

## Editorial

Herausgeber:

*Detlef Burhoff*

Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D., Leer/Augsburg



Liebe Kolleginnen und Kollegen,

im Praxisforum dieser Ausgabe beleuchtet *Dr. Nugel* die ersten Erfahrungen mit dem neuen Hinterbliebenengeld.

Im Rechtsprechungsreport lesen Sie u.a.:

- Verweigert der VN trotz Aufforderung seiner Kaskoversicherung, das Auslesen der Daten zur Unfallrekonstruktion aus seinem Fahrzeug zu gestatten und veräußert er dieses vielmehr zeitnah ins Ausland, wo es nicht weiter untersucht werden kann, verletzt er seine Obliegenheit aus Ziffer E.1.3 AKB (s. S. 8).
- Bei vorwerfbar selbst herbeigeführter Trunkenheit kann die dadurch bedingte Enthemmung nicht als strafmildernder Umstand einer hierauf basierenden fahrlässigen Tötung gewertet werden. Daneben kommt dem Umstand, dass der Täter in dem Bewusstsein, im Anschluss noch ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen, Alkohol konsumiert hat (sog. Trinken in Fahrbereitschaft), eigenständige strafscharfende Bedeutung zu (s. S. 12).
- Für die gerichtliche Vertretung in einem Einziehungsverfahren nach § 29a OWiG kann – neben der Verfahrensgebühr bei Einziehung Nr. 5116 VV RVG – auch die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG als allgemeine Gebühr entstehen (s. S.23).

In diesem Editorial dann noch folgender Hinweis auf eine „Neuerscheinung“: Der ein oder andere der Leser wird sich erinnern: Es hat eine ZAP App gegeben. Ja, „es hat“. Denn seit Anfang Mai 2020 ist die durch „Anwaltspraxis Wissen“ ersetzt worden.

Bei Anwaltspraxis Wissen handelt es sich um eine neue Online-Bibliothek des ZAP-/Anwalt-Verlages, in der rund 150 Bücher online stehen. Das ist vor allem auch für mich (und meine Werke) interessant, weil damit endlich auch

- Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl., 2018
- Burhoff/Grün, Geschwindigkeits- und Abstandsmessung im Straßenverkehr, 5. Aufl. 2020
- Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl., 2019
- Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl., 2019

## Inhalt

**VRR kompakt** .....3

### Praxisforum

Erste Erfahrungen mit dem Hinterbliebenengeld in der Praxis .....5

### Rechtsprechungsreport

#### Verkehrszivilrecht

Arglistige Obliegenheitsverletzung bei verweigertem Auslesen der Fahrzeugdaten ....9

Fallrekonstruktion durch gespeicherte Daten einer LZA ... 11

#### Verkehrsstrafrecht

Strafzumessung bei vorwerfbar selbst herbeigeführter Trunkenheit..... 13

Pflichtverteidiger bei Kampf um Beweisverwertungsverbot..... 15

#### Ordnungswidrigkeitenrecht

Regelfahrverbot: Fahrt mit fremdem Fahrzeug ..... 16

Verwertbarkeit einer „freiwillig“ abgegebenen Blutprobe nach willkürlich fehlerhafter Belehrung..... 18

Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach eingestelltem Bußgeldverfahren ..... 22

#### Anwaltsvergütung

Gebühren im selbstständigen Einziehungsverfahren ..... 25



## VRR-Kompakt

---

- Burhoff/Kotz, Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, 2. Aufl., 2016
- Burhoff/Kotz, Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge, 2016
- Burhoff/Volpert, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 5. Aufl. 2017

beim ZAP-Verlag mobilfähig sind und OWi- und Strafrechtler in diesen im Verfahren endlich ohne WLAN hinter dicken Gerichtsmauern im Saal live recherchieren können. Ohne kiloweise Buchballast in der Tasche, was ja immer wieder bemängelt worden ist.

Wie gesagt: Am 4.5.2020 ist Anwaltspraxis Wissen online gegangen. Man kann unter <https://www.anwaltspraxis-wissen.de/> vier verschiedene Module bestellen. Die Online Bibliothek kann man im PC im Browser nutzen und auf iOS und Android Mobilgeräten (Smartphones und Tablets). Die mobilen Apps gibt es inzwischen auch. Die Preise sind übrigens auch moderat. Für den Einsteiger 10 EUR/Monat und dafür kann man sich dann 10 Werke aus dem Gesamtangebot freischalten. Das würde z.B. für meine Werke reichen. Oder das Modul 3 – „Die ZAP + Best of“ – für 29 €/Monat für drei Plätze.

Vielleicht schauen Sie sich das neue Angebot mal an.



Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

  
Ihr Detlef Burhoff

### Fiktive Schadensberechnung: Maßgeblicher Zeitpunkt für Schadensberechnung

Bei der fiktiven Schadensberechnung ist für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs materiell-rechtlich der Zeitpunkt der vollständigen Erfüllung, verfahrensrechtlich regelmäßig der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung maßgeblich. Vorher eintretende Preissteigerungen für die günstigere Reparaturmöglichkeit in einer freien Fachwerkstatt, auf die der Schädiger den Geschädigten gem. § 254 Abs. 2 BGB verweisen darf, gehen daher in der Regel zu Lasten des Schädigers. BGH, Urt. v. 18.2.2020 – VI ZR 115/19

### Sachverständigenvertrag: Wirksamkeit von Abtretungsklausel

Die in einem Vertrag über die Erstellung eines Kfz-Schadensgutachtens enthaltene formularmäßige Klausel, nach der der geschädigte Auftraggeber dem Sachverständigen in Bezug auf dessen Honoraranspruch „erfüllungshalber“ seinen auf Ersatz der Sachverständigenkosten gerichteten Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger abtritt, ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam, wenn die Klausel zugleich die Regelung enthält: „Das Sachverständigenbüro kann die Ansprüche gegen mich [geschädigter Auftraggeber] geltend machen, wenn und soweit der regulierungspflichtige Versicherer keine Zahlung oder lediglich eine Teilzahlung leistet. In diesem Fall erhalte ich die Forderung zurück, um sie selbst gegen die Anspruchsgegner durchzusetzen.“

BGH, Urt. v. 18.2.2020 – VI ZR 135/19

### Betriebsgefahr: Hindernisbereiten

Die Betriebsgefahr aus § 7 Abs. 1 StVG entfällt bei der bewussten Bildung eines Hindernisses auf der Fahrbahn. Derjenige, der mit seinem Fahrzeug bewusst ein Hindernis auf der Fahrbahn bereitstellt, um einen Auffahrunfall zu provozieren, haftet allein (§ 17 Abs. 1 StVG).

OLG Celle, Urt. v. 22.1.2020 – 14 U 173/19

### Rechtsschutzversicherung: Entbindung von der Schweigepflicht

Dem Rechtsschutzversicherer, der einen Prozess vorfinanziert hat, steht zur Ermittlung eines möglichen Herausgabeanspruchs ein Auskunftsanspruch gegen den durch seinen Versicherungsnehmer beauftragten Rechtsanwalt zu. Finanziert der Rechtsschutzversicherer mit Einverständnis seines Versicherungsnehmers einen Prozess und überlässt der Mandant dem beauftragten Rechtsanwalt den Verkehr mit dem Rechtsschutzversicherer, ist von einer konkludenten Entbindung des Rechtsanwalts von der Verschwiegenheitsverpflichtung durch den rechtsschutzversicherten Mandanten auszugehen, soweit es die Abrechnung des Mandats betrifft.

BGH, Urt. v. 13.2.2020 – IV ZR 90/19

### Sperrfrist: Abkürzung

Eine Sperre nach § 69a StGB kann 10 Monate nach der Tat und etwa 5 Monate nach dem Urteil aufgrund einer durchgeführten psychologischen Maßnahme (38 Gruppenstunden und vier Einzelgespräche) aufgehoben werden, wenn hierdurch Grund zu der Annahme besteht, dass der Angeklagte zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht mehr ungeeignet ist. Ob trotz hoher Tatzeitblutalkoholkonzentrationen eine sofortige

Schadensrecht/Haftung

Schadensrecht/Haftung

Schadensrecht/Haftung

Versicherungsrecht

Verkehrsstrafrecht

Wiedererteilung der Fahrerlaubnis möglich ist, ist Sache der für das Wiedererteilungsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörde.

AG Dortmund, Beschl. v. 16.4.2020 – 729 Cs-261 Js 1037/19-262/19

### **Sog. Qualifizierter Rotlichtverstoß: Absehen vom Fahrverbot**

Bei dem Begriff der „abstrakten Gefahr“ handelt es sich um einen Terminus der Rechtsetzung, nicht um einen solchen der Rechtsanwendung. Versuche, den Anwendungsbereich der Nr. 132.3 BKat mit dem Erfordernis einer konkret bestimmbar „abstrakten Gefährlichkeit“ zu reduzieren, sind systematisch unzulässig, weil sie in die Kompetenz des Gesetzgebers, abstrakte Gefährdungsdelikte zu kodifizieren, eingreifen. Es verbietet sich, allein unter dem Gesichtspunkt, ein Rotlichtverstoß sei nicht „abstrakt gefährlich“, vom indizierten Fahrverbot abzusehen (Aufgabe bisheriger Rechtsprechung, KG VRS 114, 60). Von dieser Bewertung bleibt das Rechtsfolgeermessen des Tatrichters unberührt. Er ist befugt und veranlasst, im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls in objektiver und subjektiver Hinsicht zu bestimmen, ob das gesamte Tatbild vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle in solchem Maße abweicht, dass das Fahrverbot unangemessen wäre.

KG, Beschl. v. 14.4.2020 – 3 Ws (B) 46/20

### **Verjährungsunterbrechung: Anordnung der Anhörung**

Die von der unzuständigen Behörde erlassene Anordnung, den Betroffenen anzuhören, ist nicht geeignet, eine Verjährungsunterbrechung gem. § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 3. Alt OWiG herbeizuführen.

AG Liebenwerda, Beschl. v. 24.4.2020 – 44 OWi 1611 Js-Owi 12305/20

### **Berufungsverwerfung: Wiedereinsetzung**

Ein ärztliches Attest, das Art und Schwere der Erkrankung mitteilt, rechtfertigt in der Regel den Schluss, dass dem Angeklagten die Teilnahme an der Hauptverhandlung nicht zumutbar war. Etwas anderes kann jedoch bei Erkrankungen gelten, deren Symptome typischerweise zeitlich eng begrenzt, häufig auch akut „von der einen auf die andere Minute“ auftreten. In so gelagerten Fällen bedarf es in der Regel des zusätzlichen Vortrags, zu welcher Uhrzeit der Angeklagte den behandelnden Arzt aufgesucht hat.

KG, Beschl. v. 18.11.2019 – 3 Ws 352/19

### **Elektronische Akte: Aktenversendungspauschale**

Die Übersendung von Ausdrucken aus einer elektronisch geführten Bußgeldakte rechtfertigt nicht die Erhebung einer Aktenversendungspauschale gem. § 107 Abs. 5 S. 2 OWiG.

AG Daun, Beschl. v. 15.4.2020 – 4c /141/20

**Verkehrsordnungswidrigkeiten**

**Straf-/Owiverfahren**

**Straf-/Owiverfahren**

**Anwaltsvergütung**

### Erste Erfahrungen mit dem Hinterbliebenengeld in der Praxis

Mit der neuen Vorschrift des § 844 Abs. 3 BGB sowie dem gleichlautenden § 10 Abs. 3 StVG hat der Gesetzgeber einen immateriellen Ersatzanspruch für Hinterbliebene geschaffen, wenn eine ihnen besonders nahestehende Person getötet wird. Hierbei besteht die Besonderheit, dass keine eigene Rechtsgutsverletzung beim Anspruchsteller erfolgt sein muss. Zu diesem mittelbaren Ersatzanspruch sind die ersten praxisrelevanten Gerichtsentscheidungen ergangen, welche mit diesem Beitrag dargelegt werden.

#### I. Zeitpunkt für die Anwendung

Dieses Hinterbliebenengeld gilt gem. Art. 229 § 43 EGBGB nur für Neufälle, die sich nach dem Inkrafttreten der Vorschrift am 22.7.2017 ereignet haben. Erforderlich ist dabei, dass sowohl der Tod als auch die zu ihm führende Verletzungshandlung nach diesem Zeitpunkt eingetreten sind (*Nugel/Schumann*, VRR 5/2018, S. 4 ff.). Ansprüche vor diesem Stichtag sind dagegen ausgeschlossen (OLG Oldenburg, Urt. v. 2.10.2018 – 5 U 61/18).

#### II. Anspruchsberechtigung

Anspruchsberechtigt ist, wer zu der getöteten Person zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis gestanden hat. Welche Anforderungen an die Annahme eines solchen Näheverhältnis gestellt werden, hat der Gesetzgeber im Einzelnen nicht geregelt und überlasst dies vielmehr Rechtsprechung und Literatur. Zugleich benennt er vier Fälle, bei denen kraft Gesetzes ein solches Näheverhältnis vermutet wird:

- Ehepartner
- Partner nach dem Partnerschaftsgesetz
- Kinder
- Eltern.

