



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 113/13

vom
20. Juni 2013

BGHR:	ja
BGHSt:	ja
Veröffentlichung:	ja
Nachschlagewerk:	ja

StPO §§ 140, 145 Abs. 1

Der Angeklagte ist nicht hinreichend verteidigt, wenn bei kurzfristiger Erkrankung des Pflichtverteidigers ein anderer Verteidiger für einen Tag der Hauptverhandlung bestellt wird, um die Vernehmung eines Zeugen zu ermöglichen, ohne dass der Ersatzverteidiger sich in die Sache einarbeiten konnte.

BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 - 2 StR 113/13 - LG Kassel

in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen Unterschlagung

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 8. Mai 2013 in der Sitzung am 20. Juni 2013, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker

und die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Ott,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof und
Staatsanwalt in der Verhandlung,
Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger für den Angeklagten K. ,

Justizhauptsekretärin in der Verhandlung,
Justizangestellte bei der Verkündung
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Kassel vom 2. August 2012 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision des Angeklagten W. wird das vorgenannte Urteil, soweit es ihn betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

1. Das Landgericht hat den Angeklagten W. wegen Beihilfe zur Unterschlagung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt, wovon neun Monate als vollstreckt gelten. Den Angeklagten K. hat es von dem Vorwurf einer Unterschlagung freigesprochen. Die auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat in vollem Umfang Erfolg. Die Revision des Angeklagten W. führt auf eine Verfahrensrüge hin zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts arbeitete der Angeklagte W. seit Beginn des Jahres 2006 bei der Spedition L. . Diese erhielt am 13. Februar 2006 den Auftrag, sechs Paletten Telekommunikationsartikel nach Großbritannien zu verbringen. Für den Transport wurde der Angeklagte W. eingesetzt. Er machte sich nach dem Beladen des zum Fuhrpark der Spedition L. gehörenden LKW am 13. Februar 2006 gegen 18.00 Uhr auf den Weg in Richtung Großbritannien. Im Fahrzeug befanden sich 3.000 Mobiltelefone der Marke Nokia im Wert von 615.000 € netto. Der Angeklagte fuhr über die Autobahn A 44 in Richtung Niederlande und erreichte nach einigen Pausen und dem Passieren der niederländischen und belgischen Grenze in Kr. , kurz hinter Antwerpen, eine an der E 17 gelegene Tankstelle. Dort betankte er gegen 1.58 Uhr den LKW. In der Zeit danach kam es auf der Strecke zwischen Kr. und M. zu einer vollständigen Entwendung der Ladung. Dabei verschaffte der Angeklagte W. einem oder mehreren Dritten den Zugang zur Ladefläche des LKW, damit diese die geladenen Mobiltelefone an sich nehmen und zueignen konnten. Anschließend wurde der LKW auf dem Gelände der F. in G. abgestellt.

3 Sodann begab sich der Angeklagte W. zu einer an der E 40 gelegenen Tankstelle in M. , die er gegen 4.30 Uhr betrat, um etwas zu trinken. Kurz vor 5.00 Uhr verließ er den Shop in Richtung der auf dem Gelände befindlichen Abstellplätze für Kraftfahrzeuge. Wenig später kam er zurück, um dem Kassierer und den später eintreffenden Polizeibeamten der Wahrheit zuwider mitzuteilen, dass sein angeblich auf dem Parkplatz abgestellter LKW während seines Aufenthalts in der Tankstelle entwendet worden sei.

4 Das Landgericht hat den Angeklagten W. wegen Beihilfe zur veruntreuenden Unterschlagung verurteilt, da lediglich habe festgestellt werden kön-

nen, dass er Dritten den Zugang zu Ladung und PKW ermöglicht und damit lediglich eine fremde Tat gefördert habe.

