

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 1062

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 1062, Rn. X

### BGH 1 StR 616/17 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Essen)

Anwesenheitspflicht des Angeklagten (eigenmächtige Abwesenheit des Angeklagten durch Reise in Ausland bei vorhersehbarer Verhaftung dort); Aussetzung des Verfahrens bei Änderung der Sachlage (Voraussetzung, erforderliche Begründung einer Ablehnung); Garantienpflicht (notwendiges Bestehen der Pflicht zum Zeitpunkt der Tatbegehung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 231 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 265 Abs. 4 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Eigenmächtig einem Fortsetzungstermin fern bleibt auch der Angeklagte, der sich schon vor dem angesetzten Termin wissentlich und ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund, d.h. ohne Not, in eine Lage begibt, die für ihn vorhersehbar mit dem erheblichen Risiko verbunden ist, zum angesetzten Termin an der Teilnahme der Hauptverhandlung gehindert zu sein.
2. Dem eigenmächtigen Ausbleiben im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO steht es deshalb gleich, dass sich ein Angeklagter nach der Vernehmung zur Sache - vorher gilt § 231a StPO - in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt (BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533, 535 Rn. 14 mwN). Dem ist die Situation vergleichbar, dass ein Angeklagter während einer laufenden Hauptverhandlung in Deutschland im Ausland vorsätzlich eine Straftat von Gewicht begeht, bei deren Entdeckung er mit seiner Verhaftung rechnen muss, oder wenn ein in Deutschland vor Gericht stehender Angeklagter, der schon früher eine Straftat entsprechenden Gewichts im Ausland begangen hat, wegen der er - wie er weiß - auch mit seiner Verhaftung im Land des Tatorts rechnen muss, sich während des Laufs der gegen ihn gerichteten Hauptverhandlung ohne Not in jenes Land und dort in eine Situation mit hohem Verhaftungsrisiko begibt (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 285).
3. Eine Aussetzung hat nach § 265 Abs. 4 StPO zu erfolgen, wenn dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder Verteidigung angemessen erscheint. Bei einer veränderten Sachlage kann es sich um eine Veränderung des Sachverhalts oder der Verfahrenslage handeln. Grundsätzlich kann jede vom Angeklagten nicht verschuldete Verschlechterung seiner Verteidigungsmöglichkeit den Anlass zur Aussetzung geben. Ob die Verhandlung auszusetzen ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, dessen Ausübung vom Gericht darzustellen ist (vgl. BGHSt 8, 92, 96). Formelhafte Wendungen in der Ablehnung erlauben dem Revisionsgericht die Nachprüfung, ob das Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde, hingegen nicht (vgl. BGH NStZ 1987, 34).
4. Eine strafbarkeitsbegründende Pflicht nach § 13 StGB muss im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG im Zeitpunkt der geforderten Handlung rechtlich wirksam bestanden haben. Als strafrechtlich bedeutsame Pflicht kann sie nicht rückwirkend begründet werden (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 282).

#### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 30. Juni 2017 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 16 Fällen, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 18 Fällen und Betrug in 16 Fällen verurteilt. Den Angeklagten R. E. hat es unter Einbeziehung der Geldstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Köln vom 20. April 2016 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt. Hiervon hat es zwei Monate als vollstreckt erklärt. Die Angeklagte J. E. hat es zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. 1

Die Revision des Angeklagten R. E. hat mit der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 230 StPO, die Revision der Angeklagten J. E. hat mit der Verfahrensrüge aus § 338 Nr. 8 StPO i.V.m. § 265 Abs. 4 StPO Erfolg. 2

1. Den Rügen liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: 3

In der Hauptverhandlung vom 20. Juni 2017 erschien der Angeklagte R. E. nicht, da er am 14. Juni 2017 in der Türkei in polizeilichen Gewahrsam genommen worden war. Er war in die türkische Provinz B. geflogen, um dort seine am 8. Juni 2017 in die Intensivstation eines Krankenhauses eingewiesene Mutter zu besuchen und wollte am 16. Juni 2017 und damit vor dem nächsten Verhandlungstermin nach Deutschland zurückkehren. Der Angeklagte war seit November 2011 mindestens 48-mal in die Türkei gereist. Auch seit 2015 hatte er sich mehrfach in der Türkei aufgehalten und war unbehelligt wieder ausgereist. 4

