der Mängel seiner Sache oder auch seiner Person durch Erregtheit, auch durch Stimmaufwand, auszugleichen versuchte; dieser Typus war besonders unter den Anwälten vertreten, die zur äußersten Linken oder zu äußersten Rechten zählten“*, gleichwohl abstrahiert er aus einer Vielzahl von Aktivitäten exponierter Verteidiger einen gemeinsamen Nenner, der sich als die „Kunst der Verteidigung“ definieren lasse.**

* Zitiert nach Jungfer, a.a.O., S. 9.

** Jungfer, a.a.O., S. 7.

Diese sah er vor allem in einer - geradezu obsessiven - Vertretung der Unschuldsvermutung. Er verdeutlichte dies mit einer Anekdote über Alsberg, der seinen Sohn angeheischt habe, er dürfe nicht fragen, was ein Angeklagter getan habe, sondern was er getan haben solle.*

* Jungfer, a.a.O., S. 9.

Des weiteren Distanz zum Mandanten, die auch bedeutet, Prozesse nicht unter politischen Aspekten, sondern unter rechtlichen zu führen.

Präziseste Vorbereitung, Sachkompetenz und wissenschaftliche Tätigkeit: Die Anerkennung der Verteidiger war in der Weimarer Zeit so hoch, dass von 1924 an zwei Verteidigerpersönlichkeiten (Martin Drucker und Rudolf Dix) Präsidenten des Deutschen Anwaltvereins waren.*

* Jungfer, a.a.O., S. 11.

Dies kam nicht von ungefähr und konnte auch bei Jungfer selbst beobachtet werden, denn das Wissen um die Bedeutung einer von obrigkeitsstaatlichem Zugriff unabhängigen Anwaltschaft, welches bei Strafverteidigern besonders ausgeprägt ist, führte auch in der Person Gerhard Jungfers zur zwangsläufigen Notwendigkeit, sich sowohl in spezifischen Strafverteidigerverbänden als auch allgemein berufsrechtlich in der Anwaltschaft zu engagieren. So war er einer der Mitgründer des ersten Strafverteidigertages im Jahr 1977, von 1977 - 1981 Vorsitzender der Berliner Strafverteidigervereinigung, zu deren Ehrenmitglied er 2014 insbesondere wegen seiner Verdienste um den Berufsstand der Strafverteidiger ernannt wurde, und von 1983 - 1993 Mitglied des Vorstandes der Berliner Rechtsanwaltskammer. Daneben war er Gründungsmitglied der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, des heute größten Strafverteidigerverbandes Europas.

Das Recht des Verteidigers, eigene Ermittlungen durchzuführen, welches bereits in der Weimarer Zeit in Anspruch genommen worden war, war Jungfer ein besonderes Anliegen, denn dieses Recht musste erst errungen werden: Der historische Gesetzgeber nahm die Notwendigkeit einer Verteidigung erst ab Eröffnung des Hauptverfahrens an, weshalb

auch eigene Erhebungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts als unzulässig angesehen wurden.*

* Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 1. Abteilung, 1880, S. 143.

Berühmt ist der der Ausschluss des Rechtsanwaltes Hans Litten im sog. Felseneck-Prozess als Verteidiger wegen eigener Ermittlungen. In der Beschwerdeentscheidung führte das Kammergericht aus: „Dem Verteidiger ist es... während des Prozeßstadiums verwehrt, ohne Wissen und Willen des Gerichts mit den als Zeugen benannten Personen und ebenso mit anderen als den von ihm verteidigten Angeklagten in Verbindung zu treten und die Anklagevorgänge zu besprechen“.*

* Zitiert nach: König, Vom Dienst am Recht, 1987, S. 20.

Noch 1979 führt der BGH in einem Beschluss aus, dem Verteidiger obliege es nicht, „sein eigenes Ermittlungsverfahren“ zu führen, sondern er habe sich in jedem einzelnen Fall, in dem er mit einem möglichen Zeugen Verbindung aufnehmen wolle, zu fragen, ob dies zur pflichtgerechten Sachaufklärung, Beratung oder Vertretung notwendig sei, da er andernfalls standeswidrig handele.*

* BGH, Beschl. v. 08.08.1979 - 2 ARs 231/79 n.v.

Jungfers Aufsatz im Jahr 1981 stieß eine Tür auf zu Räumen, die zwar schon in der Weimarer Zeit bekannt waren und von Verteidigern betreten wurden, aber nur mit großem Risiko unter argwöhnischen Blick der Justiz. Jungfers rationale Herleitung, dass Strafverteidiger von Gesetzes wegen eigenständig ermitteln dürfen, zum Teil sogar müssen, befreite einen ganzen Berufsstand von einem anröchigen Hautgout.*

* Rubbert, Geleitwort zu: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. XV.

Zwar stößt heute das Recht auf eigene Ermittlungen (nach Dahs besser: Erhebungen)* - so es in Anspruch genommen wird - auf Seiten der Justiz immer noch regelmäßig auf Misstrauen oder gar Ablehnung, dank Jungfer ist es jedoch unbestritten und kann deshalb von einer selbstbewussten Anwaltschaft staatlichen Ansprüchen auf ein Ermittlungsmonopol entgegengehalten werden.**

* Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl., 2015, Rn 313.

** Jungfer, Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers, StV 1981, 100.

Jungfer verwies unter Bezugnahme auf die Strafverteidigung der Weimarer Zeit auch darauf, dass jede Weiterentwicklung eines modernen Strafprozesses zwangsläufig die Stärkung der Rechte der Verteidigung mit sich bringen müsse, welche sehr oft durch Beharrlichkeit und persönlichen Mut einzelner Verteidiger erstritten würden.

Gerade weil dieser Kampf in und außerhalb des Gerichtssaales zumeist ein einsamer ist, erinnerte Jungfer an die Bedeutung der Kollegialität. Dieses kollegiale Miteinander lebte Jungfer in verschiedenen Strafverteidigerverbänden ebenso wie im persönlichen Umgang.

Als mir im Jahr 2000 in Berlin im Zusammenhang mit einer Verteidigung vor dem Landgericht Cottbus ein Sprengsatz unter mein Auto gelegt wurde, welcher aufgrund eines defekten Zeitzünders nicht detonierte, war Gerhard Jungfer der einzige Berliner Strafverteidiger, der mich spontan anrief, um mir seine Solidarität und Hilfe zu versichern. Dabei war es für ihn unbedeutend, dass mir mit dem Sprengsatz die Verteidigung eines Jugendlichen mutmaßlich rechtsradikaler Gesinnung vorgeworfen wurde. Ein Umstand,

der mich ohnehin keine weiteren Solidaritätsbekundungen von Seiten der Kollegen erwarten ließ.

Stefan König ging hierauf in seinem Eröffnungsvortrag beim Strafverteidigertag 2001 in Berlin ein:

„Man muss vielleicht daran erinnern, dass wir in unserem Selbstbild mit den absoluten Werten eines aufgeklärten Rechtsstaatsverständnisses schon immer unsere Probleme hatten. Die Frage, wen man verteidigen dürfe und wen nicht, kann sich danach gar nicht stellen. Uns hat sie aber immer wieder beschäftigt. Denken Sie an die Debatte über die Verteidigung mutmaßlicher Vergewaltiger. Und als sich in einem kürzlich in Cottbus zu Ende gegangenen Strafprozess die Öffentlichkeit darüber erregte, dass Verteidiger mit Anträgen zur Sitzordnung die Hauptverhandlung gegen Angeklagte torpediert hätten, denen zur Last gelegt wurde, einen Mann aus Algerien zu Tode gehetzt zu haben, als in der Presse Stimmen zitiert wurden, die die Verteidiger deswegen als Gesinnungsgenossen der Angeklagten bezeichneten und verlangten, sie - also die Verteidiger - müssten „exkommuniziert“, in der „Gesellschaft isoliert“ werden, da schwiegen die anwaltlichen Organisationen, auch die der Strafverteidiger. Dabei hat die Frage, wer von einem anständigen Verteidiger verteidigt werden darf, in den letzten Jahren erheblich an Spannung verloren. Die Cottbusser Episode lässt aber befürchten, dass dahinter nicht ein Selbstverständnis steht, dass das unteilbare Menschenrecht auf Verteidigung im Berufsbild des Verteidigers verwurzelt hätte, vielmehr die Ermüdung einer einst moralisch aufgeladenen Haltung in einem eher geschäftsmäßigen Verhältnis zum Beruf.“ Jungfer, der zusammen mit Stefan König, auch Erich Mielke verteidigte, wusste, dass der Verteidiger, selbst wenn er die personifizierte Antithese zum Rechtsstaat verteidigt, stets den Rechtsstaat verteidigt, denn „die Motivation dieser Verteidigung ist nicht einzelfallbezogen, sondern rechtsstaatsbezogen“.*

* Jungfer, Strafverteidigung in der Weimarer Republik - Strafverteidigung in der Bundesrepublik: neuer Typ des Strafverteidigers!?, in: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 24.

Für Gerhard Jungfer gilt darüber hinaus: Seine Verteidigung war als solche - wie bei Alsberg - eine ethische Mission!*

* Ernst Nebenzahl, als Referendar im Büro Alsbergs, in einem Gespräch mit Gerhard Jungfer: „Die Verteidigung als solche war eine ethische Mission“, zit. nach Jungfer, Max Alsberg - Verteidigung als ethische Mission, in: Jungfer, Strafverteidigung - Annäherungen an einen Beruf, 2016, S. 64.

Irgendwann, es muss zu Beginn dieses Jahrtausends gewesen sein, fuhr ich an einem Winterabend in Berlin die Avus stadteinwärts, als auf dem rechten Standstreifen kurz nach der Ausfahrt Hüttenweg ein Fahrzeug mit Warnblinklicht stand. 200 Meter weiter lief am Fahrbahnrand ein Herr mit Kanister in der Hand. Ich hielt an und erkannte Gerhard Jungfer: „*Wohin des Weges in einsamer Nacht, Gerhard?*“, fragte ich ihn mit belustigtem Unterton. Er aber entgegnete mit einem erleichterten Lachen ob der erwarteten Hilfsfahrt: „*Mensch Daniel, ich folge meinem fernbestimmten „Du musst“ - wie so viele unserer Zunft!*“.

Ich habe dieses „fernbestimmte »Du musst!«“ bis heute nicht vergessen, als könnte ich daraus eine tiefere innere Kraft beziehen. Erst Jahre später erkannte ich, dass Gerhard Jungfer mir mit einem Zitat aus einem der bekanntesten Gedichte von Gottfried Benn geantwortet hatte:

Nur zwei Dinge

*Durch so viel Form geschritten,
durch Ich und Wir und Du,
doch alles blieb erlitten
durch die ewige Frage: wozu?*

*Das ist eine Kinderfrage.
Dir wurde erst spät bewußt,
es gibt nur eines: ertrage
- ob Sinn, ob Sucht, ob Sage -
dein fernbestimmtes: Du mußt.*

*Ob Rosen, ob Schnee, ob Meere,
was alles erblühte, verblich,
es gibt nur zwei Dinge: die Leere
und das gezeichnete Ich.*

Der Beweisantrag - Abgesang und Aufruf zur Anteilnahme

PD Dr. René Börner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Potsdam

Mit wenigen Federstrichen hat der Gesetzgeber dem Beweisantrag die Zähne gezogen und niemand scheint sich daran ernstlich zu stören. Das befremdet mich angesichts der Größe des Verlustes. Jede aktive und ernsthafte Verteidigung sollte doch bereits dann munter werden, wenn die Beschneidung eines fundamentalen Verfahrensrechtes auch nur droht - doch das misslang. Es gilt nun, den Augenblick zu nutzen und früh in die Definitionsmechanismen für das neue Recht einzugreifen.

1. Im Schatten von Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung sucht der Gesetzgeber, auf den letzten Metern der Bindungswirkung des Koalitionsvertrags die effektive und praxistaugliche Ausgestaltung des Strafverfahrens in einer Neufassung des § 244 Abs. 6 StPO (BT-DrS 18/12785):

15. Dem § 244 Abs. 6 werden die folgenden Sätze angefügt

> Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; ... <

Es folgt eine für die Unmöglichkeit früherer Anträge formulierte Ausnahme, die faktisch keine Ausnahme ist. Wenn das Gesetz den Gedanken *impossibilium nulla es obligatio* bemüht, der nicht nach Pflichten, sondern nach dem maximal Möglichen fragt, will mir ein Anwendungsbereich für das im Vergangenen liegende Geschehen und das demgemäß bereits existente Beweismittel nicht recht einleuchten. Mangelnde Kenntnis muss sich immer den Einwand mangelnden Engagements gefallen lassen. Allenfalls rechtliche Hinderungsgründe mögen wegfallen, aber das trifft bei weitem nicht den Kernbereich des Problems und lässt zudem fragen, ob der Wegfall hätte forciert werden können.

