

# StrafFo

## Strafverteidiger Forum

**Heft 5 Mai 2022**

G 26104

[www.ag-strafrecht.de](http://www.ag-strafrecht.de)

### **Aufsätze**

*Feltes*, Der Strafverfolgungs-Verhinderungs-Paragraf § 172 StPO

*Bleekat*, Zulässigkeit der nachträglichen Beiordnung eines Pflichtverteidigers

*Wolf*, Bestandsaufnahme zum „neuen“ Recht der Pflichtverteidigung nach Einführung der EU-Legal-Aid-Richtlinie: verpasste Chancen allerorten

### **Entscheidungen**

Schleswig-Holsteinisches OLG: Grundsatz der Öffentlichkeit

BGH: Das Selbstleseverfahren dient nicht dem Zweck, ohne vorherige Bewertung der Beweisbedeutung große Teile der Akten in die Hauptverhandlung einzuführen

BGH: Zur Verwertbarkeit von EncroChat-Daten

OLG Frankfurt a.M.: Zur Verwertbarkeit von im Ausland unter Einsatz der Smartphone-App „Anom“ gesicherten Chatprotokollen

AG Aachen: Verletzt der Vollstreckungsbeamte das Recht auf Konsultation eines Verteidigers, so sind die folgenden Diensthandlungen nicht rechtmäßig

KG: Grob fahrlässig handelt nicht, wem die Verursachung der Strafverfolgungsmaßnahme wegen fehlender Verantwortlichkeit nicht zugerechnet werden kann

OLG Karlsruhe: Im Falle eines Beratungsfehlers des Steuerberaters muss sich der Geschädigte nicht als Mitverschulden zurechnen lassen, einer Einstellung des (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zugestimmt zu haben *m. Anm. Brodski*

### **Herausgeber**

RA Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht

RA Dr. Stephan Beukelmann

RAin Dr. Julia Exner-Kuhn

RA Dr. Philipp Gehrman

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Prof. Dr. Werner Leitner

RAin Sonka Mehner

RA Jes Meyer-Lohkamp

RA Dr. Panos Pananis

RA Christof Püschel

RA Dr. Christian Rode

RAin Diane Waterstradt

und die

Arbeitsgemeinschaft

Strafrecht des DAV

### **Redaktion**

RA Dr. Stephan Beukelmann

RA Prof. Dr. Olaf Hohmann

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Michael Rosenthal

### **Schriftleitung**

RA Dr. Stephan Beukelmann

RA Prof. Dr. Olaf Hohmann



Deutscher**Anwalt**Verlag

## Aktuell

*Wildt*, Europa im Überblick

177

## Aufsätze

*Feltes*, Der Strafverfolgungs-Verhinderungs-Paragraf § 172 StPO

178

*Bleckat*, Zulässigkeit der nachträglichen Beiordnung eines Pflichtverteidigers

182

*Wolf*, Bestandsaufnahme zum „neuen“ Recht der Pflichtverteidigung nach Einführung der EU-Legal-Aid-Richtlinie: verpasste Chancen allerorten

185

## Entscheidungen

### Verfahrensrecht

GVG § 169 Abs. 1: Grundsatz der Öffentlichkeit Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 31.3.2022 – II OLG 115/22

192

StPO §§ 98 Abs. 2, 108 Abs. 1: Für die Bestätigung der vorläufigen Mitnahme von Zufallsfunden durch die StA ist der Richter des Ausgangsverfahrens zuständig, solange kein neues Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 10.3.2022 – 12 Qs 6/22

192

StPO §§ 250, 251 ff.: Das Selbstleseverfahren dient nicht dem Zweck, ohne vorherige Bewertung der Beweisbedeutung große Teile der Akten in die Hauptverhandlung einzuführen BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 5 StR 243/21

195

StPO § 261: Zur Verwertbarkeit von EncroChat-Daten BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21

196

StPO § 261: Kein Beweisverwertungsverbot für Daten der mit EncroChat-Mobiltelefonen und mittels SkyECC geführten Kommunikation OLG Celle, Beschl. v. 15.11.2021 – 2 HEs 24-30/21

202

StPO § 261: Zur Verwertbarkeit von im Ausland unter Einsatz der Smartphone-App „Anom“ gesicherten Chatprotokollen OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.11.2021 – 1 HEs 427/21