Das Landgericht unterbrach die Hauptverhandlung und bestimmte einen Fortsetzungstermin auf den 22. Juni 2017, an dem der Angeklagte R. E. aufgrund seines noch andauernden Freiheitsentzugs nicht erscheinen konnte. Der türkische Rechtsanwalt des Angeklagten bestätigte telefonisch, dass der Angeklagte am 14. Juni 2017 in polizeilichen Gewahrsam genommen worden sei. Nach Verlesung verschiedener Vermerke über Gespräche mit Behörden, einer Reisewarnung des Auswärtigen Amtes für die Provinz B. sowie teilweiser Übersetzung des ärztlichen Befundes der Mutter durch den Dolmetscher entschied das Landgericht, dass in Abwesenheit des Angeklagten R. E. weiter verhandelt werde (§ 231 Abs. 2 StPO). Der Angeklagte sei der Verhandlung eigenmächtig fern geblieben, da es für ihn vorhersehbar gewesen sei, dass er in der Türkei verhaftet werden könnte. Er sei im Jahr 1995 aus politischen Gründen nach Deutschland gekommen und habe einen Asylantrag gestellt. Aufgrund der politischen Lage insbesondere in der Provinz B. hätte er erkennen können, dass er sich einem Inhaftierungsrisiko aussetzen würde. Demgegenüber sei die Erkrankung seiner Mutter, die keinen lebensbedrohlichen Charakter habe, nicht geeignet, das Verhalten des Angeklagten zu rechtfertigen oder zu entschuldigen. Es lebten noch weitere elf Geschwister in der Türkei. Der Angeklagte habe seine Reisepläne dem Gericht auch nicht mitgeteilt. Eine Anwesenheit des Angeklagten sei auch nach dem Ermessen der Strafkammer nicht erforderlich, da die Beweisaufnahme weitgehend abgeschlossen sei und die Schlussvorträge kurz bevor stünden. Den im Anschluss an diese Entscheidung gestellten Antrag der Verteidigung, die Verhandlung auszusetzen, lehnte das Landgericht ab. Im Verlauf der weiteren Hauptverhandlung verkündete es zudem mehrere ablehnende Beweisbeschlüsse und beschränkte die Strafverfolgung gegenüber beiden Angeklagten auf Antrag der Staatsanwaltschaft teilweise nach § 154a StPO. 5

Im Fortsetzungstermin vom 28. Juni 2017 hat das Landgericht weitere Beweisanträge, auch einen erneuten Aussetzungsantrag des Angeklagten R. E. sowie einen erstmaligen Antrag auf Aussetzung der Hauptverhandlung durch die Angeklagte J. E. abgelehnt. 6

Die Beweisanträge betrafen u.a. die Vernehmung von Zeugen, die der Angeklagte R. E. benannt hatte, zum Beweis der Tatsache, dass die von den Angeklagten geführte GmbH mit Subunternehmern gearbeitet habe. Den Angeklagten war vorgeworfen worden, Schwarzlohn ausgezahlt und diese Auszahlungen durch Abdeckrechnungen an angebliche Subunternehmer verschleiert zu haben. 7

Die Angeklagte J. E. hatte im Hinblick auf ihren Aussetzungsantrag im Wesentlichen vorgetragen, sie sei in ihrer Verteidigung beschränkt, da nur der Angeklagte R. E. auf die ablehnenden Beweisbeschlüsse habe reagieren können, da sie keine Kenntnisse über die vom Angeklagten R. E. benannten Zeugen und deren Einschaltung als Subunternehmer auf der Baustelle in G. gehabt habe. Nach den Feststellungen des Urteils war die Angeklagte J. E. nicht selbst auf den Baustellen tätig gewesen (S. 6 UA), sondern hatte sich ausschließlich im Büro in Essen aufgehalten. 8