Mancher wendet ein, worin eigentlich der Schaden dieser Frist liege, denn der Beweisantrag werde ja beschieden und ohnedies handle es sich ja nur um eine Obliegenheit. Beides geht fehl. Die Bescheidung dient gerade auch der Unterrichtung zum Zwecke der Einstellung auf die damit neu eingetretene Verfahrenslage und der Reaktion durch neue Anträge, insbesondere neue Beweisanträge.

Die späte Bescheidung verweigert die Kommunikation allein zu dem Zweck, dass die Gründe der Bescheidung keinen Anlass zu weiteren Anträgen mehr geben können. Dadurch entstehen empfindliche Gefahren für die Qualität der Wahrheitsfindung sowie für die Legitimation des Urteils durch das Strafverfahren.

Zudem ist der Gedanke an ein „nur“ völlig fehl am Platze, wenn es um den Vergleich mit einer Obliegenheit geht. Der unter Nack mit der Frist konstruierte Pflichtenverstoß war singulär, schnitt keine Antragsmodifizierung oder Gegenvorstellung ab und ließ erst recht alle weiteren Antragstellungen unberührt, die jeweils eine eigenständige Entscheidung über die Auswirkungen der Frist verlangten.

Überdies konnte die Indizwirkung weit unterhalb der Schwelle der Unmöglichkeit entkräftet werden. All das habe ich versucht, zügig und deutlich zur Diskussion zu stellen.*

Jeden, der nicht erst seit gestern in der Hauptverhandlung sitzt, muss die Dramatik des neuen Gesetzes erschüttern.

* Börner, Die Fristsetzung für Beweisanträge gem. § 244 Abs. 6 E-StPO - Prozessrechtsdogmatik und rechtspolitische Stimmung, StV 2016, 681 ff.

2. Dennoch ist es bislang erstaunlich still geblieben, oder doch stiller als es der Anlass erwarten lassen sollte. Die Kritik aus der Anwaltschaft in der Expertenkommission sowie im Rahmen der Stellungnahmen und Anhörungen im folgenden Verfahren stand unter spürbarem zeitlichen Druck und in scharfem Gegenwind. Doch ich habe nicht den Eindruck, dass die Einflussmöglichkeiten auf ihrer ganzen Breite und mit dem gebotenen entschlossenen Schwung ausgeschöpft worden wären.

Gewiss, das weithin gähnende Schweigen der nicht daran beteiligten Anwaltschaft - und auch der Wissenschaft - hat die Belange der schützenden Verfahrensform nicht gerade unterstützt. Dennoch hat es den Anschein, als habe sich die Kritik in gewissem Umfange ihren Schneid durch die Verlockungen der Dokumentation abkaufen lassen.

Allein, die Ausbeute in § 136 Abs. 4 StPO n.F. ist überschaubar (a.a.O., Ziff. 8) und die Länder haben überdies bis 2020 Zeit, um die wenigen nötigen Videokameras anzuschaffen und die Beamten in deren Gebrauch zu unterweisen ... ein Schelm, wer meint, es ginge bei dieser Verzögerung um die Chancen zur rechtzeitigen Gesetzeskorrektur in neuer Besetzung.

3. Doch sei es drum: Kehren wir die Scherben zusammen und retten, was zu retten ist!

Es liegt in der Hand der ernsthaften Verteidigung, den neuen § 244 Abs. 6 StPO in seine Schranken zu weisen und zwar in jene des einfachen sowie jene des europäischen Rechts und des Grundgesetzes.

Ansatzpunkte dazu liegen im „kann“ der Frist an sich, der „angemessenen“ Frist sowie dem „kann“ für jeden einzelnen Antrag. Wer „kann“, der muss Gründe reflektieren und dokumentieren. Diese liegen in der Härte des Eingriffs und - auch für die angemessene Dauer - in der Komplexität des (bisherigen) Verfahrens.

Der Legitimationsschaden und die Gefahren für die Wahrheitsfindung sind auf beiden Ebenen des „kann“ zu beachten. Das gilt umso mehr, je höher die Anforderungen an die Frage, ob der Beweisantrag „vor Fristablauf nicht möglich war“, sind. Die notwendigen Korrekturen dieser Härte müssen in jedem der beiden „kann“ und auch in der angemessenen Dauer der Frist erfolgen.

Flankierend sind die Grundentscheidung über Ob und Wie der Frist sowie jeder einzelne Entschluss für die Zurückstellung einer Bescheidung bis zum Urteil mit § 238 Abs. 2 StPO angreifbar.

Ungeachtet der dogmatisch höchst zweifelhaften Präklusionswirkung aus §§ 238 II i.V.m. § 338 Nr. 8 StPO beugt die konsequente Beanstandung jedenfalls der Präklusionsgefahr vor und eröffnet für die Zurückstellung jedes einzelnen Antrags den förmlichen Diskurs darüber, weshalb gerade dieser früher zu bescheiden sei. Das könnte im Einzelfall sehr spannend werden und lässt in der Schließung der Beweisaufnahme einen facettenreichen Verfahrensabschnitt erwarten.

Ein bedeutendes Kernstück ist die Frage nach dem Kontinuitätsvorbehalt der Bescheidung im Urteil. Anders ausgedrückt: Kann sich das Gericht für die Bescheidung eines Beweisantrags im Urteil von einer früheren Ablehnungsbegründung zu einem anderen Beweisantrag lösen, ohne darauf vorher in der Hauptverhandlung hingewiesen zu haben?

Ich denke nicht, denn der zuvor beschiedene Beweisantrag hatte mit der Fristenwirkung für den weiteren Beweisantrag nichts zu tun. Schon deshalb kann § 244 Abs. 6 StPO die Kontinuität nicht brechen. Das wird gestützt von erheblich erweiterten Hinweispflichten aus u.a. § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO n.F. (a.a.O., Ziff. 19), die vor Fehlinformationen schützen und für die Urteilsgrundlagen nach Transparenz streben. Dies im einzelnen in Bezug zum Beweisantragsrecht zu ergründen, ist hier zwar nicht der Ort, soll aber zügig an anderer Stelle zur Diskussion gestellt werden.

Ungeahnt dürfte eine anders gelagerte Folge sein. Wer erst im Urteil bescheidet, macht sein Urteil dicker und erhöht so die Gefahren der erweiterten Sachrüge für das Urteil. Während bisher – trotz Kontinuität – nicht jeder Ablehnungsbeschluss im Urteil erörtert zu werden brauchte, werden nun die Bescheidungen in die Urteilsgründe eingestellt und geraten in das unmittelbare Blickfeld des Revisionsgerichts.

Es käme auf einen Versuch an, was mit vermehrten Anträgen gegen Ende oder gar mit einer auf die letzte Minute konzentrierten Antragsphalanx geschieht. Der Reiz zur Bescheidung im Urteil ist dann ebenso groß wie die Chance auf eine erfolgreiche Sachrüge. Im Unterschied zum Hilfsantrag im Plädoyer, böte sich hier immerhin eine größere Anwendungsbreite. Die Sinnhaftigkeit freilich liegt im Auge des Betrachters und wird vom Einzelfall geprägt.

Keinesfalls jedoch eröffnet der Fristablauf nach § 244 Abs. 6 StPO n.F. eine Indizwirkung für die Verschleppungsabsicht. Der Gesetzgeber hat bewusst ein rein formelles Fristenmodell geschaffen. Auf einem anderen Blatt steht freilich, ob neben der neuartigen Frist die alte materielle Frist, die eine Indizwirkung für die Verschleppungsabsicht entfaltet, überhaupt noch möglich ist. Hier lohnt der Kampf um die Sperrwirkung. Es wird wegen der Gewöhnung an die materielle Frist in Zukunft vor den Tatgerichten erbittert um die Abgrenzung zur Verschleppungsabsicht einerseits und die Beschränkung auf die formale Folge der Bescheidung im Urteil gehen. Das lässt ein heillooses Durcheinander erwarten, bei dem meines Erachtens die materielle Frist im herkömmlichen Sinne zumindest faktisch im Ergebnis keine Rolle mehr spielen wird (StV 2016, 681/682 f.).

4. Die ernsthafte Verteidigung muss die Änderung des § 244 Abs. 6 StPO in den Blick nehmen und die damit verbundenen Aktionsmöglichkeiten reflektieren sowie gezielt den Diskurs über die Ausgestaltung des neuen Rechts führen. Schweigen steht ihr nicht zu Gesicht, und vielleicht winkt mehr Lohn als erwartet. Schon einmal starb der Beweisantrag zu ähnlichen Klängen der Effektivität ... doch der Rechtsstaat besann sich eines Besseren und tut es vielleicht wieder.

Darum auf.

Das neue Recht der Vermögensabschöpfung - Ein Überblick über die wichtigsten Änderungen seit dem 01.07.2017

Teil (1): Neuregelungen im Bereich des materiellen Rechts *

Markus Meißner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

Am 13. April 2017 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (VermAbschRÄndG**), welches zum 1. Juli 2017 in Kraft trat und eine umfassende Neuregelung des bisherigen Abschöpfungsrechts darstellt.

* Die Neuregelungen im Bereich des Verfahrensrechts werden Gegenstand eines gesonderten Beitrags in der *confront* sein; umfassen in *Meißner/Schühtrumpf, Vermögensabschöpfung - Praxisleitfaden zum neuen Recht*, 1. Auflage 2017

** BGBl I 2017, S. 872 (Nr. 22)

Die Gesetzesänderung wird nach der Überzeugung des Autors dazu führen, dass Gerichte, Staatsanwaltschaften und Polizei das zur Verfügung stehende Instrumentarium der Vermögensabschöpfung ab sofort zum einen deutlich häufiger und zum anderen im Einzelfall konsequenter zum Einsatz bringen werden.

Mit der Übergangsvorschrift des Art. 316h hat der Gesetzgeber die neuen Regelungen auch für alle laufenden Verfahren für anwendbar erklärt, sofern vor Inkrafttreten des VermAbschRÄndG eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz noch nicht ergangen ist.

Im Folgenden sollen die wichtigsten Änderungen im Bereich des materiellen Rechts überblicksmäßig dargestellt werden.

Inhaltsübersicht

1. Das Abschöpfungsinstrumentarium
 - a. erweiterte Einziehung
 - b. Einziehung nachträglich entdeckten Vermögens
 - c. (nachträgliche) selbständige Vermögensabschöpfung
 - d. verurteilungsunabhängige Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft
2. Bestimmung des erlangten „Etwas“ - „Bruttoprinzip“
3. Die Abschöpfung beim Drittbegünstigten
4. Die Neuregelung der Opferentschädigung

1. Das Abschöpfungsinstrumentarium

Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat den Anwendungsbereich der zuvor bereits vorhandenen Zugriffsmöglichkeiten des Staates auf Vermögenswerte seiner Bürger massiv erweitert. Darüber hinaus wurden aber auch neue Abschöpfungsinstrumente geschaffen - etwa das Institut einer „verurteilungsunabhängigen Vermögensabschöpfung“, mit der im Ergebnis das dem deutschen Strafrecht bislang fremde Prinzip einer faktischen Beweislastumkehr in das Strafverfahren Einzug erhalten hat.

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Verlagerung der Prüfung eines etwaigen Wegfalls der Bereicherung aus dem Erkenntnisverfahren in die Strafvollstreckung führt nunmehr zu der Möglichkeit, auch solche Vermögenswerte, die bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Einziehungsentscheidung unentdeckt geblieben waren, nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens noch abschöpfen zu können.

a) erweiterte Einziehung*

* Mit der Reform wurde der bisherige Begriff des „Verfalls“ durch „Einziehung“ (von Taterträgen) ersetzt, wodurch eine Anlehnung des deutschen Rechts an die im Recht der Europäischen Union gebräuchliche Begrifflichkeit („confiscation“) erreicht werden soll.

Die erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern wird nunmehr in **§ 73a StGB** geregelt, der folgenden Wortlaut hat:

(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden, so ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind.

(2) Hat sich der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung der Einziehung nach Absatz 1 an einer anderen rechtswidrigen Tat beteiligt und ist erneut über die Einziehung seiner Gegenstände zu entscheiden, berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.