203

StPO § 373b: Zu den Voraussetzungen der Gleichstellung naher Angehöriger mit dem Verletzten im Falle seines Todes im Rahmen von Klageerzwingungsverfahren OLG Oldenburg, Beschl. v. 24.2.2022 – 1 Ws 360/21

204

StPO §§ 400 Abs. 1, 401 Abs. 3 S. 1, 301 analog: Bei einer unbegründeten Revision der Nebenklage erstreckt sich die Kontrollbefugnis des Revisionsgerichts nicht auf den Rechtsfolgenausspruch

BGH, Urt. v. 2.2.2022 – 2 StR 41/21

206

### Materielles Strafrecht/Strafrechtliche Nebengebiete

StGB § 64: Zieht das Tatgericht eine Maßregelanordnung nicht in Erwägung, weil das Fehlen der Anordnungsvoraussetzung auf der Hand liegt, darf es von einer Begutachtung absehen

BGH, Beschl. v. 23.3.2022 – 6 StR 63/22

208

StGB § 113: Verletzt der Vollstreckungsbeamte das Recht auf Konsultation eines Verteidigers, so sind die folgenden Diensthandlungen nicht rechtmäßig

AG Aachen, Urt. v. 22.2.2022 – 333 Ls-903 Js 10/21 – 5/22

209

BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2: Die nicht geringe Menge der synthetischen Cannabinoide 5F-ADB und AMB-FUBINACA beginnt bei einem Gramm Wirkstoffmenge

BGH, Beschl. v. 27.1.2022 – 3 StR 155/21

209

### Strafvollstreckung/Strafvollzug

IRG § 54 Abs. 1 S. 3; StGB § 51 Abs. 4 S. 2; StPO § 299 Abs. 1: Einem inhaftierten Beschuldigten ist es zumutbar, ein Rechtsmittel schriftlich einzureichen

KG, Beschl. v. 3.2.2022 – 2 Ws 12/22

211

### Gebühren- und Kostenrecht

StrEG § 5 Abs. 2 S. 1: Grob fahrlässig handelt nicht, wem die Verursachung der Strafverfolgungsmaßnahme wegen fehlender Verantwortlichkeit nicht zugerechnet werden kann

KG, Beschl. v. 2.2.2022 – 2 Ws 144/21

213

### Berufsrecht

BGB §§ 675, 611, 280, 254: Im Falle eines Beratungsfehlers des Steuerberaters muss sich der Geschädigte seine Zustimmung zur Einstellung des (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nicht als Mitverschulden anrechnen lassen

OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.3.2022 – 3 U 11/20 *m. Anm. Brodski*

215

## Rezension

*Engelhart/Kudlich/Vogel* (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag (*Beukelmann*)

219

I. Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht Schadensersatz aufgrund einer etwaigen Pflichtverletzung der Beklagten bei ihrer Tätigkeit als Steuerberaterin. ...

Gegen den Zedenten ... wurde von der StA im Jahr 2017 ein Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet, das nach Zahlung einer Geldauflage in Höhe von 50.000 EUR gem. § 153a Abs. 1 StPO eingestellt wurde. Die Strafverfolgungsbehörde hatte angekündigt, anderenfalls öffentliche Anklage zu erheben. ...

[Die Klägerin macht u.a. einen Anspruch auf Schadenersatz wegen der von dem Zedenten gezahlten Geldauflage geltend.]

...

Das LG hat der Klage ... überwiegend stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung ... verurteilt. ...