Am 30. Juni 2017 verkündete das Landgericht das Urteil. 9

2. Der Angeklagte R. E. macht zu Recht geltend, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 230 StPO gegeben ist. 10

Der absolute Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO setzt im Sinne eines ungeschriebenen Merkmals voraus, dass der Angeklagte an wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat (vgl. Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 338 Rn. 36 mwN). Dies war ausweislich der mit der Revisionsschrift vorgelegten Hauptverhandlungsprotokolle der Fall. In den Sitzungsterminen vom 22. Juni 2017, 28. Juni 2017 und 30. Juni 2017 - in denen der Angeklagte nicht anwesend war - fanden wesentliche Teile der Hauptverhandlung, wie die Beweisaufnahme, die Beschränkung der Strafverfolgung, die Schlussvorträge und die Verlesung der Urteilsformel statt. 11

Die Fortsetzung der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten R. E. an den genannten Terminen verstößt gegen § 230 Abs. 1 StPO. Danach findet gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine Hauptverhandlung nicht statt, es sei 12

denn, dies ist nach § 231 Abs. 2 StPO ausnahmsweise zulässig. Nach dieser Vorschrift darf eine unterbrochene Hauptverhandlung ohne den Angeklagten zu Ende geführt werden, wenn er eigenmächtig ferngeblieben ist, d.h. ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Abwesenheitspflicht nicht genügt (BGH, Beschluss vom 19. November 2009 - 4 StR 276/09, BGHR StPO § 231 Abs. 2 Abwesenheit, eigenmächtige 16 Rn. 5; Urteil vom 30. November 1990 - 2 StR 44/90, BGHSt 37, 249, 251).

Eigenmächtig einem Fortsetzungstermin fern bleibt auch der Angeklagte, der sich schon vor dem angesetzten Termin wissentlich und ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund, d.h. ohne Not, in eine Lage begibt, die für ihn vorhersehbar mit dem erheblichen Risiko verbunden ist, zum angesetzten Termin an der Teilnahme der Hauptverhandlung gehindert zu sein. Dem eigenmächtigen Ausbleiben im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO steht es deshalb gleich, dass sich ein Angeklagter nach der Vernehmung zur Sache - vorher gilt § 231a StPO - in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt (BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533, 535 Rn. 14 mwN). Dem ist die Situation vergleichbar, dass ein Angeklagter während einer laufenden Hauptverhandlung in Deutschland im Ausland vorsätzlich eine Straftat von Gewicht begeht, bei deren Entdeckung er mit seiner Verhaftung rechnen muss, oder wenn ein in Deutschland vor Gericht stehender Angeklagter, der schon früher eine Straftat entsprechenden Gewichts im Ausland begangen hat, wegen der er - wie er weiß - auch mit seiner Verhaftung im Land des Tatorts rechnen muss, sich während des Laufs der gegen ihn gerichteten Hauptverhandlung ohne Not in jenes Land und dort in eine Situation mit hohem Verhaftungsrisiko begibt (BGH, Beschluss vom 7. November 2007 - 1 StR 275/07 Rn. 18, NStZ-RR 2008, 285).

Eine damit vergleichbare Situation hat der Angeklagte nach freibeweislicher Überprüfung (BGH, Beschluss vom 6. Juni 2001 - 2 StR 194/01, BGHR StPO § 338 Nr. 5 Angeklagter 24) nicht provoziert, da er nicht damit rechnen konnte, in der Türkei in Gewahrsam genommen bzw. verhaftet zu werden.

Der Angeklagte ist ausweislich seines Reisepasses seit 2011 insgesamt 48-mal in die Türkei ein- und wieder ausgereist. Es bestand daher für ihn kein Anlass, von einem möglichen Verhaftungsrisiko in der Türkei auszugehen. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Angeklagte im Jahr 1995 in Deutschland aufgrund politischer Verfolgung Asyl erhalten hat und die politische Lage in der Türkei seit 2015 angespannt ist. Der Angeklagte war seit 2015 einige Male unbehelligt nach B. zu seiner Familie gereist und konnte daher ausgehen, dass sich an diesem Zustand auch 2017 nichts geändert hatte. Dafür, dass der Angeklagte sich während dieses oder eines früheren Aufenthalts in der Türkei strafbar gemacht haben könnte, fehlen jegliche Anhaltspunkte.