Anders als die (einfache) Einziehung setzt die erweiterte Einziehung nicht voraus, dass die Strafjustiz die Einziehungsobjekte einem konkreten Anklagevorwurf zuordnet. Ausreichend ist vielmehr, dass das Gericht im Sinne einer mittelbaren Beweisführung die „uneingeschränkte Überzeugung“* davon gewinnt, dass (irgend-)eine Tat begangen wurde und der Gegenstand gerade aus dieser Tat herrührt.

* BGH, Beschluss vom 22.11.1994, BGHSt 40, 371 [373]; BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004, BVerfGE 110, 1 ff. [114, 115]

Diesen Beweiserleichterungen und dem damit verbundenen intensiveren Eingriff in die verfassungsrechtliche Eigentumsгарantie wurde bislang dadurch Rechnung getragen, dass die Anordnung des erweiterten Verfalls gem. § 73d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. ausschließlich bei einer Verurteilung wegen ganz bestimmter, in der Regel banden- oder gewerbsmäßig begangener (Anknüpfungs-)taten in Betracht kam.

Im Zuge der Reform hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich nunmehr auf sämtliche rechtswidrige Taten erstreckt. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber mit § 76b StGB für die erweiterte und selbständige Vermögensabschöpfung eine originäre - 30-jährige - Verjährungsfrist geschaffen und damit die Verjährung der Einziehung des Tatertrages (oder des Wertersatzes) von der Verjährung der betreffenden (Erwerbs-)tat abgekoppelt.

§ 76b Verjährung der Einziehung von Taterträgen und des Wertes von Taterträgen

(1) Die erweiterte und die selbständige Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages nach den §§ 73a und 76a verjähren in 30 Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Beendigung der rechtswidrigen Tat, durch oder für die der Täter oder Teilnehmer oder der andere im Sinne des § 73b etwas erlangt hat. Die §§ 78b und 78c gelten entsprechend.

(2) In den Fällen des § 78 Absatz 2 und des § 5 des Völkerstrafgesetzbuches verjähren die erweiterte und die selbständige Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages nach den §§ 73a und 76a nicht.

Notwendige Voraussetzung für die Anordnung des erweiterten Verfalls ist daher einzig noch, dass das Gericht sich eine uneingeschränkte Überzeugung von der illegalen Herkunft der Vermögenswerte sowie davon verschafft, dass die betreffende (nicht konkret feststellbare) Erwerbstat nicht länger als 30 Jahre zurückliegt.

b) Einziehung nachträglich entdeckten Vermögens

Im Rahmen der Reform wurde die bislang den Wegfall der Bereicherung regelnde Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 S. 2 StGB a.F. gestrichen, wonach die Verfallsanordnung insbesondere unterbleiben konnte, soweit der Wert des Erlangten zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden war. Für die durch das Tatgericht zu treffende Einziehungsentscheidung kommt es daher nunmehr nicht mehr darauf an, ob ein Angeklagter über die einzuziehenden Werte (noch) verfügt oder nicht. Die Frage einer Entreicherung wurde vielmehr vollständig in das Strafvollstreckungsverfahren verlagert und ist nunmehr in § 459g Abs. 5 StPO geregelt*:

* Eine Ausnahme gilt lediglich im Falle des gutgläubigen Drittbegünstigten, bei dem eine feststehende Entreicherung bereits der tatgerichtlichen Einziehungsentscheidung gem. § 73e Abs. 2 StGB entgegensteht.

§ 459g Vollstreckung von Nebenfolgen

(1) ...

(2) Für die Vollstreckung der Nebenfolgen, die zu einer Geldzahlung verpflichten, gelten die §§ 459, 459a sowie 459c Absatz 1 und 2 entsprechend.

(3)-(4) ...

(5) In den Fällen des Absatzes 2 unterbleibt auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre. Die Vollstreckung wird wieder aufgenommen, wenn nachträglich Umstände bekannt werden oder eintreten, die einer Anordnung nach Satz 1 entgegenstehen.

Blickt man in die Gesetzesbegründung verspricht sich der Gesetzgeber hiervon eine konsequentere Abschöpfung des durch eine Straftat erlangten Etwas.

So hätten sich die Tatgerichte in der Vergangenheit aufgrund der von der obergerichtlichen Rechtsprechung aufgestellten hohen Anforderungen an die zu treffenden Feststellungen, ob und ggfs. aus welchen Gründen zum Zeitpunkt des Urteils von einem Wegfall der Bereicherung bei dem Angeklagten auszugehen ist, bei der Höhe ihrer Abschöpfungsentscheidung oftmals von vorneherein auf den Wert des arrestierten Vermögens beschränkt - und zwar auch dann, wenn der ursprünglich erlangte Tatertrag deutlich höher als die vorläufig gesicherten Vermögenswerte waren.

In Folge der Gesetzesänderung kann der Staat jetzt im Rahmen der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung ohne Schwierigkeiten auch auf solche Vermögenswerte zugreifen, die erst nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens bei dem Verurteilten entdeckt werden. Eine zeitliche Grenze stellen hierbei lediglich die Vorschriften der Vollstreckungsverjährung gem. §§ 79 ff. StGB dar.

c) (nachträgliche) selbständige Vermögensabschöpfung

§ 76a StGB, der die selbständige Einziehung regelt, hat in seinem Absatz 1 nunmehr folgenden Wortlaut:

§ 76a Selbständige Einziehung

(1) Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so ordnet das Gericht die Einziehung oder die Unbrauchbarmachung selbständig an, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben ist, im Übrigen vorliegen. Ist sie zugelassen, so kann das Gericht die Einziehung unter den Voraussetzungen des Satzes 1 selbständig anordnen. Die Einziehung wird nicht angeordnet, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen oder bereits rechtskräftig über sie entschieden worden ist.

(2) - (4) ...

Die Neuregelung hebt hinsichtlich der Voraussetzungen der selbständigen Einziehung die frühere Differenzierung in § 76a Abs. 1 und 2 StGB a.F. zwischen Maßnahmen mit Sicherheitscharakter (z.B. die Anordnung der Einziehung von Tatmitteln und Tatprodukten) und ohne Sicherheitscharakter (insbesondere die Anordnung von Verfall bzw. erweiterten Verfall) auf.

Dies hat zur Folge, dass das Gericht die (erweiterte) Einziehung nunmehr auch dann anordnen kann, wenn der (weiteren) Durchführung des Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person rechtliche Gründe entgegenstehen.* Dies erfasst etwa diejenigen Fälle, in denen ein Strafverfahren wegen (dauernder) Verhandlungsunfähigkeit gem. § 206a StPO eingestellt wird.**

* Anders der Wortlaut des § 76a Abs. 1 StGB a.F., der die selbständige Anordnung derartiger Maßnahmen ausdrücklich auf solche Fälle beschränkte, in denen „tatsächliche“ Gründe die Verfolgung oder Verurteilung wegen der Straftat verhinderten.

** Europarechtlicher Handlungsbedarf ergab sich insoweit aus Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/42/EU, die für die Fallkonstellation der Verfahrenseinstellung wegen (dauernder) Verhandlungsunfähigkeit die Schaffung einer selbständigen Einziehungsmöglichkeit verlangte.

Zu einem deutlich weiteren Anwendungsbereich führt jedoch der Umstand, dass eine selbständige Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages ab sofort auch im Falle des Strafklageverbrauchs in Betracht kommt, sofern das erkennende Gericht in einem rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren nicht entweder die Einziehung angeordnet oder aber in Form einer Ermessensentscheidung bewusst hiervon abgesehen hat.

Als Konsequenz der Entkoppelung der Verjährung der Einziehung des Tatertrages (oder des Wertersatzes) von der Verjährung der betreffenden (Erwerbs-)tat, findet die sich nach dem Verständnis des Autors hieraus ergebende Pflicht zur Aufarbeitung von „Altfällen“ ihre zeitliche Grenze wiederum ausschließlich in der neu eingeführten Verjährungsvorschrift des § 76b StGB.

d) verurteilungsunabhängige Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft

Neu eingeführt in das StGB wurde die Vorschrift des § 76a Abs. 4 StGB, die folgenden Wortlaut hat:

§ 76a Selbständige Einziehung

(1) - (3) ...

*(4) Ein aus einer rechtswidrigen Tat herrührender Gegenstand, der in einem Verfahren wegen des Verdachts einer in Satz 3 genannten Straftat sichergestellt worden ist, soll auch dann selbständig eingezogen werden, wenn der von der Sicherstellung Betroffene nicht wegen der Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann. Wird die Einziehung eines Gegenstandes angeordnet, so geht das Eigentum an der Sache oder das Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über; § 75 Absatz 3 gilt entsprechend. Straftaten im Sinne des Satzes 1 sind [...]. **

* *entsprechend der Zielrichtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB enthält der Katalog ausgewählte Straftatbestände aus dem StGB, der Abgabenordnung, dem Asylgesetz, dem Aufenthaltsgesetz, dem Außenwirtschaftsgesetz, dem Betäubungsmittelgesetz, dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen und dem Waffengesetz, welche ausweislich der Gesetzesbegründung üblicherweise im Zusammenhang mit Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität stehen.*

Der Gesetzgeber hat damit eine Möglichkeit geschaffen, Vermögensgegenstände auch dann (selbständig) einzuziehen zu können, wenn dem Betroffenen, bei dem diese sichergestellt wurden, eine rechtswidrige Tat gerade nicht nachgewiesen werden konnte, mithin das Strafverfahren durch einen Freispruch oder aber eine Verfahrenseinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO endete.

Anordnungsvoraussetzung ist der Anfangsverdacht einer Anlasstat aus dem Katalog des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB sowie die richterliche Überzeugung, dass der einzuziehende Vermögenswert von illegaler Herkunft ist und die betreffende (nicht konkret feststellbare) Erwerbstat nicht länger als 30 Jahre zurückliegt. Es gilt insoweit die freie richterliche Beweiswürdigung des § 261 StPO, wobei der Gesetzgeber im Rahmen der Verfahrensvorschriften für das selbständige Einziehungsverfahren in den §§ 435 ff. StPO dem Richter bei der Gewinnung seiner Überzeugung eine „Anleitung“ an die Hand gibt.

So sieht § 437 StPO eine Art „Anscheinsbeweis“ vor, welcher faktisch zu einer Beweislastumkehr führt. So kann das Gericht gem. § 437 Abs. 1 S. 1 StPO seine Überzeugung, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat stammt, etwa darauf stützen, dass der Vermögenswert in einem groben Missverhältnis zu den rechtmäßigen Einkünften des Täters steht. Dem von der Einziehung Betroffenen wird damit faktisch auferlegt, den legalen Erwerb möglicher Einziehungsgegenstände nachzuweisen, will er den sich aus der Beweisregel des § 437 StPO ergebenden Anschein der illegalen Herkunft der Vermögenswerte entkräften.

2. Bestimmung des erlangten Etwas - „Bruttoprinzip“

Auch im Rahmen der Reform der Vermögensabschöpfung hält der Gesetzgeber an dem im Jahre 1992 eingeführten „Bruttoprinzip“ fest. Durch einen nunmehr zweistufigen Aufbau bei der Bestimmung des erlangten Etwas sollen der strafrechtlichen Praxis jedoch klarere Leitlinien zur Verfügung gestellt werden, welche Vermögenswerte abzuschöpfen sind.*

* Der Gesetzgeber verspricht sich ausweislich der Gesetzesbegründung hiervon insbesondere eine Vereinheitlichung der obergerichtlichen Rechtsprechung, nachdem die verschiedenen Strafsenate des BGH in der Vergangenheit zum Teil unterschiedliche Ansätze bei der Bestimmung des erlangten Etwas gewählt haben, was im Einzelfall zum Teil zu stark divergierenden Ergebnissen führte.

Die Bestimmung des erlangten Etwas erfolgt in einem Zusammenspiel der Vorschriften des § 73 Abs. 1 StGB sowie des § 73d Abs. 1 StGB.

Schritt (1):

Das Erlangte ist gem. § 73 Abs. 1 StGB zunächst aufgrund einer rein tatsächlichen Betrachtung - gegenständlich - zu bestimmen. Abzuschöpfen sind demnach sämtliche wirtschaftlichen Vorteile, die der Tatbeteiligte direkt oder indirekt durch die Begehung einer Straftat erlangt hat. Die Vorschrift des § 73 Abs. 1 StGB hat folgenden Wortlaut:**

§ 73 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

** Die Vorschrift des § 73 Abs. 1 StGB entspricht hierbei weitgehend dem Regelungsgehalt des früheren § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F.. Lediglich durch die Verwendung des Wortes „durch“ anstelle des Wortes „aus“, soll nach dem Willen des Gesetzgebers verdeutlicht werden, dass es keiner „unmittelbaren“ Kausalbeziehung zwischen Tat und Vorteil bedarf, sondern sich die Bestimmung des Erlangten ausschließlich nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts richtet.