5 2. Den die Tat bestreitenden Angeklagten K. , den Vater der Lebensgefährtin des Angeklagten W. , hat das Landgericht vom Vorwurf einer Beteiligung an der vorangehend geschilderten Tat aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Diese sei ihm nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachzuweisen gewesen. Zwar habe festgestellt werden können, dass vom Mobiltelefon des Angeklagten W. zu der auf den Angeklagten K. zugelassenen Rufnummer zwischen 0.39 Uhr und 2.22 Uhr Gespräche stattgefunden hätten und beide Geräte sich zu Zeitpunkten zwischen 1.06 Uhr und 3.23 Uhr auf belgischem Gebiet befunden und sich in einer Entfernung von wenigen Kilometern in Richtung Frankreich bewegt hätten. Zu einer Verurteilung hat sich das Landgericht außer Stande gesehen, weil Zweifel verblieben, ob der Angeklagte K. nicht für den Tatzeitraum das Telefon verliehen oder den Anschluss überhaupt erst nach der Tat erstmalig verwendet habe. Zudem sei nicht auszuschließen, dass der Angeklagte K. in Belgien einen völlig anderen, eigenen Zweck abseits einer Tatbeteiligung verfolgt oder möglicherweise den Angeklagten W. von dessen Tatbeteiligung abzubringen versucht habe.

II.

6 Die Revision der Staatsanwaltschaft hat in vollem Umfang Erfolg.

7 1. Der Freispruch des Angeklagten K. hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 Das Revisionsgericht hat es zwar regelmäßig hinzunehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Denn die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrich-

ters (§ 261 StPO). Ihm obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Das Revisionsgericht kann und muss jedoch eingreifen, wenn dem Tatrichter - wie hier - Rechtsfehler unterlaufen sind.

9 Der Angeklagte K. hat eine Tatbeteiligung bestritten und für den Tatabend einen Alibibeweis angetreten, den das Landgericht allerdings als widerlegt erachtet. Hinsichtlich des Mobilfunkanschlusses , dessen Verbindungsdaten über einen längeren Zeitraum in der fraglichen Nacht ein synchrones Bewegungsbild zu dem Mobilfunkanschluss des überführten Angeklagten W. , eine räumliche Nähe zum späteren Auffindeort des Fahrzeugs und schließlich Gespräche zwischen beiden Anschlüssen belegen, hat sich der Angeklagte K. eingelassen, dieser sei auf ihn zugelassen. Gleichwohl hat ihn das Landgericht freigesprochen, weil es nicht habe ausschließen können, dass der Angeklagte das Mobiltelefon zu diesem Zeitpunkt noch nicht genutzt oder es möglicherweise an einen anderen verliehen habe oder - falls er es in Belgien genutzt habe - einen völlig anderen Zweck verfolgt oder möglicherweise den Angeklagten W. von dessen Tatbeteiligung abzubringen versucht habe. Dies erweist sich als rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht damit nicht eher fern liegende Möglichkeiten unterstellt hat, ohne tragfähige Gründe anzuführen, die dieses Ergebnis stützen könnten (st. Rspr.: vgl. BGH NStZ 2008, 575 mwN). Es gibt keine greifbaren Hinweise für das Vorliegen der in Betracht gezogenen Sachverhaltskonstellationen; selbst der Angeklagte K. hat sich auf sie nicht berufen. Fehlen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Sachverhaltsvariante, ist es weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, einen nur abstrakt denkbaren Sachverhalt zugunsten eines Angeklagten zu unterstellen.

10 2. Die Verurteilung des Angeklagten W. wegen Beihilfe zur Unterschlagung begegnet ebenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Nach

den Feststellungen des Landgerichts liegt es - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat - auf der Hand, dass der Angeklagte W. sich wegen täterschaftlich verwirklichter Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Ladung des LKW in Form einer vom Vorsatz getragenen Drittzueignung strafbar gemacht hat. Im Fall einer Drittzueignung muss das Verhalten des Täters nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf gerichtet sein, dass das Sicherungsgut dem Vermögen des Dritten zugeführt wird. Die Tathandlung muss dabei zu einer Stellung des Dritten in Bezug auf die Sache führen, wie sie auch bei der Selbstzueignung für die Tatbestandserfüllung notwendig wäre (BGH NStZ-RR 2006, 377 = wistra 2007, 18). Das bloße Schaffen einer Gelegenheit für die Selbstzueignung - worauf das Landgericht abgestellt hat - reicht danach zwar nicht aus (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 246 Rn. 11a), doch liegt hier in der besonderen Fallkonstellation in der mit den Dritten abgesprochenen Abstellung des LKW auf einem Parkplatz zu dessen Entladung schon die Einräumung von Verfügungsgewalt über fremde Sachen, die aus der Sicht eines objektiven Dritten einen Zustand schafft, bei dem die nicht fern liegende Möglichkeit der dauernden Enteignung besteht (vgl. Hohmann in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 246 Rn. 44) und damit bereits zu einer eigentümerähnlichen Stellung der dritten Personen führt.