Ein Anspruch auf Erstattung der im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren geleisteten Geldauflage ... bestehe ... nicht. Zwar sei ein Anspruch auf Schadensersatz nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil es sich um eine Geldauflage in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren handle, solange der Mandant nicht über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Vorgehens im Klaren gewesen sei. Ein derartiger Anspruch sei jedoch wegen überwiegenden Mitverschuldens des Zedenten gem. § 254 BGB ausgeschlossen. Hätte der Zedent sich nicht auf die Einstellung gegen Zahlung einer Geldauflage gem. § 153a StPO eingelassen, hätte das Verfahren bei entsprechendem Vorbringen des Zedenten gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden müssen. Denn es lägen schon die objektiven Voraussetzungen der Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 AO nicht vor. Die Angaben zu den Betriebsausgaben gegenüber den Finanzbehörden seien im Wesentlichen korrekt gewesen. Es sei nicht nachgewiesen, dass der Zedent Ausgaben angesetzt hätte, denen nachweislich gar kein Leistungsaustausch gegenübergestanden habe. Es sei dem Zedenten ... zumutbar gewesen, bereits im Ermittlungsverfahren diesen Leistungsaustausch ermitteln zu lassen und vorzutragen. Anders als bei den substantiierten Ausführungen in Bezug auf das Steuerverfahren habe die Klägerin keine hinreichenden Umstände vorgetragen, weshalb er hiervon abgesehen und sich auf die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 153a StPO eingelassen habe. ...

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung ihr erstinstanzliches Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter. ...

II. ... 2. Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache Erfolg. Sie kann von der Beklagten auch Ersatz der Kosten verlangen, welche der Zedent ... im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zur Zahlung der Auflage im Rahmen der Einstellung nach § 153a StPO gezahlt hat. Ebenfalls ersatzfähig sind in diesem Zusammenhang angefallene Kosten für die rechtsanwaltliche Vertretung und Beratung durch den Steuerberater.

a) Wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, muss zwar die deswegen gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder -buße aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Das schließt aber eine Einstandspflicht

## Berufsrecht

BGB §§ 675, 611, 280, 254

**Im Falle eines Beratungsfehlers des Steuerberaters muss sich der Geschädigte nicht als Mitverschulden zurechnen lassen, dass er einer Einstellung des (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO zugestimmt hat, statt eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO oder einen Freispruch anzustreben (Red).**

OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.3.2022 – 3 U 11/20  
(LG Mannheim)

desjenigen, der vertraglich verpflichtet war, den Täter vor der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit und deren Folgen zu schützen, nicht aus. Eine solche vertragliche Verpflichtung besteht grundsätzlich auch für den Steuerberater im Verhältnis zu seinem Mandanten, soweit es um die richtige Darstellung der steuerlich bedeutsamen Vorgänge gegenüber dem Finanzamt geht. Er kann insbesondere seinem Mandanten gegenüber – vertraglich – verpflichtet sein, diesen davor zu bewahren, dass er seine eigenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen dem Finanzamt gegenüber vernachlässigt. Dies gilt namentlich dann, wenn sich der Steuerpflichtige eines steuerlichen Fachberaters bedient, weil die steuerrechtliche Lage vielschichtig und für einen Laien undurchsichtig ist. In diesem Falle besteht die Aufgabe des Beraters nicht nur darin, die seinem Mandanten zustehenden Steuervorteile auszuschöpfen, sondern er hat ihn auch davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, juris Rn 8 f.). Die Auflage, welche der Zedent ... im Rahmen der Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO gezahlt hat, ist damit grundsätzlich ebenfalls ein auf der vertraglichen Pflichtverletzung beruhender Schaden.

b) Dem LG ist zwar zuzustimmen, dass sich ein anrechenbares Mitverschulden des Mandanten i.S.v. § 254 BGB daraus ergeben kann, dass er es in vorwerfbarer Weise versäumt hat, den durch die Verletzungshandlung entstandenen Schaden durch Einlegung zulässiger, aussichtsreicher und zumutbarer Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel abzuwenden oder zu mindern (vgl. (BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, juris Rn 16) und es deshalb zu prüfen ist, ob die Zustimmung des Zedenten zur Verfahrenseinstellung nachvollziehbar war oder er sich stattdessen auf ein Strafverfahren hätte einlassen müssen, um einen Freispruch zu erwirken.

Jedenfalls unter Berücksichtigung des neuen Vortrags in der Berufungsbegründung lässt sich ein Mitverschulden aber nicht begründen. Der Vortrag der Zedentin zu den Beweggründen des Zedenten in der Berufungsbegründung ist unstreitig geblieben. Schon deshalb kommt es nicht darauf an, ob dieser schon in der ersten Instanz hätte gehalten werden müssen. Eine Präklusion nach § 531 ZPO kommt bei unstreitigen Tatsachen nicht in Betracht (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 531 Rn 20). Es spricht zwar einiges dafür, dass der Zedent ... im Falle eines Strafverfahrens mit einem Freispruch hätte rechnen können. Der Vorwurf der Steuerbehörden ging, wie die Berufung der Klägerin zu Recht einwendet, nicht dahin, dass es sich bei den als Betriebsausgaben geltend gemachten Zahlungen um Scheingeschäfte gehandelt und es keinen Leistungsaustausch gegeben habe. Damit war schon der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO nicht erfüllt, weil er keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen gemacht hat.