Der Angeklagte hatte auch einen gewichtigen Grund für die Reise. Seine Mutter war erkrankt und wurde in die Intensivstation eines Krankenhauses eingewiesen. Es mag zwar sein, dass sich herausgestellt hat, dass die Mutter tatsächlich nicht lebensbedrohlich erkrankt war. Es war dem Angeklagten jedoch nicht zuzumuten, erst zuzuwarten und dann möglicherweise nicht rechtzeitig im Krankenhaus erscheinen zu können. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Angeklagte elf Geschwister hat, die sich um die Mutter hätten kümmern können.

Der Angeklagte war nicht verpflichtet, dem Gericht seine Reisepläne mitzuteilen oder seine Personalpapiere auszuhändigen (§§ 125, 116 Abs. 1 Satz 2 StPO). Mithin durfte er sich an den verhandlungsfreien Tagen an jedem Ort aufhalten. Dabei ist es auch unerheblich, dass das Gericht darauf hingewiesen hatte, dass sich die Verteidigung auf die Schlussvorträge vorbereiten solle, zumal der Angeklagte geplant hatte, am 16. Juni 2017, also vier Tage vor dem nächsten Verhandlungstag, nach Deutschland zurückzukehren.

3. Die Angeklagte J. E. beruft sich zu Recht auf eine Verletzung von § 338 Nr. 8 StPO. 18

a) Die Rüge ist zulässig. 19

Es ist unerheblich, dass die Beschwerdeführerin sich auf eine Verletzung von § 231 Abs. 2 StPO beruft, dessen Verletzung nur den Mitangeklagten R. E. betraf. Es ist für das Revisionsgericht ausreichend erkennbar, dass sich die Verfahrensrüge nach ihrem Sinngehalt auf eine Verletzung von § 265 Abs. 4 StPO bezog. Entscheidend ist die wirkliche rechtliche Bedeutung des Revisionsangriffs (Franke in LR/StPO, 26. Aufl., § 344 Rn. 72). An die rechtliche Einordnung des Beschwerdeführers ist das Revisionsgericht nicht gebunden (BGH, Urteil vom 29. November 1989 - 2 StR 264/89 Rn. 13, NJW 1990, 584, 585).

Es ist aus der Darstellung der Revision ausreichend ersichtlich, dass die Revisionsführerin letztlich die ihr gegenüber abgelehnte Aussetzung der Hauptverhandlung angreift. Dabei ist es unschädlich, dass sie zusätzlich darauf abstellt, dass der Mitangeklagte R. E. nicht eigenmächtig der Hauptverhandlung fern geblieben sei. Es kann daher offen bleiben, ob bei einer Konstellation wie der vorliegenden ausnahmsweise auch die Abwesenheit des Mitangeklagten die Rüge der Beschwerdeführerin begründen könnte (bisher anders BGH, Urteile vom 27. März 1979 - 5 StR 836/78, bei Pfeiffer NStZ 1981, 93, 95 und vom 24. Oktober 1989 - 5 StR 238-239/89 Rn. 13, NJW 1990, 845, 846). Daneben trägt die Beschwerdeführerin jedenfalls ausreichend dazu vor, dass aufgrund der ihr gegenüber erteilten 21

Ablehnung ihre Verteidigung eingeschränkt wurde, und beruft sich mithin auf eine Verletzung von § 265 Abs. 4 StPO (BGH, Beschluss vom 24. Juni 2009 - 5 StR 181/09 Rn. 13, NSTZ 2009, 650).

b) Die Rüge ist auch begründet.