Neben diesen vier Fallgruppen kann auch jede andere Person anspruchsberechtigt sein, wenn sie ein besonders persönliches Näheverhältnis mit einer vergleichbaren Intensität nachweist. Allerdings greift außerhalb der vier Fallgruppen keine Vermutungswirkung ein und der Hinterbliebene muss den Vollbeweis nach dem Maßstab des § 286 ZPO ohne eine solche Erleichterung führen. Zu beachten ist dabei, dass schon der gewählte Begriff eines besonderen persönlichen Näheverhältnisses eine gesteigerte persönliche Beziehung erfordert (*Nugel/Schumann*, VRR 5/2018, S. 4 ff.).

Über einen solchen Fall hatte das LG Tübingen bzgl. des Bruders des Verstorbenen zu entscheiden. Dieser hatte den Tod bei einem Motorradunfall selbst miterlebt als er mit dem Verstorbenen wie häufiger gemeinsam auf einer Motorradtour unterwegs war. Zu seinem Bruder hatte er im Übrigen regelmäßig zumindest einmal wöchentlich per Telefon Kontakt. Diese Umstände haben dem LG zusammen mit der Verwandtschaft als Bruder ausgereicht, um ein Näheverhältnis als Grundlage für ein Hinterbliebenengeld zu bejahen, seinen Anspruch dann aber bei der Bemessung der Höhe gegenüber den Kindern und der Ehefrau des Verstorbenen geringer anzusetzen, deren Beziehung – und damit ihr Leid – als noch intensiver bewertet worden ist (LG Tübingen, Urt. v. 17.5.2019 – 3 O 108/19 = VRR 3/2020, S. 12 ff.). Ob diese Umstände schon genügen, kann auch kritisch hinterfragt werden – entscheidend ist ja eine vergleichbare Intensität zu den o.g. vier weiteren Fallgruppen, welche frei von Zweifeln nachgewiesen sein muss. Für das LG Limburg hat es daher in einem anderen Verfahren nicht

**Anwendung ab dem Stichtag  
des 22.7.2017**

**Fallbeispiele für eine ausreichende Nähebeziehung**

ausgereicht, dass die Schwägerin mit der Getöteten enge familiäre Kontakte unterhielt und mit ihr viel Freizeit verbracht hat (LG Limburg, Urt. v. 22.3.2019 – 2 O 177/18). Allerdings ist bei einem Bruder auch das Zusammenleben in der Kindheit als Wurzel für eine später fortbestehende weitere Bindung zu berücksichtigen. Im Einzelfall kann z.B. auch bei einer Schwiegertochter ein ausreichende Näheverhältnis bestehen (LG München, Urt. v. 17.5.2019 – 12 O 4540/18).

Greift ansonsten bei den oben genannten vier Fällen eine Vermutung ein, ist zu beachten, dass die Schädigerseite diese Vermutung widerlegen kann. Dabei ist auch beachten ist, dass den Anspruchssteller eine sekundäre Darlegungslast zu den Umständen trifft, die allein in seiner Wissenssphäre liegen und er auch zu konkreten Einwendungen der Gegenseite entsprechend konkret erwidern und ggf. substantiiert bestreiten muss (*Nugel/Schumann*, VRR 5/2018, S. 4 ff.). Im Fall des Todes eines Ehegatten kann insoweit einem Getrenntleben bzw. einem laufenden Scheidungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommen. In dem Fall, bei dem die Ehegatten schon seit drei Jahren getrennt gelebt und die Scheidung beantragt haben, hat das LG Traunstein überzeugenderweise ein solches Näheverhältnis abgelehnt (LG Traunstein, Urt. v. 11.2.2020 – 1 O 1047/19).

### III. Abgrenzung zur Schockschadenrechtsprechung

Der Gesetzgeber hat zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld mit einem Anspruch auf immateriellen Schadensersatz nach der Schockschadenrechtsprechung konkurrieren kann, wenn deren strengere Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind. Er sieht das Hinterbliebenengeld als Minus zu einem Schmerzensgeld nach der Schockschadenrechtsprechung an (Vgl. BT-Drucks. 18/11397, S. 15), so dass dieser Anspruch in einem Schmerzensgeld aufgeht, wenn die weiteren o.g. Voraussetzungen der Schockschadenrechtsprechung erfüllt sind.

Für die Praxis bedeutet dies, dass bei der anwaltlichen Beratung genau geprüft werden muss, ob der Hinterbliebene eine eigene Gesundheitsbeschädigung nach dem Maßstab der Schockschadenrechtsprechung erlitten hat und ihm in diesem Fall weiterreichende Ersatzansprüche zustehen. Bzgl. des Ausgleiches des immateriellen Schadens geht ein Hinterbliebenengeld darin auf, kann aber beispielsweise im Prozess hilfsweise verfolgt werden (*Nugel/Schumann*, VRR 5/2018, S. 4 ff.).

Auch das LG Tübingen betont in seiner sehr ausführlichen Entscheidung die insoweit gebotene Unterscheidung und hatte in seinem Verfahren ein Schmerzensgeld nach der Schockschadenrechtsprechung mangels einer eigenen Gesundheitsverletzung der Ehefrau des Verstorbenen abgelehnt (LG Tübingen, Urt. v. 17.5.2019 – 3 O 108/19 = VRR 3/2020, Nr. 3 S. 12 ff.). Psychische Beeinträchtigungen können im Rahmen dieser Rechtsprechung nur dann als haftungsbegründende Gesundheitsverletzung angesehen werden, wenn sie erstens pathologisch fassbar sind und zweitens über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen Betroffene beim Tod oder einer schweren Verletzung eines nahen Angehörigen in der Regel ausgesetzt sind (BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 299/17 = NJW 2019, 2387). Dies hatte das LG Tübingen selbst bei einer abnormalen Trauerrelation abgelehnt – wodurch aber zugleich auch der Raum für ein Angehörigenschmerzensgeld der Ehefrau als mittelbarer Schadensersatz eröffnet worden ist.

### IV. Bemessung der Höhe des Hinterbliebenengeldes

Diese Abgrenzung zu einem Schmerzensgeldanspruch wegen eines Schockschadens ist zugleich eine wichtige Grundlage für die Bemessung der Höhe des Hinterbliebenengeldes.

**Keine Nähebeziehung bei getrenntlebenden Ehegatten im Scheidungsverfahren**

**Schockschadenrechtsprechung hat weitergehende Voraussetzungen**

### 1. Vorgaben des Gesetzgebers

Das Hinterbliebenengeld soll nach der Gesetzesbegründung das seelische Leid des Hinterbliebenen lindern. Der Gesetzgeber hat es über diese allgemeine Vorgabe hinaus unterlassen, konkrete weitere Vorgaben zu schaffen oder gar feste Beträge im Gesetz festzulegen, um eine Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen und überlässt auch insoweit das Feld der Rechtsprechung und Literatur. Den Materialien zur Gesetzesbegründung (Vgl. BT-Drucks. 18/11397 S. 11) kann allerdings auch entnommen werden, dass der Gesetzgeber sich insoweit an der Rechtsprechung zur Höhe des Schmerzensgeldes bei Schockschäden orientiert hat. Die Höhe des Hinterbliebenengeldes soll allerdings diesem gegenüber zurückstehen, da diese Rechtsprechung ja eine schwerwiegende eigene Rechtsgutsverletzung erfordert (LG Tübingen, Urt. v. 17.5.2019 – 3 O 108/19 = VRR 3/2020, S. 12 ff.; vgl. auch *Steenbuck* r+s 2017, 449; *Nugel/Schumann*, VRR 5/2018, S. 4 ff.).

Im Gesetzgebungsverfahren wurde dabei augenscheinlich ein Durchschnittswert für die Fälle der Schockschadenrechtsprechung mit 10.000 EUR angeführt. Zuvor war in dem ersten maßgeblichen Entwurf des bayrischen Justizministeriums noch eine Bandbreite von 3.000–5.000 EUR als Höhe des Schmerzensgeldes in diesen Fällen hervorgehoben worden. Auch der Gesamtverband der Versicherungswirtschaft hat darauf hingewiesen, dass üblicherweise eine Abfindung in dieser Höhe erfolgt (GdV, Stellungnahme vom 16.1.2017 zum Referentenentwurf S. 7).

### 2. Überblick über die Diskussion in der Literatur

In der Literatur werden diese Vorgaben zum Anlass genommen, für eine maßvolle Entschädigung im Rahmen des Hinterbliebenengeldes zu plädieren, die unterhalb der Schockschadenrechtsprechung liegen sollte. Eine Entschädigung soll nach dieser Ansicht im Regelfall die o.g. Bandbreite von 3.000–5.000 EUR nicht überschreiten, wobei im Einzelfall naturgemäß auch ein Betrag darüber angemessen sein kann (*Quaisser*, DAR 2017, 688; *Nugel*, zfs 2018, 72).

Nach anderer Ansicht in der Literatur hat der Gesetzgeber die Fälle der Schockschadenrechtsprechung schon gar nicht richtig erfasst und seine Ausführungen würden vielmehr für ein Bedürfnis zur generellen Erhöhung des Schmerzensgeldes für die Schockschadenfälle in Abgrenzung zum Hinterbliebenengeld sprechen (*Jäger*, VersR 2017, 1041). Dies müsste auch für das Hinterbliebenengeld als immateriellen Anspruch gelten und es wären daher Beträge in einer Größenordnung von 10.000 EUR–20.000 EUR als Regelfall zu fordern (*Wagner*, NJW 2017, 2641). Angesichts der deutlichen Orientierung des Gesetzgebers an der bisher entwickelten Rechtsprechung zum weitergehenden Schockschaden als Obergrenze und den dafür entwickelten Beträgen vermag diese Einschätzung aber weniger zu überzeugen.

### 3. Erste gerichtliche Entscheidungen

Die ersten ergangenen Entscheidungen der Gerichte bieten eine gute Orientierung, zeigen aber zugleich auch erhebliche Unterschiede auf.

#### a. Urteile des LG Tübingen

Das LG Tübingen hat in seinem Fall zwischen mehreren Anspruchsstellern unterschieden und dabei eine Orientierungsgrenze von 10.000 EUR gesetzt (LG Tübingen, Urt. v. 17.5.2019 – 3 O 108/19 = VRR 3/2020, S. 12 ff.). Ein darüber hinausgehender Anspruch als Regelfall würde dagegen die Abgrenzung zur Schockschadenrechtsprechung verwischen und nicht mehr dem Gefüge immaterieller Schadensersatzansprüche entsprechen. Mit dieser Vorgabe grenzt sich

**Keine konkreten Vorgaben des Gesetzgebers zur Höhe**

**Bandbreite von 3.000 – 5.000 EUR für den Durchschnittsfall**

**Gegenansicht: deutlich höherer Anspruch**

das LG mithin von der zuletzt zitierten, deutlich zu weit gehenden Auffassung in der Literatur zu einem höheren Betrag für das Hinterbliebenengeld ab.

Darauf aufbauend urteilte die Kammer mit 12.000 EUR den höchsten Anspruch für die Ehefrau des Verstorbenen aus, die sich mit ihm in einer 30-jährigen Ehe mit einer dadurch begründeten besonderen Vertrauensbeziehung befunden hat. Dieser gegenüber wurde das erlittene Leid für die beiden volljährigen Söhne mit 7.500 EUR darunter bemessen, welche nicht so lange mit dem verstorbenen Vater zusammengelebt hatten wie die Ehefrau und auch nicht mehr auf die Fürsorge des Vaters angewiesen waren. Bei dem Bruder wurde dann der Anspruch mit 5.000 EUR noch einmal deutlich geringer angesetzt, da dieser in der Beziehung zu den Kindern des Verstorbenen geringer bewertet wurde. Allerdings war auch zu beachten, dass der Bruder den Tod des Verstorbenen selbst vor Ort miterleben musste.

Beide Beträge sind allerdings noch recht hoch angesetzt, wenn die durchschnittliche Höhe eines Schmerzensgeldanspruchs eines Schockschadens mit 10.000 EUR eingestuft wird und das Hinterbliebenengeld mangels einer unmittelbaren eigenen Verletzung bei einer überzeugenden Abgrenzung darunterliegen müsste.

### **b. Weitere zivilgerichtliche Urteile**

Auf diesem Gedanken aufbauend hat das LG Wiesbaden selbst bei einer 40-jährigen Ehe ein Hinterbliebenengeld mit 10.000 EUR ausreichen lassen: Dem klagenden Ehemann, welcher für einen darüberhinausgehenden Anspruch Prozesskostenhilfe begehrte, wurde diese nicht bewilligt (LG Wiesbaden, Beschl. v. 23.10.2018 – 3 O 219/18). In der Tat dürfte bei einer derart langen Beziehung zu dem Verstorbenen das Leid eines Ehegatten als besonders hoch einzustufen sein – diesem wird aber mit einem Betrag in Höhe von 10.000 EUR als Sonderfall auch schon ausreichend Rechnung getragen, der üblicherweise eine eigene erhebliche Rechtsgutsverletzung im Rahmen der strengen Vorgaben der Schockschadenrechtsprechung voraussetzt.

