

Editorial

Herausgeber:
Detlef Burhoff
Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D., Leer/Augsburg



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

wir übersenden heute die Juli-Ausgabe 2019, zu der ich Folgendes anmerke:

Im Praxisforum habe ich meine Gedanken zur nicht erfolgten Umsetzung der PKH-Richtlinie 2016/1919 – Stichwort: Änderung des Rechts der Pflichtverteidigung – eingestellt. Inzwischen liegt zu der Problematik auch ein Regierungsentwurf vor.

Im verfahrensrechtlichen Teil des Rechtsprechungsreports stellen wir Ihnen dann zwei Entscheidungen zur Berufungsverwerfung nach § 329 StPO vor, von denen ich vor allem die des KG zur Lektüre empfehle.

Aus dem gebührenrechtlichen Teil ist hinzuweisen auf die Entscheidung des LG Deggendorf zur Anrechnung von Vorschüssen, wenn diese ganz oder teilweise zurückgezahlt worden sind. Die Frage ist im Hinblick auf die Pflicht zur Angabe solcher Vorschüsse im Festsetzungsantrag von Bedeutung

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

Inhalt

StRR-Kompakt 2

Praxisforum

Gedanken zur nicht erfolgten Umsetzung der PKH-Richtlinie 2016/1919 5

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Beschwerde gegen einen noch nicht vollstreckten Haftbefehl... 8

Wiedereinsetzungsantrag nach versäumter Berufungsverhandlung..... 11

Begriff der „Mehrkosten“ bei der Umbeordnung..... 13

Ladung Sehbehinderter..... 16

StGB/Nebengebiete

Hehlerei auch bei täuschungsbedingtem Einverständnis des Vortäters..... 17

Trunkenheit im Verkehr; Vorsatz; erforderliche Feststellungen... 20

Anwaltsvergütung

Anrechnung von zurückgezählten Vorschüssen 21

Anschaffung von Festplatten 22

Teilweises Schweigen und zusätzliche Verfahrensgebühr 24



Haftbefehl: dringender Tatverdacht

Schon die (einfache) Wahrscheinlichkeit, dass Rechtfertigungs-, Schuld- oder Strafausschlussgründe vorliegen, beseitigt den dringenden Tatverdacht als Voraussetzung des Haftbefehls nach § 112 Abs. 1 StPO.

OLG Hamburg, Beschl. v. 26.4.2019 – 2 Ws 49/19

Beweisverwertungsverbot: Freibeweisverfahren

Die Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots nach § 136a StPO sind im Wege des Freibeweises aufzuklären; insoweit ist das Revisionsgericht zu eigener Prüfung berufen. Es ist grundsätzlich weder auf die Feststellungen des Tatgerichts beschränkt noch an dessen Beweiswürdigung gebunden.

BGH, Beschl. v. 2.5.2019 – 3 StR 21/19

Kostenerstattung: zwei Wahlverteidiger

Dem Freigesprochenen sind die Kosten und Auslagen von zwei Wahlverteidigern zu erstatten, wenn seine Verteidigung im Hinblick auf Umfang, Schwierigkeit und Komplexität durch nur einen Wahlverteidiger nicht möglich war.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.6.2019 – 1 Ws 292/18

Rechtsmittelrücknahme: Vollmacht

Der Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahmeerklärung des Verteidigers steht nicht entgegen, dass dem Wahlverteidiger nur in der Strafprozessvollmacht die allgemeine Ermächtigung erteilt worden ist, „Rechtsmittel ... zurückzunehmen“, wenn der Verteidiger für die Durchführung des Revisionsverfahrens beauftragt worden ist (Anschluss an BGH NStZ 1998, 531 m.w.N.).

BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – 2 StR 142/19

Pflichtverteidiger: Einstellung des Verfahrens

Dem Angeklagten ist in der Regel ein Verteidiger beizuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil Berufung mit dem Ziel der Verurteilung des Angeklagten eingelegt hat. Davon kann jedoch abgesehen werden, wenn das Verfahren vorläufig nach § 153a StPO eingestellt worden ist.

OLG Naumburg, Beschl. v. 23.5.2019 – 1 Ws (s) 173/19

Verlesung einer richterlichen Vernehmung: Zumutbarkeit des Erscheinens

Bei der Prüfung der Frage, ob gem. § 251 Abs. 2 Nr. 2 StPO die Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung der Niederschrift über seine frühere richterliche Vernehmung ersetzt werden kann, wenn dem Zeugen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung nicht zugemutet werden kann, hat das Tatgericht eine Abwägung vorzunehmen, wobei einerseits die Verkehrsverhältnisse und die persönlichen Verhältnisse der Auskunftsperson (etwa Alter, Gesundheitszustand, familiäre und berufliche Unabkömmlichkeit) und andererseits die Bedeutung der Sache, die Wichtigkeit der Aussage und des persönlichen Eindrucks von dem Zeugen, die gerichtliche Aufklärungspflicht sowie das Beschleunigungsgebot zu berücksichtigen sind.

OLG Hamm, Beschl. v. 19.2.2019 – III-3 RVs 6-7/19

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

Durchsuchung eines Strafgefangenen nach einem Besuch: Entkleidung und Inspektion von Körperöffnungen

Durchsuchungen von Strafgefangenen, die mit einer Entkleidung und einer Inspektion von normalerweise verdeckten Körperöffnungen verbunden sind, stellen einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar und dürfen daher nur in schonender Weise und nicht routinemäßig und unabhängig von Verdachtsgründen durchgeführt werden. Ermächtigt das Gesetz den Anstaltsleiter, im Wege der Allgemeinordnung nach Außenkontakten von Gefangenen Durchsuchungen mit Entkleidung vorzuschreiben, so muss die Verfügung, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, erkennen lassen, dass von der generellen Anordnung im Einzelfall abgewichen werden kann, wenn die Gefahr eines Missbrauchs fernliegt oder ihr mit gleich geeigneten, milderer Mitteln begegnet werden kann. Die grundrechtskonforme Durchführung der mit einer Entkleidung verbundenen Durchsuchung nach einem Besuch setzt nicht voraus, dass konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestehen. Vielmehr reicht die abstrakte Gefahr etwa des Einbringens unerlaubter Gegenstände oder von Betäubungsmitteln im Regelfall aus. Eine Justizvollzugsanstalt kann ohne Verfassungsverstoß davon ausgehen, dass ein Missbrauch nicht fernliegt, wenn zur Zeit des konkreten Besuchs im Besuchsraum auch andere Strafgefangene und deren Besucher anwesend waren, bei denen nicht die sichere Gewähr bestand, dass sie keine Gegenstände einschmuggeln oder den Betroffenen hierzu nötigen würden. Dies gilt auch dann, wenn die Anstalt zusätzlich zu den Durchsuchungen begleitende Sicherheitsmaßnahmen durchführt.

BVerfG, Beschl. v. 27.3.2019 – 2 BvR 2294/18

Unfallflucht: bedeutender Schaden

Ein bedeutender (Sach-)Schaden im Sinn des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist ab 2018 jedenfalls nicht unter 1.500 EUR anzusetzen.

LG Dresden, Beschl. v. 7.5.2019 – 3 Qs 29/19

Alleinrennen: höchstmögliche Geschwindigkeit

Der Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und namentlich das subjektive Merkmal der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ erfordern nicht ein „volles Ausreizen“ eines Kraftfahrzeugs. Abzustellen ist vielmehr auf die „relativ höchstmöglich erzielbare Geschwindigkeit“.

KG, Beschl. v. 15.4.2019 – (3) 161 Ss 36/19 (25/19)

Bußgeldverfahren: Kostenerstattung nach einem Parkverstoß

Ist in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren bezüglich einer Geldbuße von 10 EUR wegen eines Parkverstoßes allein die Frage nach dem Zugang des Anhörungsbogens streitig, liegt keine schwierige Sach- und Rechtslage vor, bei welcher nach § 109a Abs. 1 OWiG ausnahmsweise die Gebühren und Auslagen des beauftragten Verteidigers zu erstatten sind.

LG Aachen, Beschl. v. 29.4.2019 – 66 Qs 30/19

Traffistar S 350: Unverwertbarkeit von Messungen

Das Grundrecht auf wirksame Verteidigung schließt auch in einem Bußgeldverfahren über eine Geschwindigkeitsüberschreitung ein, dass die Rohmessdaten der Ge-

Vollstreckung/Vollzug

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Ordnungswidrigkeiten

schwindigkeitsmessung (hier einer Messung mit Traffistar S 350) zur nachträglichen Plausibilitätskontrolle zur Verfügung stehen.

VerfG Saarland, Beschl. v. 5.7.2019 – Lv 7/17

Vergütungsvereinbarung: Sittenwidrigkeit, Beweislast

Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines anwaltlichen Zeithonorars, welches um das Sechsfache im Vergleich zur gesetzlichen Vergütung erhöht ist, ist ein maßgeblicher Gesichtspunkt, ob dies auf der Höhe des Stundensatzes oder auf den angefallenen Tätigkeitsstunden beruht. Ist diese Überhöhung auf den hohen Zeitaufwand zurückzuführen, spricht dies gegen eine Sittenwidrigkeit, sofern keine Anhaltspunkte für ein unangemessenes Aufblähen der Arbeitszeit vorliegen. Ein anwaltlicher Stundensatz i.H.v. 250,- EUR ist nicht zu beanstanden. Bestreitet der Mandant pauschal den Umfang der Tätigkeit des Rechtsanwalts, dann ist dies bei Vorgängen unerheblich, die der Mandant selbst miterlebt hat (z.B. Telefonate, Gespräche) oder von denen er anhand objektiver Unterlagen (z.B. Beweisaufnahmeprotokolle) Kenntnis erlangt hat. Ein Gericht ist aus eigener Sachkunde in der Lage, den Zeitaufwand anwaltlicher Tätigkeit zu schätzen (§ 287 ZPO), denn auch ein Richter leistet vergleichbare Arbeit, indem er Informationen rechtlicher Art verarbeitet, Recherchen durchführt und Dokumente erstellt.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.1.2019 – I – 24 U 84/18

Zusätzliche Verfahrensgebühr: Rücknahme der Revision

Für das Entstehen der Gebühr Nr. 4141 VV RVG ist es erforderlich, dass eine Revisionshauptverhandlung anberaumt wurde oder konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre, wenn nicht die Revision zurückgenommen worden wäre (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Senats, siehe Beschl. v. 19.7.2005 – 2 Ws 151/05). Ob eine Hauptverhandlung zu erwarten ist, lässt sich in der Regel erst beurteilen, wenn die Akten dem Revisionsgericht vorgelegt wurden. Die Anknüpfung der Gebühr an die bloße Revisionsrücknahme oder das Vorliegen einer Revisionsbegründung widerspricht der gesetzgeberischen Intention, wonach eine Hauptverhandlung vermieden werden und eine Honorierung intensiver und zeitaufwendiger Tätigkeiten des Verteidigers erfolgen soll.

OLG Celle, Beschl. v. 20.5.2019 – 2 Ws 121/19

Zeittaktklausel: Wirksamkeit

1. Die Vereinbarung einer pauschalen Mindestvergütung, die die gesetzlichen Gebühren um das Dreifache übersteigt, begegnet bereits als solche erheblichen Bedenken, da sie die gebotene Differenzierung nach der Höhe des Streitwerts wie auch nach der Komplexität des Mandats sowie Umfang und Schwierigkeit der zu erbringenden anwaltlichen Tätigkeit vermissen lässt.

2. Die Vereinbarung einer Zeittaktklausel von 15 Minuten in einer Vergütungsvereinbarung ist unwirksam. Die Grenze für eine zulässige Pauschalierung könnte bei sechs Minuten anzusetzen sein.

OLG München, Urt. v. 5.6.2019 – 15 U 318/18 Rae

Anwaltsvergütung

Gedanken zur nicht erfolgten Umsetzung der PKH-Richtlinie 2016/1919

Rechtsanwalt Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

Die PKH-Richtlinie EU 2016/1919 vom 26.10.2016 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einhaltung von Mindestanforderungen in Haftsachen (s. die Richtlinie hier unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1919&from=EN>). Nach Art. 12 Abs. 1 war die Richtlinie bis zum 25.5.2019 in nationales Recht umzusetzen. Die Umsetzung ist nicht erfolgt. Es lag bislang lediglich ein Referentenentwurf des BMJV vom 11.8.2018 vor (abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html). Das Gesetzgebungsverfahren ist bislang nicht offiziell eingeleitet. Inzwischen hat das BMJV einen Regierungsentwurf veröffentlicht, und zwar den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, der auf der Homepage des BMJV eingestellt ist. Auf der Grundlage stellt sich die Frage, ob und ggf. wie die Vorgaben der PKH-Richtlinie ggf. jetzt schon anzuwenden sind (vgl. dazu auch Kaniess, HRRS 2019, 201 ff.).