22

Eine Aussetzung hat nach § 265 Abs. 4 StPO zu erfolgen, wenn dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder Verteidigung angemessen erscheint. Bei einer veränderten Sachlage kann es sich um eine Veränderung des Sachverhalts oder der Verfahrenslage handeln (Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 265 Rn. 40). Grundsätzlich kann jede vom Angeklagten nicht verschuldete Verschlechterung seiner Verteidigungsmöglichkeit den Anlass zur Aussetzung geben (Stuckenberg in LR/StPO, 26. Aufl., § 265 Rn. 108). Ob die Verhandlung auszusetzen ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, dessen Ausübung vom Gericht darzustellen ist (BGH, Urteil vom 28. Juni 1955 - 5 StR 646/54 Rn. 13, BGHSt 8, 92, 96). Formelhafte Wendungen in der Ablehnung erlauben dem Revisionsgericht die Nachprüfung, ob das Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde, hingegen nicht (BGH, Beschluss vom 11. September 1986 - 1 StR 472/86 Rn. 2, NSTZ 1987, 34).

So liegt der Fall hier. Das Gericht hat den Antrag der Verteidigung auf Aussetzung mit dem Hinweis abgelehnt, dass bereits aus dem Umstand, dass die Revisionsführerin auch in Abwesenheit des Mitangeklagten Beweisanträge gestellt habe, ersichtlich sei, dass sie sich selbst verteidigen könne. Eine Auseinandersetzung mit der Beweissituation lässt es vermissen. Dies wäre aber hier erforderlich gewesen, weil die Angeklagte substantiiert aufgezeigt hat, welche Informationen sie über ihren (abwesenden) mitangeklagten Ehemann hätte erlangen wollen, um sachgerechte Anträge zu stellen.

Der Verweis auf die Begründung des Beschlusses nach § 231 Abs. 2 StPO gegenüber dem Mitangeklagten R. E. ist - abgesehen davon, dass die dort aufgeführten Gründe nicht tragfähig sind - für die Entscheidung, ob die Verfahrenslage der Beschwerdeführerin durch dessen Abwesenheit eingeschränkt wurde, unerheblich. Die rechtsfehlerbehaftete Ablehnung des Aussetzungsantrags beschränkt die Verteidigung der Angeklagten unzulässig in einem wesentlichen Punkt. Das Urteil kann deshalb auch gegenüber der Angeklagten J. E. keinen Bestand haben.

4. Für die neue Entscheidung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

26

Hinsichtlich des Vorwurfs des Betrugs zum Nachteil der Zusatzversorgungskasse für das Gerüstgewerbe wird das neue Tatgericht die Gültigkeit der tarifrechtlichen Normen in den Blick zu nehmen haben.

Das Landgericht stützt seine Verurteilung darauf, dass die Angeklagten es unterlassen haben, Beiträge auf die Schwarzlohnzahlungen gegenüber der Sozialkasse für das Gerüstbaugewerbe anzumelden. Dies hätte - so das Landgericht - aufgrund des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages über die Sozialkassenverfahren vom 20. Januar 1994 idF des Änderungstarifvertrages vom 11. Januar 2002 (BAnz Nr. 216 vom 20. November 2002 S. 25, 145; VTV - Gerüstbau) erfolgen müssen. Nach den mit Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 (NZA Beilage 2017, 12 ff.) niedergelegten Grundsätzen könnte diese Allgemeinverbindlichkeitserklärung im Hinblick auf die erforderliche Ministerbefassung unwirksam sein.

Soweit der Gesetzgeber mit § 15 des Zweiten Sozialkassenverfahrensicherungsgesetzes (SokaSiG2) vom 1. September 2017 (BGBl. I 2017, 3356) den Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt hat, um einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung bereits vorab entgegenzutreten, ist dies unerheblich, da hierdurch die Strafbarkeit aus § 263 Abs. 1, § 13 Abs. 1 StGB nicht begründet werden kann. Solche strafbarkeitsbegründenden Pflichten müssen im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG im Zeitpunkt der geforderten Handlung rechtlich wirksam bestanden haben. Als strafrechtlich bedeutsame Pflichten können sie nicht rückwirkend begründet werden (BGH, Beschluss vom 8. Juni 2017 - 1 StR 614/16 Rn. 8, NSTZ-RR 2017, 282).