Konsequent ist insoweit auch die Entscheidung des LG München, welches 5.000 EUR als Hinterbliebenengeld an den erwachsenen Sohn und 3.000 EUR an die Schwiegertochter des Verstorbenen zugesprochen hat und sich damit im Rahmen der üblichen Beträge für ein Hinterbliebenengeld in Abgrenzung zu den höheren Beträgen nach Schockschadenrechtsprechung bewegt (LG München, Urt. v. 17.5.2019 – 12 O 4540/18). Dass es sich dabei aber auch nur um eine mögliche Einschätzung unter mehreren handelt, ergibt sich schon daraus, dass das Berufungsverfahren vor dem OLG München sodann im Vergleichswege mit einer erhöhten Zahlung der Beklagten-seite von 7.500 EUR für den Sohn und 4.000 EUR für die Schwiegertochter abgeschlossen worden ist. Dies wäre jeweils der Mittelwert für ein Hinterbliebenengeld mit einer Bandbreite von 5.000–10.000 EUR für einen Hinterbliebenen der im Gesetz hervorgehoben 4 Fälle mit der Vermutungswirkung eines ausreichend starken Näheverhältnisses und 3.000–5.000 EUR für einen weiteren Anspruchsteller mit geringerer Nähebeziehung. Auf dieser Linie liegen auch die Entscheidungen des AG Passau mit einem Hinterbliebenengeld von 5.000 EUR für einen einjährigen Enkel des Verstorbenen (AG Passau, Urt. v. 22.11.2019 – 16 C 722/19) und einen fünfjährigen Enkel (AG Passau, Urt. v. 3.12.2019 – 11 C 721/19).

### **c. Urteile im Adhäsionsverfahren im Strafrecht**

Auch die Strafgerichte hatten sich im Adhäsionsverfahren nach den §§ 403 ff. StPO mit einem Hinterbliebenengeld zu befassen. Die dabei ausgeurteilten Beträge erscheinen aber nach zivilrechtlichen Maßstäben als zu hoch bzw. zu niedrig angesetzt. So hat das LG Rottweil der Mutter und den minderjährigen Kindern der Ermor-

### **Abstufung zwischen einzelnen Anspruchstellern**

**Grenze von 10.000 EUR wird bestätigt**

**Bandbreite zwischen 4.000–10.000 EUR eröffnet**

**Unterschiedliche Bewertungen im Adhäsionsverfahren**

## Rechtsprechungsreport

---

deten jeweils einen Betrag i.H.v. 20.000 EUR, der Schwester und dem getrenntlebenden Ehemann jeweils 10.000 EUR zugesprochen und damit Bereiche ausgewählt, die auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Mordfalls sehr hoch angesetzt sind (LG Rottweil, Urt. v. 4.7.2018 – 1 Ks 10 Js 10802/17). Sehr gering erscheint dagegen der Betrag in Höhe von 2.000 EUR, den die Jugendkammer Osnabrück bei einer anderen Verurteilung wegen eines Mordes im Adhäsionsverfahren mit dem ebenfalls kritisch zu sehenden Hinweis ausgeurteilt hat, dass ein Hinterbliebenengeld mit 20 % des Schockschadens anzusetzen wäre (LG Osnabrück, Urt. v. 9.1.2019 – 3 KLS/710 Js 55274/17 – 4/18). Ein betragsmäßiger Mittelwert, d.h. 10.000–12.000 EUR, dürfte bei diesen Fällen unter Berücksichtigung des bei einem Mordfall erlittenen besonderen Leids überzeugender sein und sich in das Gefüge immaterieller Schadenersatzansprüche gut einfügen.

*Dr. Michael Nugel, RA und FA für VerkehrsR und VersR, Essen*

## Rechtsprechungsreport

---

*Verkehrszivilrecht*

### **Arglistige Obliegenheitsverletzung bei verweigertem Auslesen der Fahrzeugdaten**

**1. Verweigert der VN trotz Aufforderung seiner Kaskoversicherung, das Auslesen der Daten zur Unfallrekonstruktion aus seinem Fahrzeug zu gestatten und veräußert er dieses vielmehr zeitnah ins Ausland, wo es nicht weiter untersucht werden kann, verletzt er seine Obliegenheit aus Ziffer E. 1.3 AKB.**

**2. Diese Obliegenheitsverletzung erfolgt arglistig, wenn der VN dabei wiederholt zum Auslesen aufgefordert wird und das Fahrzeug zeitnah veräußert, um nach eigenen Angaben zu verhindern, dass die Versicherung Rückschlüsse auf sein Fahrverhalten ziehen kann.**

**3. Zudem ist dem VN bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung der Kausalitätsgegenbeweis verwehrt, wenn nach dem Vortrag der beklagten Kaskoversicherung davon auszugehen ist, dass der behauptete Ablauf des Versicherungsfalls durch das Auslesen der Fahrzeugdaten widerlegt wird und das Fahrzeug selber aufgrund des Verbringens ins Ausland nicht mehr untersucht werden kann.**

*LG Köln, Urt. v. 26.3.2020 – 24 O 236/19*

#### **I. Sachverhalt**

Der Kläger begehrte von der Beklagten als Kaskoversicherung eine Leistung anlässlich eines von ihm behaupteten Versicherungsfalls, bei dem er angab, er wäre bei Schneeregen nach links von der Fahrbahn abgekommen, hätte sein Fahrzeug nicht mehr unter Kontrolle bringen können und habe dann sowohl die Leitplanke auf der linken als auch der rechten Seite touchiert. Bei dem vom Kläger gefahrenen modernen Fahrzeug ging die beklagte Versicherung davon aus, dass durch das Auslesen der im Fahrzeug vorhandenen Daten, insbesondere dem sogenannten Event-Data-Recorder

**Auslesen der Daten im Kfz wurde verweigert**

der (EDR) der Eintritt des Versicherungsfalls umfänglich überprüft werden konnte, da fünf Sekunden vor dem Unfallereignis das Lenk- und Brems- sowie das weitere Fahrverhalten des Klägers im Fahrzeug aufgezeichnet worden wäre und ausgelesen werden könnte. Zu diesem Zweck wurde dem Kläger eine Einwilligungserklärung mit der Bitte vorgelegt, dass er diese gegenzeichnet und die Untersuchung des Fahrzeuges durch einen von der Beklagtenseite eingeschalteten Sachverständigen gestattet. Bereits zuvor hatte der Kläger bei der Einholung eines Gutachtens zur Schadenshöhe auch eine Untersuchung im Hinblick auf den Zustand der elektronischen Hilfs- und Assistenzsysteme verweigert.

Auch das Auslesen weiterer Fahrzeugdaten wurde von ihm nicht gestattet und vielmehr zeitnah das Fahrzeug ins Ausland nach Polen veräußert. Dies trotz wiederholter Aufforderung der Beklagten, ihr das Fahrzeug für ein Auslesen zur Überprüfung des Versicherungsfalls zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte verweigerte daraufhin die Leistung aus der Kaskoversicherung mit dem Hinweis auf eine Obliegenheitsverletzung des Klägers. Dieser vertrat den Standpunkt, dass er das Auslesen der Fahrzeugdaten nicht gestatten müsste und ihm dies insb. deshalb unzumutbar wäre, da die Beklagte insoweit Rückschlüsse zu seinem konkreten Fahrverhalten tätigen und er im Übrigen auch nicht kontrollieren könnte, welche Daten aus dem Fahrzeug ausgelesen werden würden. Zu dem Verkäufer im Ausland habe er keinen Kontakt mehr und das Fahrzeug könnte daher auch nicht mehr untersucht werden. Die Beklagte verblieb bei ihren Bedenken zum Abkommen im Kurvenbereich unter Berücksichtigung der im klägerischen Fahrzeug vorhandenen Assistenzsysteme.

### II. Entscheidung

Die Versicherungskammer des LG Köln hat dem Kläger den begehrten Leistungsanspruch aus der Kaskoversicherung mit dem Hinweis verwehrt, dass seine Obliegenheit aus dem Abschnitt E.1.3 AKB arglistig verletzt habe. Der Kläger hätte der Beklagten die Untersuchung zu den Umständen des Schadensereignisses einschließlich des Auslesens der Fahrzeugdaten ermöglichen müssen. Ihm wäre klar gewesen, dass durch das Auslesen der Fahrzeugdaten der Beklagten eine Unfallrekonstruktion mit weiteren Erkenntnissen möglich gewesen wäre und dies wollte er augenscheinlich gezielt verhindern. Seine eigene Einlassung, dass die Beklagte durch das Auslesen der Fahrzeugdaten sein Fahrverhalten zum Unfallzeitpunkt weiter überprüfen könnte und seine darauf begründete Verweigerung, das Auslesen der Fahrzeugdaten zu gestatten, lassen keinen anderen Schluss zu, als dass er gerade befürchtet, dass sein Fahrverhalten vollumfänglich überprüft werden könnte und dies zumindest zu einer Verzögerung bei der Auszahlung der Versicherungsleistung führen würde. Das Auslesen der Fahrzeugdaten wäre ihm auch zumutbar gewesen.

Unabhängig davon wäre die Beklagtenseite auch wegen einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung leistungsfrei geworden, da dem Kläger der Kausalitätsgegenbeweis nicht möglich gewesen sei. Denn durch das Verbringen des Fahrzeuges ins Ausland könnte ein konkretes Auslesen der Fahrzeugdaten nicht mehr durchgeführt werden und der Kläger konnte mithin den Einwand der Beklagtenseite nicht widerlegen, dass durch eben gerade dieses Auslesen der Fahrzeugdaten bestimmte Umstände weiter hätten aufgeklärt werden können.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Aufklärungsmöglichkeiten bei einem Verkehrsunfall mit einem modernen Fahrzeug sind vielfältig und dazu gehört insbesondere das Auslesen der Daten aus einem sogenannten Event-Data-Recorder. Dieser speichert bei einem Unfallereignis mit einer ausreichenden schweren kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung fünf

**Einwand der Obliegenheitsverletzung**

**Arglist, um weitere Aufklärung zu seinem Nachteil zu verhindern**

**Nach Veräußerung des Kfz ins Ausland kein Gegenbeweis mehr möglich**

**Umfangreiche Daten im Event Data Recorder des Kfz**

Sekunden lang vor dem Verkehrsunfall das konkrete Fahrverhalten des Fahrzeugführers in Form des Lenkverhaltens und einem Abbremsen bzw. Beschleunigen des Fahrzeuges (vgl. dazu *Brockmann/Nugel* zfs 2016, 64). Auch wenn er durch das Auslesen der Fahrzeugdaten ggf. Umstände preisgeben muss, die auch zu seinem Nachteil bei der Feststellung des Versicherungsfalls gehen, erstreckt sich die Aufklärungsobliegenheit auch auf gerade solche Angaben zur Aufklärung eines Unfallgeschehens (vgl. BGH NJW-RR 2004, 1395; KG NJW-RR 2015, 92). Soweit erforderlich, kann der Betroffene hierbei auch unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes bzw. eines datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruches die Mithilfe des Fahrzeugherstellers einfordern (vgl. *Nugel* VRR 3/2017, S. 5 ff.). Zu diesem Zweck bietet sich die Einholung einer Einwilligungserklärung an, wenn der Versicherer diesbezüglich tätig und auch den Hersteller herantreten möchte (vgl. *Nugel* ZD 2019, 341).

Verweigert der VN das ihm ohne Weiteres zumutbare Auslesen der Fahrzeugdaten, läuft er Gefahr, eine Obliegenheitsverletzung wegen Verstoßes gegen die Aufklärungspflicht nach Ziffer E.1.3 AKB zu begehen. Dass eine solche Obliegenheitsverletzung arglistig erfolgt, liegt wie hier auf der Hand, wenn der VN selbst einräumt, dass durch das Auslesen der Fahrzeugdaten zum Zwecke der Unfallrekonstruktion sein Fahrverhalten auch umfänglich überprüft werden kann und er dies gerade verhindern möchte. Dabei genügt es auch für die Annahme einer arglistigen Obliegenheitsverletzung, dass hierdurch eine zeitnahe Auszahlung der begehrten Versicherungsleistung verzögert wird (vgl. LG Essen VRR 5/2018, S. 12 ff.). Ganz abgesehen davon, dass dem Kläger im vorliegenden Einzelfall auch der sogenannte Kausalitätsgegenbeweis nicht möglich gewesen ist, nachdem er das Fahrzeug ins Ausland veräußert hatte – im Rahmen dieses Gegenbeweises hätte es ihm aber obliegen, den diesbezüglichen Einwendungen der Beklagtenseite zu den Erkenntnissen aus dem Auslesen der Fahrzeugdaten wirksam entgegenzutreten und das Gegenteil zu beweisen (vgl. zu den Anforderungen OLG Celle VRR 5/2018, S. 8 ff.).