Gleichwohl musste der Zedent zumindest mit einer Anklage und einer öffentlichen Hauptverhandlung rechnen. Die StA hat

nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag in der Berufungsbegründung eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO abgelehnt und eine Anklage angekündigt. Die Steuerbehörden sahen den Straftatbestand des § 370 AO offensichtlich unabhängig von der Frage des Leistungsaustausches als erfüllt an, weil jedenfalls keine aussagekräftigen Belege existierten. Diese Ansicht erscheint zwar im Ergebnis nicht richtig, sie ist aber auch nicht völlig fernliegend. Grundsätzlich handelt jemand zwar nicht tatbestandsmäßig, wenn die Angaben zu den tatsächlichen Umständen zutreffend sind, aber er diese nicht belegen kann. Dies gilt selbst dann, wenn er falsche Angaben zu angeblichen Beweismitteln macht bzw. falsche Unterlagen vorlegt (Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung November 2021, § 370 AO Rn 40). Allerdings sind in Rspr. und Literatur auch Fälle bekannt, in denen der Nachweis zugleich zu dem materiellen Steuertatbestand gehört. Eindeutig ist dies etwa bei der in § 4 Abs. 5 EStG geregelten Pflicht zur gesonderten Aufzeichnung von Geschenkaufwendungen. Für solche Fälle wird teilweise vertreten, dass Angaben ohne den Nachweis unrichtig bzw. unvollständig i.S.v. § 370 AO sind und damit den Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllen können (vgl. zum Meinungsstand BeckOK-AO/ibold, 18. Edition Stand: 5.10.2021, § 370 Rn 134.1 ff.; Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung November 2021, § 370 AO Rn 40). Diskutiert wird eine Strafbarkeit aufgrund fehlenden Nachweises auch im Bereich von Vereinbarungen zwischen Gesellschaften und ihren beherrschenden Gesellschaftern, für welche die Steuerrechtsprechung teilweise besondere Formerfordernisse entwickelt hat, z.B. bei verdeckten Gewinnausschüttungen (MüKo-StGB/Schmitz/Wulf, 3. Aufl., § 370 AO Rn 254; Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung 11.2021, § 370 AO Rn 40, 52 ff.).

Unter Berücksichtigung dieser Unsicherheiten bzgl. der Strafbarkeit der Erklärung über die Betriebsausgaben ohne Belege ist es gut nachvollziehbar, dass sich der Zedent auf die Zahlung der Geldauflage eingelassen hat. Inwiefern seine Befürchtung begründet war, ein öffentliches Strafverfahren könnte sich negativ auf seinen Ruf als Arzt und mittelbar auf die Einnahmen der Praxis auswirken, kann dahinstehen. Jedenfalls sein Motiv, eine öffentliche Diskussion des Sachverhalts im Interesse seiner Familie abwenden zu wollen, ist verständlich. Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, der der Berücksichtigung eines Mitverschuldens nach § 254 BGB zugrunde liegt (BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, juris Rn 18 m.w.N.), ist unter Würdigung aller Umstände in der Zustimmung zu einer Einstellung gegen Zahlung der Geldauflage von 50.000 EUR nicht zu erkennen. Die im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren entstandenen Rechtsanwalts- und Steuerberaterkosten beruhen ebenfalls auf der Pflichtverletzung der Beklagten und sind Teil des ersatzfähigen Schadens. ...

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Emil Brodski, München



*Anmerkung:* Nicht selten liegen der steuerstrafrechtlichen Verfolgung des Mandanten Beratungsfehler seines steuerlichen Beraters zugrunde. In derartigen Konstellationen werden von Zivilrechtlern etwaige Regressansprüche gegen den Berater nicht losgelöst vom Ausgang des Strafverfahrens beurteilt. Dem Strafverteidiger bieten sich im Strafverfahren Stellschrauben, mit denen er die Erfolgsaussichten seines Mandanten bei der zivilrechtlichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den steuerlichen Berater verbessern kann.