Schritt (2):

Erst danach erfolgt eine Beschränkung des sich aus dem „Bruttoprinzip“ ergebenden grundsätzlichen Abzugsverbots auf das, was der Tatbeteiligte bewusst und willentlich für die Vorbereitung oder Begehung einer Straftat aufgewendet oder eingesetzt hat. Der Gesetzgeber folgt damit dem Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB, wonach das, was in Verbotenes investiert worden ist, unwiederbringlich verloren sein soll. Die maßgebliche Vorschrift des § 73d Abs. 1 StGB hat folgenden Wortlaut:

§ 73d Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung

(1) Bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten sind die Aufwendungen des Täters, Teilnehmers oder des anderen abzuziehen. Außer Betracht bleibt jedoch das, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden ist, soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt.

(2) Umfang und Wert des Erlangten einschließlich der abzuziehenden Aufwendungen können geschätzt werden.

Für die Frage der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen ist daher entscheidend darauf abzustellen,

- ob die Handlung oder das Geschäft, das unmittelbar zur Vermögensmehrung geführt hat, selbst verboten war oder nicht,

und

- ob der Täter oder Teilnehmer das Verbotene des Geschäfts erkannt, mithin vorsätzlich gehandelt hat.

Hieraus ergibt sich, dass Aufwendungen für nicht zu beanstandende Leistungen in Abzug zu bringen sind, mögen diese auch demselben tatsächlichen Verhältnis wie der strafrechtlich missbilligte Vorgang entstammen.

Weiterhin greift das Abzugsverbot dann nicht, wenn der Täter oder Teilnehmer das Verbotene des Geschäfts lediglich *fahrlässig* verkennt, da in diesem Fall die Aufwendungen nicht *bewusst (vorsätzlich)* für eine Straftat getätigt wurden.

Zuletzt sollen gem. § 73d Abs. 1 S. 2 a. E. StGB auch Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten (etwa die Gegenleistung eines durch Betrug zustande gekommenen Austauschvertrages) nicht unter das Abzugsverbot fallen, da der Vertragsschluss in diesem Fall zivilrechtlich zwar anfechtbar, jedoch nicht unwirksam ist. Nach § 73d Abs. 1 S. 1 StGB können jedoch nur solche Aufwendungen in Abzug gebracht werden, die in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem strafrechtswidrigen Erlangen des Vermögenswertes stehen. Aus Sicht des Autors lassen sich somit innerhalb der Vorschrift des § 73d Abs. 1 StGB folgende **Fallgruppen** herausarbeiten:

- **Keine Abzugsfähigkeit:**
 - Aufwendungen für eine vorsätzlich begangene Straftat (z.B. Betäubungsmittelgeschäft, vorsätzlicher Verstoß gegen das AWG, Insidergeschäfte)
 - Aufwendungen, die dem tatsächlichen Vermögenszufluss zeitlich nachfolgen (z.B. Fluchtkosten; Kosten für die Sicherung oder Verwertung der Tatbeute) oder dem Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten nur gelegentlich der Erwerbstat entstanden sind (z.B. Frühstückskosten am Tattag)

- **Abzugsfähigkeit:**

- Aufwendungen für eine fahrlässig begangene Straftat (z.B. fahrlässiger Verstoß gegen das AWG)
- Aufwendungen, die nicht für die Vorbereitung oder Begehung der Tat getätigt wurden (z.B. Aufwendungen für die beanstandungsfreie Werkleistung eines durch Bestechung erlangten Werkvertrages)
- Gegenleistung des Täters bei Betrugstaten (z.B. tatsächlicher Wert eines Autos, das betrügerisch mit einem manipulierten Tachostand verkauft wird; Wert eines fabrikgefertigten Teppichs, der als handgeknüpft verkauft wird)

3. Die Abschöpfung beim Drittbegünstigten

Die Fälle der Vermögensabschöpfung beim Drittbegünstigten umfassen diejenigen Sachverhaltskonstellationen, in denen rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile nicht beim Tatbeteiligten (Täter oder Teilnehmer), sondern bei einem Dritten sichergestellt werden.

Gesetzlich geregelt war bislang lediglich die Fallgruppe der sog. „Vertretungsfälle“, in denen der Dritte den Vermögenswert ohne Durchgangserwerb bei dem Tatbeteiligten erlangt (§ 73 Abs. 3 StGB a.F.). Erheblicher Kritik in der Literatur begegnete der Umstand, dass der Bundesgerichtshof darüber hinaus auch die Fallgruppe der sog. „Verschiebungsfälle“, in denen zunächst der Tatbeteiligte etwas erlangt, was er dann jedoch an einen Dritten unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund überträgt, unter den Wortlaut des § 73 Abs. 3 StGB a.F. subsumierte*.

* Rönau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Auflage 2015, Rn. 126; Schönke/Schröder-Eser, StGB, 29. Auflage 2014, § 73, Rn. 37a; Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 73, Rn. 32, 37 mwN).

Ebenfalls gesetzlich nicht geregelt waren bislang die Fälle, in denen dem Dritten die Vermögenswerte durch Erbschaft, in Form des Pflichtteils am Erbe oder durch Vermächtnis zugeflossen sind.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Reform nunmehr alle drei Fallgruppen in § 73b Abs. 1 StGB normiert; die „Vertretungsfälle“ in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, die „Verschiebungsfälle“ in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und die „Erbfälle“ in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB. In § 73b Abs. 2 und 3 StGB wird klargestellt, dass nicht nur die Verschiebung des deliktisch erlangten Gegenstandes selbst, sondern auch die Weiterreichung des Wertersatzes sowie von Nutzungen und Surrogaten vom Verschiebungs-/Erbfall erfasst werden.

§ 73b Einziehung von Taterträgen bei anderen

(1) Die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 und 73a richtet sich gegen einen anderen, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, wenn

1. er durch die Tat etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat,

2. ihm das Erlangte

a) unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde oder

b) übertragen wurde und er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, oder

3. das Erlangte auf ihn

a) als Erbe übergegangen ist oder

b) als Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer übertragen worden ist.

Satz 1 Nummer 2 und 3 finden keine Anwendung, wenn das Erlangte zuvor einem Dritten, der nicht erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen wurde.

(2) - (3) ...

4. Die Neuregelung der Opferentschädigung

Die Opferentschädigung folgte bislang dem sog. „Rückgewinnungshilfe“-Modell. Zentrale Vorschrift war insoweit § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F., aufgrund derer die Anordnung des Verfalls deliktisch erlangter Vermögenswerte dann ausgeschlossen war, wenn (mindestens) einem individuell Verletzten aus der Tat ein zivilrechtlicher Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.

In diesen Fällen konnte die Strafjustiz die Vermögenswerte des Tatverdächtigen oder eines Drittbegünstigten zwar vorläufig für die Tatgeschädigten sichern. Diese mussten sich dann selbst um einen zivilrechtlichen Titel kümmern und beim Gericht gem. § 111g Abs. 2 StPO a.F. die Zulassung zur Zwangsvollstreckung beantragen, um auf die gesicherten Vermögensgegenstände zugreifen zu können.

Bei mehreren Verletzten galt hierbei der Prioritätsgrundsatz, so dass es in der Praxis nicht selten dazu kam, dass die „schnellsten“ Verletzten vollständige oder jedenfalls weitgehende Befriedigung erlangten, während alle anderen Tatgeschädigten leer ausgingen. Wurde seitens der Verletzten davon abgesehen, ihre zivilrechtlichen Ansprüche geltend zu machen, kam unter den Voraussetzungen des § 111i StPO a.F. die Anordnung des „Auffangrechtserwerbs“ an den vorläufig gesicherten Vermögensgegenständen zugunsten des Staates in Betracht, um zu verhindern, dass dem Täter in diesen Fällen die Taterträge verblieben.

Im Rahmen der Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung wurde die Vorschrift des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. gestrichen, was zur Folge hat, dass die Abschöpfung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages durch den Staat jetzt auch dann möglich ist, wenn - wie etwa im Bereich der Vermögensdelikte (z.B. Betrugstaten) regelmäßig der Fall ist - Schadensersatzansprüche von Tatgeschädigten im Raum stehen.

Die Befriedigung der Ansprüche der Verletzten findet nunmehr entweder im Strafvollstreckungsverfahren (§ 459h StPO) oder im Insolvenzverfahren (§ 111i StPO) statt, was im Gegensatz zur früheren Rechtslage zu einer Gläubigergleichbehandlung führen und die Entschädigung zudem kostengünstiger und einfacher machen soll.

Übersicht 1: Entschädigung bei Einziehung des Tatertrages (§ 73 Abs. 1 StGB)

Ist der aus der Straftat erlangte Gegenstand aufgrund einer Sicherstellung durch Beschlagnahme noch vorhanden, findet die Entschädigung der Verletzten erst nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens im Strafvollstreckungsverfahren statt; eine Ausnahme sieht § 111n Abs. 2 StPO lediglich für bewegliche Sachen (z.B. Diebesgut) vor, die dem Verletzten möglichst zeitnah zurückgegeben werden sollen.

- Rückübertragung/Herausgabe an den Verletzten oder dessen Rechtsnachfolger, § 459h Abs. 1 StPO
- Verfahren, § 459j StPO
- (Ausgleichs-)Anspruch des Betroffenen, § 459l Abs. 1 StPO

Übersicht 2: Entschädigung bei Einziehung des Wertes des Tatertrages (§ 73c StGB)

Auch in den Fällen, in denen der deliktisch erlangte Gegenstand selbst nicht mehr vorhanden ist und das Gericht gem. § 73c StGB die Einziehung des Wertes des Tatertrages angeordnet hat, erfolgt nach der Konzeption der Neuregelung die Entschädigung der Verletzten im Regelfall nach Rechtskraft der Anordnung der Wertersatzeinziehung im Strafvollstreckungsverfahren.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn es mehrere Verletzte gibt und der Wert der vorläufig sichergestellten Vermögenswerte nicht sämtliche Schadensersatzansprüche abdeckt (sog. „Mangelfall“); in diesen Fällen erfolgt die Entschädigung nunmehr im Insolvenzverfahren.

Alternative 1 - Schadensdeckung durch gesicherte Werte

- Auskehrung, § 459h Abs. 2 StPO
- Verfahren, § 459k StPO
- (Ausgleichs-)Anspruch des Betroffenen, § 459l Abs. 2 StPO

Alternative 2 - Schadensunterdeckung durch gesicherte Werte („Mangelfall“)

- Insolvenzantrag des Einziehungsadressaten/Gläubigers bzw. der Staatsanwaltschaft, § 111i Abs. 1 bzw. 2 StPO
- Freigabe der gesicherten Werte für die Masse

Wieso sich der Zoll nicht an die Gesetze hält - Scheinselbstständigkeit am Bau

Dr. Florian Englert, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

Es ist erschreckend dabei zuzusehen, wie der Zoll agiert. Eine Razzia auf der Baustelle kommt einer Invasion gleich, die bis an die Zähne bewaffneten Beamten sind immer auf der Suche nach den vermeintlichen Scheinselbstständigen und Sozialversicherungsbetrügern, welche sich der Zoll selbst als solche definiert. Es hat mit Sicherheit seine Berechtigung, dass sich der Zoll um die schwarzen Schafe der Branche kümmert, jedoch kann man beobachten, dass sich hierbei sehr viel unschuldiger Beifang in den Netzen verfängt und schließlich von der Maschinerie der Justiz gleich mitverarbeitet wird.

Die Problematik ist dabei folgende: Der Zoll und die Justiz legen an die Bestimmung der Scheinselbstständigkeit Kriterien* an, welche auf andere Branchen zutreffen würden, in der Baubranche jedoch üblich und auch genau so im Bauvertragsrecht (BGB, VOB etc.) reguliert sind. Zum Verständnis haben wir hier zunächst den Blick vom Strafrecht zu lösen und die Disziplin zu betrachten, welche sich mit der Materie beschäftigt: Das (private) Baurecht.

* Vgl. hierzu: *Petzold/F. Englert* in K. Englert et al., Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 5. Auflage 2016, 16. Kapitel, Rn. 212 ff.