*Dr. Michael Nugel, RA und FA für VerkehrsR und VersR, Essen*

### **Fallrekonstruktion durch gespeicherte Daten einer LZA**

**(1) Bei einem streitigen Unfallhergang, welcher Fahrzeugführer bei Rot in die Kreuzung eingefahren ist, kann eine Unfallrekonstruktion bei einer modernen LZA dadurch erfolgen, dass die hinterlegten Kontaktdaten der Einfahrt der Fahrzeuge, die im Verkehrsrechner der Lichtsignalanlage gespeichert sind, ausgewertet werden.**

**(2) Wenn innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nur eine einzige Einfahrtssituation von Kfz mit diesen gespeicherten Daten mit den Geschwindigkeiten der beteiligten Fahrzeuge vereinbar ist, kann auf dieser Basis das Unfallgeschehen rekonstruiert werden.**

**(3) Der Fahrzeugführer, der bei Rot in den Kreuzungsbereich einfährt, haftet für diesen Schaden alleine und der andere unfallbeteiligte Fahrzeugführer darf auf sein Vorrangrecht vertrauen.**

**(4) Bei einer Prellung des Brustbeins, einer viertägigen stationären Behandlung und einer Minderung der Erwerbsfähigkeit für eine weitere Woche ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 500,00 EUR angemessen.**

*AG Velbert, Urt. v. 19.12.2019 – 11 C 183/18*

### I. Sachverhalt

Die Parteien stritten darüber, welcher Fahrzeugführer bei einer für ihn Rot anzeigenden Lichtzeichenanlage in den Kreuzungsbereich jeweils aus dem Querverkehr eingefahren ist, die Angaben der beteiligten Fahrzeugführer haben sich widersprochen. Es stand fest, dass der Verkehrsunfall sich zwischen 19:10 Uhr und 19:30 Uhr ereignet hatte und der vom Gericht eingeschaltete Sachverständige konnte bei der betroffenen modernen Lichtzeichenanlage auf gespeicherte Daten aus dem Rechner der Anlage zurückgreifen. Diese beruhen auf dem Überfahren einer Induktionsschleife bei den jeweiligen Zufahrten zum Kreuzungsbereich und wurden vom Rechner der Anlage erfasst. Anhand der Schäden an den Fahrzeugen konnte der Sachverständige eine Ausgangsgeschwindigkeit für das Klägerfahrzeug in der Größenordnung von ca. 28 km/h und eine Anprallgeschwindigkeit des Beklagtenfahrzeuges von ca. 18 km/h ermitteln. In der jeweiligen Fahrtrichtung der beteiligten Fahrzeuge konnte mit diesen Geschwindigkeiten nur bei einer einzigen für den Zeitraum des Verkehrsunfalls aufgezeichneten Konstellation eine entsprechende Einfahrt ohne Anhalten im Kreuzungsbereich ermittelt werden. Bei diesem Geschehen hatte für einen Fahrzeugführer die rote Lichtzeichenanlage bereits 20 Sekunden Rot angezeigt. Dass es sich hierbei um die Unfallkonstellation handelt, wird auch dadurch bestätigt, dass trotz grüner Lichtzeichenanlage sodann im Bereich der Induktionsschleife andere Fahrzeuge angehalten haben – dies nämlich deshalb, da die Einfahrt in den Kreuzungsbereich aufgrund des Unfalls nicht mehr angezeigt war.

### II. Entscheidung

Auf dieser Basis konnte sodann ein Rotlichtverstoß der auf der Beklagtenseite versicherten Fahrzeugführerin nachgewiesen werden. Dies führt nach der Bewertung des Tatrichters zu ihrer alleinigen Haftung, während zugunsten der klägerischen Fahrzeugführerin der Vertrauensgrundsatz eingreift und sie insb. auch keine Veranlassung hatte, bei der Einfahrt in den Kreuzungsbereich durch einen Blick in den Querverkehr zu überprüfen, ob dort auch die Rot anzeigende Lichtzeichenanlage eingehalten wird. Bei einer solchen Einfahrt in den Kreuzungsbereich konnte die klägerische Fahrzeugführerin eine Kollision durch eine rechtzeitige Reaktion nicht vermeiden.

Im Hinblick auf die Bemessung des Schmerzensgeldes ist aus Sicht des Gerichtes zu berücksichtigen, dass vorsorglich eine stationäre Behandlung wegen der Prellung im Bereich des Brustbeins stattgefunden hatte, allerdings eine weitergehende Beeinträchtigung lediglich durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für eine Woche belegt war und weitergehende Verletzungsfolgen weder dargelegt noch bewiesen wurden. Auf dieser Basis hält das Gericht ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 500 EUR für angemessen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Wenn keine unbeteiligten Zeugen vorhanden sind, geht ein Prozess bei einer Kollision im Kreuzungsbereich, bei welchem beide Fahrzeugführer behaupten, bei Grün eingefahren zu sein, häufig so aus, dass ein unaufklärbares Unfallgeschehen vorliegt und die jeweiligen Betriebsgefahren der beteiligten Fahrzeuge zu einer Haftung von 50 % führen (vgl. statt vieler: OLG Frankfurt, NJW-RR 2013, 664). Bei einem Verkehrsunfall im Bereich einer modernen Lichtzeichenanlage, die mit einem Verkehrsrechner ausgestattet ist und über eine Induktionsschleife Daten zu den Fahrzeugbewegungen der beteiligten Fahrzeuge bei der Einfahrt im Kreuzungsbereich speichert, ist jedoch eine weitergehende Aufklärung möglich: Wenn hier das Unfallgeschehen zeitlich

**LZA speichert über Induktionsschleife erfasste Einfahrten**

**Alleinige Haftung aufgrund Rotlichtverstoß**

**500 EUR Schmerzensgeld bei zweiwöchigen Beeinträchtigungen**

**Unfallrekonstruktion auf Daten aus LZA Rechner erweitern**

eingegrenzt werden kann und anhand der weiteren Parameter – so im vorliegenden Fall der Geschwindigkeit der Fahrzeuge – der genaue Unfallzeitpunkt ermittelt werden kann, dann kann mit den so abgespeicherten Daten ggf. eine weitergehende Aufklärung erreicht werden. Dies führt dann zu dem Nachweis eines Rotlichtverstoßes für einen der beteiligten Fahrzeugführer, wenn wie hier die Lichtzeichenanlage ordnungsgemäß funktioniert hat. Diese Aufklärungsmöglichkeit sollte bei Prozessen in vergleichbaren Fällen entsprechend beachtet werden (vgl. hierzu *Dembsky/Nugel* DAR 2017, 724). Konsequentermaßen liegt dann die Haftungsquote des bei Rot einfahrenden Fahrzeugführers bei 100 %, während der Querverkehr auf die Einhaltung seines Vorfahrtsrechts bei grüner LZA vertrauen darf und insb. nicht überprüfen muss, ob der wartepflichtige andere Kfz-Führer seinerseits bei Rot anhält (LG Dortmund VRR 2014, 242).

*Dr. Michael Nugel, RA und FA für VerkehrsR und VersR, Essen*

### *Verkehrsstrafrecht*

#### **Strafzumessung bei vorwerfbar selbst herbeigeführter Trunkenheit**

**Bei vorwerfbar selbst herbeigeführter Trunkenheit kann die dadurch bedingte Enthemmung nicht als strafmildernder Umstand einer hierauf basierenden fahrlässigen Tötung gewertet werden. Daneben kommt dem Umstand, dass der Täter in dem Bewusstsein, im Anschluss noch ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen, Alkohol konsumiert hat (sog. Trinken in Fahrbereitschaft), eigenständige strafscharfende Bedeutung zu.**

**(Leitsatz des Gerichts)**

***OLG Celle, Urt. v. 9.12.2019 – 3 Ss 48/19***

#### **I. Sachverhalt**

Im Berufungsverfahren hat das LG den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt. Der Angeklagte führte seinen Pkw nach einem Fußballspiel und dem Konsum von Bier mit seinem „guten Fußballfreund“ D.T. als Beifahrer. Aufgrund „seiner Alkoholisierung und der dadurch bedingten Enthemmung und Selbstüberschätzung“ kam das Fahrzeug in einer langgezogenen Kurve infolge der überhöhten Geschwindigkeit nach links von der Fahrbahn ab und überschlug sich. Der Angeklagte hatte zu diesem Zeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 0,88 Promille. D.T. verstarb an den Verletzungsfolgen, der Angeklagte wurde schwer verletzt. Die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Revision der StA war erfolgreich.

#### **II. Entscheidung**

Die Strafzumessung weist durchgreifende Rechtsfehler auf. Die Zumessungserwägungen seien in sich fehlerhaft, weil das LG die alkoholintoxikationsbedingte Enthemmung des Angeklagten als einen bestimmenden Strafmilderungsgrund gewertet hat. Hierin liege ein durchgreifender Wertungswiderspruch zu den getroffenen Feststellungen. Denn danach habe das LG gerade in der „Alkoholisierung und der dadurch bedingten Enthemmung und Selbstüberschätzung“ die Ursache für das Fahrverhalten des Angeklagten, welches den Unfall und den Tod des Beifahrers zur Folge hatte, mithin einen die Schuld des Angeklagten begründenden Umstand erkannt. Dabei

**Alkoholkonsum trotz  
Fahrbereitschaft**

**Trunkenheit nicht zugleich  
schuld begründend und  
-mindernd**

könne es dahingestellt bleiben, ob mit dieser Strafzumessungserwägung zugleich auch gegen das Doppelverwertungsverbot nach § 46 Abs. 3 StGB verstoßen worden ist.

Denn rechtsfehlerhaft sei ihre strafmildernde Berücksichtigung jedenfalls deshalb, weil der Angeklagte diesen Zustand vorwerfbar selbst herbeigeführt hat und dies zudem in dem Bewusstsein, dass er im Anschluss noch sein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr führen wird (sog. Trinken in Fahrbereitschaft). Indem das LG dies außer Acht gelassen hat, habe es nicht nur einen schuld begründenden Umstand in sich widersprüchlich strafmildernd gewertet, sondern zugleich wesentliche schulderhöhende Umstände nicht in seine Strafzumessungserwägungen einbezogen. Nach der Entscheidung des Großen Senats des BGH (BGHSt 62, 247 = NJW 2018, 1180 m. Anm. *Jahn*) stelle das selbstverantwortliche Sich-Betrinken des Täters vor der Tat für sich allein einen schulderhöhenden Umstand dar, der sowohl bei der Entscheidung über die Strafrahmenverschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB als auch im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne berücksichtigt werden darf, ohne dass dies von einzelfallbezogenen Feststellungen dazu abhängig ist, ob sich aufgrund der jeweiligen persönlichen oder situativen Verhältnisse das Risiko der Begehung von Straftaten infolge der Alkoholisierung für den Täter vorhersehbar signifikant erhöht hatte. Durch den Alkoholmissbrauch versetze sich der Sich-Betrinkende in einen Zustand, der durch Enthemmung, Verminderung von Einsichts- und Urteilsvermögen sowie Verschlechterung von Körperbeherrschung und Reaktionsfähigkeit gekennzeichnet ist. Das so beschriebene dem Alkoholkonsum selbst innewohnende Risiko zähle zum Allgemeinwissen und sei selbst Menschen von geringer Lebenserfahrung in aller Regel bekannt. Geht jemand dieses allgemeinkundige Risiko einer Alkoholintoxikation vorwerfbar ein, seien bereits allein dadurch das Handlungsunrecht seiner begangenen Tat sowie die Tatschuld signifikant erhöht (BGH a.a.O.). Dies greife auch bei Straftaten aufgrund von alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit nach §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a und 316 StGB. Der Schuldumfang bestimme sich in derartigen Fällen auch danach, ob der Täter im Zeitpunkt der Alkoholaufnahme wenigstens damit rechnen musste, dass er noch ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr führen werde, ob er also in Fahrbereitschaft den Alkohol getrunken hat (*Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn 606). Dies gelte schon im Falle der Verurteilung wegen einer folgenlosen Trunkenheitsfahrt, sei aber erst recht von Bedeutung, wenn es infolge der trunkenheitsbedingten Fahruntüchtigkeit zu einem Verkehrsunfall gekommen ist (OLG Köln StV 2010, 527 = VRR 2009, 390 [*Burhoff*]).

### III. Bedeutung für die Praxis

Das hier relevante Trinken in Fahrbereitschaft ist ein Unterfall der vorverschuldeten, selbst zu verantwortenden Trunkenheit. Vorrangig ist das bei der Anwendung der fakultativen Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB von Bedeutung. Zu dieser Frage verhält sich auch die genannte Entscheidung des GrS des BGH (krit. dazu *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 21 Rn 29). Das OLG Celle zeigt überzeugend auf, dass dies auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne bei Trunkenheitsfahrten nach §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, 316 StGB und einer fahrlässigen Tötung bei einem alkoholbedingten Verkehrsunfall eine strafscharfende Rolle spielen kann (vgl. a. *Fischer*, § 315b Rn 54).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

**Vorwerfbar Trunkenheit  
herbeigeführt (Trinken in  
Fahrbereitschaft)**

**Trinken in Fahrbereitschaft  
kann strafscharfend wirken**

### **Pflichtverteidiger bei Kampf um Beweisverwertungsverbot**

**Es liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO aufgrund schwieriger Rechtslage vor, wenn sich Fallgestaltungen die Frage aufdrängt, ob ein Beweisergebnis einem Verwertungsverbot unterliegt, was auch hinsichtlich der Frage der Verwertung einer Wahllichtbildvorlage gilt.**

**(Leitsatz des Verfassers)**

**LG Schwerin, Beschl. v. 5.3.2020 – 33 Qs 11/20**

#### **I. Sachverhalt**

Das AG hat gegen den Angeklagten einen Strafbefehl wegen fahrlässiger Körperverletzung, unerlaubten Entfernens vom Unfallort und vorsätzlichen Führens eines Kraftfahrzeuges ohne die erforderliche Erlaubnis erlassen. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, als Führer eines Pkw ohne im Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis gefahren und aus Unachtsamkeit an einer Lichtzeichenanlage auf einen dort verkehrsbedingt haltenden Pkw S aufgefahren zu sein. Anschließend sei der Angeklagte ausgestiegen, habe sich den Schaden angesehen und habe der Geschädigten gegenüber geäußert, dass kein Schaden entstanden sei. Tatsächlich sei am Pkw der Geschädigten aber ein Schaden von 3.011,54 EUR entstanden und die Geschädigte habe unfallbedingte Nackenschmerzen erlitten. Sodann habe der Angeklagte in Kenntnis des verursachten Unfallschadens sowie in Kenntnis der nicht vorhandenen Fahrerlaubnis seine Fahrt fortgesetzt.