I. Anwendung der PKH-Richtlinie

Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV sind die jeweiligen Mitgliedstaaten der EU zur Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht verpflichtet. Grundsätzlich erlangen die Inhalte der Richtlinien erst dadurch Wirkung im nationalen Recht. Nach der Rspr. des EuGH (vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.1982) können die Richtlinien jedoch ausnahmsweise unmittelbare (nationale) Wirkung entfalten, wenn sie nicht umgesetzt sind, die Richtlinie individualbegünstigend ist und sie einen hinreichend bestimmten Inhalt hat.

Bei der PKH-Richtlinie dürfte die Annahme einer unmittelbaren nationalen Wirkung zumindest daran scheitern, dass der Inhalt der Richtlinie nicht hinreichend genau und inhaltlich unbedingt geregelt ist. Denn Voraussetzung der Gewährung von Prozesskostenhilfe ist nach Art. 4 Abs. 1 RiL deren Erforderlichkeit „im Interesse der Rechtspflege“. Zur Ausfüllung dieses Kriteriums kann der Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 2 RiL eine Bedürftigkeitsprüfung oder eine materielle Prüfung vornehmen (lassen) – oder beides kombinieren. Damit stehen die Voraussetzungen der „Gewährung von PKH“ nach der Richtlinie im Ermessen des nationalen Gesetzgebers. Dessen Wahl kann grundsätzlich nicht vorweggenommen/ersetzt werden, was der unmittelbaren Anwendung entgegensteht (so auch Kaniess, HRRS 2019, 201 zugleich auch zur – verneinten – Frage der Mindestgarantie).

Damit bleibt nur die Möglichkeit der Anwendung der RiL im Rahmen der Auslegung des derzeitigen nationalen Rechts über die Grundsätze der sog. richtlinienkonformen Auslegung. Danach sind alle Organe der Mitgliedstaaten verpflichtet, bei der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften Unionsrechtskonformität herzustellen. Grenze dieser Verpflichtung ist das Verbot der Contra-legem-Auslegung, welches bei Fehlen eines auslegungsfähigen nationalen Rechtssatzes bzw. Überschreitung gültiger Auslegungstopoi eingreift (zu allem Kaniess, HRRS 2019, 201 f. m.w.N.).

Ansatzpunkte für eine Auslegung des nationalen Rechts bieten die Generalklausel des § 140 StPO, der die Beiordnungsgründe regelt, und die Verfahrensvorschriften des § 141 Abs. 3 Satz 1 und 4 StPO.

Insoweit gelten folgende Überlegungen:

Unmittelbare Anwendung der Richtlinie

Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

II. Fälle der notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO)

Die Fälle der notwendigen Verteidigung sind derzeit in § 140 StPO geregelt. Danach kommt sie in den in § 140 Abs. 1 StPO geregelten Fällen und in den Fällen der Generalklausel des § 140 Abs. 2, also bei schwieriger Sach- oder Rechtslage oder im Fall der Unfähigkeit der Selbstverteidigung in Betracht (s. dazu eingehend Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 3064 ff., 3144 ff. m.w.N. [im Folgenden kurz: Burhoff, EV]). Das sind namentlich die Fälle des Verbrechensvorwurfs und wenn der Beschuldigte für die Tat Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr zu erwarten hat (§ 140 Abs. 2 StPO). Außerdem sind in § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO und in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO die Fälle der richterlichen Vernehmung und der U-Haft des Beschuldigten geregelt.

Diese Regelungen werden durch Art. 4 Abs. 4 Satz 2 RiL ergänzt/neu gefasst. Danach liegt ein Fall der zwingenden Bestellung eines Pflichtverteidigers vor, wenn ein Verdächtiger oder eine beschuldigte Person einem zuständigen Gericht oder einem zuständigen Richter zur Entscheidung über die Frage der Haft vorgeführt wird oder wenn er sich in anderer Sache in Haft befindet. Das ist ein Mehr gegenüber der derzeitigen Regelung, da § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO nur anwendbar ist, wenn U-Haft vollstreckt wird (vgl. Burhoff, EV, Rn 3085 ff.).

Zu den Fällen der Pflichtverteidigerbestellung im Einzelnen gilt (vgl. auch Kaniess, HRRS 2019, 202 ff.):

Die PKH-RiL sieht in Art. 4 Abs. 4 Satz 2a) RiL die Bestellung eines Pflichtverteidigers spätestens mit Vorführung vor den Haftrichter vor. Das bedeutet, dass bei unmittelbarer Anwendung von Art. 4 Abs. 4 RiL im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 140, 141 StPO vor der Vorführung vor den Haftrichter über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu entscheiden ist. Dies gilt auch für die Fälle der Vorführung nach § 127b StPO bzw. § 230 Abs. 2 StPO (Kaniess, HRRS 2019, 202 ff.). Das bedeutet, dass der Streit, ob bei Vorführung des Beschuldigten, die i.d.R. immer eine richterliche Vernehmung des Beschuldigten gem. § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO enthält, diesem gem. § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist (so zutreffend Burhoff, EV, Rn 3111 ff.; a.A. Tully/Wenske, NStZ 2019, 183), erledigt ist.

Hinweis

I.d.R. wird daher die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls mit dem Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu verbinden haben.

Zu § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO ist umstritten, ob die Regelung auch gilt, wenn sich der Beschuldigte in anderer Sache in Haft befindet (vgl. die Darstellung des Streitstandes bei Burhoff, EV, Rn 3092). Art. 4 Abs. 4b) RiL macht insofern keinen Unterschied. Danach liegen die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor, wenn sich der Beschuldigte „in Haft“ befindet. Davon werden auch die Fälle der Haft in anderer Sache erfasst.

Hinweis

Auch in diesen Fällen ist daher nunmehr unverzüglich auf die Bestellung eines Verteidigers hinzuwirken.

Die PKH-Richtlinie sieht in Art. 4 Abs. 5 RiL ferner vor, dass die Bestellung eines Pflichtverteidigers spätestens vor einer Beschuldigtenvernehmung erfolgen muss. Dort heißt es nämlich, dass sicherzustellen ist, dass die Bestellung „unverzüglich und

Allgemeines

RiL ergänzt

Vorführung vor den
Haftrichter

In anderer Sache in Haft
befindlicher Beschuldigter

Beschuldigtenvernehmung

spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder vor der Durchführung einer der in Art. 2 Abs. 1 Buchstabe c genannten Ermittlungs- und Beweiserhebungshandlungen bewilligt wird“.

In Art. 2 Abs. 1c RiL ausdrücklich genannt sind: Identifizierungsgegenüberstellungen, Vernehmungsggegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen. Die RiL findet „mindestens“ in diesen Fällen Anwendung. Weitere Anwendungsfälle sind also nicht ausgeschlossen.

Die Anwendung dieser Regelung auf die derzeitige Praxis der Pflichtverteidigerbestellung bedeutet, dass noch vor der Durchführung der Beschuldigtenvernehmung durch die Staatsanwaltschaft bei Gericht ein Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen ist (zum Zeitpunkt der Beordnung nach geltendem Recht s. Burhoff, EV, Rn 3327 ff.). Da die RiL in Art. 4 RiL dem Beschuldigten ein Antragsrecht zubilligt, muss der Beschuldigte in richtlinienkonformer Auslegung des § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO und § 163a Abs. 4 StPO vor einer Beschuldigtenvernehmung darüber belehrt werden, dass er die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragen kann (vgl. dazu auch Burhoff, EV, Rn 3405 ff.). Stellt der Beschuldigte einen Antrag, sind die Akten durch die Vernehmungsbehörde/Polizei der Staatsanwaltschaft vorzulegen, die einen entsprechenden Antrag nach § 141 Abs. 3 StPO stellt, wenn sie die Einschätzung der Polizei teilt, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt.

In dem Zusammenhang hat allerdings Art. 3 Abs. 6 RiL 2013/48/EU Bedeutung. Denn dieser schränkt das Recht auf einen Rechtsbeistand ein bzw. es kann von einer Bestellung eines Pflichtverteidigers vor einer Befragung abgesehen werden, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person dringend erforderlich ist oder wenn ein sofortiges Handeln der Ermittlungsbehörden zwingend geboten ist, um eine erhebliche Gefährdung eines Strafverfahrens abzuwenden. Eine erhebliche Gefährdung eines Strafverfahrens wird von den Ermittlungsbehörden im Zweifel geltend gemacht werden, wenn die Vernichtung von Beweismitteln oder die Beeinflussung von Zeugen droht, sofern nicht sofort eine Vernehmung stattfindet. Ferner wird man sich wahrscheinlich in den sog. Fluchtfällen darauf berufen (wollen). Es wird dann jeweils im Nachhinein sorgfältig zu prüfen sein, ob und inwieweit die Voraussetzungen der Ausnahmen vorgelegen haben und ob sich ggf. Beweisverwertungsverbote ergeben.

Soweit seit dem 25.5.2019 in Ermittlungsverfahren Vernehmungen durchgeführt worden sind, ohne dass der Beschuldigte über sein Recht, die Bestellung eines Pflichtverteidigers bereits vor Durchführung der Vernehmung beantragen zu können, belehrt worden ist, müssen diese Vernehmungen mit sog. qualifizierter Belehrung wiederholt werden. Anderenfalls bestehen ggf. Verwertungsverbote. Für die anderen in Art. 2 Abs. 1c RiL genannten Maßnahmen gilt dies entsprechend.

Hinweis

In diesen Fällen ist der Verwertung zu widersprechen. Es gilt die Widerspruchslösung.

III. Verzicht/Antrag des Beschuldigten und Bestellung von Amts wegen

Unter Nr. 9 der der Richtlinie vorangestellten Erwägungen ist ausgeführt, dass die RiL nicht zur Anwendung kommen sollte, wenn Verdächtige, beschuldigte Personen oder gesuchte Personen auf ihr Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand verzichtet und diesen Verzicht nicht widerrufen haben. Sofern der Beschuldigte daher mit der Vernehmung vor Bestellung des Pflichtverteidigers einverstanden ist, dürfte eine

Fälle des Art. 2 Abs. 1c

Vor Vernehmung Antrag

Ausnahmen aus Art. 3 Abs. 6 RiL 2013/48/EU?

Vernehmungen vor dem 25.5.2019

Verzicht

Praxisforum

solche auch ohne vorherige Bestellung eines Pflichtverteidigers durchgeführt werden können. Das setzt allerdings eine ordnungsgemäße Belehrung des Beschuldigten über die Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung voraus. Anderenfalls ist ein ggf. erklärter Verzicht unwirksam.

Die RiL geht grundsätzlich von einem eigenen Antragsrecht des Beschuldigten aus; so übrigens auch der o.a. Referenten-/Regierungsentwurf. Daneben kommt aber auch die Bestellung von Amts wegen in Betracht. Nach Art. 4 Abs. 1 RiL müssen die Mitgliedstaaten nämlich sicherstellen, dass Verdächtige, die nicht über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistandes verfügen, Anspruch auf Prozesskostenhilfe haben, wenn es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Dabei wird die Prüfung der Erforderlichkeit bzw. des Rechtspflegeinteresses sich daran auszurichten haben, dass nach Art. 4 Abs. 5 RiL spätestens „vor“ der Beschuldigtenvernehmung ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Die Polizei wird das bei der Staatsanwaltschaft beantragen müssen. Ggf. ist die Vernehmung zu unterbrechen (vgl. dazu auch den Erwägungsgrund 10). Gegen die ablehnende Entscheidung der Staatsanwaltschaft wird dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 6 RiL Beschwerde zustehen.

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Entscheidung betreffend die Bestellung eines Pflichtverteidigers an den bisher schon geltenden Kriterien für die Erforderlichkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers auszurichten (vgl. auch oben Burhoff, EV, Rn 3064 ff., 3144 ff. m.w.N.), also an der Schwere des dem Beschuldigten gemachten Tatvorwurfs, der Höhe der zu erwartenden Strafe, den Rechtsfolgen, wie z.B. eine Unterbringung, der besonderen Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten wegen Unfähigkeit der Selbstverteidigung, einer allgemein schwierigen Sach- oder Rechtslage.