Es kommt hier bei der Beurteilung, ob ein Werkvertrag vorliegt, natürlich immer auf die konkrete Ausgestaltung des Vereinbarten an*, diese Beurteilung wird allerdings durch die Strafverfolgungsbehörden allzu leicht(fertig) in den Bereich der Pönalisierung gerückt, ohne dass die Beurteilung des Einzelfalles Berücksichtigung findet. Nachfolgend sollen einige immer wieder kehrende Argumente näher beleuchtet werden.

* Vgl. BGH, Beschl. v. 27. 9. 2011 – 1 StR 399/11; BGH, Urt. v. 21.1.2003 - X ZR 261/01.

I. Wichtige Regelungen im privaten Baurecht

Ein Bauvertrag ist im Wesentlichen ein Werkvertrag, welcher in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Da sich das Werkvertragsrecht zum 01.01.2018 grundlegend ändert*, soll hier im Folgenden sowohl das alte als auch das neue Gesetz berücksichtigt werden, denn gerade aus den Änderungen ergeben sich hervorragende Argumentationshilfen für die spätere Diskussion vor Gericht.

* Text abrufbar unter:
http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2017/0101-0200/199-17.pdf?__blob=publicationFile&v=5

Neben dem BGB findet auch die VOB Anwendung. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen regelt in der VOB/A die Vergabevorgaben sowie die Verpflichtung der öffentlichen Hand, bei Aufträgen stets die VOB in allen Teilen mit einzubeziehen*.

* Vgl. § 8a VOB/A i.V.m. haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Länder für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Bei Vergaben über den Schwellenwerten gem. § 2 VgV ist die VOB/A immer anzuwenden.

Die VOB/B bestimmt den Bauvertrag und dient seit 1926 zur Regelung der im Gesetz (BGB) unberücksichtigten Besonderheiten der Baubranche im Hinblick auf Anordnungsrechte, Mitwirkungspflichten, Preisbestimmung, Bedenken, Behinderung, Abnahme, Mängelrechte und Streitschlichtung.

In der VOB/C finden sich die Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen: Hier ist für die verschiedenen Gewerke vorgegeben, was Nebenleistungen (= mit der Hauptleistung vergütet) und besondere Leistungen (= zusätzlich zu vergüten) darstellt. Darüber hinaus beinhaltet die VOB/C die Anforderungen für das Aufstellen der Leistungsverzeichnisse.

II. Der Bauvertrag

1. BGB

Der Bauvertrag ist generell ein Werkvertrag. Deutlich wird dies (neben der schon lange erfolgten Klarstellung durch Rechtsprechung und Literatur, da immerhin ein Werkerfolg geschuldet ist) durch die Reform des Werkvertragsrechtes, in welcher der Gesetzgeber den Bauvertrag speziell geregelt hat (§§ 650 a - 650 h BGB n.F.). Grundsätzlich werden die Leistungspflichten des Werkvertragsrechts in § 631 BGB definiert:

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

Künftig wird der Bauvertrag zusätzlich durch die §§ 650a - 650h BGB n.F. ergänzend präzisiert. Im Grunde werden jedoch Bestimmungen der VOB/B mit in das BGB übernommen, so z.B. das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650 b BGB n.F.), welches auch in dem hier beschriebenen Sujet eine Rolle spielt.

2. VOB/B

Die VOB/B regelt - ähnlich den AGB - die Details zum Bauvertrag. Seit 1926 werden somit Schwächen des zu allgemeinen BGB- Werkvertragsrechts behoben und - da zur Änderung der VOB kein Gesetzgebungsverfahren nötig ist - regelmäßig an die aktuelle Situation in der Baubranche angepasst. Auch mit der Reform des BGB- Bauvertragsrechts bleibt die VOB/B eines der wichtigsten Instrumente zur Regelung von Bauproblemen*. Bis 2009 war die VOB/B, soweit als Ganzes und unverändert einbezogen, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch im Verbraucherbauvertrag als privilegiert anzusehen. Dies änderte sich erst mit der Neufassung des § 310 BGB, wonach die VOB/B die Privilegierung verloren hatte, jedoch nur im Bezug auf den Verbraucher. Ansonsten gilt sie als AGB**.

* Vgl. Gesetzesbeschluss vom 10.03.2017, BR Drucksache 199/17:

http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2017/0101-0200/199-17.pdf?__blob=publicationFile&v=5

** Vgl. Zur AGB- Kontrolle und Privilegierung der VOB/B: Ingenstau/Korbion, VOB/B, Einleitung Rn. 24 ff.

Die VOB/B regelt insbesondere Art und Umfang der Leistung (§ 1), die Vergütung (§ 2), Ausführungsunterlagen und Ausführung (§§ 3, 4), Mängelansprüche nach Abnahme (§ 13), Mängelansprüche vor Abnahme (§ 4 Abs. 7) und trifft Aussagen zu Gefahrverteilung, technischer Abnahme, Mitwirkungspflichten, Kündigung, Einstellung der Arbeiten, Streitbeilegung sowie weiterer wichtiger Streitpunkte. Die Lektüre der VOB/B sei somit

jedem empfohlen, der mit der Thematik zu tun hat, denn aus ihr ergeben sich regelmäßig gute Argumente!

III. Die Argumente der Anklage - Überblick

Nachfolgend soll ein Blick auf die häufigsten Argumente der Verfolgungsbehörden, mit welchen eine Scheinselbstständigkeit begründet wird, geworfen werden:

- Weisungsgebundenheit der Unternehmer
- Kontrolle der Arbeiten während der Ausführungen
- Änderungsanordnungen des Angeklagten während der Ausführung
- Einbindung in den Betriebsablauf
- Kein unternehmerisches Risiko
- Verarbeitung der vom Angeklagten zur Verfügung gestellten Materialien
- Übernahme der Preise des Angeklagten
- Keine eigene Werbung
- Kein Haftungsrisiko
- Verbot der Vergabe an Subunternehmer
- Keine eigenen gewerblichen Angestellten der Subunternehmer

In nahezu allen Verfahren werden diese Indizien herangezogen, um die Arbeitnehmer-eigenschaft der Subunternehmer zu begründen. Nachfolgend soll von den Fällen ausgegangen werden, in welchen die Subunternehmer als GbR oder in ähnlicher Konstellation als Mehrpersonengesellschaft aufgetreten sind. Beim Einzelunternehmer ist natürlich noch zu berücksichtigen, dass es mit Sicherheit noch auf die Art der Tätigkeit ankommt, die Verteidigung hier also komplexer wird.

IV. Argumente der Anklage - im Detail

1. Weisungsgebundenheit der Subunternehmer

Argument der StA: Dem Angeklagten wird vorgeworfen, er hätte ein Weisungsrecht über die Subunternehmer, da er zum einen die Fristen für die Ausführung vorgibt, die Leistungen während der Ausführung kontrolliert und auch Änderungen der Leistungen anordnet.

Gegenargument: Der Angeklagte war berechtigt und vertraglich verpflichtet, die Subunternehmer zu überwachen und Fristen zur Ausführung zu setzen sowie Änderungen der Leistung anzuordnen. Dies ergibt sich schon daraus, dass bei einem Bauvertrag ein Werkerfolg geschuldet ist, welcher sich zum einen in der Erstellung des Gewerkes, zum anderen in der mangelfreien und fristgerechten Erstellung zeigt.

Die Frist zur Ausführung muss hierbei im Bauvertrag angegeben werden und ist einzuhalten, da sich in der Regel Nachfolgegewerke an die eigene Leistung anschließen. Fristen sind somit einzuhalten, soweit diese vertraglich vereinbart sind*.

* Kniffka/Jansen/von Rintelen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 30.09.2011, § 31 Rdn. 221 ff.

Es ist dem Auftraggeber, welcher sich nun auf der Anklagebank befindet, erlaubt, dem Subunternehmer Fristen zu setzen und auch zu langsames Arbeiten zu rügen:

Auch eine Änderung der Leistung ist erlaubt, da § 1 Abs. 3 VOB/B den Auftraggeber direkt hierzu ermächtigt:

(3) Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.

Ist im Hauptauftrag die VOB/B vereinbart, so muss diese auch zwischen AN und Subunternehmer vereinbart sein, da ansonsten berechnete Leistungsänderungen des Bauherren nicht an den Subunternehmer weitergegeben werden können. Damit könnte der Bauvertrag durch den Angeklagten mithin nicht erfüllt werden. Daher muss dieser die Änderung der Leistung auch gegenüber seinem Subunternehmer anordnen können.

Im BGB- Werkvertragsrecht gilt (bis 31.12.2017) das Konsensprinzip, so dass hier das ursprünglich bestellte Werk auch zu liefern und abzunehmen ist. In der Praxis des Bauens ist dies jedoch nicht zielführend, da Umplanungen - aus welchen Gründen auch immer - zum Alltag gehören. Damit werden regelmäßig alle Leistungspflichten innerhalb der Leistungskette (Bauherr - Planer/GÜ - Auftragnehmer - Subunternehmer...) geändert und, soweit nicht die VOB vereinbart worden ist, „neue“ Verträge über die zusätzlichen/ geänderten Leistungen geschlossen.

Zur Kontrolle der Leistungen während der Leistungserbringung ist der Auftraggeber ebenfalls berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet! Dies regelt § 4 Abs. 2, 3 VOB/B:

2. Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen.

Hierzu hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die vertragliche Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe und Bauteile gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen sowie die Ergebnisse von Güteprüfungen zur Einsicht vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wenn hierdurch keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden. Als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Auskünfte und Unterlagen hat er vertraulich zu behandeln.

3. Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Absatz 2) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind. Die Anordnungen sind grundsätzlich nur dem Auftragnehmer oder seinem für die Leitung der Ausführung bestellten Vertreter zu erteilen, außer wenn Gefahr im Verzug ist. Dem Auftraggeber ist mitzuteilen, wer jeweils als Vertreter des Auftragnehmers für die Leitung der Ausführung bestellt ist.

Der Grund hierfür ist, dass zum einen sichergestellt werden soll, dass die Gewerke mangelfrei erstellt werden, so dass die Mangelbeseitigung nicht die Abnahme verzögert, zum anderen sind Mängel nur noch schwer zu erkennen, wenn ein Teil des Gewerkes nach Fertigstellung nicht mehr erreichbar ist: Mängel am Estrich können somit nur noch beseitigt werden, wenn der Boden wieder entfernt wird, Mängel an der Gründung eines Gebäudes können nach Errichtung des Gebäudes nur noch durch langwierige und kostenintensive Maßnahmen behoben werden. Somit entstehen schon aus der Tätigkeit heraus besondere Überwachungspflichten*.

* Vgl. Hierzu: OLG Bamberg, Urteil vom 16.05.2017 - 5 U 69/16

2. Unternehmerisches Risiko

Argument Staatsanwaltschaft: Die Subunternehmer trugen hierbei kein unternehmerisches Risiko

Gegenargument: Gerade in der Baubranche sind die Risiken sehr hoch! Der Subunternehmer haftet für Mängel an seinem Gewerk und die rechtzeitige Fertigstellung. Die Kosten für die Beseitigung der Mängel können dadurch auch noch wesentlich höher ausfallen, als der Unternehmer an Vergütung erhalten hat. Dies insbesondere dann, wenn zum Zwecke der Mangelbeseitigung der Rückbau einzelner Bauteile notwendig wird. Dieses Risiko ist nicht zu unterschätzen.

Im Gegensatz zu fest angestellten Mitarbeitern besteht für Subunternehmer keine Garantie, einen Folgeauftrag zu erhalten.

3. Preisvorgabe durch den Auftraggeber

Argument Staatsanwaltschaft: Der Subunternehmer hat die vom Angeklagten vorgegebenen Preise akzeptiert und übernommen.

Gegenargument: Grundsätzlich herrscht in Deutschland Vertragsautonomie. Verträge werden durch Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB) geschlossen.

Kommt es zur Weitervergabe von Teilleistungen an einen Subunternehmer, so erfolgt dies in der Regel nach dem Zuschlag. Damit stehen die Preise, welche der Angeklagte angeboten hat, fest. Die Preise für die Subunternehmer müssen sich entsprechend in dem Rahmen befinden, in welchem der Angeklagte angeboten hat:

Sämtliche Preise werden kalkuliert und bestehen aus mehreren preisbildenden Faktoren. Diese sind in der Regel:

EKT: Einzelkosten der Teilleistungen:

- Materialkosten
- Lohnkosten
- Kosten für Maschinen etc.