Gegen den Strafbefehl hat der Angeklagte Einspruch eingelegt. Sein (Wahl-)Verteidiger hat beantragt, ihn als Pflichtverteidiger beizuordnen. Die Rechtslage sei schwierig, da die Frage der Verwertbarkeit einer von den Ermittlungsbehörden durchgeführten Wahllichtbildvorlage geprüft werden müsse. Das AG hat die Bestellung abgelehnt. Das LG hat auf die sofortige Beschwerde des Angeklagten den Pflichtverteidiger bestellt.

#### **II. Entscheidung**

Das LG bejaht einen Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO aufgrund der schwierigen Rechtslage. Diese sei dann gegeben, wenn es bei der Anwendung des materiellen oder formellen Rechts auf die Entscheidung nicht ausgetragener Rechtsfragen ankomme, oder wenn die Subsumtion voraussichtlich aus sonstigen Gründen Schwierigkeiten bereiten werde. Hiervon umfasst seien auch Fälle, in denen sich die Frage aufdrängt, ob ein Beweisergebnis einem Verwertungsverbot unterliege (vgl. OLG Brandenburg NJW 2009, 1287 = StRR 2009, 82 [Ls.] = VRR 2009, 83 [Ls.]). Maßgeblich sei insoweit nicht, ob tatsächlich von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen ist. Ausreichend sei vielmehr, dass die Annahme eines Verwertungsverbot ernsthaft in Betracht kommt (LG Hannover, StRR 3/2017, 13 = VRR 5/2017, 15; LG Köln StraFo 2016, 341 = StRR 12/2016, 14).

Hier bestehe die Möglichkeit, dass hinsichtlich der durchgeführten Wahllichtbildvorlage ein Beweisverwertungsverbot greifen könnte. Die Personen auf den Vergleichsbildern müssen in den wesentlichen Vergleichsmerkmalen des äußeren Erscheinungsbildes übereinstimmen, wie z.B. Haar- und Barttracht, Kleidung etc. (*Burhoff* in: *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 2231). Nach Aktenlage dürfte – so das LG – die Wahllichtbildvorlage diesen Vorgaben nicht entsprechen, da sich die Aufnahme des Angeklagten von den sonst verwendeten Aufnahmen in Bezug auf Haartracht und Kleidung abhebt. Eine

**U.a. unerlaubtes Entfernen vom Unfallort**

**Wahllichtbildvorlage im Streit**

**schwierige Rechtslage**

**könnte Beweisverwertungsverbot greifen**

Darlegung des Sachverhalts und die Berufung auf die beschriebenen eventuellen Beweisverwertungsverbote sei dem rechtsunkundigen Angeklagten kaum möglich. Es bedürfe weiterhin der Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Berufen auf ein Beweisverwertungsverbot verfahrenstaktisch sinnvoll sei. Hierfür sei es erforderlich, Rücksprache mit einem Rechtsanwalt zu halten. Zudem können die insofern relevanten Rechtsfragen regelmäßig nur nach vollständiger Aktenkenntnis beurteilt werden.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Auf den ersten Blick nicht unbedingt eine Entscheidung, über die man besonders berichten müsste. Denn sie führt hinsichtlich des Merkmals „Schwierigkeit der Rechtslage“ in § 140 Abs. 2 StPO die zum alten Recht vorliegende Rechtsprechung fort (vgl. dazu auch *Burhoff*, EV, Rn 3164 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung. Ich weise aber deshalb auf die Entscheidung hin, weil sie mit dem Satz schließt: „Überdies wird auch aus der jüngsten Umsetzung der sog. PKH-Richtlinie (EU-RL 2016/11919) deutlich, dass der Gesetzgeber das Institut der Pflichtverteidigung stärken will.“ Das kann man nur unterstreichen und hoffen, dass die Gerichte diese Intention des Gesetzgebers bei der Auslegung der neuen Vorschriften im Auge behalten (zum neuen Recht *Hillenbrand* StRR 2/2020 4 und StRR 3/2020, 4).

2. Für das Verfahren gilt: Sollte das AG die Erkenntnisse aus der Wahllichtbildvorlage verwerten, muss der Verteidiger dem widersprechen (vgl. dazu *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 3340 ff.). Soll die Geschädigte ggf. als Zeugin vernommen werden, spielen, wenn sie den Angeklagten erneut identifizieren sollte, die mit dem sog. wiederholten Wiedererkennen zusammenhängenden Fragen eine Rolle (vgl. dazu *Burhoff*, EV, Rn 2241 und *Burhoff*, HV, Rn 1821 ff.).

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

### Ordnungswidrigkeitenrecht

#### Regelfahrverbot: Fahrt mit fremdem Fahrzeug

**1. Die Vorbewertung des Ordnungsgebers, der in § 4 Abs. 1 BKatV bestimmte Verhaltensweisen als grobe Pflichtverletzungen ansieht, bei denen regelmäßig die Anordnung eines Fahrverbotes in Betracht kommt, ist auch von den Gerichten zu beachten. Von einem derartigen Regelfahrverbot kann daher nur bei erheblichen Abweichungen gegenüber dem Normalfall oder bei Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte abgesehen werden.**

**2. Macht der Betroffene geltend, aufgrund einer Fahrt mit einem ihm fremden Fahrzeug eine Beschränkung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit verkannt zu haben, scheidet eine Ausnahme von einem an sich verwirkten Regelfahrverbot aufgrund besonderer Tatumstände, insbesondere die Anerkennung eines privilegierenden sog. Augenblicksversagens, regelmäßig aus (Anschl. an OLG Bamberg DAR 2012, 528 = VRR 2012, 351 [Deutscher]).**

(Leitsätze des Gerichts)

*BayObLG, Beschl. v. 17.9.2019 – 201 ObOWi 1580/19*

I. Sachverhalt

Intention des Gesetzgebers

Verfahrensrechtliches

Das AG hat den Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit verurteilt, von der indizierten Anordnung des Regelfahrverbots aber u.a. abgesehen, weil der Betroffene einem Augenblicksversagen unterlegen sei, da er nicht widerlegbar am Tagtag erstmals mit einem anderen Dienstwagen (7er BMW) auf der an der Messstelle gut ausgebauten Bundesstraße unterwegs gewesen sei und seine Geschwindigkeit (leicht fahrlässig) falsch eingeschätzt habe. Die Rechtsbeschwerde des StA war erfolgreich.

### II. Entscheidung

Auf der Grundlage der im Leitsatz 1 aufgeführten Überlegungen hat das BayObLG die Begründung des AG zum Absehen vom Regelfahrverbot wegen Augenblicksversagens als nicht hinreichend angesehen. Wie der Tatrichter im Ansatz zutreffend erkennt, könne einem Kfz-Führer das für ein Fahrverbot erforderliche grob pflichtwidrige Verhalten dann nicht vorgeworfen werden, wenn der Grund für die von ihm begangene erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitung darin liegt, dass er das die Höchstgeschwindigkeit begrenzende Zeichen nicht wahrgenommen hat, es sei denn, gerade diese Fehlleistung beruhe ihrerseits auf grober Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit. Das Maß der Pflichtverletzung hänge davon ab, wie sehr dem Betroffenen das Übersehen des Schildes zum Vorwurf gereicht (BGHSt 43, 241 = NJW 1997, 3252). Mit der Möglichkeit eines Übersehens eines die Geschwindigkeit beschränkenden Verbotsschildes müsse sich der Tatrichter aber nur dann auseinandersetzen, wenn hierfür konkrete Anhaltspunkte bestehen oder der Betroffene sich hierauf beruft. Soweit der Tatrichter in diesem Zusammenhang darauf abstellt, dass der Betroffene nicht widerlegbar das erste Mal mit einem „7er BMW“ unterwegs war, vermöge dieser Umstand das Absehen von einem Regelfahrverbot nicht zu rechtfertigen. Der Tatrichter habe bereits nicht festgestellt, welche Art von Fahrzeug der Betroffene üblicherweise benutzt. Darüber hinaus vermöge es einen Betroffenen regelmäßig auch nicht zu entlasten, wenn er eine Geschwindigkeitsüberschreitung mit einem ihm unbekanntem Fahrzeug verübt. Vielmehr erfordere eine solche Situation im besonderen Maße die Aufmerksamkeit eines Betroffenen und vermöge ein sog. Augenblicksversagen nicht zu begründen (OLG Bamberg DAR 2012, 528 = VRR 2012, 351 [Deutscher]).

### III. Bedeutung für die Praxis

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Berufung auf ein Augenblicksversagen mit der Begründung, die Nutzung des geführten Kfz sei ungewohnt gewesen, nicht zum Erfolg führt. Das gilt für eine Probefahrt mit einem unbekanntem und ungewohnten Fahrzeug (OLG Bamberg a.a.O.), aber auch bei Nutzung eines Mietwagens (BayObLG NZV 2001, 135 = DAR 2001, 173) oder eines erst seit einer Woche gefahrenen Fahrzeugs (OLG Frankfurt/Main DAR 2002, 82). Das wird hier vom BayObLG bekräftigt (näher zum Augenblicksversagen Burhoff/Deutscher, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2018).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

**Verstoß mit fremden Kfz...**

**...führt regelmäßig nicht zum Wegfall des Fahrverbots**

**Gängige Rechtsprechung**

### Verwertbarkeit einer „freiwillig“ abgegebenen Blutprobe nach willkürlich fehlerhafter Belehrung

1. Es stellt eine verbotene Vernehmungsmethode i.S.v. §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a StPO, 41 Abs. 1 OWiG dar, wenn der Betroffene, bei dem aufgrund stark erweiterter Pupillen ohne Reaktion und starkem Lidflattern nach Anhalten des von ihm geführten Pkw im grenznahen Gebiet zu den Niederlanden durch den Polizeibeamten der Anfangsverdacht für eine Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 StVG bestand, ohne vorangegangene Belehrung zunächst befragt wird, „ob er etwas genommen habe“. Bei dieser Sachlage hatte der Betroffene bereits den Status eines solchen und es war eine Vernehmungssituation gegeben. Der Betroffene ist qualifiziert darüber zu belehren, dass seine früheren Angaben nicht verwertbar sind.

2. Die Ergebnisse der trotz fehlerhafter Belehrung „freiwillig“ abgegebenen Blutprobe unterliegen keinem Beweisverwertungsverbot.

3. Selbst wenn man eine Fernwirkung – noch dazu im Ordnungswidrigkeitenrecht – bejahen wollte, so fehlt es an der Kausalität des nicht unbedeutenden Verstoßes für die Überführung des Betroffenen. Denn aufgrund der Umstände, die den Anfangsverdacht begründeten, wäre auch nach ordnungsgemäßer Belehrung und jeglicher Verweigerung von Angaben und Mitwirkung des Betroffenen eine Blutentnahme rechtmäßig gemäß § 46 Abs. 4 S. 2 OWiG angeordnet worden, deren Ergebnis hätte verwertet werden dürfen.

(Leitsätze des Verfassers)

*OLG Hamm, Beschl. v. 31.3.2020 – III-4 RBs 114/20*

#### I. Sachverhalt

Der Betroffene wurde vom AG wegen fahrlässigen Führens eines Kfz unter Wirkung des berauschenden Mittels Cannabis (THC >>20 ng/ml) zu einer Geldbuße i.H.v. 500 EUR verurteilt; §§ 24a Abs. 2, 3 StVG. Darüber hinaus wurde dem Betroffenen für die Dauer von einem Monat verboten, Kfz jeder Art im öffentlichen Straßenverkehr zu führen.

Das OLG Hamm hatte über die Rechtsbeschwerde des Betroffenen zu entscheiden, in der u.a. die Verwertung von Beweisen gerügt wurde, die aufgrund fehlender bzw. fehlerhafter Betroffenenbelehrung einem Verwertungsverbot unterliegen sollen. Neben der fehlenden bzw. fehlerhaften Belehrung rügte die Rechtsbeschwerde, dass auch die angeblich freiwillig gewonnene Blutprobe unverwertbar sei – da aufgrund falscher Belehrung sämtliche Einwilligungen des Betroffenen in Drogenvor-test und Blutprobenentnahme unter rechtswidrigen Umständen gewonnen wurden. Ggf. sei dies unter dem Gesichtspunkt der Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots zu berücksichtigen.

Die Tatrichterin hatte u.a. folgende Feststellungen getroffen:

„Am 21.12.2018 befuhr der Betroffene um 23.00 Uhr mit dem Pkw (...) in V. die K-Straße. Zu diesem Zeitpunkt stand der Betroffene unter Cannabiswirkung. Nach einem positiv auf THC/Marihuana ausgefallenen Drogenvor-test wurde dem Betroffenen (...) um 23.27 Uhr eine Blutprobe entnommen, in der ein vorausgegangener Cannabiskonsum durch den Nachweis von THC festgestellt wurde.(...) In der unter-

**Verurteilung wegen Führens eines Kfz unter Einwirkung von Cannabis**

**Rechtsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Beweisverwertungsverbot**

**Feststellungen des AG**

suchten Probe des Betroffenen konnte das THC in einer Konzentration von >> 20 ng/ml (höchster Kalibrator) nachgewiesen werden. Vorliegende Feststellungen beruhen auf der von dem Verteidiger für den Betroffenen abgegebenen Einlassung, dem Gutachten des Dr. HK und des Prof. HP (...), der polizeilichen Anzeige, dem Beiblatt zur Entnahme einer ärztlichen Blutprobe gemäß § 81a StPO sowie dem ärztlichen Bericht und der Aussage der Zeugen POK K und POK ML. Der Betroffene hat sich dahingehend eingelassen, zum Tatzeitpunkt Fahrer des genannten Fahrzeugs gewesen zu sein. Weitere Angaben hat er nicht gemacht. (...)