Das OLG Karlsruhe befasst sich mit einer bislang obergerichtlich nicht näher beleuchteten Nahtstelle, an der strafrechtliche und zivilrechtliche Gesichtspunkte ineinandergreifen. In seinem begrüßenswerten Urteil stellt das OLG fest, dass der geschädigte Mandant den von der beklagten Steuerberaterkanzlei erhobenen Mitverschuldenseinwand nach § 254 BGB nicht gegen sich zu gelten lassen braucht, weil er sich auf eine Einstellung nach § 153a StPO eingelassen hat, statt eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO oder einen Freispruch anzustreben. Soweit ersichtlich, ist dies die erste zivilrechtliche Entscheidung, die diese in der Praxis des Strafverteidigers häufig auftretende Konstellation unter Mitverschuldungsgesichtspunkten untersucht.

Über Jahre hatten die Steuerberater lediglich auf der Grundlage von aus Kontoauszügen ersichtlichen Zahlungen für ihre ärztlichen Mandanten Betriebsausgaben gebucht. Entsprechende Rechnungen hatten die Berater für die Buchführung bei ihren Mandanten jedoch nicht angefordert. Wegen fehlender Rechnungsbelege erkannte die Betriebsprüfung die Betriebsausgaben in erheblichem Umfang nicht an. Immerhin gelang es dem neuen Steuerberater der Ärzte, die Betriebsprüfer zur Anerkennung einiger erheblicher Positionen als Betriebsausgaben trotz fehlender Rechnungen zu bewegen. Ansonsten hätte den Ärzten die Insolvenz gedroht. Da die Betriebsprüfer dies zur Bedingung für ein Entgegenkommen gemacht hatten, erklärten sich die geschädigten Mandanten im Wege einer Verständigung bereit, die Feststellungen der BP nicht anzugreifen. Auf der Grundlage der von der BP getroffenen Feststellungen setzte das Finanzamt gegen die Ärzte Steuernachzahlungen und Zinsen von in Summe rund 430.000 EUR fest.

Das Finanzamt leitete die Akte an die StA weiter, die gegen einen der Ärzte ein Steuerstrafverfahren in Gang setzte. Der vom betroffenen Arzt eingeschalteten Strafverteidigerin gelang es, bei der StA eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO gegen Zahlung einer Geldauflage von 50.000 EUR zu erwirken. Das Hauptargument der Strafverteidigerin war, dass ihr Mandant sich ganz auf die Richtigkeit des Tuns seiner Steuerberater verlassen habe und dies auch durfte. Auf eine von der Strafverteidigerin beantragte Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO wollte sich die StA nicht einlassen.

Das gegen die Steuerberater beim LG Mannheim geführte Regressverfahren endete im Hinblick auf den durch die ver-

meidbaren Steuernachzahlungen und den durch die Zinsen hierauf entstandenen Schaden mit der weitgehenden Verurteilung der steuerlichen Berater. Dagegen wies das LG die auf Erstattung der Geldauflage und der i.H.v. 11.281,30 EUR entstandenen Strafverteidigerkosten wegen „überwiegenden Mitverschuldens“ des Mandanten zurück. Nach Auffassung des LG „mag es menschlich verständlich sein“, dass sich der Geschädigte bevorzugt auf die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 153a StPO eingelassen habe, gleichwohl hätte der geschädigte Mandant angesichts des Umstands, dass das Strafverfahren bei entsprechendem Vorbringen gem. § 170 Abs. 2 StPO hätte „eingestellt werden müssen“, nicht „zulasten des Steuerberaters“ die Einstellung gegen Geldauflage wählen dürfen.

Die gegen diese Feststellungen beim OLG Karlsruhe eingelegte Berufung hatte Erfolg; das OLG verurteilte die Steuerberater zum Ersatz auch der Aufwendungen für die Geldauflage sowie für die Kosten der Strafverteidigung. Hingegen wies das OLG Karlsruhe die von den Steuerberatern gegen das LG-Urteil eingelegte Berufung zurück.