Hinweis

Die Staatsanwaltschaft hat keine sog. Eilkompetenz zur Bestellung eines Pflichtverteidigers. Das bedeutet, dass, wenn der Beschuldigte die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragt oder einer von Amts wegen zu bestellen ist, vor einer Durchführung einer Beschuldigtenvernehmung vom Gericht zuerst ein Pflichtverteidiger bestellt werden muss. Das Verfahren zur Pflichtverteidigerbestellung richtet sich nach den geltenden Regelungen der StPO (vgl. Burhoff, EV, Rn 3300 ff.).

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Beschwerde gegen einen noch nicht vollstreckten Haftbefehl

Eine Beschwerde gegen einen noch nicht vollstreckten Haftbefehl hat grundsätzlich nicht schon allein deswegen Erfolg, weil die Staatsanwaltschaft Einsicht in die die Haftentscheidung tragenden Aktenteile verweigert hat. Es ist auch nicht veranlasst, die Beschwerdeentscheidung zurückzustellen, bis eine Akteneinsicht ohne die Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 3.4.2019 – StB 5/19

Antrag des Beschuldigten/
Bestellung von Amts wegen

Entscheidung der Staatsanwaltschaft

I. Sachverhalt

Der Ermittlungsrichter des BGH hat gegen den Beschuldigten Haftbefehl wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung (§ 129b StGB) erlassen. Dieser ist bislang nicht vollstreckt worden. Der GBA hat dem Verteidiger des Beschuldigten Akteneinsicht nach § 147 Abs. 2 Satz 1 StPO unter Verweis auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks versagt. Der Ermittlungsrichter hat der Beschwerde des Verteidigers gegen den Haftbefehl nicht abgeholfen. Der Senat hat den Haftbefehl abgeändert, die Beschwerde im Übrigen aber verworfen.

II. Entscheidung

Die Aufhebung des Haftbefehls sei nicht wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG angezeigt, weil der GBA dem Verteidiger die Einsicht in die Ermittlungsakten und die Aushändigung des Haftbefehls verweigert hat und damit der Entscheidung über das Rechtsmittel Akteninhalt zugrunde gelegt wird, den der Beschuldigte nicht kennt. Wendet sich der Beschuldigte mit seiner Beschwerde gegen einen noch nicht vollstreckten Haftbefehl, könne die Entscheidung über das Rechtsmittel grundsätzlich auch ohne die vorherige Gewährung von Einsicht in die die Haftentscheidung tragenden Ermittlungsergebnisse ergehen. Denn dem Informationsinteresse des Beschuldigten werde in der Regel durch die ihm anlässlich seiner späteren Festnahme aus §§ 114a, 114b, 115 StPO zustehenden Rechte ausreichend Rechnung getragen (BVerfG NStZ-RR 1998, 108). Im Strafprozess sei ein In-camera-Verfahren mit Art. 103 Abs. 1 GG unvereinbar. Im Ausgangspunkt folge daraus, dass eine dem Betroffenen nachteilige Gerichtsentscheidung jedenfalls in der Beschwerdeinstanz nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden kann, über die dieser zuvor sachgemäß unterrichtet worden ist und zu denen er sich hat äußern können. Dies gelte namentlich dann, wenn Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet worden sind. Denn die zunächst aus ermittlungstaktischen Gründen unterbliebene Gewährung von rechtlchem Gehör sei in diesen Fällen anlässlich der späteren gerichtlichen Überprüfung nachzuholen (BVerfG NJW 2006, 1048; NStZ 2007, 274; NJW 2019, 41 = StRR 2/2019, 24 [Deutscher]). Diese Grundsätze würden uneingeschränkt für den laufenden Vollzug besonders belastender Eingriffsmaßnahmen wie insbesondere der Untersuchungshaft gelten. Verweigert die StA, die nach § 147 Abs. 5 Satz 1 StPO im Ermittlungsverfahren für die Gewährung von Akteneinsicht ausschließlich zuständig ist, die Einsicht in die die Eingriffsmaßnahme tragenden Aktenteile, habe das Beschwerdegericht die Maßnahme daher aufzuheben (BVerfG NJW 1994, 3219).

Das bedeute jedoch nicht, dass bei jeder Beschwerde des Beschuldigten gegen gleich welche ermittelungsrichterliche Anordnung dessen Informationsinteresse absoluten Vorrang vor dem aus dem rechtsstaatlichen Auftrag zur möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren resultierenden Interesse der Verfolgungsbehörden hat, Ermittlungswissen weiterhin von ihm abzuschirmen. So seien bei bereits beendeten Maßnahmen wie einer vollzogenen Durchsuchung oder Telefonüberwachungsmaßnahme diese gegenläufigen Interessen miteinander in Ausgleich zu bringen. Das könne dadurch geschehen, dass die Beschwerdeentscheidung nicht ergeht, bevor die aus sachlichen Gründen zunächst verwehrt Akteneinsicht gewährt worden ist und der Beschwerdeführer sich hat äußern können (BVerfG NStZ 2007, 274).

Auch im Fall eines noch nicht vollstreckten Haftbefehls habe eine Beschwerde des Beschuldigten grundsätzlich nicht schon allein deswegen Erfolg, weil die Staatsanwaltschaft Einsicht in die die Haftentscheidung tragenden Aktenteile verweigert hat.

Nicht vollstreckter Haftbefehl,
keine Akteneinsicht

Grundlagen

Keine Akteneinsicht bei nicht
vollstrecktem Haftbefehl

Zurückstellung der
Haftentscheidung?

Es sei auch nicht veranlasst, die Beschwerdeentscheidung zurückzustellen, bis eine Akteneinsicht ohne die Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist. Ein noch nicht vollstreckter Haftbefehl greife in weitaus geringerer Intensität als der laufende Vollzug der Maßnahme in die Grundrechte des Beschuldigten ein. Dem stehe regelmäßig ein erhöhtes Interesse der Verfolgungsbehörden gegenüber, weiterhin Ermittlungsergebnisse von ihm abzuschirmen. Dieses Interesse müsse auch in dieser Fallkonstellation nicht vollständig zurücktreten, sondern sei mit dem Informationsinteresse des Beschuldigten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, der in einem Aufschub der Akteneinsicht bis zu seiner Ergreifung bestehen kann. Die Gefährdung des Untersuchungszwecks und damit auch das Interesse der Verfolgungsbehörden, dem Beschuldigten Ermittlungswissen vorzuenthalten, bestünden in der Regel bis zu dessen Festnahme in besonderem Maße. So habe die Kenntnis des Beschuldigten von dem Inhalt der Tatvorwürfe und der Intensität des Tatverdachts gewöhnlich Bedeutung für seine Entscheidung, sich dem Verfahren – weiter – zu entziehen (OLG Hamm NStZ-RR 2001, 254; OLG München NStZ 2009, 109 = StRR 2009, 538 [Herrmann]; KG NStZ 2012, 588 = StRR 2011, 470 [Burhoff]); die Information über die den Tatverdacht stützenden Beweismittel berge naheliegend die Gefahr, der Beschuldigte werde auf diese vereitelnd einwirken. Nach seiner Festnahme sehe die StPO hingegen umfangreiche Informations- und Äußerungsrechte des Beschuldigten vor, die seinem Informationsinteresse ausreichend Rechnung tragen. So sei ihm bei Verhaftung eine Abschrift des Haftbefehls auszuhändigen (§ 114a Satz 1 StPO); er sei auf das privilegierte Akteneinsichtsrecht seines Verteidigers aus § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO hinzuweisen (§ 114b Abs. 2 Satz 2 StPO). Danach seien bei Vollzug von Untersuchungshaft oder Beantragung derselben im Fall der vorläufigen Festnahme dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise ungeachtet einer etwaigen Gefährdung des Untersuchungserfolges zur Verfügung zu stellen. Dieses Akteneinsichtsrecht stehe dem nicht verteidigten Beschuldigten unter den weiteren Voraussetzungen des § 147 Abs. 4 StPO selbst zu. Auch hierüber sei er nach seiner Festnahme zu belehren (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 StPO). Ferner sei der Beschuldigte anlässlich der richterlichen Vernehmung, die nach § 115 Abs. 1 StPO unverzüglich nach der Ergreifung desselben zu erfolgen hat, auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Auch sei ihm Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen. Diese Informationspflicht gehe über die Mitteilung des Inhalts des Haftbefehls hinaus und umfasse auch das die Haft veranlassende Beweismaterial in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (BVerfG NStZ-RR 1998, 108).

Die verweigerte Akteneinsicht stehe einer sofortigen Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht entgegen. Anders als bei bereits vollzogenen Maßnahmen erleide der Beschuldigte hierdurch keinen Rechtsnachteil; er gewinnt vielmehr einen Zuwachs an Rechtssicherheit. Denn mit seiner Festnahme ergehe eine weitere richterliche Entscheidung über die Haftfrage, gegen die ihm – nach Akteneinsicht – erneut der Beschwerdeweg offensteht.

III. Bedeutung für die Praxis

Jüngst hat sich das BVerfG zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs bei vollzogener Untersuchungshaft im Zusammenhang mit den §§ 33, 33a StPO geäußert (NJW 2019, 41 = StRR 2/2019, 24 [Deutscher]). Zum nicht vollstreckten Haftbefehl hat das OLG München kürzlich (StRR 4/2019, 22 [Deutscher]) seine Ansicht (NStZ 2009, 109 = StRR 2009, 538 [Herrmann]; ebenso KG NStZ 2012, 588 = StRR 2011, 470

Kein Aufschub der Entscheidung

Festschreibung der herrschenden Ansicht

[Burhoff]) bekräftigt, in dieser Situation habe der Verteidiger weder einen Anspruch auf Akteneinsicht noch auf Mitteilung des Haftbefehls. Dieser Auffassung ist auch das BVerfG (NStZ-RR 1998, 108). Dem schließt sich nun auch der 3. Senat des BGH als Beschwerdeinstanz (§§ 304 Abs. 5 StPO, 135 Abs. 2 GVG) an. Der abgelehnte Aufschub der Beschwerdeentscheidung ist auf dieser Grundlage konsequent. Für diese Ansicht spricht der Regelungsgehalt des § 147 StPO (näher dazu Deutscher, StRR 2/2019, 23) sowie der Umstand, dass sich anderenfalls der sich verborgen haltende Beschuldigte durch Schaffung von Haftgründen eine bessere Position bezüglich des Anspruchs auf Akteneinsicht durch den Verteidiger schon vor der Freiheitsentziehung verschaffen könnte. Dagegen spricht allerdings die Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege. Diskussionswürdig erscheint mir zumindest ein Anspruch des Verteidigers auf Mitteilung des Haftbefehls (Deutscher, StRR 2/2019, 24).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Wiedereinsetzungsantrag nach versäumter Berufungsverhandlung

1. Ein Wiedereinsetzungsantrag nach § 329 Abs. 7 StPO kann nicht in zulässiger Weise auf diejenigen Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht bereits in seinem Verwerfungsurteil als zur Entschuldigung nicht genügend gewürdigt hat. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der zur Entschuldigung vorgetragene Sachverhalt vom Berufungsgericht im Verwerfungsurteil behandelt worden ist, wenn also das Entschuldigungsvorbringen bereits Gegenstand der gerichtlichen Würdigung – im Sinne einer tatsächlichen inhaltlichen Auseinandersetzung – war.

2. Wiedereinsetzungsvorbringen kann nur dann als bereits „verbraucht“ angesehen werden, wenn dem Berufungsgericht in der Hauptverhandlung ein zumindest seinem wesentlichen Gepräge nach hinreichend konkreter Entschuldigungssachverhalt unterbreitet worden war, anhand dessen es zum einen seine Verpflichtung zur Amtsaufklärung beurteilen und mit dem es sich zum anderen in den Urteilsgründen überhaupt „auseinandersetzen“ konnte.