BGK: Baustellengemeinkosten

- Kosten der Baustelle, welche keiner Teilleistung zugeordnet werden können

AGK: Allgemeine Geschäftskosten

- Kosten, welche für den Betrieb des Unternehmens anfallen und welche gleichmäßig auf alle Baustellen verteilt werden

W&G: Wagnis und Gewinn

- Gewinnmarge und Risikopuffer.

Damit die Kalkulation am Ende wieder stimmig ist, kann also der Preis für die weitergegebene Leistung nicht höher sein, als die selbst angebotene Position unter Abzug der BGK, AGK und W&G. Stellt der Auftraggeber das Material selbst (hierzu später), so ist die Kalkulation hier ebenfalls anzupassen, so dass der maximale Preis, zu welchem die Leistung vergeben werden kann, nur noch die Lohnkosten und Kosten für Maschinen aus

den EKT umfasst. Ein Baubetriebswirtschaftliches Gutachten kann hier die Preisbildung nachvollziehbar machen.

4. Material durch Angeklagten gestellt

Argument Staatsanwaltschaft: Der Angeklagte stellte das zu verarbeitende Material zur Verfügung.

Gegenargument: Soweit die Staatsanwaltschaft ein Indiz für die Scheinselbstständigkeit in der Gestellung des Baumaterials durch den Auftraggeber sieht, so verkennt sie, dass beim Werkvertrag die Gestellung des Materials durch den Auftraggeber keine Seltenheit ist. Gerade bei Bauvorhaben wird (allein schon aus Kostengründen) der Einkauf oft zentral abgewickelt.

Auch das BGB sieht in § 645 eine Stofflieferung durch den Auftraggeber (hier: Besteller) vor:

§ 645 Verantwortlichkeit des Bestellers

(1) ¹Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines **Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes** oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. ²Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

(2) Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

In § 4 Abs. 3 VOB/B ist sodann geregelt:

(3) Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die **Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile** oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.

Damit ist die Bereitstellung der Baumaterialien durch den Auftraggeber im Bereich des Baurechts keine Seltenheit, eher die Regel als die Ausnahme. Auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten macht dies Sinn, da durch die größeren Mengen günstigere Preise erzielt werden können, als wenn die Teile eines jeden Gewerkes extra von jedem Subunternehmer einzeln gekauft werden müssten.

In der Kommentierung der ATV DIN 18340 (VOB/C) Abschnitt 3.1 wird ebenso auf die Bedenkenanmeldung gem. § 4 Abs. 3 VOB/B nach Prüfung der Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe hingewiesen*.

* Vgl. E. Schwarz et. al. in Englert/Katzenbach/Motzke, VOB/C, DIN 18340, Rn. 41.

Somit entspricht es der gängigen Praxis, dass Material nicht nur vom Ausführenden bereitgestellt werden muss. Oftmals wird das Material schon vom Auftraggeber bei der Ausschreibung vorgegeben und mit dem LV müssen vom Bieter Nachweise über die Materialien beigelegt werden.

5. Verbot der Weitervergabe

Argumentation der Staatsanwaltschaft: Dem Subunternehmer wurde verboten den Auftrag selbst an einen Subunternehmer weiter zu vergeben.

Gegenargument: Ein Verbot der Weitergabe von Aufträgen findet sich schon in § 4 Abs. 8 VOB/B:

1. Der Auftragnehmer **hat** die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer **ohne schriftliche Zustimmung** des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde (§ 8 Absatz 3).
2. Der Auftragnehmer **hat** bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile B und C zugrunde zu legen.
3. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber die Nachunternehmer und deren Nachunternehmer ohne Aufforderung spätestens bis zum Leistungsbeginn des Nachunternehmers mit Namen, gesetzlichen Vertretern und Kontaktdaten bekannt zu geben. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer für seine Nachunternehmer Erklärungen und Nachweise zur Eignung vorzulegen.

Der Einsatz von Subunternehmern, welchen der Hauptauftraggeber nicht zugestimmt hat, stellt mithin eine Vertragsverletzung dar, welche zur Kündigung führen kann und weiter die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers in Frage stellt*.

* Vgl. hierzu: LG Bremen, Urteil vom 04.05.2016 - 1 O 610/14.

Die Einschränkung der Freiheit des Subunternehmers ist also wiederum im Rahmen der VOB verankert und findet auch im BGB ihre Stütze: Gerade wenn es um die Herstellung eines Bauwerkes oder Teilen davon geht, so ist es dem Auftraggeber nicht gleichgültig, wer die Leistung erbringt!

V. Fazit

Der Verfolgungseifer der Zollbehörden und der Sozialkassen ist schier grenzenlos. Die rechtlichen Argumente zu Gunsten der Angeklagten finden nur selten bis gar nicht Eingang in die Überlegungen der Staatsanwaltschaft und müssen dringend durch die Verteidigung im Wege des Beweisantrages eingeführt werden, wobei sich hier der „Erzählende Beweisantrag“ nach Wagner* anbietet.

* Vgl. confront 2016, Heft 2 S. 6ff.

Drohender Schadensersatz als wirksames Mittel gegen apokryphe Haftgründe

Christian Krauß, LL.M. Eur., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Nürnberg

I. Defizitäre Selbstheilungskräfte der Justiz

Wird ein Haftgrund rechtsfehlerhaft angenommen, geht damit eine massive Grundrechtsverletzung einher. Selbst, wenn später festgestellt wird, dass eine Entscheidung falsch war, mangelt es von Seiten des Staates häufig an der Bereitschaft, den Fehler einzugestehen und die durch die falsche Entscheidung hervorgerufenen Schäden auszugleichen. Der Fehler wird damit auch auf der Sekundärebene perpetuiert.*

* Im geschilderten Fall gab es nicht *die* konkrete Fehlentscheidung. Vielmehr haben mehrere Umstände erst kumulativ zu einer 41 Tage andauernden rechtswidrigen Inhaftierung geführt. Dass es zu einer derartigen Kumulation kommen kann, liegt an systemimmanenten Defiziten (vgl. *Rudolph*, Die „Lebenslüge der Justiz“ oder der Umgang mit den eigenen Fehlern, in: Pommrenke/Klößner (Hrsg.), Staatsversagen auf höchster Ebene, 2013, S. 81 ff.).

In diesem Praxisbericht werden die Auswirkungen der rechtswidrigen Annahme eines Haftgrundes geschildert, bei dem die Bereitschaft zur kritischen Fehlerkorrektur gering war. Die fehlerhafte Annahme eines Haftgrundes wurde erst in der dritten Instanz festgestellt. Für den Sekundärrechtsschutz – also vollen Schadensersatz für die rechtswidrige Behandlung – musste der Freistaat Bayern verklagt werden.

Das letztlich positive Fazit vorab: Der Schadensersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK ist ein probates Mittel gegen apokryphe Haftgründe. Zumindest die Staatshaftungskammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth hat deutliche Worte gegen die vorherige mangelnde Bereitschaft der Justiz, Fehler zu korrigieren, gefunden. Aber der Reihe nach.

Art. 5 - Recht auf Freiheit und Sicherheit

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

II. Inhaftierung und Strafverfahren

1. Uneidliche Falschaussage und vorläufige Festnahme

O ist russische Staatsangehörige und verfügt nur über eingeschränkte Deutschkenntnisse. Ihr Ehemann ist berufsbedingt nur selten zuhause, so dass die Betreuung der beiden Kinder im Grundschulalter hauptsächlich in den Aufgabenbereich der O fällt. Im Rahmen eines 450,00-Euro-Jobs bessert sie das Familieneinkommen auf.

Am 18.12.2014 sagte O in einem Strafverfahren gegen X und Y wegen des Vorwurfs des versuchten Totschlags vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth aus. Ihre Aussage stand zum Teil im Widerspruch zu den Angaben, die sie gegenüber der Polizei gemacht hat, vor allem widersprach sie aber den Angaben der Hauptbelastungszeugin.

Um 12.10 Uhr ließ sie der Sitzungsstaatsanwalt wegen des Verdachts der uneidlichen Falschaussage vorläufig festnehmen. Der schriftliche Festnahmevermerk der Staatsanwaltschaft enthält keine Ausführungen zu einem Haftgrund.*

* Bei Verdacht einer Falschaussage sieht Nr. 136 S. 2 RiStBV als Reaktionsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft zwar ausdrücklich die vorläufige Festnahme vor. Selbstverständlich müssen dabei aber die engen Voraussetzungen der §§ 127, 128 StPO erfüllt sein (vgl. nur BeckOK StPO/*Temming*, 27. Ed. 1.1.2017, RiStBV 136, Rn. 5).

Ich wurde durch einen der Verteidiger des Schwurgerichtsverfahrens über die Festnahme informiert und befand mich bereits 20 Minuten später in der Vorführzelle der O in den Katakomben des Nürnberger Justizpalastes. Der Sitzungsstaatsanwalt bat mich, mit O „abzuklären, ob eine Berichtigung der Aussage erfolgen soll“ – so die Formulierung in seinem Festnahmevermerk. Nach einer Rücksprache mit meiner Mandantin teilte ich dem Staatsanwalt mit, dass O im Moment keine Angaben mehr zur Sache machen werde.

2. Angenommener Haftgrund: Verdunkelungsgefahr

Am Folgetag fand der Vorführtermin beim Ermittlungsrichter am Amtsgericht Nürnberg statt. Der Haftbefehl wurde, wie von der Staatsanwaltschaft beantragt, erlassen. Als Haftgrund wurde Verdunkelungsgefahr angenommen. Wörtlich wird im Haftbefehl des Amtsgerichts Nürnberg vom 19.12.2014 (Geschäftszeichen 57 Gs 9844/14) ausgeführt:

„Es besteht der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO, da das Verhalten der Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, sie werde auf Beweismittel einwirken und dadurch die Ermittlung der Wahrheit erschweren.

Von Seiten der Verwandten der anderweitig Verfolgten X und Y wurde bereits auf die Zeugen A und B sowie C eingewirkt, indem diesen gedroht wurde, im Falle einer Aussage B und C der Mittäterschaft zu bezichtigen.

Die Zeugin O änderte ihre polizeiliche Aussage völlig ab und brachte – erstmals und entsprechend den „Drohungen“ des Y – B als Tretenden ins Gespräch.

Dies zeigt, dass sämtliche Beteiligten, auch die Beschuldigte, in einem engen konspirativen Kontakt stehen und Aussagen aufeinander und miteinander abstimmen. Es ist daher wahrscheinlich, dass sich nunmehr auch im gegenständlichen Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigte diese im Falle ihrer Freilassung mit möglichen weiteren Beteiligten und Zeugen abspricht.“

Verdunkelungsgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO setzt voraus, dass durch das Verhalten des Beschuldigten „die Gefahr droht, dass die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde“. Der Haftgrund bezieht sich dabei nur auf die Tat, die dem Haftbefehl zu Grunde liegt.*

* Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, 60. Auflage 2017, § 112, Rn. 26.

Vom Ermittlungsrichter wurde auch zutreffend erkannt, dass es für die Beurteilung der Verdunkelungsgefahr lediglich auf die der O vorgeworfene Tat – also uneidliche Falschaussage – ankommt.

3. Apokrypher Haftgrund?

Will O selbst den Haftgrund entkräften, hat sie nur eine Handlungsmöglichkeit: sie räumt die Falschaussage ein. Es steht damit die Überlegung im Raum, ob mit der Inhaftierung der O nicht vorrangig bezweckt werden soll, sie zu einer anklagefreundlicheren Aussage zu motivieren. Ein derartiger Haftgrund ist in der StPO allerdings nicht vorgesehen, es wäre ein apokrypher Haftgrund.

Apokryph bedeutet „verborgen“. Es liegt im Wesen apokrypher Haftgründe, dass sie nicht offen benannt werden und daher auch nicht unmittelbar nachzuweisen sind. Je fernliegender der angenommene Haftgrund der StPO ist, desto mehr spricht für einen apokryphen Haftgrund. Ob die Annahme von Verdunkelungsgefahr im konkreten Fall überzeugen kann, sei der eigenen Beurteilung anheimgestellt.

Die Tat – uneidliche Falschaussage nach § 153 StGB – wurde in einer öffentlichen Hauptverhandlung begangen. Es gibt kaum Taten mit besserer Beweissituation, die Aussage der O ist allen Beteiligten bekannt. Bereits im Vorführtermin habe ich darauf hingewiesen, dass durch ihre Inhaftierung keine Verdunkelungshandlungen unterbunden werden können.* Schließlich handelte es sich um ein Schwurgerichtsverfahren, bei dem – anders als bei einer Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht – eine nennenswerte Anzahl von Zuhörern und Presse im Sitzungssaal anwesend waren.