III.

- 11 Die Revision des Angeklagten W. hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.
- 12 1. Dem liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde:
- 13 Zum Beginn des 4. Hauptverhandlungstags am 6. Juli 2012 um 9.10 Uhr erschien der Pflichtverteidiger des Angeklagten nicht. Durch sein Büro hatte er über die Geschäftsstelle mitteilen lassen, sich wegen Herzrhythmusstörungen in ärztliche Behandlung begeben zu müssen, aber davon auszugehen, ab

11.00 Uhr an der Hauptverhandlung teilnehmen zu können. Daraufhin wurde die Hauptverhandlung um 9.12 Uhr unterbrochen und schließlich um 11.10 Uhr fortgesetzt. Zwischenzeitlich hatte das Büro des Pflichtverteidigers des Angeklagten mitgeteilt, dass dessen Einlieferung in eine Klinik notwendig geworden sei und er am heutigen Tag nicht mehr erscheinen werde.

14 Für die Hauptverhandlung am 6. Juli 2012 war - als Folge eines Beweisermittlungsantrages des Verteidigers des Angeklagten - die Vernehmung des belgischen Polizeibeamten C. vorgesehen. Um ihm eine erneute Anreise an einem der folgenden Hauptverhandlungstermine zu ersparen, bemühte sich die Strafkammer um einen anderen Verteidiger für den Angeklagten, den sie ihm für diesen Hauptverhandlungstag als Pflichtverteidiger beordnete. Es bestand Gelegenheit zu einem kurzen Gespräch mit dem Angeklagten, der keine Einwände gegen das Vorgehen erhob. Akteneinsicht in die Verfahrensakte nahm der neue Pflichtverteidiger nicht. Sodann wurde der Zeuge C. in Anwesenheit einer Dolmetscherin vernommen, wobei seine Aussage auf Antrag des Verteidigers des Mitangeklagten wörtlich protokolliert worden ist. Fragen an den Zeugen richtete der „neue“ Verteidiger des Angeklagten nicht. Die Hauptverhandlung wurde um 12.05 Uhr geschlossen.

15 An den folgenden Hauptverhandlungsterminen nahm wieder der „alte“ Pflichtverteidiger des Angeklagten die Verteidigung des Angeklagten wahr. Ein von ihm gestellter Antrag auf erneute Vernehmung des Zeugen C. lehnte die Strafkammer nach Maßgabe des § 244 Abs. 5 StPO ab.

16 2. Dieses Vorgehen steht nicht in Einklang mit § 145 Abs. 1 Satz 2 StPO und stellt eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung dar, auf der das Urteil auch beruhen kann.

- 17 a) Dem Revisionsvorbringen des Angeklagten, „unverteidigt“ gewesen zu sein, ist zugleich die Beanstandung zu entnehmen, das Landgericht habe es unterlassen, anlässlich der Erkrankung des Verteidigers die diesen Verhandlungstag vorgesehene Vernehmung des Zeugen C. nicht auf den nächsten Verhandlungstag verschoben zu haben. Damit zielt die Rüge ihrer Zielrichtung nach jedenfalls auch auf eine Verletzung von § 145 Abs. 1 Satz 2 StPO.
- 18 b) § 145 Abs. 1 Satz 2 StPO sieht vor, dass das Gericht auch eine Aussetzung der Verhandlung beschließen kann, wenn der Verteidiger in der Hauptverhandlung ausbleibt. Die Regelung steht in Konkurrenz zu § 145 Abs. 1 Satz 1 StPO, der für diesen Fall anordnet, dass der Vorsitzende sogleich einen anderen Verteidiger bestellt. Das Gericht hat also insoweit nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob der Vorsitzende einen neuen Verteidiger bestellt oder die Hauptverhandlung ausgesetzt wird. Dabei hat es - über den Wortlaut der Vorschrift hinaus - auch zu prüfen, ob nicht eine Unterbrechung der Hauptverhandlung der entstandenen Konfliktlage - Kontinuität der Verteidigung oder gegebenenfalls Fortführung der Hauptverhandlung mit neuem Verteidiger - angemessen Rechnung trägt (LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., § 145 Rn. 20: angesichts des verfassungsrechtlichen Prinzips der Erforderlichkeit im Einzelfall bestehende Verpflichtung zur Unterbrechung). Prüft das Gericht nicht von Amts wegen, ob eine Verhandlung auszusetzen oder zu unterbrechen ist, kann dies die Revision begründen (LR-Lüderssen/Jahn, aaO, Rn. 41).
- 19 aa) Die Literatur geht grundsätzlich davon aus, dass dem Beschuldigten der eingearbeitete und vertraute Verteidiger zu erhalten ist und deshalb eine Aussetzung bzw. Unterbrechung grundsätzlich trotz Verzögerung der Vorzug vor einer neuen Bestellung zu geben ist (LR-Lüderssen/Jahn, aaO, Rn. 19; Laufhütte in: KK-StPO, 6. Aufl. Rn. 7). So soll ein kurzfristiger Ausfall wegen Erkrankung des Verteidigers in der Regel zu einer Aussetzung führen

(Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 145 Rn. 9). Dahinter steht - ohne dass dies im Einzelnen ausgeführt wird - die Erwägung, dass § 145 StPO nicht dem Ziel der Verfahrenssicherung dient, sondern das Recht des Beschuldigten zu einer effektiven und angemessenen Verteidigung wahren soll (LR-Lüderssen/Jahn, aaO, Rn. 1).

20 bb) Der Bundesgerichtshof hat sich bisher nicht weitergehend zur Frage einer Aussetzung bzw. Unterbrechung nach § 145 Abs. 1 Satz 2 StPO geäußert (vgl. aber BGH MDR 1977, 767). Er hatte sich bisher lediglich damit zu befassen, ob nach einem Wechsel des Verteidigers eine im Sinne von § 265 Abs. 4 StPO veränderte Sachlage eingetreten ist, die zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung eine Aussetzung angemessen erscheinen lässt. Die dort in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze lassen sich entsprechend auch für die - zeitlich vorangehende - Konstellation des § 145 Abs. 1 StPO nutzen, in der es um die Frage geht, ob bei Ausbleiben eines Verteidigers überhaupt ein neuer Verteidiger beizuordnen ist oder ob nicht stattdessen die Hauptverhandlung auszusetzen bzw. zu unterbrechen ist, um dem Angeklagten die weitere Verteidigung durch den bisherigen Verteidiger zu ermöglichen. In beiden Fällen geht es darum, eine sachgerechte und angemessene Verteidigung des Angeklagten sicherzustellen (so auch knapp BGH MDR 1997, 767, 768 zu § 145 StPO). Dabei steht diese Entscheidung in Ausübung der prozessualen Fürsorgepflicht im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen des Gerichts und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. zuletzt BGH NStZ 2013, 212). Maßgeblich ist zunächst die Erwägung, wie der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege selbst beurteilt, ob er für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist. Hält er die Vorbereitungszeit für ausreichend, ist das Gericht grundsätzlich nicht berufen, dies zu überprüfen. Doch gibt es greifbare Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall sein könnte, gebietet die Fürsorgepflicht des Gerichts die Prüfung einer Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens. Dies ist

etwa der Fall, wenn der Verteidiger objektiv nicht genügend Zeit hatte, sich vorzubereiten (vgl. BGH NJW 1965, 2164, 2165) oder wenn sich die dem Prozessverhalten des Angeklagten und seines Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig darstellt und eine effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3c MRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre (vgl. BGH NStZ 2013, 212).

21 cc) Gemessen an diesen Maßstäben erweist sich hier die Beiordnung eines neuen Verteidigers als evident interessenwidrig. Das Landgericht hätte stattdessen die Hauptverhandlung unterbrechen und in einem der Folgetermine den Auslandszeugen C. vernehmen müssen.