3. Die Frage, ob ein hinzugekommenes Vorbringen lediglich ergänzenden Charakter hat oder neu ist (bzw. dem bisherigen Vortrag ein „anderes Gepräge“ gibt), bedarf stets der Abgrenzung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände. (Leitsätze des Gerichts)

KG, Beschl. v. 14.2.2019 – 4 Ws 12/19 – 121 AR 18/19

I. Sachverhalt

Zu der auf seine Berufung hin anberaumten Hauptverhandlung vor dem LG erschien der Angeklagte nicht. Das LG hat die Berufung gem. § 329 Abs. 1 StPO verworfen, nachdem der Verteidiger per Fax eine Erkrankung des Angeklagten ohne Beifügung eines ärztlichen Attestes mitgeteilt hatte. Der Verteidiger beantragte die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Verwerfungsurteil unter Vorlage eines ärztlichen Attestes, das dem Angeklagten Verhandlungsunfähigkeit am Verhandlungstag unter Angabe von diagnostizierten Erkrankungen bescheinigte. Nach Einholung von weiteren Auskünften des Arztes verwarf das LG den Antrag mit der Begründung als unzulässig, dass sich der Antrag auf Tatsachen stütze, die bereits Gegenstand der Würdigung der Kammer bei Erlass des Verwerfungsurteils gewesen seien. Die sofortige Beschwerde des Angeklagten war erfolgreich.

Verwerfung und Wiedereinsetzungsantrag

II. Entscheidung

Die Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seien nur anwendbar, wenn Gründe vorliegen, die dem Berufungsgericht nicht bekannt waren und auch nicht bekannt sein mussten, als es die Berufung verwarf, was auch dann gelte, wenn der Angeklagte in seinem Wiedereinsetzungsgesuch den bisherigen Entschuldigungsgrund zu ergänzen, zu verdeutlichen und glaubhaft zu machen sucht. Demgegenüber sei für Angriffe gegen die Nichtanerkennung vorgetragener Entschuldigungsgründe grundsätzlich die Revision das allein geeignete Rechtsmittel. Die Wiedereinsetzung sei aber nur dann ausgeschlossen, wenn der zur Entschuldigung vorgetragene Sachverhalt vom Berufungsgericht im Verwerfungsurteil behandelt worden ist, wenn also das Entschuldigungsvorbringen bereits Gegenstand der gerichtlichen Würdigung – im Sinne einer tatsächlichen inhaltlichen Auseinandersetzung – war (vgl. KG NStZ-RR 2006, 183; LG Berlin VRS 121, 336). Die Verwehrung einer Sachentscheidung im Wiedereinsetzungsverfahren sei nur gerechtfertigt, wenn sich aus der Wiederholung des Tatsachenvortrags ergibt, dass sich der Antragsteller lediglich gegen die Würdigung des Berufungsgerichts wendet und rügt, das Berufungsgericht habe sein Vorbringen zu Unrecht als zur Entschuldigung nicht genügend angesehen. In einem solchen Fall sei im Hinblick auf die Möglichkeit der Revision kein Schutzbedürfnis gegeben, dass über denselben Sachverhalt zweimal entschieden wird (OLG München NStZ 1988, 377; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 368). Gibt das Urteil darüber keinen ausreichenden Aufschluss, könne es für den Angeklagten zweifelhaft sein, ob sein Entschuldigungsvorbringen zumindest teilweise übersehen oder im Tatsächlichen verkannt worden ist. Abhängig davon, was dem Gericht bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, müsste er mit der Verwerfung seines Wiedereinsetzungsantrages rechnen, wobei er zusätzlich Gefahr liefe, entweder die Revisionsfristen zu versäumen oder aber einen Rechtsanwalt mit der für den Angeklagten kostenintensiven Revisionseinlegung und -begründung zu beauftragen, die möglicherweise überflüssig ist (OLG München und LG Berlin jew. a.a.O.).

Hiernach ergäben sich die Ausführungen in Leitsatz 2 zum „verbrauchten“ Wiedereinsetzungsvorbringen. Dem entspreche es, dass die Wiedereinsetzungsvorschriften anwendbar bleiben, wenn mit dem Wiedereinsetzungsantrag zusätzliche neue Tatsachen zu dem schon vor der Berufungshauptverhandlung angebrachten Sachverhalt vorgetragen werden, mögen sie auch an das frühere Vorbringen anknüpfen (LG Berlin a.a.O.).

Die Frage, wann ein hinzugekommenes Vorbringen lediglich ergänzenden Charakter hat oder in diesem Sinne „neu“ ist bzw. dem bisherigen Vortrag ein „anderes Gepräge“ gibt, bedürfe stets der Abgrenzung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände. Nicht zweifelhaft könne es allerdings sein, dass ein bloß schlagwortartiges Vorbringen vor oder in der Berufungshauptverhandlung – wie etwa jenes, der Angeklagte sei „krank“ und könne deshalb nicht erscheinen oder er sei dazu „aus familiären“ oder „beruflichen Gründen“ nicht in der Lage oder er sei „auf dem Weg, aber unerwartet aufgehalten worden“ und werde sich deshalb verspäten oder Ähnliches – einen Ausschluss der Wiedereinsetzung nicht zur Folge haben kann, wenn das Gericht keine Möglichkeiten zur Aufklärung des pauschalen Vorbringens hat und es ihm deshalb auch nicht möglich ist, sich mit einem konkreten Entschuldigungssachverhalt in inhaltlicher Weise auseinanderzusetzen. Dies sei hier der Fall gewesen, da dem LG in der Verhandlung lediglich ein gänzlich pauschaler Entschuldigungsgrund bekannt gewesen sei. Bei einer solchen Fallgestaltung seien die Wiedereinsetzungsvorschriften ebenso wenig ausgeschlossen wie beispielsweise in Fallkonstellationen, in denen das Berufungsgericht den Versuch unternimmt, einen

Zu Leitsatz 1

Zu Leitsatz 2

Zu Leitsatz 3

ihm nur schlagwortartig bekannt gewordenen Sachverhalt durch eigene Annahmen und Vermutungen zu einem konkreten Entschuldigungsvorbringen auszugestalten (KG NStZ-RR 2006, 183 betreffend einen Fall, in welchem dem Gericht lediglich bekannt war, dass der Angeklagte bereits im Gerichtsgebäude war und – verspätet – noch erscheinen werde, es sodann diverses Entschuldigungsvorbringen des Angeklagten für eben diese Verspätung selbst erdacht und diese konkreten (Pseudo-) Sachverhalte im Verwerfungsurteil schließlich „gewürdigt“ hat, um dem Angeklagten das Wiedereinsetzungsverfahren zu verschließen). Würde man eine entsprechende „Auseinandersetzung“ im Verwerfungsurteil mit dem schlagwortartigen Entschuldigungssachverhalt Krankheit akzeptieren, liefe dies darauf hinaus, dass der Angeklagte von vornherein mit jedem konkreten Wiedereinsetzungsvorbringen zu seinem Gesundheitszustand ausgeschlossen wäre. Ließe man dies zu, folgte daraus auch, dass – vermiede der Tatrichter den hier in der Sachbehandlung des LG liegenden, in der Revisionsinstanz zur Aufhebung des Urteils führenden Rechtsfehler (OLG Hamm NStZ-RR 1997, 240) – dem Angeklagten jeglicher Rechtsschutz, dessen hinreichende Gewährung ein effektives Zusammengreifen des Rechtsbehelfs der Wiedereinsetzung und des Rechtsmittels der Revision erfordert, genommen wäre. Eine Befassung im Verwerfungsurteil mit dem abstrakten Begriff Krankheit sei daher keine inhaltliche, sondern nur eine scheinbare Auseinandersetzung mit einem Wiedereinsetzungssachverhalt. Außerdem wäre ein Angeklagter, der – wie der Beschwerdeführer vorliegend – seiner Mitwirkungspflicht genügen will, indem er sein Ausbleiben mitteilt und sich um eine zeitnahe ärztliche Bescheinigung bemüht, gegenüber demjenigen Berufungsführer benachteiligt, der sich schlicht gar nicht äußert und sodann mit einem tauglichen Wiedereinsetzungssachverhalt ohne Weiteres den erneuten Zugang zum Gericht erreichen kann. Das KG führt weiter aus, dass der Angeklagte unter Berücksichtigung des nunmehr vorliegenden Sachverhalts ohne sein Verschulden in der Berufungshauptverhandlung ausgeblieben sei.

III. Bedeutung für die Praxis

Das KG gibt hier einen Grundkurs zur erforderlichen prozessualen Abgrenzung von Entschuldigungsgründen für das Ausbleiben in der Hauptverhandlung und Wiedereinsetzungsvorbringen gegen das Verwerfungsurteil (hierzu auch Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 815, Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 329 Rn 42; jew. m.N.; zur Neufassung des § 329 StPO Deutscher, StRR 2015, 285). Grundlegend ist die hier erfolgte Abgrenzung beider Bereiche bei pauschalierter, schlagwortartiger Abhandlung im Verwerfungsurteil. Es wird in jeder Hinsicht überzeugend begründet, dass in solchen Fällen ein näher konkretisiertes Wiedereinsetzungsvorbringen nicht verbraucht ist, sondern zulässig bleibt. Hier kann nichts anderes gelten, als wenn das Gericht sich im Urteil mit Entschuldigungsgründen überhaupt nicht auseinandersetzt (LG Berlin VRS 121, 336). Dem Beschluss des KG ist nichts hinzuzufügen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Begriff der „Mehrkosten“ bei der Umbeordnung

1. Die durch den Begriff der Mehrkosten bei einer Umbeordnung geschützten Fiskalinteressen reichen nicht weiter, als wenn der Beschuldigte den jetzt gewählten Verteidiger von vornherein bezeichnet hätte und dieser hätte beigeordnet werden können (Anschluss an OLG Oldenburg StRR 5/2017, 4).

In jeder Hinsicht überzeugend

2. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach dem 2. ORRG vom 29.7.2009 das Kriterium der Gerichtsnähe des Verteidigers i.d.R. keine entscheidende Voraussetzung für die Verteidigerbestellung mehr ist, ist der Mehrkostenbegriff bei einer Umbeordnung dahingehend auszulegen, dass diejenigen Gebührenpositionen ausgeschlossen werden sollen, die durch die Umbeordnung doppelt entstehen. (Leitsätze des Gerichts)

OLG Celle, Beschl. v. 6.2.2019 – 2 Ws 37/19

I. Sachverhalt

Das AG hat einen ortsansässigen Verteidiger zum Pflichtverteidiger des Angeklagten bestellt. Es hat ihn später entpflichtet und einen anderen (Wahl-)Pflichtverteidiger beigeordnet, der seinen Kanzleisitz in G. hat, unter dem Hinweis, dass durch die Umbeordnung entstehende Mehrkosten nicht erstattet würden. Dagegen hat der Pflichtverteidiger Beschwerde eingelegt, die aber u.a. mit der Begründung verworfen worden ist, dass die erfolgte Umbeordnung nur möglich gewesen sei, wenn der Staatskasse keine Mehrkosten entstehen.

Im Rahmen der Kostenfestsetzung beantragte der Verteidiger die Gebührenfestsetzung in Höhe von 1.265,92 EUR. Durch Entscheidung der Kostenbeamtin wurden auf diesen Antrag hin 785,40 EUR festgesetzt und angewiesen, wobei Fahrtkosten für drei Hauptverhandlungstermine in Höhe von jeweils 99,60 EUR (Nr. 7003 VV RVG) und Abwesenheitsgeld in Höhe von einmal 25 EUR (Nr. 7005/1 VV RVG) und zweimal 40 EUR (Nr. 7005/2 VV RVG) nebst anteiliger Umsatzsteuer in Abzug gebracht wurden. Diese Kostenpositionen seien lediglich durch die Umbeordnung entstanden, da der Verteidiger aus G. komme und nicht wie der vormalige Verteidiger aus H. Dagegen richtet sich das Rechtsmittel des Verteidigers, das Erfolg hatte.