* Vgl. dazu OLG Bamberg, das bereits 1991 zu einer ähnlichen Konstellation (Verdunkelungsgefahr bei Falschaussage, Beschluss vom 04.01.1991, Az. Ws 619/90) prägnant ausgeführt hat: „Welche Verdunkelungshandlungen zu dieser Frage denkbar sein sollten, ist nicht zu ersehen.“

Vor allem stehen aber Angehörige der Justiz als Zeugen zur Verfügung, insbesondere die Mitglieder der Schwurgerichtskammer und der anwesende Sitzungsstaatsanwalt. Zwar wurden die Justiz-Zeugen im Haftbefehl nicht erwähnt. Dass sie übersehen wurden, ist allerdings nur schwer vorstellbar. So werden in der späteren Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth vom 29.06.2015 (Az. 103 Js 1613/14) Sitzungsstaatsanwalt sowie Vorsitzender und Berichterstatter an prominenter Stelle, nämlich vor allen anderen Beweismitteln, angeführt.

Der Ermittlungsrichter unterstellt mit der Annahme des Haftgrundes der Verdunkelungsgefahr also Folgendes: eine Hausfrau, die der deutschen Sprache nicht mächtig ist, kann die Ermittlung der Wahrheit erschweren, indem sie den Vorsitzenden und den Berichterstatter einer Schwurgerichtskammer sowie einen Staatsanwalt als Gruppenleiter beeinflusst. – Mir kommt Tucholsky in den Sinn: „Natürlich soll man richterliche Fachleute hören, denn sie kennen ihre Pappenheimer“.*

* *Tucholsky*, Ein Schädling der Kriminalistik II (1928), in: Gesammelte Werke in zehn Bänden, Bd. 6, 1975, S. 185 ff. (188).

4. Haftbeschwerde

Noch am Tag, an dem der Haftbefehl erlassen wurde, ist Haftbeschwerde eingelegt worden; eine Haftprüfung war nach dem Verlauf des Vorführtermins von vornherein aussichtslos. In der Haftbeschwerde wurde nochmals darauf hingewiesen, dass die Aussage der O allen Beteiligten bereits bekannt ist. Verdunkelungshandlungen wären also auch von anderen Personen möglich, die Inhaftierung der O ändert daran nichts.

Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass es keinen Hinweis auf Verdunkelungshandlungen von O selbst gibt.

Mit Beschluss vom 23.12.2014 hat das Landgericht Nürnberg-Fürth die Haftbeschwerde als unbegründet verworfen (Az. 2 Qs 75/14). Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr wird ausführlicher als im Haftbefehl begründet:

„Nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ist davon auszugehen, dass die Beschuldigte (...) an Verdunkelungshandlungen beteiligt war und (...) eine abgesprochene wahrheitswidrige Aussage produzierte, um nicht zuletzt die gegenüber belastenden Zeugen A und B ausgesprochenen Drohungen wahrzumachen.

Diese Verhaltensweisen bilden ein erhebliches Beweisanzeichen dafür, dass die Beschuldigte auch in dem nunmehr gegen sie gerichteten Ermittlungsverfahren Versuche von Absprachen mit Zeugen unternimmt, um einer eigenen Verurteilung zu entgehen. Dass die Beschuldigte diese möglicherweise noch nicht vorbereitet oder vollzogen hat, steht der Annahme der Verdunkelungsgefahr nicht entgegen. Die Kammer hat gesehen und berücksichtigt, dass X und Y derzeit in anderer Sache inhaftiert sind und deswegen Absprachen über Verdunkelungshandlungen mit diesen nur erschwert möglich sein werden. Da es aber für die Entscheidungsfindung in dem Verfahren gegen die Beschuldigte wegen der ihr zu Last gelegten uneidlichen Falschaussage nicht alleine auf deren Angaben, sondern u.a. auch auf die Angaben weiterer Zeugen, welche sich auf freiem Fuß befinden, etwa den Zeugen A und B sowie der Zeugin D, ankommen wird, sind Verdunkelungshandlungen der Beschuldigten auch weiterhin möglich und auf Grund des bisherigen Verhaltens der Beschuldigten sogar wahrscheinlich.“

Der zweifelhafte Haftgrund wurde also von der mit drei Berufsrichtern besetzten Kammer bestätigt.

5. Weitere Beschwerde

Der Beschluss des Landgerichts vom 23.12.2014 ist am selben Tag per Fax um 14:39 Uhr eingegangen. Um 17:57 Uhr wurde weitere Beschwerde eingelegt. Wahrscheinlich war es zu optimistisch, zu erwarten, dass Haftangelegenheiten „zwischen den Jahren“ bearbeitet werden. Bereits die Generalstaatsanwaltschaft hat bis zum 02.01.2015 benötigt, um unter pauschaler Bezugnahme auf die „zutreffende Begründung“ des Landgerichts die Verwerfung der weiteren Beschwerde zu beantragen.

Erst mit Beschluss vom 27.01.2015 (Az. 1 Ws 10/15) – seit der Festnahme der O sind 40 Tage vergangen – hebt das OLG Nürnberg den Haftbefehl des Amtsgerichts Nürnberg vom 19.12.2014 auf. Eine ganze Seite beschäftigt sich das OLG mit der Frage des dringenden Tatverdachts, um schließlich zum Haftgrund Folgendes auszuführen:

„Somit ist zwar ersichtlich, dass die Beschuldigte ihre Aussage im Interesse der Angeklagten änderte. Auch liegt nahe, dass die Beschuldigte von Personen aus dem Umfeld der Angeklagten hierzu Anweisungen und Informationen erhielt. Dies steht im Einklang damit, dass die Zeugin A (...) schilderte, (...) unter Druck gesetzt worden zu sein. Ebenso sei auf B und C durch die Angeklagten eingewirkt worden. Keine Anhaltspunkte gibt es indes für ein entsprechendes Verhalten der Beschuldigten. Kein Zeuge belastet die Beschuldigte insoweit. Somit ist nicht gesichert, dass die Beschuldigte aktiv in Aussagemanipulationen zu Gunsten der Angeklagten des Verfahrens eingebunden war und selbst Verdunkelungsmaßnahmen im Verfahren gegen die Angeklagten vornahm, beispielsweise ihre gerichtliche Aussage in Absprache mit anderen selbst plante oder versuchte, weitere Zeugen zu beeinflussen. Es liegt näher, dass die Beschuldigte lediglich Anweisungsempfängerin war und ihre eigene Aussage gegenüber der vorhergegangenen polizeilichen Aussage auf Druck von Personen aus dem Umfeld der Angeklagten änderte. Es gibt im Anschluss daran auch keine tragfähige Grundlage für die Annahme, dass die Beschuldigte, die strafrechtlich nicht vorbelastet und Hausfrau sowie Mutter zweier minderjähriger Kinder ist, im Falle einer Haftentlassung auf Zeugen ihres eigenen Verfahrens einwirken würde oder sonstigen unlauteren Einfluss auf Beweismittel dieses Verfahrens nehmen würde.“

Die wesentlichen Argumente, die zur Aufhebung des Haftbefehls geführt haben, sind nicht neu. Sie sind bereits am 19.12.2014 – mündlich im Vorführtermin und schriftlich in der Haftbeschwerde – vorgebracht worden.

6. Fehlerhäufung und mangelnde Kompensation

Irren ist menschlich. Es ist daher völlig selbstverständlich, dass sich Richter irren – und das auch dürfen, schließlich gibt es nicht zuletzt dafür einen Instanzenzug. Auch steht außer Frage, dass es zahlreiche Fälle gibt, in denen Justizfehler gravierendere Folgen haben, als im Fall der O. Ebenso steht aber außer Frage, dass der Hinweis auf schlimmere Fälle für die O nur ein schwacher Trost sein kann.

Vier Momente haben bei O einen Schaden herbeigeführt bzw. perpetuiert: Bereits die Saalverhaftung durch den Staatsanwalt (1) war rechtswidrig, der Ermittlungsrichter (2) und das Landgericht (3) haben die Fehlentscheidung bestätigt, das Oberlandesgericht (4) hat schließlich – im Hinblick auf die vom Umfang her eher überschaubare Rechtsfrage – sehr lange für die Aufhebung des Haftbefehls gebraucht. Mag jeder Umstand isoliert erträglich sein, führen sie in der Summe dazu, dass O insgesamt 41 Tage rechtswidrig inhaftiert war.

Mit der Aufhebung des Haftbefehls durch das OLG war die Entscheidung verbunden, dass die Inhaftierung der O von Anfang an mangels Haftgrundes rechtswidrig war, oder – mit mehr Pathos formuliert –, dass ihr staatliches Unrecht widerfahren ist. Es gab allerdings keine Bereitschaft, das Unrecht im Strafverfahren wiedergutzumachen. Der Vorschlag der Verteidigung, das Verfahren mit einer Opportunitätseinstellung zum Abschluss zu bringen, wurde von der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen.

O wurde schließlich am 28.09.2015 durch das Amtsgericht Nürnberg zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, die zur Bewährung ausgesetzt wurde, verurteilt (Az. 433 Ds 103 Js 1613/14). Die erlittene Haft wird lediglich bei der Begründung der Strafaussetzung erwähnt: „Die Angeklagte hat durch die Untersuchungshaft einen Hafteindruck erhalten.“ Mit der Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft braucht sich das Urteil nicht zu beschäftigen.

III. Sekundärrechtsschutz: Schadensersatz aus Art. 5 Abs. 5 EMRK

Da O verurteilt wurde, stand ihr kein Anspruch nach dem Strafverfolgungsentschädigungsgesetz zu. § 2 Abs. 1 StrEG gewährt eine Entschädigung nur bei Freispruch, Verfahrenseinstellung oder Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses. Abhilfe für die nur vermeintliche Rechtsschutzlücke schafft die EMRK: Art. 5 Abs. 5 EMRK gewährt einen direkten Schadensersatzanspruch.*

* Eingehend Killinger, Staatshaftung für rechtswidrige Untersuchungshaft in Deutschland und Österreich im Lichte von Art. 5 Abs. 5 EMRK, 2015; Brockhaus/Ulrich, Ungeahnte Möglichkeiten in Haftsachen – Eine Erinnerung an Art. 5 Abs. 5 EMRK, StV 2016, 678; Krauß, Schadensersatz für rechtswidrige Untersuchungshaft direkt aus der EMRK, StraFo 2017, 349, dort auch Hinweise zur konkreten gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs.

1. Unbekannte Anspruchsgrundlage: Art. 5 Abs. 5 EMRK

Mit Schriftsatz vom 12.01.2016 wurde beim Präsidenten des Amtsgerichts Nürnberg materieller und immaterieller Schadensersatz geltend gemacht. Der materielle Schadensersatz umfasst den Verdienstaufschlag und das zusätzlich durch die Inhaftierung angefallene Verteidigerhonorar. Wegen der Untersuchungshaft fallen die Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG und die Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG jeweils mit Zuschlag (Nr. 4101 VV RVG bzw. 4105 VV RVG) an.

Außerdem wird durch die Festnahme ein Vorführtermin vor dem Haftrichter notwendig, so dass eine Terminsgebühr nach Nr. 4102 Nr. 3, 4103 VV RVG entsteht. Das geltend gemachte Schmerzensgeld lag über dem in § 7 Abs. 3 StrEG angegebenen Betrag von 25,00 Euro, da damit nur die üblichen Unzuträglichkeiten der Haft ausgeglichen werden, nicht aber die Rechtswidrigkeit der Inhaftierung.*

* Im Hinblick auf das Prozesskostenrisiko wurde der Betrag in Anlehnung an OLG München, Urteil vom 22.08.2013, Az. 1 U 1488/13 nur maßvoll erhöht. Entscheidungen aus jüngerer Zeit, namentlich ein PKH-Beschluss des LG Leipzig vom 11.07.2016 (Az. 07 O 3907/15, vgl. confront 2016, Heft 2, 77) geben Anlass, deutlich höhere Schmerzensgeldforderungen geltend zu machen.

Der Schriftsatz thematisierte auf seiner vierten Seite ausdrücklich das bisherige Schattendasein der Anspruchsgrundlage. Bis dahin wurde er aber vermutlich nicht gelesen, denn bereits am 15.01.2016 wies der Präsident des Amtsgerichts Nürnberg schriftlich darauf hin, dass er als Organ der Justizverwaltung für ein Verfahren nach dem StrEG nicht zuständig sei. Der Antrag wurde „deshalb zuständigkeitshalber an das Strafgericht des Amtsgerichts Nürnberg“ abgegeben. Von dort wurde der Antrag aber offenbar postwendend zurückgesandt. Denn mit Schreiben vom 27.01.2016 teilte der Präsident des Amtsgerichts Nürnberg schließlich mit, die Prüfung der beantragten Schadensersatzansprüche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK eingeleitet zu haben.