Der Verteidiger hat der Vernehmung der Zeugen POK K und POK ML mit der Begründung widersprochen, dass ihre Aussagen einem Beweisverwertungsverbot unterlägen, da eine Belehrung des Betroffenen nicht erfolgt sei.

Die Zeugen POK K und POK ML haben ausgesagt, den Betroffenen im Rahmen einer Fahrzeug-/Personenkontrolle angehalten zu haben, da er den Ortsbereich mit augenscheinlich hoher Geschwindigkeit befuhr.

Der Zeuge POK K, der seiner Aussage zufolge das Gespräch mit dem Betroffenen geführt hat, hat ausgesagt, standardmäßig den Betroffenen einer Ordnungswidrigkeit zu belehren. An die genaue Belehrungssituation vermochte sich der Zeuge POK K nicht mehr zu erinnern. In der Hauptverhandlung vom 16.9.2019 hat der Zeuge POK K insoweit ausgesagt, dass es praxistauglicher sei, die an der grünen Grenze [zu den Niederlanden – Anm.d.V.] Kontrollierten zunächst zu fragen, ob sie „etwas genommen hätten“. Nach Bestätigung würde ihnen gesagt, dass sie sich nicht selbst zu belasten haben. Die Belehrung erfolge dann. Belehrt würde – wie sich auch aus der Ordnungswidrigkeitenanzeige, die in der Hauptverhandlung verlesen wurde, (...) – aber immer. Insoweit würde ein Beweisverwertungsverbot vorliegen, wenn der Betroffene ohne Belehrung Angaben zur Sache gemacht hätte. Diese Angaben dürfen nicht verwertet werden. Vorliegend hat der Betroffene jedoch keine Angaben zur Sache gemacht. Der Betroffene hat vor Ort freiwillig einen Drogentest, der positiv auf THC/Marihuana verlief, durchgeführt. Dieser Drogenvortest wurde ihm von dem Zeugen POK K angeboten, da sich nach dessen Angaben der Verdacht ergeben habe, dass der Betroffene unter Einwirkung berauschender Mittel gestanden habe. So seien durch ihn stark erweiterte Pupillen ohne Reaktion und starkes Lidflattern festgestellt worden, was ein Hinweis auf Rauschmittel sein könne. Nachdem der vor Ort durchgeführte Drogenvortest positiv verlaufen ist, sei dem Betroffenen vor Ort durch den Zeugen POK K mitgeteilt worden, dass nunmehr eine Blutprobe entnommen werden müsse, um den Verdacht einer Fahrt unter Einwirkung berauschender Mittel gerichts-fest zu machen. Er sei dabei darauf hingewiesen bzw. belehrt worden, dass er sich diesem Bluttest freiwillig unterziehen könne, andernfalls die Entnahme einer Blutprobe durch ihn – den Zeugen POK K – angeordnet würde. Der Betroffene habe sich daraufhin freiwillig mit einer Blutprobe einverstanden erklärt. Dabei sei er nach dem Beiblatt zur Entnahme einer Blutprobe gem. § 81a StPO über seine Rechte als beschuldigter Betroffener belehrt worden. Diese Belehrung habe er auch verstanden.

Bei dieser Sachlage besteht keinerlei Anlass, sowohl die Aussage des Zeugen POK K, als auch die Aussage des Zeugen POK ML, der allerdings zum Umfang der Belehrung bzw. zum Zeitpunkt der Belehrung keinerlei Angaben machen konnte (...) nicht zu verwerten.

Es haben sich objektive Anhaltspunkte für eine Fahrt unter Rauschmitteln gezeigt, nämlich die stark erweiterten Pupillen ohne Reaktion und ein starkes Lidflattern. Selbst wenn der Betroffene einen Drogenvortest und die Blutabnahme verweigert hätte, wäre bei dieser Sachlage eine Anordnung der Blutprobe durch den POK K nach

### Bekundungen der Polizeibeamten

### Verwertung

§ 81a StPO möglich und auch erforderlich gewesen. Nur dann, wenn der Betroffene sich vor einer Belehrung selbst belastet hätte, wäre die Einlassung nicht zu verwerten gewesen. Eine solche Einlassung ist nicht gemacht worden. Es besteht kein Anlass, an den glaubhaften Aussagen der glaubwürdigen Zeugen POK K und POK ML zu zweifeln. Unabhängig davon, wann genau wie die Belehrung stattgefunden hat, lagen objektive Anhaltspunkte für die Anordnung einer Blutprobe vor. Ein Beweisverwertungsverbot besteht damit nicht.“

### II. Entscheidung

Das OLG Hamm führt insb. zur Frage eines Beweisverwertungsverbots, der Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung und der Problematik der Fernwirkung auf die Verwertbarkeit der Blutprobe aus:

Die Rüge der unzulässigen Verwertung „sämtlicher gewonnener Beweismittel“ wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus §§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO, 46 Abs. 1 OWiG sei unbegründet. Zuzugeben sei der Rechtsbeschwerde, dass es gegen §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a StPO, 41 Abs. 1 OWiG verstoße, wenn der Betroffene, bei dem aufgrund stark erweiterter Pupillen ohne Reaktion und starkem Lidflattern nach Anhalten des von ihm geführten Pkw im grenznahen Gebiet zu den Niederlanden durch den Zeugen POK K der Anfangsverdacht für eine Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 StVG bestand, ohne vorangegangene Belehrung zunächst befragt wird, „ob er etwas genommen habe“. Bei dieser Sachlage hatte der Betroffene bereits den Status eines solchen und es war eine Vernehmungssituation gegeben. Es sei nicht ersichtlich, dass der Betroffene im vorliegenden Fall, insbesondere nicht vor Einholung seiner Zustimmung zum „freiwilligen“ (Anführungszeichen wurden durch das OLG selbst verwendet!) Drogentest oder später qualifiziert belehrt worden sei. Einen Hinweis auf die Unverwertbarkeit früherer Angaben habe er also nicht erhalten. Vielmehr sei bloß eine einfache Belehrung nach dem Drogenvortest erfolgt. Sodann sei er belehrt worden, dass er sich freiwillig einer Blutentnahme unterziehen, anderenfalls selbige durch den Polizeibeamten angeordnet würde.

Dieses Vorgehen der Polizei führe jedoch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot „sämtlicher gewonnener Beweismittel“. Eine Aussage des Betroffenen über das Einräumen seiner Fahrereigenschaft in der Hauptverhandlung sei im angefochtenen Urteil nicht verwertet worden. Eine Aussage gegenüber den Polizeibeamten in der Anhaltesituation gebe das Urteil nicht wieder. Der in der Beweiswürdigung niedergelegte Ablauf (Anhalten; Befragung, ob der Betroffene „etwas genommen habe“; im Falle der Bejahung Angebot eines freiwilligen Drogenschnelltests) lege aber nahe, dass der Betroffene die Frage nach der Einnahme von Betäubungsmitteln bejaht habe. Ansonsten wäre es nicht zum Drogenschnelltest gekommen. Diese Angaben seien im angefochtenen Urteil ebenfalls nicht verwertet worden. Aus der Rügebegründung und dem ärztlichen Bericht ergebe sich, dass der Betroffene die ärztliche Untersuchung anlässlich der Blutprobenentnahme verweigert habe.

Ob über die Unverwertbarkeit der Angaben des nicht ordnungsgemäß belehrten Betroffenen hinaus ein Beweisverwertungsverbot Fernwirkung bezüglich anderer Beweismittel gelte, hier insbesondere des Ergebnisses der Blutprobe, der sich der Betroffene „freiwillig“ (Anführungszeichen durch OLG!) unterzogen habe, sei umstritten (vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl., § 136 Rn 22). Selbst wenn man eine solche Fernwirkung – noch dazu im Ordnungswidrigkeitenrecht – bejahen wollte, so ließe sich eine allgemeingültige Regel, wann ein Beweisverwertungsverbot über das unmittelbar gewonnene Beweisergebnis hinausreicht und wo seine Grenzen zu ziehen sind, nicht aufstellen. Die Grenzen richten sich nicht nur nach der Sachlage und Art

**OLG bestätigt Fehler bei der Belehrung des Betroffenen**

**Fernwirkung auf weitere Beweismittel abgelehnt**

und Schwere des Verstoßes. Es sei auch die Kausalität der unzulässig erlangten Erkenntnisse für die weiteren Ermittlungen und die schließliche Überführung des Betroffenen von Bedeutung (vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 10.10.1994 – SS 371/94 – juris; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07 – juris).

Der hier gerügte Verstoß habe ein nicht unbedeutendes Gewicht. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass es sich bei dem unzulässigen Vorgehen nach den Urteilsfeststellungen offenbar um eine gängige Praxis des als Zeugen vernommenen Polizeibeamten handle. Demgegenüber stehe jedoch, dass es vorliegend „nur“ (Anführungszeichen durch OLG!) um die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (wenn auch mit der Konsequenz eines Fahrverbots und einer erheblichen Geldbuße) ginge. Eine Kausalität des Verstoßes gegen die Belehrungspflicht sei aber zu verneinen. Angesichts der Umstände, die den Anfangsverdacht begründeten, wäre auch nach ordnungsgemäßer Belehrung und jeglicher Verweigerung von Angaben und Mitwirkung des Betroffenen eine Blutentnahme rechtmäßig gem. § 46 Abs. 4 S. 2 OWiG angeordnet worden, deren Ergebnis hätte verwertet werden dürfen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Mandanten berichten häufig von unterbliebenen, falschen bisweilen sogar obskuren Belehrungsformeln in Verkehrskontrollen. Nachweisen lässt sich dies selten so eindeutig, wie in diesem Fall. Der Polizeizeuge hatte unumwunden seine gängige, bewusst rechtswidrige Belehrungspraxis vor Gericht geschildert. In der Hauptverhandlung wurden die Regelungen der Strafprozessordnung durch den Polizeibeamten als „nicht praxistauglich“ bezeichnet. Würde man direkt belehren, würde keiner mehr etwas sagen.

Der Fall hätte sich geeignet, durch das OLG Hamm klare Kante gegen eine willkürliche Aushebelung der Betroffenenrechte im Ordnungswidrigkeitenverfahren zu zeigen. Es lag allerdings nahe, dass das Gericht nicht die Tür aufstoßen wird zur Bejahung der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten – die in Deutschland bekanntlich bisher der bloße Wunschtraum von Literaturmeinungen ist.

Dieser Fall zeigt, warum diese Fernwirkung zumindest in Einzelfällen dem Schutz des Rechtsstaats dient: Ein Polizeizeuge hatte unumwunden seine rechtswidrige Praxis eingeräumt. Das OLG setzt ein Signal: Belehrt ruhig grob falsch – wir schützen die darauf gestützten Ergebnisse so gut es geht. Zumindest solange noch aufgrund anderer Anhaltspunkte eine Blutprobenentnahme hätte angeordnet werden dürfen (fehlende Kausalität der unzulässig erlangten Erkenntnisse für die weiteren Ermittlungen bzw. die Überführung).

In diesem Zusammenhang sollten jedoch Juristen hinsichtlich angeblich objektiver Anhaltspunkte für Drogenkonsum die nicht-deliktischen Erklärungsansätze im Blick haben:

- das Lidflattern (oder Augenlidzucken) kann harmlose Ursachen haben, wie z.B. Stress, bloße Nervosität, Augenermüdung durch Arbeit am Bildschirm, Mineralstoffmangel, Bindehautentzündung und Bluthochdruck; schätzungsweise jeder Zweite hat schon unter Lidflattern gelitten. Eine simple google-Suche führt zu seriösen Quellen.
- Verzögerte Pupillenreaktionen können ebenso nicht-deliktische, medizinische Ursachen haben; gerötete Augenränder – zumal in Grippezeiten – erst recht.

Der Verfasser dieses Beitrags hat erst kürzlich aus der Mandantschaft gehört, dass ein früher durch Betäubungsmittel am Steuer auffälliger Verkehrsteilnehmer bei einer

**Kein Zeichen gegen bewusst rechtswidrige Belehrungspraxis gesetzt**

allgemeinen Verkehrskontrolle „pinkeln musste“. Warum „musste“? Die Polizeibeamten kannten ihn vom früheren Verstoß gegen § 24a Abs. 2 StVG. Wegen – Oh, Wunder! – angeblichen Lidflatterns und geröteter Augen wurde ihm wieder ein „freiwilliger“ Drogenschnelltest angeboten; unter Hinweis auf die anderenfalls erfolgende Mitnahme zur Blutprobe auf der Polizeiwache. Der Betroffene befindet sich im nachweislich erfolgreich laufenden Abstinenzkontrollprogramm. Um in einer unsäglichen Beweislastumkehr seine Unschuld zu beweisen und die Anordnung einer zwangsweisen Blutprobenentnahme zu verhindern, „musste“ er „pinkeln“. Es lässt sich nicht erahnen, wie viele Fahrzeugführer, die in ein bestimmtes (Konsumenten-)Schema oder die Laune der Polizeibeamten passen, täglich aufgrund solcher „objektiver Anhaltspunkte“ schutzlos dem Vorwurf ausgeliefert sind. Denn wie oft angebliches „Lidflattern“ und „verzögerte Pupillenreaktionen“ zu negativen Drogenschnelltests und Blutprobenergebnissen führen, dürfte nirgends dokumentiert sein.