II. Entscheidung

Ausgangspunkt für die Überlegung, welche Kosten festzusetzen sind, ist § 48 Abs. 1 RVG. Danach bestimmt sich der Vergütungsanspruch des bestellten Verteidigers nach dem Beordnungsbeschluss. Durch diesen wurde hier eine Erstattung der durch die Umbeordnung entstandenen Mehrkosten ausgeschlossen. Das OLG Celle geht davon aus, dass von dem auslegungsfähigen Begriff der „Mehrkosten“ die hier geltend gemachten Positionen der Fahrtkosten und des Abwesenheitsgeldes nicht erfasst werden. Mit dem Begriff der Mehrkosten werden Fiskalinteressen geschützt: Der Fiskus solle durch den Sinneswandel des Beschuldigten nicht belastet werden. Die so zu schützenden Fiskalinteressen reichen aber nicht weiter, als wenn der Beschuldigte den jetzt gewählten Verteidiger von vornherein bezeichnet hätte und dieser hätte beigeordnet werden können (OLG Oldenburg StRR 5/2017, 4; Beschl. v. 23.4.2015 – 1 Ws 170/15). Angesichts der durch das 2. ORRG v. 29.7.2009 erfolgten Streichung der früheren gesetzlichen Einschränkung, dass der Verteidiger möglichst aus der Zahl der örtlichen Rechtsanwälte ausgewählt werden sollte, sei die Gerichtsnähe des Verteidigers keine wesentliche Voraussetzung mehr (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 142 Rn 5; vgl. Laufhütte/Willnow, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 142 Rn 5). Zwar könne der ortsferne Kanzleisitz des gewählten Verteidigers nach wie vor im Einzelfall einen Grund darstellen, die Bestellung des gewünschten Rechtsanwalts abzulehnen. Im Bestellungsverfahren trete der Gesichtspunkt der Ortsnähe im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung aber grundsätzlich gegenüber dem besonderen Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu seinem Verteidiger zurück (vgl. BVerfG NJW 2001, 3695; BGHSt 43, 153, OLG Stuttgart StraFo 2006, 112). Der Umstand der Ortsferne stehe nur dann der Bestellung entgegen, wenn dadurch eine

Einvernehmlicher Wechsel des Pflichtverteidigers

Ausgangspunkt § 48 Abs. 1 RVG

sachdienliche Verteidigung des Beschuldigten bzw. der ordnungsgemäße Verfahrensablauf gefährdet werden (OLG Brandenburg StRR 2015, 181). Unter Berücksichtigung dieser Wertung sei der Begriff der „Mehrkosten“ dahingehend zu verstehen, dass diejenigen Gebührenpositionen ausgeschlossen werden sollen, die durch die Umbeordnung doppelt entstehen und damit den Fiskus „ohne wichtigen Grund“ i.S.d. Widerrufsmöglichkeit einer Bestellung nach § 143 StPO belasten würden. Im Übrigen wäre das „nachträgliche“ Entstehen von Fahrtkosten auch bei einer im Laufe des Strafverfahrens eingetretenen beruflichen Veränderung eines von Beginn an beigeordneten Verteidigers denkbar, etwa bei einem Kanzlei- und damit verbundenen Bezirkswechsel.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Der Beschluss nimmt zu einer für die Praxis des Rechts der Pflichtverteidigung wichtigen Frage Stellung. Denn welcher Verteidiger kennt ihn nicht: den Streit mit der Staatskasse in den Fällen der sog. einvernehmlichen Umbeordnung, wenn umbeordnet wird unter der Vorgabe: „Keine Mehrkosten für die Staatskasse“? Dann wird nicht selten später mit dem Kostenbeamten darum gestritten, was denn nun „Mehrkosten“ sind. Die Vertreter der Staatskasse tendieren dann dahin zu sagen: alles oder so viel wie möglich.

Das OLG entscheidet diesen Streit richtig, wie auch schon früher das OLG Oldenburg in den zitierten Entscheidungen. Man kann natürlich darum streiten, ob die Einschränkung „keine Mehrkosten“ überhaupt zulässig ist, aber der Streit bringt m.E. nichts. Die h.M. in der Rechtsprechung geht in die andere Richtung (zur Auswahl des Pflichtverteidigers Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 2998 ff. und zur Entpflichtung/Umbenennung Rn 3187 ff.). Interessant sind in dem Zusammenhang die Ausführungen des OLG zum Kriterium „Ortsnähe“ – „in einem entsprechenden Einzelfall einer Bestellung entgegenstehen“. Generell steht der „Ortsferne“ also nichts (mehr) entgegen.

2. Ein anderes Ergebnis ergab sich für das OLG auch nicht aus dem Umstand, dass das OLG Oldenburg in seinem Beschl. v. 23.4.2015 (1 Ws 170/15) bei der Prüfung der Beordnungsvoraussetzungen einen Vergleich der räumlichen Entfernungen zwischen Gericht und dem Kanzleiort des Verteidigers sowie der Größe des LG-Bezirks vorgenommen hat. Denn damit hatte das OLG seine Einzelfallentscheidung lediglich dahingehend begründet, dass der Umstand der Ortsferne im dortigen Einzelfall gerade keine Gefährdung der sachdienlichen Verteidigung und des ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs darstelle. Sofern das LG hier darauf abgestellt hat, dass diese Argumentation nicht übertragbar sei, weil der AG-Bezirk Hannover deutlich kleiner sei als der LG-Bezirk Osnabrück und dementsprechend vergleichbare Reisekosten bei der Auswahl eines ortsansässigen Verteidigers nicht entstünden und deshalb der (umfassend verstandene) Mehrkostenausschluss angemessen sei, ist das OLG dem nicht gefolgt. Denn der bloße Vergleich der Höhe der Reisekosten entbinde das Gericht nicht von der Prüfung der Beordnung nach den oben genannten Grundsätzen. Andernfalls wäre eine erhebliche Einschränkung dieser Grundsätze zur Verteidigerauswahl gegeben, weil dann faktisch lediglich noch Beordnungen von Rechtsanwälten aus dem Bezirk des jeweiligen AG in Betracht kämen. Zudem hat das OLG der Auffassung des LG, dass nur ein (umfassend verstandener) Mehrkostenausschluss den hinreichenden Schutz der Fiskalinteressen gewährleiste und damit eine missbräuchliche Anwendung verhindere, eine Absage erteilt. Gerade im Hinblick auf eine missbräuchliche Anwendung gelte die freie Auswahlmöglichkeit hinsichtlich des zu bestellenden Pflichtverteidigers für den Beschuldigten nicht unbegrenzt, sondern das Kriterium der Ortsnähe sei noch immer in die Prüfung der Beordnungsvoraussetzun-

Wichtige Frage ...

... richtig entschieden

Überlegungen des OLG
Oldenburg

gen einzubeziehen und könne in einem entsprechenden Einzelfall einer Bestellung entgegenstehen.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

Ladung Sehbehinderter

Unterlässt es das Gericht trotz Kenntnis von der körperlichen Einschränkung, einen sehbehinderten Angeklagten auf seinen auf barrierefreien Zugang zu gerichtlichen Unterlagen gerichteten Austausch hinzuweisen, so stellt sich eine Termins- oder Fristsäumnis, die auf mangelnde Kenntnisnahme vom Inhalt gerichtlicher Schreiben zurückgeht, unabhängig von einem eventuellen Mitverschulden des Angeklagten als genügend entschuldigt dar. (Leitsatz des Gerichts)

OLG Oldenburg, Beschl. v. 22.10.2018 – 1 Ws 434/18

I. Sachverhalt

Das AG Aurich hatte den Angeklagten wegen gemeinschaftlichen Wohnungseinbruchdiebstahls verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Angeklagten hat das LG verworfen, weil der Angeklagte im Berufungshauptverhandlungstermin trotz nachgewiesener Ladung ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben und auch nicht in zulässiger Weise vertreten worden sei. Der Angeklagte hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er angeführt, aufgrund einer dem Gericht bekannten Sehbehinderung sei es ihm nicht möglich gewesen, die Terminszeit auf der an ihn gerichteten Ladung zu entziffern. Er habe sich deshalb am Ladungszeitpunkt seiner Tochter orientiert. Da diese aber, was ihm nicht bekannt gewesen sei, auf einen späteren Zeitpunkt geladen gewesen sei, sei er erst verspätet zum Termin erschienen. Das LG hat den Wiedereinsetzungsantrag verworfen. Die sofortige Beschwerde des Angeklagten hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Das OLG hat sich der Argumentation des Angeklagten angeschlossen. Der habe durch die Vorlage eines aktuellen fachärztlichen Attestes glaubhaft gemacht, dass er an einer Sehbehinderung leide, aufgrund welcher er die auf der Ladung angegebene Terminszeit nicht lesen konnte. Die Erkrankung des Angeklagten und die daraus folgende dauerhafte Beeinträchtigung seien im Übrigen aktenkundig. Der erstinstanzliche Gerichtstermin habe aufgrund der eingetretenen Erkrankung verschoben werden müssen, es hätten sich auch mehrere Atteste in den Akten befunden, aus denen auch hervorgehe, dass die Einschränkung dauerhaft bestehe. Allein diese Umstände hätten eine Wiedereinsetzung in den Stand vor der Berufungshauptverhandlung gerechtfertigt, einer weitergehenden Glaubhaftmachung habe es entgegen der Auffassung des LG nicht bedurft, insbesondere nicht einer solchen hinsichtlich der Kontaktaufnahme des Angeklagten mit seiner Tochter bzw. des Inhaltes einer mit dieser geführten Unterredung.

Aufgrund seiner Sehbehinderung habe der Angeklagte nämlich gem. § 191a Abs. 1 GVG einen Anspruch darauf gehabt, dass ihm die Ladung zur Hauptverhandlung in einer geeigneten, für ihn wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht wird. § 191a GVG bestimmt, dass blinden oder sehbehinderten Personen Schriftsätze und andere Dokumente eines gerichtlichen Verfahrens unter näheren, in einer Rechtsverordnung zu bestimmenden Voraussetzungen barrierefrei zugänglich zu machen sind. Gemäß

Berufungsverwerfung wegen
Ausbleiben des Angeklagten

Ausreichende Glaubhaft-
machung

§ 191a Abs. 1 GVG

§ 2 Abs. 1 der Verordnung zur barrierefreien Zugänglichmachung von Dokumenten für blinde und sehbehinderte Personen im gerichtlichen Verfahren (ZMV) erstreckt sich der Anspruch auf Zugänglichmachung auf alle Dokumente, die der betroffenen Person zuzustellen oder formlos bekanntzugeben sind. Eine barrierefreie Zugänglichmachung erfolge gem. § 4 Abs. 2 ZM zwar nur auf Verlangen der berechtigten Person, doch ist das Gericht verpflichtet, die berechnigte Person auf ihren Anspruch hinzuweisen (§ 4 Abs. 2 ZM Satz 2 ZMV). Ein solcher Hinweis sei vorliegend unterblieben. Er sei weder generell in den allgemeinen Formularen für die Ladungsverfügung vorgesehen noch vorliegend dem Angeklagten durch das Gericht erteilt worden, nachdem dieser seine Erkrankung bekanntgegeben hatte.

Der Hinweis sei auch nicht mit Rücksicht auf die anwaltliche Vertretung des Angeklagten entbehrlich gewesen. § 191a Abs. 1 Satz 4 stelle ausdrücklich klar, dass die Rechte aus § 191a Abs. 1 Sätze 1–3 GVG und der ZMV auch für vertretene Personen gelten. Die Verletzung der Hinweispflicht führe nicht zur Unwirksamkeit der Ladung. Gem. § 2 Abs. 2 ZMV blieben die Vorschriften über die Zustellung von Dokumenten unberührt. Sie habe jedoch zur Folge, dass das Versäumen des Verhandlungstermins durch den Angeklagten als schuldlos anzusehen und ein Wiedereinsetzungsgrund gegeben ist. Unterbleibe der Hinweis an den Berechnigten, so liege ein gerichtliches Verschulden vor, hinter das ein möglicherweise hinzutretendes eigenes Verschulden des Angeklagten zurücktritt (vgl. auch BSG, Beschl. v. 31.10.2012 – B 13 R 165/12 B). Damit komme es nicht darauf an, ob der Angeklagte durch die Nachfrage bei seiner Tochter in ausreichender Weise sichergestellt habe, zu welcher Zeit er bei Gericht erscheinen müsse. Er sei nicht gehalten gewesen, die Folgen des gerichtlichen Versäumnisses auszugleichen. Bereits mit Rücksicht auf den gebotenen, aber unterlassenen Hinweis nach § 4 Abs. 2 S. 2 ZMV habe sich die Verspätung als schuldlos erwiesen.