2. Außergerichtliches Verfahren

Ein erster Erfolg war bereits im außergerichtlichen Verfahren zu verzeichnen. Mit Schreiben vom 04.03.2016 erklärte der Präsident des Amtsgerichts Nürnberg, den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach anerkennen zu wollen.

Allerdings konnte man sich nicht dazu durchringen, den staatlicherseits verursachten Schaden vollständig zu kompensieren. Als erstattungsfähig anerkannt wurden der Großteil des Verdienstaufschlags sowie die durch die Inhaftierung entstandenen Verteidigerkosten. Für die Berechnung des Verdienstaufschlags wurde allerdings der Tag der Festnahme herausgerechnet. Begründet wurde das folgendermaßen:

„Für eine vorläufige Festnahme nach §§ 127, 128 StPO auf frischer Tat bestand zur Prüfung eines Haftgrundes (Entscheidung OLG Nürnberg betrifft nur den Haftbefehl, nicht die vorläufige Festnahme) hinreichender Tatverdacht, wie die letztliche Verurteilung beweist. Hier genügte die Vertretbarkeit der Entscheidung des Staatsanwalts.“

Immaterieller Schadensersatz wurde vollständig abgelehnt:

„Grundsätzlich kann nach Art. 5 Absatz 5 EMRK auch Schmerzensgeld gefordert werden. In Anbetracht der Verurteilung Ihrer Mandantin und der Bewährung, auf die die U-Haft anzurechnen wäre, erscheint mir ein Schmerzensgeld nicht für angemessen. Die Schmerzensgeldhöhe bemisst sich nach der Rechtsprechung des EGMR auch nach der Tat des Verletzten, die zur Entziehung seiner Freiheit geführt hat (Fall Bozano bei Renzikowski in Pabel-Schmahl Int.KommEMRK RN 328 Fußnote 912 [sic!]). Dieser Umstand wiegt hier so schwer, dass ein Schmerzensgeld über die Anerkennung der Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft hinaus nicht gerechtfertigt erscheint.“

Die Formulierungen „hinreichender Tatverdacht zur Prüfung eines Haftgrundes“ und „Bewährung, auf die die U-Haft anzurechnen wäre“ legen nahe, dass eine tiefere Auseinandersetzung mit der Anspruchsgrundlage unterblieben ist. Auch wurde der zitierte EMRK-Kommentar nur selektiv ausgewertet. Dort werden zahlreiche Entscheidungen angeführt, die eine deutlich differenziertere Rechtsprechung des EGMR belegen; Renzikowski schließlich kritisiert einschränkende Tendenzen: „Ein Schadensersatz ist das allerdings nicht.“*

* Renzikowski, in: Pabel/Schmahl (Hrsg.) IntKommEMRK, Art. 5, Rn. 328 a.E. (Hervorhebung i.O.).

Der Behördenleiter des Amtsgerichts Nürnberg wurde daher mit Schriftsatz vom 30.03.2016 darauf hingewiesen, dass § 127 StPO nicht zur Festnahme ermächtigt, um einen Haftgrund zu prüfen, sondern - durch die Verweisung auf die Voraussetzungen eines Haftbefehls - einen Haftgrund voraussetzt. Zwar bezieht sich die Außervollzugsentscheidung des OLG auf den Haftbefehl, durch die Feststellung, dass kein Haftgrund vorgelegen hat, wird aber mittelbar festgestellt, dass bereits die vorläufige Festnahme am Vortag rechtswidrig war.

Im Hinblick auf das versagte Schmerzensgeld wurde mitgeteilt, dass nicht nachvollzogen werden kann, weshalb „ein Schmerzensgeld nicht für angemessen“ erachtet wird. Weder Art. 5 Abs. 5 EMRK noch die nationalen Regeln setzen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voraus. Schließlich wurde auf die von der Behörde selbst angegebene Kommentarstelle hingewiesen, die in der Gesamtschau eher Argumente für als gegen einen Schmerzensgeldanspruch liefert.

Die weitere Stellungnahme wurde indes nicht weiter beachtet. Mit Schreiben vom 04.05.2016 teilte der Präsident des Amtsgerichts Nürnberg mit, dass er die vorher gefasste Entscheidung beibehält. Der Wortlaut des neuen Schreibens deckt sich nahezu vollständig mit dem vorangegangenen. Lediglich an zwei Stellen wurde die Argumentation etwas vertieft. Die Entscheidung, für den Festnahmetag keinen materiellen Schadensersatz zu gewähren, wurde in der Begründung ergänzt:

„Hier genügt Vertretbarkeit der Entscheidung des Staatsanwalts für das voraussichtliche Bestehen eines Haftgrundes; sonst wäre eine richterliche Entscheidung entbehrlich, wenn nicht ein Unterschied bestünde zwischen Haftbefehl und Festnahme.“

Auch die Argumentation, hinsichtlich der Versagung von Schmerzensgeld wurde erweitert:

„Darüber hinaus ist ihrer Mandantin erheblich entgegen gekommen worden, indem ihr wegen der unberechtigten Haft keine Geldauflage im Rahmen des Bewährungsbeschlusses gemacht wurde.“

Auf eine genauere Analyse und Systematisierung der eher erratisch vorgebrachten Gegenargumente kann an dieser Stelle verzichtet werden.* Die vorliegend zitierten Ausführungen sollen als Beleg für die eingangs aufgestellte These der mangelnden Bereitschaft zur Fehlerkorrektur und -kompensation genügen.

* Für eine systematische Darstellung möglicher Argumente gegen den Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK vgl. *Krauße*, Schadensersatz für rechtswidrige Untersuchungshaft direkt aus der EMRK, *StraFo* 2017, 349.

3. Gerichtliches Verfahren

Nachdem die Behörde deutlich gemacht hat, sich nicht näher mit den Argumenten gegen ihre Rechtsauffassung auseinandersetzen zu wollen, war Klage geboten.

Der Prozessbevollmächtigte des Freistaates Bayern brachte seine Argumente deutlich strukturierter als die Behörde im außergerichtlichen Verfahren vor. Ein Schwerpunkt der Argumentation lag allerdings auf der Darstellung der Falschaussage. Für den geltend gemachten Anspruch kam es darauf aber nicht an. Für die uneidliche Falschaussage wurde O bestraft. Die Bestrafung ändert nichts an der Rechtswidrigkeit ihrer Inhaftierung.

Der 4. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth ist es zu verdanken, dass sich der Fall nicht zu einem Justizskandal entwickelt hat. Dort bestand die Bereitschaft die vorherigen Justizfehler und -versäumnisse zu korrigieren. Ohne Umschweife wurde der Anspruch anerkannt.

Im Protokoll der öffentlichen Sitzung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 02.03.2017 (Az. 4 O 5330/16) ist Folgendes zu lesen:

„Die Kammer weist darauf hin, dass Art. 5 Abs. 5 EMRK eine verschuldensunabhängige Haftung bei rechtswidrig angeordneter Untersuchungshaft vorsieht. Zu erstatten sind neben sämtlichen materiellen Schäden, die auch die Rechtsanwaltskosten und die Verteidigerhonorare umfassen, insbesondere auch immaterielle Schäden in Form eines Schmerzensgeldes, ohne das eine pauschale Begrenzung entsprechend § 7 Abs. 3 StrEG enthalten ist. Die Höhe des Schadensbetrages pro Tag hat sich an der Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion auszurichten.“

Der von der Kammer vorgeschlagene Schadensersatz- und Schmerzensgeldbetrag lag nur unwesentlich unter der eingeklagten Summe. Der Klägerin war an einem endgültigen Verfahrensabschluss gelegen, so dass der vorgeschlagene Vergleich geschlossen wurde. Die Kosten des Rechtsstreits waren in Gänze vom Freistaat Bayern zu tragen.

IV. Fazit

Der Schadensersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK erweist sich in doppelter Hinsicht als probates Mittel gegen apokryphe Haftgründe. Ein Ermittlungsrichter, dem bewusst ist, dass die fehlerhafte Annahme eines Haftgrundes zu Schadensersatzansprüchen gegen den Staat führen kann, wird in unsicheren Fällen weniger leichtfertig von einem Haftgrund ausgehen.

Das größere Potenzial liegt aber fraglos bei der Verteidigung im Ermittlungsverfahren. Mit der Entscheidung – etwa im Rahmen einer Haftbeschwerde –, dass kein Haftgrund gegeben und eine Inhaftierung deshalb rechtswidrig war, ist reflexartig das Bestehen eines Schadensersatzanspruches festgestellt. Bereits die bloße Existenz eines Schadensersatzanspruches erhöht die Verhandlungsmasse. Jedenfalls in Fällen von kleinerer und mittlerer Kriminalität steht die Möglichkeit einer Opportunitätseinstellung nach § 153a StPO – gegen Verzicht auf Entschädigungsansprüche – im Raum.

Die Frage, ob bei rechtswidriger Inhaftierung ein Schadensersatzanspruch nach Art. 5 Abs. 5 EMRK gegeben ist, darf durch das hier vorgestellte Nürnberger, aber auch durch das bereits erwähnte Leipziger-Verfahren (vgl. oben III.1.), als beantwortet gelten. Nach den Entscheidungen, die im Einklang mit Literatur und verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen, sind gegenteilige Entscheidungen nicht zu begründen. Verteidiger können daher nur ermutigt werden, in vergleichbaren Fällen Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die deutlichen Worte des LG Nürnberg-Fürth, die über diesen Weg publik gemacht werden sollen, erleichtern hoffentlich die Durchsetzung des Anspruchs in anderen Fällen.

Noch nicht abschließend geklärt ist hingegen die Frage nach der Höhe eines möglichen Schmerzensgeldes. Die Grenze des StrEG kann dabei nur als absolute Untergrenze betrachtet werden.

Es gibt gute Argumente für erheblich höhere Schmerzensgeldforderungen.

Veranstaltungskalender

Januar 2018

Gesetzliche Neuregelungen im materiellen Strafrecht und aktuelle Rechtsprechung der BGH Strafsenate

19.01.2018 | Hamburg

Prof. Dr. Thomas Fischer

JS Seminare

März 2018

42. Strafverteidigertag

02.-04.03.2018 | Münster

Strafverteidigervereinigungen

Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen - Anordnung und Verwertung

09.03.2018 | Hannover

Prof. Dr. Graf

Deutsche AnwaltAkademie

April 2018

Update StGB und Update StGB/BtMG

14.04.2018 | Augsburg

Dr. Christoph Ebert | Sebastian Murer

Uni Augsburg

Impressum

Zitiervorschlag:

confront 2017, Heft 3, 23

Erscheinungsweise:

In der Regel ein mal pro Quartal als Pdf-Dokument, nicht als Printversion.

Bestellung:

Der Bezug ist kostenlos und kann als Newsletter unter www.confront.news abonniert werden.

Redaktion:

Rechtsanwalt Sascha Petzold

Maximiliansplatz 17, 80331 München

www.kanzlei-petzold.de

Mail: petzold@confront.news

Rechtsanwalt Gordon Kirchmann

Goethestraße 11, 42489 Wülfrath

www.anwalt-wuelrath.de

Mail: kirchmann@confront.news

Rechtsanwalt Dr. Florian Englert

Oskar-von-Miller-Ring 33, 80333 München

www.englert.legal

Mail: englert@confront.news

Verlags und Redaktionsanschrift:

Task Force Strafrecht

c/o Rechtsanwalt Sascha Petzold

Maximiliansplatz 17, 80331 München

Layout und Design:

Sascha Petzold

ISSN 2509-5595

[Deutsche Nationalbibliothek](http://www.dnb.de)

Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich.

Mit der Annahme überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zum Speichern in einer Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte seines Beitrags allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen.

Verlags- und Urheberrechte:

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Haftungsausschluss:

Die Beiträge dieser Zeitschrift werden sorgfältig und nach besten Wissen erstellt. Die Beiträge geben die Meinung der jeweiligen Autoren wieder; die Redaktion greift nicht in den Inhalt ein und macht sich diesen nicht zu eigen. Verlag, Herausgeber und Autoren übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungen. Die Verantwortung insbesondere auch für Muster und Arbeitshilfen trägt der Benutzer.

Zeitschrift für aktive Strafverteidigung