Immerhin lässt sich aus der Entscheidung des OLG Hamm noch der Schluss ziehen, dass es bei Belehrungsverstößen das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung verlangt. Unterliegen frühere Angaben des Betroffenen aufgrund eines Verstoßes gegen die Belehrungspflichten einem Verwertungsverbot, bedarf es vor der weiteren Vernehmung über die § 55 Abs. 2, § 136 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 46 Abs. 1 StPO hinaus einer qualifizierten Belehrung, in der er auf die Unverwertbarkeit des bislang Gesagten ausdrücklich hingewiesen wird. Allerdings führt der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nicht zwingend zu einem Verwertungsverbot. Nach Auffassung des BGH komme dieser Belehrung im Vergleich zur der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO weniger Gewicht bei. Die Verwertbarkeit sei daher durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln (vgl. *Burhoff/Gieg/Gübner/Niehaus/Stephan* in: Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2017, B, Rn 440). Nach dieser Rechtsprechung müsste am Ende des Abwägungsprozesses in aller Regel vieles für die Unverwertbarkeit des Beweismittels sprechen. Denn das wesentliche Kriterium für die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel soll das „Gewicht des staatlichen Verfolgungsinteresses“ sein, das wiederum vom Gewicht der begangenen Tat abhängt (*Burhoff/Gieg/Gübner/Niehaus/Stephan* in: Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2017, B, Rn 608). Dies dürfte kaum geringer sein, als bei bloßer Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten.

Die Entscheidung zeigt dennoch: Sogar das bestätigte Erfordernis einer qualifizierten Belehrung schützt nicht vor Willkür der Strafverfolgungsbehörden – wenn am Ende nicht zwingend deliktisch hervorgerufene körperliche Anzeichen für die erzwungene Blutprobe genügt hätten und damit das Kausalitätserfordernis zwischen Verstoß und Beweisgewinnung entfällt. Es mag hier im Ergebnis „den richtigen“ Verkehrssünder getroffen haben – die Wahrheitserforschung um jeden Preis, und schon gar nicht bei willkürlichen Verstößen der Strafverfolger, ist aber genau das, was die Strafprozessordnung grundsätzlich nicht vorsieht.

*Heiko Urbanzyk, RA und FA für StR und VerkR, Coesfeld*

### **Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach eingestelltem Bußgeldverfahren**

**Zur Erstattung der Kosten für die Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens im Bußgeldverfahren nach Einstellung des Verfahrens.**

**(Leitsatz des Verfassers)**

**LG Bielefeld, Beschl. v. 19.12.2019 – 10 Qs 425/19**

### **Erfordernis der qualifizierten Belehrung**

### I. Sachverhalt

Gegen den Betroffenen ist von der Verwaltungsbehörde wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung ein Bußgeldbescheid erlassen worden. Die zugrunde liegende Geschwindigkeitsmessung wurde mit dem Lasermesssystem TraffiStar S 350 des Unternehmens Jenoptik vorgenommen. Der Verteidiger hatte fristgerecht Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt.

Er hat von der Verwaltungsbehörde Datensätze und Informationen zur Überprüfung der Messung angefordert und mitgeteilt, dass ein Sachverständiger mit der Überprüfung des Messvorgangs beauftragt worden sei. Nach Fertigstellung des Gutachtens durch den Sachverständigen übersandte es der Verteidiger. Als Ergebnis der Begutachtung wurde dabei u.a. mitgeteilt, dass die Angaben im Messprotokoll Unstimmigkeiten aufwiesen bzw. unzutreffend seien. Zudem wurde auf Unstimmigkeiten hinsichtlich der verwandten Softwareversion hingewiesen. Im Hauptverhandlungstermin hat das AG die Hauptverhandlung zunächst ausgesetzt und die Verwaltungsbehörde um Stellungnahme u.a. dazu gebeten, welche Softwareversion zum Zeitpunkt der Messung auf dem Messgerät aufgespielt war. Hierauf wurde durch den zuständigen Messbeamten dahingehend Stellung genommen, dass versehentlich die falsche Software-Version in das Messprotokoll eingetragen worden sei. In Folge wurde das Bußgeldverfahren mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft eingestellt, wobei die Kosten des Verfahrens wie auch die notwendigen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse auferlegt wurden.

Daraufhin beantragte der Verteidiger mit seinem Kostenfestsetzungsantrag u.a. die Festsetzung der durch die Erstellung des Sachverständigen entstandenen Kosten i.H.v. 1.974,51 EUR. Der Kostenbeamte hat eine dienstliche Stellungnahme der erkennenden Richterin hinsichtlich der Frage eingeholt, ob die Einholung eines Privatgutachtens zweckdienlich gewesen sei. Diese äußerte sich dahingehend, dass nach ihrer Auffassung ohne sachverständige Hilfe hätte auffallen können, dass im Messprotokoll und im beigelegten Beiblatt des Unternehmens Jenoptik unterschiedliche Softwareversionen genannt waren. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, dass man hätte davon ausgehen müssen, ohne ein Gutachten keinen Einfluss auf das weitere Verfahren nehmen zu können. Weiter sei die Einstellung zwar aus Gründen erfolgt, die auch in dem Gutachten aufgezeigt worden seien, entscheidungserheblich sei das Gutachten allerdings nicht gewesen, da „die Problematik“ aus Parallelverfahren bereits hinlänglich bekannt gewesen sei. Der Kostenfestsetzungsantrag ist daraufhin hinsichtlich der Sachverständigenkosten zurückgewiesen worden. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Verteidigers hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Das LG hat die entstandenen Kosten für die Einholung des privaten Sachverständigen-gutachtens als notwendige Auslagen i.S.d. §§ 46 Abs. 1 OWiG, 464a Abs. 2 StPO angesehen. Im Ausgangspunkt zutreffend gehe die angefochtene Entscheidung davon aus, dass die Aufwendungen des Betroffenen für eigene Ermittlungen oder Beweiserhebungen nur in Ausnahmefällen notwendig und damit erstattungsfähig seien (Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, § 464a Rn 16; KK-StPO/*Gieg*, 8. Aufl. 2019, § 464a Rn 7 m.w.N.). Dies folge daraus, dass die Ermittlungsbehörden von Amts wegen zu ermitteln und die Beweise auch zugunsten des Beschuldigten zu erheben haben. Die Interessen des Betroffenen sind im Grundsatz ausreichend durch das Prinzip der allseitigen Aufklärung, das Recht zur Stellung von Beweisanträgen und den Zweifelssatz geschützt (KK-OWiG/*Hadamitzky*, 5. Aufl. 2019, § 105 Rn 69).

**Bußgeldverfahren wegen Geschwindigkeitsüberschreitung**

**Betroffener holt Sachverständigen-gutachten ein...**

**...dessen Kosten nach Einstellung nicht erstattet werden**

**Rechtslage**

Demgegenüber seien Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens ausnahmsweise aber dann als notwendige Kosten anzuerkennen, wenn schwierige technische Fragestellungen zu beurteilen seien oder wenn aus Sicht des Betroffenen ex-ante ein privates Sachverständigengutachten erforderlich ist, da ansonsten eine erhebliche Verschlechterung der Prozesslage zu befürchten wäre (KK-StPO/*Gieg*, 8. Aufl. 2019, § 464a Rn 7 m.w.N.; LG Wuppertal RVGreport 2018, 223 = VRR 8/2018, 17 = Sonderausgabe StRR 12/2018, 7 = RVG professionell 2019, 8). In Rechtsprechung und Literatur werde teilweise darüber hinaus angenommen, dass Erstattungsfähigkeit gegeben sei, wenn sich die Einholung eines Gutachtens zwar nicht ex-ante betrachtet als notwendig darstelle, aber ex-post tatsächlich entscheidungserheblich zugunsten des Betroffenen ausgewirkt hat (LG Dresden NStZ-RR 2010, 61; w. Nachw. bei KK-OWiG/*Hadamitzky*, 5. Aufl. 2019, § 105 Rn 69).

Hier hat das LG die Einholung eines Sachverständigengutachtens jedenfalls ex-ante betrachtet aus Sicht des Betroffenen als notwendig angesehen. Insofern sei zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei den Fragen, wie ein Lasermesssystem zur Geschwindigkeitsüberwachung überhaupt funktioniere, wie es einzurichten sei und ob darauf fußend tatsächlich eine ordnungsgemäße Messung stattgefunden habe, um schwierig zu beurteilende technische Sachverhalte handele. Hinzu komme, dass die Gründe, auf denen die Beschränkung der Erstattungsfähigkeit der Kosten für private Sachverständigengutachten beruhen, nämlich, dass der Betroffene darauf vertrauen könne, dass von Amts wegen alle erforderlichen Ermittlungen erfolgen und er im Übrigen das Recht und die Pflicht habe, Beweisanträge zu stellen, in Fällen wie dem vorliegenden nur eingeschränkt zur Geltung kommen (LG Wuppertal, a.a.O.). Im Bußgeldverfahren seien nämlich dann, wenn ein standardisiertes Messverfahren zum Einsatz gekommen ist, die Anforderungen an die Darlegung einer Fehlmessung, die weitere Beweiserhebung durch das Gericht nach sich ziehen würde, erhöht. Hier müssten von Seiten der Verteidigung konkrete Anhaltspunkte für einen Messfehler vorgebracht werden, um eine weitergehende Aufklärungspflicht des Gerichts zu begründen. Insofern sei die Amtsermittlungspflicht eingeschränkt (*Krenberger/Krumm*, OWiG, § 77 Rn 48 m.w.N.). Bei dem zum Einsatz gekommenen System TraffiStar S350 handele es sich um ein standardisiertes Messverfahren. Somit habe der Betroffene davon ausgehen müssen, dass keine Beweiserhebung zur Ordnungsgemäßheit der Messung erfolgen würde, wenn er keine konkreten Anhaltspunkte für einen Messfehler vorbringt. Da nicht ersichtlich sei, dass solche vor Beauftragung des Gutachtens vorgelegen hätten, seien aus der maßgeblichen ex-ante Sicht des Betroffenen ohne die Einholung eines privaten Gutachtens seine Verteidigungsmöglichkeiten deutlich eingeschränkt (gewesen).

### III. Bedeutung für die Praxis

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Sie setzt die Tendenz in der Rechtsprechung der Instanzgerichte fort, in den Fällen des „Standardisierten Messverfahrens“ ggf. entstandene SV-Kosten zu ersetzen (vgl. dazu z.B. die vom LG angeführte Entscheidung des LG Wuppertal; vgl. auch *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl., 2019, Rn 4554 m.w.N. aus der Rechtsprechung; *Burhoff/Volpert/Burhoff*, RVG, Teil A: Kostenfestsetzung in Bußgeldsachen, Rn 1304; s. auch noch LG Hannover DAR 2019, 358 = RVGreport 2019, 429 = VRR 11/2019, 14 = Sonderausgabe StRR 12/2019, 6; LG Oldenburg AGS 2019, 94 = JurBüro 2019, 309 = RVGreport 2019, 145 = VRR 11/2019, 15; AG Senftenberg VRR 4/2017 3, [LS; aufgehoben durch LG Cottbus, Beschl. v. 22.6.2017 – 22 Qs 85/17]; s. aber auch LG Aachen, Beschl. v. 30.9.2019 – 66 Qs 58/19; LG Essen DAR 2020, 155; zu allem auch *Staub* DAR 2020, 169). Und das ist nur konsequent. Man kann nicht einerseits dem

Im konkreten Fall „notwendig“

Zutreffend

Betroffenen contra legem eine Beweislast auferlegen, ihn dann aber später auf den Kosten sitzen lassen. Hinterher ist man ggf. immer/meist/häufig schlauer.

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

### Anwaltsvergütung

#### Gebühren im selbstständigen Einziehungsverfahren

**1. Für die gerichtliche Vertretung in einem Einziehungsverfahren nach § 29a OWiG kann – neben der Verfahrensgebühr bei Einziehung Nr. 5116 VV RVG – auch die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG als allgemeine Gebühr entstehen.**

**2. Für die Tätigkeit eines Rechtsanwalts allein im Einziehungsverfahren entstehen die Gebührentatbestände Nr. 5113 und 5114 VV RVG nicht.**

(Leitsätze des Gerichts)

*LG Freiburg, Beschl. v. 29.10.2019 – 16 Qs 30/19*

#### I. Sachverhalt

Gegen den Betroffenen war am 30.8.2017 wegen eines Verstoßes gegen die SpielV und die GewO ein selbstständiger Einziehungsbescheid gem. § 29a Abs. 1, Abs. 5, § 87 Abs. 6 OWiG über 31.299,99 EUR nebst Auslagen ergangen. Ein Bußgeldbescheid wurde nicht erlassen. Nach Anzeige der Vertretung des Betroffenen durch den Rechtsanwalt und Einspruch gegen den Einziehungsbescheid durch diesen wurde das gerichtliche Verfahren im ersten Rechtszug am AG durchgeführt und mit Urteil eine Einziehung in Höhe von 20.000 EUR angeordnet. Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen ordnete das OLG Karlsruhe wegen Verfolgungsverjährung die endgültige Einstellung des Verfahrens an und legte die Kosten und notwendigen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse zur Last.