III. Bedeutung für die Praxis

Die dem OLG-Beschluss zugrunde liegende Verfahrenskonstellation ist sicherlich nicht eine, mit der Verteidiger täglich zu tun haben. Wenn es aber darauf ankommt, sollte man die Vorschriften des § 4 Abs. 2 ZM und des § 191a GVG kennen. Getreu dem Spruch: Rechtskenntnisse erleichtert die Rechtsfindung. Ich räume ein: Ich kannte die Vorschriften bislang nicht.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

StGB/Nebengebiete

Hehlerei auch bei täuschungsbedingtem Einverständnis des Vortäters

Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liegt auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 2 StR 564/17

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen Hehlerei verurteilt. Unbekannt gebliebene Täter entwendeten einen Volvo XC 90. Das Fahrzeug gelangte in die Verfügungsgewalt des A., der wusste, dass es sich um ein entwendetes Fahrzeug handelte, und

Hinweis war nicht entbehrlich

Diese Vorschriften sollte man kennen

Betrogener Hehler

beabsichtigte, es über zwischengeschaltete Personen an einen gutgläubigen Interessenten zu veräußern. Der Angeklagte und weitere Mittäter kamen überein, den A. um den zu erwartenden Kaufpreis zu betrügen. Ihm sollte eine Person (L.) präsentiert werden, die sich zur Abwicklung des Verkaufs des gestohlenen Fahrzeugs bereit erklären, das Fahrzeug übernehmen, den Verkauf abwickeln, den betrügerisch erlangten Kaufpreis jedoch nicht an A., sondern an diese Tätergruppe aushändigen sollte. A. sollte dann vorgespiegelt werden, dass L. mit dem Geld verschwunden sei und man nach ihm suche. Der Plan wurde sodann in die Tat umgesetzt. A. nahm bei Übergabe des Fahrzeugs an L. irrig an, man werde ihm nach Abwicklung des Geschäfts den Kaufpreis aushändigen. Das Fahrzeug wurde für mindestens 54.000 EUR an einen gutgläubigen Erwerber veräußert. Die Revision des Angeklagten blieb erfolglos.

II. Entscheidung

Die Verurteilung wegen Hehlerei halte rechtlicher Überprüfung stand. Ein „Sich-Verschaffen“ i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB sei gegeben, wenn der Täter eigene Verfügungsgewalt über die Sache erlangt, sodass er über sie zu eigenen Zwecken verfügen kann und dies auch will (BGH NStZ-RR 2013, 78). Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH setze § 259 Abs. 1 StGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einvernehmliches Handeln zwischen Hehler und Vortäter voraus. An dem zur Tatbestandserfüllung erforderlichen Einvernehmen fehle es, wenn der Hehler die eigene Verfügungsgewalt über die Sache durch Wegnahme begründet oder dem Vortäter die Verfügungsgewalt über die Sache abnötigt (BGHSt 42, 196, 197 = NJW 1996, 2877). Das erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liege jedoch auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht (noch offengelassen durch BGH NStZ-RR 2018, 316, 317). Ist das Einverständnis des Vortäters mit der Aufgabe der Verfügungsgewalt oder der Einräumung von Mitverfügungsgewalt über die deliktisch erlangte Sache an die durch Täuschung hervorgerufene irrtümliche Erwartung geknüpft, hierfür eine „Gegenleistung“ zu erhalten, stelle dies die Annahme einverständlicher Übertragung der Verfügungsgewalt über die Sache nicht in Frage. Ungeachtet der durch Täuschung bewirkten und die Motivebene des Vortäters betreffenden Fehlvorstellung, eine Gegenleistung für die Hingabe der Sache zu erhalten, beruhe die Übergabe der Sache auf einem eigenverantwortlichen Willensentschluss des Vortäters. Der täuschungsbedingte Irrtum und die hieran anknüpfende Fehlvorstellung des Vortäters, seinerseits eine Gegenleistung für die Hingabe der Sache zu erhalten, stelle als bloßer Motivirrtum die Annahme des für den Straftatbestand der Hehlerei erforderlichen Einvernehmens zwischen Vortäter und Hehler daher nicht in Frage (Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 259 Rn 13a).

Diese Auslegung stehe im Einklang mit dem Schutzzweck der Norm. Strafgrund der Hehlerei sei in erster Linie die Aufrechterhaltung und Vertiefung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage (BGHSt 59, 40, 44 = NJW 2014, 951 = StRR 2014, 151 [Schulz-Merkel]; sog Perpetuierungstheorie). Durch die Hehlerei werde die vom Vortäter rechtswidrig begründete Besitzposition gefestigt und zugleich die Chancen des Berechtigten, den früheren rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen, vereitelt oder jedenfalls erheblich gefährdet. Das Erfordernis einverständlichen Zusammenwirkens stelle dabei den inneren Zusammenhang zur Vortat her, der für die Hehlerei charakteristisch ist. Der Tatbestand der Hehlerei bezwecke sonach in erster Linie den Schutz der Vermögensinteressen des ursprünglich Berechtigten. Dieser Schutzzweck erfasse jedoch auch Fallkonstellationen, in denen die Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache durch Täuschung vom Vortäter auf den

Einvernehmliches Handeln
auch bei Täuschung

Schutzzweck der Norm

Hehler übergeht. Zwar werde der Strafgrund der Hehlerei zusätzlich auch darin gesehen, dass sie einen Anreiz zur Begehung weiterer Vermögensdelikte schaffen könne (BGHSt 42, 196, 199 = NJW 1996, 2877). Der Straftatbestand der Hehlerei solle daher auch der gefahrlosen Verwertung der Tatbeute und der Entstehung illegaler Märkte entgegenwirken. Ungeachtet der Frage, ob die Aussicht, gegebenenfalls bei der Verwertung der deliktisch erlangten Sache seinerseits betrogen zu werden, auf mögliche Vortäter tatsächlich demotivierend wirkt oder als ein seltenes Phänomen für das Vorstellungsbild potenzieller Vortäter – dem legalen Wirtschaftsverkehr vergleichbar – letztlich folgenlos bleibt, vermöge dies eine Beschränkung des strafrechtlichen Schutzes der Vermögensinteressen der ursprünglich Berechtigten nicht zu rechtfertigen. Soweit demgegenüber im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, die Annahme einvernehmlichen Handelns scheidet in Fällen der Täuschung aus (so u.a. Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB, 30. Aufl. 2019; § 259 Rn 37), vermöge der Senat dem nicht zu folgen: Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei erforderliche Einvernehmen zwischen Vortäter und Hehler sei auf die Übertragung der Verfügungsgewalt über die deliktisch erlangte Sache bezogen. Ein darüber hinausgehendes kollusives Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler oder ein Handeln im Interesse des Vortäters sei jedenfalls für die Tatbestandsvariante des Sich-Verschaffens nicht erforderlich. Diesem Auslegungsergebnis könne schließlich nicht entgegengehalten werden, dass Hehlerei „Hilfeleistung zugunsten des Täters nach der Tat“ sei (BGHSt 42, 196, 197 = NJW 1996, 2877). Der Straftatbestand der Hehlerei stelle eigennütziges und gewinnsüchtiges Handeln des potenziellen Täterkreises unter Strafe und lasse sich nur in einem weiteren Sinne als Hilfeleistung zugunsten des Vortäters begreifen.

Der Umstand, dass A. bei Übergabe des gestohlenen Kraftfahrzeugs in der Vorstellung handelte, L. werde als Absatzhelfer für ihn tätig werden, stelle die Annahme einverständlicher Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über das gestohlene Kraftfahrzeug ebenso wenig infrage wie seine Erwartung, als Gegenleistung für die Hingabe des gestohlenen Kraftfahrzeugs zeitnah den betrügerisch erlangten Kaufpreis zu erhalten.

III. Bedeutung für die Praxis

Im Jahr 2013 hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung zur Hehlerei erklärt, eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setze die Feststellung eines Absatzerfolges voraus (BGHSt 59, 40 = NJW 2014, 951 = StRR 2014, 151 [Schulz-Merkel]). Mit dem vorliegenden Beschluss, der ebenfalls für BGHSt vorgesehen ist, hat der BGH zu einer weiteren grundlegenden Frage in der Dogmatik dieses Tatbestands Stellung bezogen. Hiernach steht ein täuschungsbedingter Motivirrtum des Vortäters der Annahme der für die Erfüllung des Tatbestands erforderlichen einvernehmlichen Weitergabe an den Abnehmer nicht entgegen. Der 2. Senat hat dieses Ergebnis eingehend und überzeugend anhand des Schutzzwecks der Norm begründet. Die abweichende Betrachtungsweise müsste in der Konsequenz dazu führen, jedem täuschungsbedingten Motivirrtum eine tatbestandsausschließende Wirkung beizumessen. Das würde dann nicht nur Fälle wie diesen erfassen, bei denen der Vortäter über den Erhalt der Gegenleistung getäuscht wird, sondern auch solche, in denen der Abnehmer dem Vortäter einen geringeren als den tatsächlichen Wert der Sache vorspiegelt und auf diese Weise täuschungsbedingt einen geringeren Gegenwert entrichten muss. Dies wäre vom Schutzzweck der Norm (Verhinderung der Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage) nicht gedeckt.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Konkrete Anwendung

Überzeugende Grundsatzentscheidung

Trunkenheit im Verkehr; Vorsatz; erforderliche Feststellungen

Frühere Verurteilungen können die Annahme vorsätzlichen Handelns bei einer Trunkenheitsfahrt nur dann rechtfertigen, wenn die damaligen Sachverhalte mit dem aktuellen vergleichbar sind. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.4.2019 – 2 Rv 4 Ss 105/19

I. Sachverhalt

Das AG hatte den Angeklagten, der mit 1,31 Promille am Straßenverkehr teilgenommen hatte, wegen vorsätzlicher Tatbegehung verurteilt. Zwei Jahre vor der Tat war der Angeklagte ebenfalls wegen einer Trunkenheitsfahrt verurteilt worden; zudem existierte eine weitere Voreintragung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis.

Das AG kam deshalb „insbesondere aufgrund seiner einschlägigen Vorstrafen“ zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte bei der nunmehr abgeurteilten Tat vorsätzlich gehandelt habe. Die den Verurteilungen zugrunde liegenden Sachverhalte wurden jedoch in den Urteilsgründen nicht mitgeteilt. Stattdessen wurden lediglich die Daten aus dem BZR-Auszug übernommen.

Weiter führte das AG zur Begründung des Vorsatzes aus, dass der Angeklagte in der Zwischenzeit „wegen einer MPU“ längere Zeit abstinent gelebt habe.

Auf die Revision des Angeklagten hat das OLG das Urteil mit Ausnahme der Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen aufgehoben.

II. Entscheidung

Die Verurteilung wegen vorsätzlicher Tatbegehung werde, so der Senat, durch die Beweiswürdigung nicht hinreichend getragen. Zwar könne aus einer vorangehenden einschlägigen Bestrafung und der damit verbundenen Warnwirkung je nach den Umständen des Einzelfalles auf ein vorsätzliches Handeln bei der neuen Trunkenheitsfahrt geschlossen werden.

Dies setze jedoch voraus, dass der frühere und der aktuelle Sachverhalt in einem Mindestmaß vergleichbar sind. Nur dann sei es denkbar und auch naheliegend, dass der Angeklagte aus der früheren Verurteilung Schlüsse gezogen hat, die hinsichtlich der neuen Tat den Vorwurf vorsätzlichen Handelns rechtfertigen. Es sei daher jedenfalls in der Regel unerlässlich, dass die den früheren Verurteilungen zugrunde liegenden Sachverhalte, aus denen auf die nunmehr vorsätzliche Tatbegehung geschlossen werden soll, in den Urteilsgründen mitgeteilt werden. Das AG habe sich jedoch auf die Mitteilung der dem BZR entnommenen Daten beschränkt.

Auch die vom AG angeführte Abstinenzphase vor der Tat rechtfertige, so das OLG weiter, die Annahme vorsätzlichen Handelns nicht. Der Umstand, dass der Angeklagte im Hinblick auf eine anstehende MPU abstinent gelebt hat, lasse Rückschlüsse nur auf seine Fähigkeit, auf Alkohol verzichten zu können, zu, nicht aber darauf, von welchen Auswirkungen des Alkoholkonsums auf seine Fahrtüchtigkeit er selbst im Einzelnen ausging.