Für den eine BP beim Mandanten (mit)begleitenden Steuerstrafverteidiger ist informativ, dass das OLG zunächst – und insoweit im Einklang mit dem LG – den Einwand der beklagten Steuerberater nicht gelten lässt, die Mandanten müssten sich infolge der erfolgten Verständigung mit dem Finanzamt den Schaden selbst zurechnen lassen.

Das OLG Karlsruhe folgt damit der herrschenden Judikatur. Anerkannt ist nämlich, dass wegen der Vielzahl von Unsicherheitsfaktoren, sei es in Bezug auf offene Beweisfragen, sei es in Bezug auf die Beurteilung schwieriger Rechtsfragen, sowohl dem Steuerschuldner als auch seinem Steuerberater bei Vergleichsabschlüssen ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist, wobei es immer auf die Einschätzung in der gegebenen Situation ankommt, es verbietet sich eine Ex-post-Betrachtung (OLG Köln, Urt. v. 16.7.2009 – I-8 U 64/08 Rn 37, juris). Die Kausalität des geltend gemachten Schadens mit der fehlerhaften Beratung wird nicht unterbrochen, wenn der Mandant eine durch die fehlerhafte Beratung ausgelöste oder durch sie beeinträchtigte Auseinandersetzung durch einen Vergleich mit dem Finanzamt abschließt. Gleiches gilt für eine tatsächliche Verständigung während einer Betriebsprüfung. Sind sie eine vernünftige Reaktion, kann der Mandant sie abschließen, ohne den Zurechnungszusammenhang zu unterbrechen (z.B. BGH NJW 93, 1139; DStR 2010, 624; Beschl. v. 19.4.2012 – IX ZR 99/10 Rn 3, juris).

Im Hinblick auf die Berufung der Klagepartei stellt das OLG weiter klar, dass wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, die gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder -buße aus dem eigenen Vermögen zu tragen hat. Gleichwohl, so das OLG, schließt dies eine Einstandspflicht des Steuerberaters nicht aus, besteht doch dessen Aufgabe nicht nur darin, die seinem Mandanten zustehenden Steuervorteile auszuschöpfen, sondern ihn auch

davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen. Auch mit diesem Statement bewegt sich das OLG Karlsruhe auf sicherem rechtlichen Boden (BGH wistra 2010, 354; OLG Frankfurt, Urt. v. 1.6.2017 – 17 U 151/16; OLG Nürnberg NJOZ 2018, 77). Die Erstattung einer vom Täter schon gezahlten Geldstrafe ist i.Ü. nicht als Begünstigung i.S.v. § 257 StGB zu werten. Und selbst derjenige, der dem Täter im Voraus die zur Zahlung der Strafe erforderlichen Geldmittel zur Verfügung stellt, macht sich nicht wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB) strafbar (BGH, a.a.O.). An dieser Stelle ist für die Praxis des Strafverteidigers die – soweit möglich – Vermeidung einer den Mandanten betreffenden Vorsatzfeststellung im Strafverfahren relevant. Ist nämlich der Vorsatz des Mandanten festgestellt, ist ihm der zivilrechtliche Rückgriff auf seinen steuerlichen Berater versperrt (BGH NJW 1997, 518; NJW 2018, 541). Ergeben sich hingegen aus der summarischen Tatumschreibung im Strafbefehl oder aus den Unterlagen der Finanzbehörden keine Feststellungen zu einem vorsätzlichen Vorgehen des Mandanten, muss der steuerliche Berater, um im gegen ihn geführten Regressprozess der Haftung zu entgehen, nachweisen, dass sein Mandant vorsätzlich gehandelt hat (BGH wistra 2010, 354).

Steht ein Regressanspruch des Mandanten gegen seinen steuerlichen Berater im Raum, tut daher der Strafverteidiger gut daran, möglichst zu verhindern, dass im Strafverfahren Ausführungen zu einem Vorsatz des Mandanten festgehalten werden.

Neu ist die vom OLG Karlsruhe in seinem Urteil getroffene Feststellung, dass dem geschädigten Mandanten unter Mitverschuldensgesichtspunkten gem. § 254 BGB nicht anzukreiden ist, dass er sich auf eine Verfahrensbeendigung nach § 153a StPO eingelassen hat, statt um einen Freispruch oder eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO zu kämpfen.