22 Mit der Beiordnung eines neuen Verteidigers im Termin vom 6. Juli 2012 sind Verteidigungsrechte des Angeklagten in erheblicher Weise eingeschränkt worden (vgl. § 338 Nr. 8 StPO). Der neue Verteidiger hat zwar mit dem Angeklagten sprechen können; es liegt allerdings angesichts des Verfahrensablaufs (Unterbrechung der Hauptverhandlung um 9.12 Uhr, Fortsetzung um 11.10 Uhr nach zwischenzeitlicher Mitteilung gegen 10.00 Uhr, dass der alte Verteidiger krankheitsbedingt nicht mehr erscheinen wird) und auch des Aktenumfangs auf der Hand, dass eine Information des neuen Verteidigers, die ihn nur annähernd auf den Stand des Verfahrens hätte bringen können, nicht erfolgt sein kann. Nur ein Verteidiger aber, der den Stoff ausreichend beherrscht, kann die Verteidigung mit der Sicherheit führen, die das Gesetz verlangt (BGHSt 13, 337, 344 unter Hinweis auf RGSt 71, 353, 354). Die Absicht, einem „Auslandszeugen“ die erneute Anreise zu ersparen, kann das rechtsstaatlich gebotene Recht auf eine angemessene und effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3c EMRK) nicht wirksam beschränken, zumal Anhaltspunkte für eine längerfristige Erkrankung des Pflichtverteidigers offenbar nicht gegeben waren und auch nichts dafür sprach, dass der Zeuge nicht erneut an dem bereits sechs Tage später bestimmten

Fortsetzungstermin erschienen wäre. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es sich um die Vernehmung eines Zeugen handelte, die der Verteidiger beantragt hatte.

23 Dass der neu beigeordnete Pflichtverteidiger nicht selbst Einwendungen gegen das prozessuale Vorgehen erhoben und einen Antrag nach § 145 Abs. 3 StPO auf Unterbrechung des Verfahrens nicht gestellt hat, kann an diesem Befund nichts ändern. Auf die Einschätzung des neuen Verteidigers, der selbst wohl keine Zweifel gehegt hat, die Verteidigung des Angeklagten sachgerecht führen zu können, kann es bei der besonderen Sachlage nicht ankommen. So war die Suche nach einem neuen Verteidiger hier von vornherein mit dem Zweck verbunden, die Vernehmung des aus dem Ausland angereisten Zeugen auf alle Fälle durchzuführen. Ein Verteidiger, der dies abgelehnt hätte, wäre nicht zur Durchführung des Termins beigeordnet worden; ein Verteidiger, der wie hier ohne weitere Beteiligung in der Sache lediglich formal die Verteidigung übernimmt, ist - was sich auch dem Landgericht aufdrängen musste - erkennbar nicht in der Lage, eine sachgerechte und angemessene Verteidigung des Angeklagten zu übernehmen.

24 Auch dem Umstand, dass der Angeklagte keine Einwendungen gegen die Fortsetzung der Verhandlung erhoben hat, kann vorliegend keine maßgebliche Bedeutung zukommen. Aus dem Regelungsgefüge des § 145 StPO ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Angeklagten insoweit keine maßgeblichen Verfahrensrechte eingeräumt worden sind. Ein Antragsrecht nach § 145 Abs. 3 StPO steht lediglich dem Verteidiger zu. Dies ändert zwar nichts daran, dass der Angeklagte gleichwohl eine Erklärung abgeben und evtl. eine Aussetzung nach § 265 Abs. 4 StPO anregen kann. In dem Verzicht auf eine bloße Verfahrensanregung kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, der Angeklagte sei mit dem Vorgehen einverstanden.

25

dd) Die Entscheidung beruht auch auf dem festgestellten Verfahrensverstoß. Es besteht die konkrete Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs des Verfahrensverstoßes mit dem angefochtenen Urteil. Wie sich aus dem Antrag auf erneute Vernehmung des Zeugen ergibt, sollte seine Vernehmung u.a. ergeben, dass der Angeklagte erst bei einem Telefonat nach Entwendung des LKW vom Inhalt der Ladung erfahren hat. Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer Vernehmung des Zeugen in Gegenwart des durch Krankheit verhinderten Verteidigers, der anders als der neu bestellte Fragen oder Vorhalte an den belgischen Polizeibeamten gerichtet hätte, entsprechende Feststellungen hätten getroffen werden können.

Becker

Fischer

Krehl

Eschelbach

Ott