III. Bedeutung für die Praxis

Nicht wenige Tatrichter klagen laut und gerne über die vermeintliche Kleinlichkeit der Revisionsgerichte. Dass dies oftmals nicht gerechtfertigt ist, belegt der vorliegende Fall: Nach der Rechtsprechung zahlreicher Obergerichte sind bei Vorstrafen grundsätzlich die den jeweiligen Verurteilungen zugrunde liegenden Sachverhalte mitzutei-

Verurteilung wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr

Zur Vorsatzbegründung auf Vorstrafen abgestellt

Vorsatz außerdem mit Abstinenzphase begründet

Revision des Angeklagten erfolgreich

Vorsatz nicht ausreichend belegt

Sachverhalte der früheren Verurteilungen müssen mitgeteilt werden

Vorangegangene Abstinenz belegt Vorsatz ebenfalls nicht

Urteilsaufhebung zwingend

len. Dies leuchtet auch ohne weiteres ein, kann doch nur dann überprüft werden, ob es sich tatsächlich um „einschlägige“ Vortaten handelt oder nicht und welche Rückschlüsse der Angeklagte aus diesen Verurteilungen für die Zukunft ziehen konnte oder zumindest hätte ziehen müssen. Die Urteilsaufhebung war deshalb zwingend.

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

Anwaltsvergütung

Anrechnung von zurückgezahlten Vorschüssen

1. Der Pflichtverteidiger muss auch Vorschüsse angeben, für die ausdrücklich oder stillschweigend eine Rückzahlung vereinbart ist.
2. Jedenfalls dann, wenn eine Rückzahlung eines Vorschusses oder einer „Sicherheitsleistung“ vor Bewilligung einer beantragten Prozesskostenhilfe bzw. vor Abrechnung einer Pflichtverteidigervergütung erfolgt, hat eine Kürzung des Pflichtverteidigerhonorars zu unterbleiben. (Leitsätze des Verfassers)

LG Deggendorf, Beschl. v. 13.3.2019 – 1 Kls 4 Js 5712/17

I. Sachverhalt

Der RA war Pflichtverteidiger des Angeklagten. Die Urkundsbeamtin beim LG hat von der an den RA ausgezahlten Pflichtverteidigervergütung brutto 276,29 EUR zurückgefordert. Dies hat sie damit begründet, dass der RA bei seinem Kostenfestsetzungsantrag bezüglich der Pflichtverteidigergebühren eine Zahlung des Beschuldigten in Höhe von netto 1.008,40 EUR nicht angegeben habe. Dagegen hat der RA Erinnerung eingelegt und vorgetragen, dass es zwar richtig sei, dass er brutto 1.200,00 EUR von der Frau des von ihm vertretenen Angeklagten als „Sicherheitsleistung“ erhalten habe. Diesen Betrag habe er jedoch wiedererstattet, weshalb es durch die „Sicherheitsleistung“ bei ihm zu keinem Vermögenszuwachs gekommen sei. Er habe das Mandat am 5.6.2018 abgerechnet und dabei auch die Rücküberweisung der Sicherheitsleistung veranlasst. Diese sei bankmäßig dann am 6.6.2018 ausgeführt worden. Die Voraussetzungen einer Rückforderung nach § 58 Abs. 3 RVG seien daher nicht gegeben. Die Erinnerung hatte beim Richter Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG führt aus: Zwar treffe es zu, dass der RA bei Abrechnung seiner Pflichtverteidigervergütung die von Dritten erhaltene „Sicherheitsleistung“ – es habe sich wohl um einen Honorarvorschuss mit bedingter Rückzahlungsvereinbarung gehandelt – in Höhe von 1.200,00 EUR unzweifelhaft hätte angeben müssen. Denn nur durch die Offenlegung solcher Vorschusszahlungen könne dem dafür zuständigen Rechtspfleger die Möglichkeit zur Prüfung der Anrechenbarkeit eröffnet werden. Dies gelte auch für Vorschüsse, für die ausdrücklich oder stillschweigend eine Rückzahlung vereinbart sei.

Allerdings habe jedenfalls dann, wenn eine Rückzahlung eines Vorschusses oder einer „Sicherheitsleistung“ vor Bewilligung einer beantragten Prozesskostenhilfe bzw. vor Abrechnung einer Pflichtverteidigervergütung erfolge, eine Kürzung des Pflichtverteidigerhonorars zu unterbleiben. Für den Bereich des Prozesskostenhilferechts sei es anerkannt, dass der RA mit der von ihm vertretenen Partei Vereinbarungen treffen

Mitteilungspflicht

Keine Anrechnung

könne, dass bestimmte Zahlungen der Anrechnung entzogen werden oder ein Vorschuss nur für solche Ansprüche gezahlt werde, für die die Staatskasse nicht eintreten müsse. Bestehe zum Schluss eine Eintrittspflicht der Staatskasse – wie vorliegend durch den Freispruch des Mandanten des RA, durch den die Staatskasse auch für die Wahlverteidigergebühren einstandspflichtig wurde –, könne die Partei vom RA die Vergütung zurückverlangen. Es erfolge dann keine Anrechnung. So liegt es auch hier. Aus der Datierung des Bankumsatzes sei nachvollziehbar, dass der Erinnerungsführer die Rückzahlung des Vorschusses in Höhe von 1.200,00 EUR brutto zugleich mit der Abrechnung des Mandates und Erstellung des Vergütungsfestsetzungsantrages vom 5.6.2018 veranlasst habe. Damit stehe fest, dass vom RA intendiert gewesen sei, dass die Rückzahlung des Vorschusses noch vor Festsetzung der Pflichtverteidigergebühren erfolgen werde. Eine Anrechnung habe daher zu unterbleiben.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist zutreffend. Sie entspricht dem Sinn und Zweck der Anrechnungsregelung des § 58 Abs. 3 RVG, der sicherstellen soll, dass dann, wenn der RA Vorschüsse oder Zahlungen erhalten hat, sich aus Kostendämpfungsgesichtspunkten sein Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse ermäßigt. Dazu ist aber erforderlich, dass der Rechtspfleger, der über die Anrechnung entscheiden muss, erfährt, welche Vorschüsse und Zahlungen geleistet worden sind. Dazu gehören auch ggf. zurückzahlende Vorschüsse. § 55 Abs. 5 Satz 2 RVG enthält keine Ausnahmen. Dass dann aber für eine Anrechnung kein Raum ist, wenn der Vorschuss oder die Zahlung dem Mandanten/Dritten erstattet worden ist, liegt aber ebenso auf der Hand. Denn dann trägt das Kostendämpfungsargument nicht (mehr).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

Anschaffung von Festplatten

Was zur Bearbeitung einer Sache sachgemäß ist, bestimmt sich nicht nach der subjektiven Ansicht des Anwalts oder seines Mandanten, sondern nach dem objektiven Standpunkt eines vernünftigen sachkundigen Dritten. Dabei hat der Rechtsanwalt einen gewissen und auch nicht zu engen, sondern eher großzügigeren Ermessensspielraum. Er muss allerdings den allgemeinen Kostengrundsatz berücksichtigen, dass jeder die Auslagen möglichst gering halten muss (hier: Anschaffung einer dritten externen Festplatte in einem Verfahren mit erheblichem Aktenumfang). (Leitsatz des Verfassers)

LG Duisburg, Beschl. v. 26.10.2018 – 36 KLS 112 Js 23/11-10/17

I. Sachverhalt

Die Rechtsanwältin wurde im „Loveparade-Verfahren“ einer Nebenklägerin anstelle des „Hauptnebenklagevertreters“ für verschiedene Hauptverhandlungstage mehrfach als Beistand beigeordnet. Gelegentlich des (Verfahrens-)Vorgesprächs vom 27.10.2017 wurden der Rechtsanwältin Datenträger mit der aktualisierten E-Akte zur Einsichtnahme übergeben. Im Dezember 2017 beantragte sie die Festsetzung und Anweisung der Vergütung als Nebenklägervertreterin. Die Festsetzung erfolgte antragsgemäß.

Zutreffend ...

Im Loveparade-Verfahren ...

Ein Bestandteil der Festsetzung waren Auslagen für eine am 2.10.2017 bestellte externe Festplatte (Seagate Backup Plus 5 TB). Im Juni 2018 wurden weitere entstandene Nebenklagegebühren und -kosten festgesetzt. Darunter befanden sich Auslagen für eine weitere externe Festplatte (Seagate Backup Plus 5 TB). Im Mai 2018 beantragte die Rechtsanwältin nochmals vollständige Akteneinsicht. Gelegentlich eines Hauptverhandlungstermins wurden ihr für eine Woche fünf Festplatten (Fassungsvolumen je zwei Terabyte) bespielt mit der aktualisierten E-Akte zur Akteneinsicht übergeben. Im Juli 2018 beantragte die Rechtsanwältin nochmals die Festsetzung der Vergütung und von Kosten als Nebenklägervertreterin.

U.a. beantragte sie die Kostenfestsetzung für eine weitere externe Festplatte (Seagate Backup Plus 10 TB Desktop). Die Kosten für die Anschaffung dieser weiteren externen Festplatte hat die Rechtspflegerin nicht festgesetzt. Sie hat die Entscheidung damit begründet, dass bereits die Anschaffungskosten von zwei Festplatten mit einem Gesamtvolumen von zehn Terabyte erstattet worden seien. Der Aktenumfang betrage insgesamt keine fünf Terabyte, so dass auf den zwei Festplatten genug Speicherplatz vorhanden sei. Eine Ersatzfestplatte werde nicht erstattet. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Rechtsanwältin hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG hat – ebenso wie die Rechtspflegerin – eine Erstattung der Kosten für die dritte externe Festplatte abgelehnt. Die Festsetzung auf der Grundlage der Vorbem. 7 Abs. 1 Satz 2 VV RVG in Verbindung mit §§ 670, 675 BGB scheidet aus. Zwar handelt es sich bei der Anschaffung von externen Festplatten zur Speicherung großer Datenvolumen nicht um allgemeine Geschäftskosten, so dass eine Erstattung grundsätzlich in Betracht komme (vgl. OLG Hamm RVGreport 2015, 266 = StRR 2015, 316 = RVGprofessionell 2015, 151). Die Anschaffung einer dritten externen Festplatte sei zur sachgerechten Durchführung der Angelegenheit allerdings nicht geboten. Was zur Bearbeitung einer Sache sachgemäß ist, bestimme sich – so das LG – nicht nach der subjektiven Ansicht des RA oder seines Mandanten, sondern nach dem objektiven Standpunkt eines vernünftigen sachkundigen Dritten. Dabei habe der Rechtsanwalt einen gewissen und auch nicht zu engen, sondern eher großzügigeren Ermessensspielraum (vgl. OLG München RVGreport 2015, 106 = StRR 2015, 159). Er müsse allerdings den allgemeinen Kostengrundsatz berücksichtigen, dass jeder die Auslagen möglichst gering halten muss (OLG Hamm a.a.O.; OLG München a.a.O.).

Nach diesen Grundsätzen sei, so das LG, die Anschaffung einer weiteren externen Festplatte mit einer Kapazität von zehn Terabyte angesichts der bereits angeschafften zwei Festplatten mit einer Gesamtkapazität von zehn Terabyte – auch unter Berücksichtigung etwaiger Verschlüsselungserfordernisse – nicht veranlasst gewesen. Selbst bei Annahme eines erforderlichen Umfangs von 5,40 Terabyte – die E-Akte hatte einen Umfang von 4,185 Terabyte – biete sie genügend Platz zur vollständigen Speicherung. Eine vollständige Speicherung der im Juli 2018 auf fünf Festplatten übergebenen Inhalte unter Beibehaltung der ursprünglich gespeicherten E-Akte sei nicht veranlasst gewesen. Die E-Akten würden nämlich durch das Gericht fortgeführt und nicht neu strukturiert oder für die Vergangenheit verändert. Es hätte nach Auffassung des LG also – bei dem Wunsch nach Erhaltung der bisherigen Dateien – genügt, die noch nicht oder nicht vollständig gespeicherten Bände der Hauptakte sowie neu hinzugekommene sonstige Ordner zu übertragen. Insoweit hätte es lediglich eines Abgleichs der Listenansichten bedurft. Änderungen an bereits bestehenden Ordnern im Sinne von Fortschreibungen seien auch lediglich bei den verfahrensbezogenen Ordnern zu erwarten. Neben den Hauptaktenordnern betreffe dies

... zwei externe Festplatten
angeschafft ...

... und dann noch eine dritte

Grundsatz der Kostenersparnis

Keine dritte Festplatte

die Kostenbände. Auch insoweit hätte wegen der fortlaufenden Nummerierung ein Abgleich ohne größeren zeitlichen Aufwand erfolgen können. Alternativ hätte die bereits gespeicherte alte Version der E-Akte durch die aktuelle Version ersetzt werden können.