Das LG Mannheim hatte insoweit die Auffassung vertreten, dass, wenn der Mandant sich nicht auf die Einstellung nach § 153a StPO eingelassen hätte, das gegen ihn geführte Strafverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO hätte eingestellt werden müssen. Daraus hat das LG einen erheblichen Mitverschuldensvorwurf gegen den Mandanten abgeleitet und die Klage, soweit sie auf Ersatz des Aufwands für die Geldauflage und für die Strafverteidigerkosten gerichtet war, abgewiesen.

Ausgeblendet hat das LG Mannheim hierbei, dass sich ein anrechenbares Mitverschulden des geschädigten Mandanten nur ergeben kann, wenn dieser es in vorwerfbarer Weise versäumt hat, den durch die Verletzungshandlung entstandenen Schaden durch Einlegung zulässiger, aussichtsreicher und zumutbarer Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel abzuwenden oder zu mindern. Wer dagegen einen aussichtslosen Rechtsbehelf nicht einlegt, handelt seinen eigenen Interessen niemals zuwider, so dass bei einer derartigen Fallgestaltung ein Mit-

verschulden des Mandanten von vorneherein ausscheidet (BGH a.a.O.). Nach dieser BGH-Formel muss es dem Mandanten eben auch zumutbar sein, sich gegen die ihn belastende behördliche oder gerichtliche Entscheidung zu wehren.

An dieser Stelle indes hatte das LG Mannheim die gängige Praxis des Steuerstrafverteidigers nicht im Blick.

Denn wenn die StA bei einem im Raum stehenden Hinterziehungsbetrag von fast 450.000 EUR sich nicht auf eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO einlassen mag und stattdessen eine Verfahrensbeendigung nach § 153a StPO anbietet, dann raten die meisten Strafverteidiger ihren Mandanten nachdrücklich und aus guten, vernünftigen Gründen dazu, das Angebot anzunehmen.

Es mag sein, dass aus Ex-post-Sicht der Mannheimer Zivilrichter die strafrechtliche Angelegenheit i.S.d. geschädigten Mandanten hätte entschieden werden müssen. Indessen setzt sich in der Ex-ante-Situation kaum ein von seinem Strafverteidiger über die weiteren Verfahrensriskien ordentlich aufgeklärter Mandant einer Fortsetzung des gegen ihn geführten Strafverfahrens aus, wenn eine Beendigung nach § 153a StPO erreichbar ist. Es steht für den Mandanten schlechterdings zu viel auf dem Spiel, als dass es ihm beispielsweise zumutbar wäre, sich in einer Hauptverhandlung auf ordnungsgemäß arbeitende Richter und Staatsanwälte zu verlassen, die auch nur ein unvollkommenes menschliches Erkenntnisvermögen besitzen und nicht vor menschlichen Irrtümern gefeit sind (BGH NJW 1964, 2402).

Zudem handelt es sich bei der vom LG Mannheim als sicher unterstellten Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO um das Maximalziel, das sich im Ermittlungsverfahren erreichen lässt (*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl., Rn 1829). Lässt sich dieses Ziel nicht erreichen, muss sich der Strafverteidiger (und mit ihm sein Mandant) mit der Frage auseinandersetzen, ob das Verfahren im Interesse des Beschuldigten nicht auf andere Weise möglichst geräuschlos beendet werden kann (*Burhoff*, a.a.O.). Denn für den Mandanten ist nicht – wie in der Öffentlichkeit i.d.R. angenommen – der Freispruch das wichtigste Ziel, sondern die Einstellung des Verfahrens möglichst bereits im Ermittlungsverfahren, durch die sich eine öffentliche Hauptverhandlung mit den sich daraus ergebenden Belastungen vermeiden lässt (*Burhoff*, a.a.O., Rn 1828 und Rn 4731).

Das OLG Karlsruhe hat dies erkannt. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, auf dem der Mitverschuldenseinwand letztlich beruht, ist, so das OLG, jedenfalls das Motiv des geschädigten Mandanten, eine öffentliche Diskussion des Sachverhalts im Interesse seiner Familie abzuwenden zu wollen, verständlich und ihm daher nicht vorzuwerfen.

*Rechtsanwalt Emil Brodski, München*