Mit seinem Kostenfestsetzungsantrag begehrt der Verteidiger aus einem Gegenstandswert von 31.303,49 EUR die Festsetzung der Gebühren Nr. 5100, 5103, 5109, 5113 und 5116 VV RVG sowie Auslagen i.H.v. insgesamt 2.080,12 EUR. Das AG hat nur die Gebühren Nrn. 5116, 7002 VV RVG festgesetzt und den Antrag des Verteidigers im Übrigen zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Verteidiger mit der sofortigen Beschwerde. Er verfolgt seinen Kostenfestsetzungsantrag weiter. Der Beschwerdeführer geht nunmehr davon aus, dass neben den Gebühren Nrn. 5100, 5103, 5109 und 5113 VV RVG die Gebühr Nr. 5116 VV RVG zweimal – für die Tätigkeit im ersten Rechtszug und in der Rechtsbeschwerde – angefallen sei. Das Rechtsmittel hatte teilweise Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das LG führt aus, dass der Bevollmächtigte des Betroffenen im Einziehungsverfahren vor dem Gericht des ersten Rechtszugs, also dem AG, tätig gewesen sei. Daher sei die Gebühr Nr. 5116 Abs. 1 VV RVG entstanden. Da der Bevollmächtigte zudem im Rechtsbeschwerdeverfahren tätig gewesen sei, sei insoweit nach Nr. 5116 Abs. 3 S. 2 VV RVG die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 5116 VV RVG noch einmal entstanden. Die 1,0 Verfahrensgebühr betrage hier im ersten Rechtszug 938,00 EUR (Gegenstandswert i.H.v. 31.303,49 EUR) und im zweiten Rechtszug 742 EUR (Gegenstandswert in Höhe von 20.000 EUR).

**selbstständiges Einziehungsverfahren**

**Gebühren nur teilweise festgesetzt**

**Gebühr Nr. 5116 VV RVG**

### 1. Streitstand

Es wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt, ob über den Gebührentatbestand Nr. 5116 Abs. 1 VV RVG hinaus eine weitere Vergütung nach den Nrn. 5100 bis KV Nr. 5114 VV RVG anfallen kann, wenn die Tätigkeit des Verteidigers allein im Einziehungsverfahren erfolgt, ohne dass zugleich auch die Verhängung eines Bußgelds Teil der Angelegenheit ist. Teilweise wird dies verneint (Mayer/Kroiß/Krumm, RVG, Vorbemerkung 5, Rn 38; OLG Karlsruhe RVGreport 2012, 301 = StRR 2012, 279 = VRR 2012, 319 m. jew. abl. Anm. *Burhoff* = AGS 2013, 173; LG Koblenz RVGreport 2018, 386 = AGS 2018, 494; LG Kassel RVGreport 2019, 343), nach anderer Auffassung bejaht (Gerold/Schmidt/*Burhoff*, RVG, 24. Aufl.; 5116 VV Rn 1; *Burhoff/Volpert/Burhoff*, RVG, Nr. 5116 VV Rn 5; LG Karlsruhe RVGreport 2013, 234 = AGS 2013, 230 = VRR 2013, 238 = RVGprofessionell 2013, 119 = StRR 2013, 310; LG Oldenburg JurBüro 2013, 135 = RVGreport 2013, 62 = VRR 2013, 159 = StRR 2013, 314 = RVGprofessionell 2013, 153 = AGS 2014, 65; LG Trier RVGreport 2016, 385 = VRR 10/2016, 20 = RVGprofessionell 2017, 102).

In dem Streit geht das LG davon aus, dass für die gerichtliche Vertretung in einem Einziehungsverfahren nach § 29a OWiG – neben der Verfahrensgebühr bei Einziehung Nr. 5116 VV RVG – auch die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG als allgemeine Gebühr entstehen könne. Weitere Vergütung nach den Nrn. 5101 bis KV Nr. 5114 VV RVG fallen nach Auffassung des LG jedoch nicht an.

### 2. Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG

Die Entstehung der Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG ergibt sich für das LG aus dem Wortlaut und der Systematik des gesetzlichen Vergütungsverzeichnisses. Diese falle nach der Regelungstechnik für jede Tätigkeit in einer vom Teil 5 VV erfassten Angelegenheit (Bußgeldsachen) an. Es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb dieser im 1. Unterabschnitt geregelte Gebührentatbestand gegenüber den im 5. Unterabschnitt geregelten Gebührentatbeständen allgemein zurücktreten sollte und von diesen mit abgegolten wäre. Vielmehr sei im Gebührentatbestand Nr. 5100 Abs. 1 VV RVG – entsprechend der allgemeinen Systematik – ausdrücklich festgelegt, dass die Grundgebühr neben der Verfahrensgebühr anfallt. Zudem spreche die sprachliche Bezeichnung des 5. Unterabschnitts mit „Zusätzliche Gebühren“ klar dafür, dass die Gebühren nebeneinander anfallen (LG Karlsruhe, a.a.O.; a.A. LG Koblenz, a.a.O., LG Kassel, a.a.O.). Auch sei die Grundgebühr als Betragsrahmengebühr eine von (der Höhe) einer Geldbuße unabhängige Gebühr, so dass das Bestehen einer Geldbuße insoweit nicht erforderlich sei. Schließlich zeige auch der Umstand, dass die Verfahrensgebühr gem. Nr. 5116 Abs. 2 VV RVG bei einem Gegenstandswert unter 30 EUR gar nicht entstehe, dass der Gebührentatbestand keine grundsätzliche Gesamtabgeltung der anwaltlichen Vergütung bewirken könne. Andernfalls würde in einer solchen Fallkonstellation das sachlich nicht begründbare Ergebnis eines vollständigen Ausschlusses jeder Vergütung bestehen.

Mit dem Verteidiger hat das LG die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG gem. § 14 RVG auf 128 EUR bemessen.

Weitere Gebührentatbestände sind nach Auffassung des LG nicht entstanden. Die Gebührentatbestände für das Verwaltungsverfahren und für den ersten Rechtszug knüpfen an die Höhe der verhängten Geldbuße an. Daran werde deutlich, dass diese systematisch dem Bußgeldverfahren zugehörig seien. Im gerichtlichen Verfahren können vorliegend Verfahrens- und Termingebühr gem. Nrn. 5107 bis 5112 VV RVG bereits deshalb nicht entstehen, da diese nach dem Vergütungsverzeichnis jeweils zwingend von der Höhe des im Verfahren verhängten Bußgeldes abhängig seien und

### Weitere Vergütung?

### Auffassung des LG

### Gebührentatbestände der Nrn. 5101 bis 5114 VV RVG

durch die Höhe des Bußgeldes überhaupt erst bestimmbar werden. Im vorliegenden Einziehungsverfahren existiere jedoch gerade kein Bußgeld, welches Grundlage des Vergütungstatbestands sein und zur Bestimmung der genannten Gebühren herangezogen werden könnte. Ebenso bauen die Tatbestände zur Rechtsbeschwerde Nrn. 5113 und KV 5114 VV RVG auf den Fortschritt des Bußgeldverfahrens im Instanzenzug auf – ersichtlich auch aus ihrer systematischen Stellung in Nachgang zu den Regelungen zum Verwaltungsverfahren und den Regelungen zum gerichtlichen Verfahren im ersten Rechtszug.

Auch die Regelung in der Vorbemerkung 5.1 Abs. 2 S. 2 VV RVG, nach der im Falle einer nicht festgesetzten Geldbuße die Höhe der Gebühr nach dem mittleren Betrag der in der Bußgeldvorschrift angedrohten Geldbuße maßgeblich sei, könne hieran nichts ändern. Vielmehr werde auch hieran nochmals deutlich, dass die Gebührentatbestände untrennbar an das Verfahren zur Verhängung eines Bußgeldes gebunden seien. Die in Vorbemerkung 5.1 Abs. 2 S. 2 VV RVG vorgenommene Verweis auf den Mittelwert des möglichen Bußgeldrahmens sei nach seinem Sinn und Zweck ersichtlich auf eine noch ausstehende mögliche Verhängung und Zumessung des Bußgeldes im weiteren Verwaltungsverfahren zugeschnitten. Der Anwendungsbereich der Regelung sei demgemäß nach dem eindeutigen Wortlaut ausdrücklich auf das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde beschränkt, das gerichtliche Verfahren mithin nicht umfasst (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.; LG Koblenz a.a.O.).

Zudem würde eine Zubilligung der begehrten Gebühren dazu führen, dass eine anwaltliche Vertretung auch gegen einen Bußgeldbescheid neben einer Einziehungsentscheidung – also in einem sachlich erheblich weiterreichenden Umfang – keinen Niederschlag im Gebührenrecht finden würde. Dies käme einer nicht zu rechtfertigenden Gleichbehandlung der unterschiedlichen Sachverhalte gleich (vgl. LG Koblenz, a.a.O.). Nicht zuletzt die Regelung zum besonderen, das heißt erneuten, Anfall der Verfahrensgebühr Nr. 5116 VV RVG in der Rechtsbeschwerde zeigt, dass für eine Tätigkeit allein im Einziehungsverfahren die Gebührentatbestände Nr. 5113 und 5114 VV RVG gerade nicht entstehen. Andernfalls käme es hier besonders augenscheinlich zu einer grundlosen Doppelvergütung der Tätigkeit.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist nur teilweise zutreffend.

1. Zutreffend ist es, wenn das LG die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 5116 VV RVG zweimal festsetzt. Das ergibt sich zwanglos aus der Anm. 3 zu Nr. 5116 VV RVG, wonach die Gebühr für das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde und das gerichtliche Verfahren und ein weiteres Mal für das Rechtsbeschwerdeverfahren entsteht. Auch das Zugrundelegen unterschiedlicher Gegenstandswerte für die beiden Verfahrensgebühren ist zutreffend. Nach Abschluss des ersten Rechtszugs waren mit dem vom AG erlassenen Urteil nur noch 20.000 EUR im Streit.

2.a) Zutreffend ist es auch, dass das AG dem Verteidiger des Betroffenen die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG gewährt. Nicht nachzuvollziehen ist hingegen, warum nicht auch die vom Verteidiger geltend gemachten Gebühren 5103, 5109 und 5113 VV RVG festgesetzt worden sind. Die für die Nichtgewährung vom LG angeführte Begründung trägt die Entscheidung nicht. Zunächst: Das LG verhält sich widersprüchlich, wenn es einerseits die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG gewährt, weitere Gebühren aber nicht. Denn die Argumentation, mit der die Grundgebühr festgesetzt worden ist, hätte auch die Festsetzung der anderen Gebühren getragen. bzw.: Mit der Begründung, mit der die Gebühren Nrn. 5103, 5109 und 5113 VV RVG nicht festgesetzt worden sind, hätte

**Vorbem. 5.1. Abs. 2 S. 2 VV  
RVG**

**Zutreffend 2x die Nr. 5116 VV  
RVG...**

**...der Rest ist inkonsequent**

auch die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG nicht festgesetzt werden können. Im Übrigen hatte ich bereits an anderen Stellen (vgl. zuletzt die Anmerkung zu LG Kassel, a.a.O.) ausgeführt, dass die Gebühr Nr. 5116 VV RVG in den Fällen der Vertretung des Einziehungsbeteiligten nicht isoliert entsteht, sondern daneben eben auch die übrigen Gebühren (so auch die zutreffende o.a. h.M.). Das LG verkennt ebenso wie die Gegenmeinung (a.a.O.) die Systematik des RVG, wenn es das anders sieht (siehe dazu auch noch die Anmerkung zu LG Koblenz, a.a.O.). Und das lässt sich nicht mit dem Hinweis auf die Vorbem. 5.1 Abs. 2 S. 2 VV RVG begründen, da sich eine Geldbuße unschwer ermitteln lassen würde (vgl. dazu die Anmerkung zu OLG Karlsruhe, a.a.O.). Es widerspricht der Vorbem. 5 Abs. 1 VV RVG, wenn man dem Verteidiger des Einziehungsbeteiligten für das gerichtliche Verfahren nur die Nr. 5116 VV RVG zubilligt. Die verdient er „zusätzlich“ zu den übrigen Gebühren. Zumal hinsichtlich der Nr. 5113 VV RVG das Argument: „Keine Geldbuße“ eh nicht zieht, weil die Gebühren für das Rechtsbeschwerdeverfahren unabhängig von der Höhe einer Geldbuße sind – ebenso wie die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG, die das LG aber gewährt hat. Dass die Gebühr Nr. 5116 VV RVG „zusätzlich“ entsteht, wird vom LG mit keinem Wort erwähnt. Und: Auch das Fehlen einer der Vorbem. 4.3 Abs. 2 VV RVG vergleichbaren Regelung spielt offenbar keine Rolle.

3. Das LG hat die weitere Beschwerde gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Das wäre aber vielleicht angesichts der Unklarheiten in der Entscheidung und dem Umstand, dass man von der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe (a.a.O.) zumindest teilweise abgewichen ist – das OLG Karlsruhe (a.a.O.) gewährt noch nicht einmal die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG, ratsam gewesen. So steht also nun neben den beiden oben dargestellten Auffassungen eine dritte im Raum. Dieses Durcheinander zeigt, dass der Gesetzgeber die Streitfrage allmählich durch eine gesetzliche Neuregelung klarstellen sollte.

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

**weitere Beschwerde**

### 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 1826-3980



ZAP Verlag GmbH  
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 02 28-91 9 11-62 · Fax: 0 2 28-9 19 11-66  
service@zap-verlag.de  
Ansprechpartner im Verlag:  
Julia Kohlert

#### 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.