III. Bedeutung für die Praxis

Nach der Parkgebührenentscheidung des OLG Düsseldorf die zweite Entscheidung mit gebührenrechtlicher Problematik aus dem sog. Loveparade-Verfahren, das derzeit beim LG Duisburg anhängig ist. Das LG verneint m.E. im Ergebnis zutreffend die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die dritte Festplatte. Soweit sich die Rechtsanwältin auf die Entscheidung des OLG Hamm (a.a.O.) und darauf bezogen hat, dass ihr im Juli 2018 fünf Festplatten übergeben worden seien, übersieht sie m.E., dass die Fallkonstellationen nicht vergleichbar sind. Im vom OLG Hamm entschiedenen Fall waren von der Staatsanwaltschaft zwei Festplatten übergeben und unmittelbar auf zwei erworbene Festplatten gespeichert worden. Hier hatte die Rechtsanwältin aber die ursprünglich ausgehändigten vier Festplatten schon direkt auf zwei Festplatten gespeichert und damit zusammengeführt. Die Anschaffung der dritten Festplatte erfolgte im Zusammenhang mit der ergänzenden Akteneinsicht. Insoweit war, worauf das LG zutreffend hingewiesen hat, einerseits ein wesentlicher Teil des Aktenbestandes wie der Aktenstruktur bekannt. Die technische Durchführbarkeit einer Zusammenfassung auf einer geringeren Festplattenzahl hatte sich andererseits bereits bei der ersten Akteneinsicht gezeigt. Zudem boten die bereits angeschafften externen Festplatten mit insgesamt zehn Terabyte Kapazität hinreichend Platz. In vergleichbaren Fällen ist also Vorsicht geboten, wenn der RA nicht auf den Anschaffungskosten sitzen bleiben will.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

Teilweises Schweigen und zusätzliche Verfahrensgebühr

Die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 5115 VV RVG fällt an, wenn der Behörde mitgeteilt wird, dass der Betroffene von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Dies gilt dann nicht, wenn der Rechtsanwalt der Behörde mitteilt, dass der Beschuldigte „nur vorerst“ vom Schweigerecht Gebrauch macht und sich eine Einlassung zur Sache nach Akteneinsicht vorbehält. (Leitsatz des Verfassers)

AG Schöneberg, Urt. v. 6.2.2019 – 6 C 326/18

I. Sachverhalt

Der Kläger ist bei der Beklagten rechtsschutzversichert. Er nimmt die Beklagte auf Freistellung von der Zusatzgebühr Nr. 5115 VV RVG in Höhe von 65,00 EUR in Anspruch. Diese hatte der für den Kläger in einem Bußgeldverfahren im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde tätige Verteidiger dem Kläger in Rechnung gestellt. Der Verteidiger hatte den Kläger in einem Verfahren, in dem diesem vorgeworfen wurde, in der Folge eines Fahrstreifenwechsels einen Unfall verursacht zu haben, vertreten. Nach anwaltlicher Beratung entschloss sich der Kläger, zunächst zu schweigen. Der Rechtsanwalt zeigte mit Schreiben vom 11.7.2018 die Verteidigung des Klägers gegenüber dem Polizeipräsidenten in Berlin an, bat um Akteneinsicht und teilte mit, dass sein Mandant vorerst von seinem Schweigerecht Gebrauch mache und sich eine Einlassung zur Sache nach Akteneinsicht vorbehalte. Etwa zwei Wochen später übermittelte der Polizeipräsident die Ermittlungsakte. Gleichzeitig wurde das gegen

Zutreffende Entscheidung

Mitteilung, dass „vorerst“ geschwiegen wird

den Kläger geführte Ermittlungsverfahren nach § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 170 Abs. 2 StPO mit der Begründung eingestellt, dass ein Tatbeweis nicht möglich sei. Das AG hat die Klage abgewiesen.

II. Entscheidung

Das AG verneint eine Mitwirkungstätigkeit des Verteidigers i.S.d. Nr. 5115 VV RVG. Die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 5115 VV RVG entstehe nach Abs. 1 Nr. 1 der zugehörigen Anmerkung u.a., wenn das Ordnungswidrigkeitenverfahren vor der Verwaltungsbehörde durch die anwaltliche Mitwirkung endgültig eingestellt wird. Nach Abs. 2 der Anmerkung entstehe sie nicht, wenn eine auf Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit nicht ersichtlich ist. Zwar sei die für den Anfall der Erledigungsgebühr erforderliche Mitwirkung des Anwalts an der Einstellung des Verfahrens in einem weiten Sinn zu verstehen. Mitwirkung im Sinne der Nr. 5115 VV RVG bedeute aber, wie Abs. 2 der Anmerkung zeige, dass der Verteidiger durch seine Tätigkeit die endgültige Einstellung des Verfahrens zumindest gefördert haben muss.

Nach diesen Maßstäben könne – so das AG – die nach Nr. 5115 VV RVG erforderliche Mitwirkung gegeben sein, wenn der Verteidiger seinem Mandanten im Bußgeldverfahren rate, zu dem erhobenen Vorwurf zu schweigen, und er die entsprechende Entschließung seines Mandanten der Verwaltungsbehörde mitteile. Die Behörde wisse nach einer solchen Mitteilung, dass sie einen Bußgeldbescheid nicht auf die Einlassung des Betroffenen stützen könne, sondern sich darüber klar werden müsse, ob die übrigen Beweismittel für eine Ahndung ausreichen. Komme sie zu dem Ergebnis, dass die übrigen Beweismittel nicht ausreichen, und stelle sie deshalb das Verfahren ein, habe die Tätigkeit des Verteidigers diese Art der Verfahrenserledigung objektiv gefördert (BGH RVGreport 2011, 182 = VRR 2011, 118 = StRR 2011, 201 m.w.N.).

Ein solcher Fall war hier nach Auffassung des AG jedoch nicht gegeben. Das Schreiben vom 11.7.2018 habe die Einstellung in keiner Weise befördert. Bei der Einstellung des Verfahrens habe die Behörde nicht gewusst, ob sie einen Bußgeldbescheid auf eine Einlassung des Klägers würde stützen können oder nicht. Das Schreiben vom 11.7.2018 enthalte gerade keine endgültige Aussageverweigerung des Klägers; sondern nur die Mitteilung, dass er vorerst von seinem Schweigerecht Gebrauch mache, sich aber nach erfolgter Akteneinsicht eine Einlassung zur Sache vorbehalte. Die Behörde habe dem Schreiben damit nicht entnehmen können, dass sich der Kläger auch künftig zu dem Tatvorwurf nicht äußern würde. Dennoch habe die Behörde zeitgleich mit der Übersendung der Akten das Verfahren eingestellt. Sie habe weder die Akteneinsicht des klägerischen Verteidigers noch seine Erklärung abgewartet, ob sich der Kläger nun zur Sache einlasse oder nicht. Wenn die Verwaltungsbehörde das Verfahren aber unabhängig von einer Erklärung des Rechtsanwalts einstelle und das „Schweigen“ nicht abwarte, lasse die Tätigkeit des Rechtsanwalts keine Erledigungsgebühr entstehen (BGH, a.a.O.).

III. Bedeutung für die Praxis

1. Ansatzpunkt/Grundlage richtig, Folgerung/Ergebnis aber falsch. Das ist der Kurzkomentar zu der Auffassung des AG. Denn das AG legt zunächst zutreffend dar, worauf es für eine Mitwirkungstätigkeit ankommt, zieht dann daraus aber den falschen Schluss. Aus der angeführten BGH-Entscheidung folgt nichts anderes. Denn der lag ein anderer Sachverhalt zugrunde.

Weitgehend unbestritten dürfte es inzwischen sein, dass das sog. „gezielte Schweigen“ Mitwirkung i.S.d. Nrn. 4141, 5115 VV RVG darstellt (vgl. BGH a.a.O.; AG

Keine Mitwirkung des Verteidigers an der Verfahrenseinstellung

Mitteilung, dass geschwiegen wird, reicht grundsätzlich

Mitteilung, dass „vorerst“ geschwiegen wird, reicht nicht

Ansatzpunkt/Grundlage richtig, Folgerung/Ergebnis falsch

Charlottenburg RVGreport 2007, 273 = StraFo 2007, 307 = VRR 2007, 199; AG Düsseldorf RVGreport 2018, 59 = AGS 2018, 120 = RVGprofessionell 2018, 37; AG Leipzig RVGreport 2018, 22 = VRR 3/2018, 21 = AGS 2018, 217; AG Rotenburg AGS 2006, 288 m. Anm. Madert; AG Köln AGS 2007, 621 = NZV 2007, 637). Die anderslautende Rechtsprechung (AG Hannover JurBüro 2006, 79 m. Anm. Enders; AG Halle AGS 2007, 77, 85; AG Meinerzhagen RVGprofessionell 2007, 67 = AGS 2007, 454 = RVGreport 2008, 146) ist vor der Entscheidung des BGH ergangen und auf der Grundlage der BGH-Entscheidung nicht mehr haltbar. Denn entgegen der Auffassung des AG ist „Mitwirkung“ i.S.d. Nr. 5115 VV RVG – bzw. auch i.S.d. gleichlautenden Nr. 4141 VV RVG – nicht nur das „gezielte Schweigen“ bzw. die Mitteilung, dass der Mandant schweigen werde, sondern auch die Mitteilung, dass der Mandant „vorerst schweigen“ werde. Stellt die Verwaltungsbehörde bzw. die Staatsanwaltschaft nach Erhalt einer solchen Mitteilung das Verfahren ein, dann ist kein Grund erkennbar, die Konstellation anders zu behandeln, als wenn mitgeteilt worden wäre, der „Mandant wird schweigen“. Denn was tut die Ermittlungsbehörde in dem Fall anderes als ebenfalls auf der Grundlage der Mitteilung zu prüfen, ob das Ermittlungsergebnis für eine Fortführung des Verfahrens ausreicht? In die Prüfung stellt sie ein: Der Betroffene/Beschuldigte wird schweigen, reichen dann die übrigen Beweismittel aus? Kommt sie dann zu dem Ergebnis: nein, sie reichen nicht aus, muss sie sich entscheiden: entweder abwarten, weil ja nur „vorerst schweigen“ angekündigt worden ist, oder Einstellung des Verfahrens ohne Kenntnis einer Einlassung des Betroffenen/Beschuldigten schon jetzt, weil das Ermittlungsergebnis nicht ausreichen wird oder weil kein Interesse (mehr) an einer Verfolgung besteht. Egal aus welchem Grund die Ermittlungsbehörde einstellt, die Mitteilung des Verteidigers hat dazu jedenfalls beigetragen, was ausreicht (Burhoff/Volpert/Burhoff, Nr. 4141 VV Rn 21 m.w.N.). Sie muss nicht allein ursächlich gewesen sein. Ist die Ermittlungsbehörde so ungeduldig, dass sie den weiteren Ablauf des Verfahrens, insbesondere die Entscheidung des Betroffenen/Beschuldigten, ob er nun endgültig schweigt, nicht abwartet, muss sie eben die Nachteile dieser Ungeduld, nämlich das Entstehen der Nr. 4141 VV RVG oder der Nr. 5115 VV RVG tragen. Der Verteidiger hat jedenfalls an der Einstellung des Verfahrens mitgewirkt. Zudem: Der Dritte – hier also die RSV – trägt die Beweislast, dass die Tätigkeit des Verteidigers für die Einstellung nicht kausal war. Der Beweis ist jedenfalls nicht erbracht.

2. Und ein kleiner Tipp: Die hier aufgetretenen gebührenrechtlichen Schwierigkeiten vermeidet man, wenn man als Verteidiger nicht mitteilt, dass der Mandant (nur) vorerst schweigt. Er schweigt. Und gut ist es. Dass er sich ggf. doch einlässt, geht die Verwaltungsbehörde ja zunächst auch mal gar nichts an.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

Tipp

Impressum

Herausgeber:

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D.
Rechtsanwalt in Leer/Augsburg

Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

Bezugspreis (jährlich):

114 EUR zzgl. MwSt.

Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende gegenüber dem Verlag erfolgen.

ISSN 1864-7200



ZAP Verlag GmbH
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 0228-91911-62 · Fax: 0228-91911-66
service@zap-verlag.de

Ansprechpartnerin im Verlag: Bettina Schwabe

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die ZAP Verlag GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der ZAP Verlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.