

Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,
wir übersenden heute die Juli-Ausgabe 2020.

Die Berichterstattung starten wir mit einem Beitrag von Volpert zu den aktuellen Änderungen der Umsatzsteuersätze, die gerade auch Verteidigern viel Arbeit machen und immer wieder Fragen aufwerfen, welcher Umsatzsteuersatz denn nun „der richtige“ ist. Dies stellt Volpert anhand von Beispielen anschaulich dar.

Im Rechtsprechungsteil stellen wir dann einige schon etwas ältere Entscheidungen vor, über die u.a. wegen der Berichterstattung zu den Auswirkungen der Corona-Pandemie bisher noch nicht berichtet werden konnte. Besonders hinweisen möchte ich auf den BGH-Beschluss zum Selbstleseverfahren und auf die – für die Praxis wichtige – Entscheidung des OLG Hamm zur Verwertbarkeit einer „freiwillig“ abgegebenen Blutprobe nach einer fehlerhaften Belehrung.

Der StGB-Teil enthält dann u.a. zwei Entscheidungen mit verkehrsrechtlichem Einschlag.

Und: Im Gebührenrecht berichte ich über die zusätzlichen Verfahrensgebühren Nr. 4141 VV RVG bzw. Nr. 4142 VV RVG. Die zur Nr. 4142 VV RVG vorgestellte Entscheidung des OLG Frankfurt am Main macht es (leider) mal wieder anders als die h.M. Nicht zur Nachahmung empfohlen.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

und noch immer: Bleiben Sie gesund!

Inhalt

StRR-Kompakt 2

Praxisforum

Aktuell: Die Änderung der Umsatzsteuersätze und deren Auswirkungen auf die Anwaltsvergütung in Strafsachen..... 6

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Einführung von DNA-Gutachten im Selbstleseverfahren 14

Beschränkung der Revision gegen ein Berufungsurteil auf den Rechtsfolgenausspruch..... 16

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

Corona hinter Gittern..... 23

StGB/Nebengebiete

Erlangtes Etwas i.S.v. § 73 StGB bei fingiertem Arbeitsverhältnis 24

Strafzumessung bei vorwerfbar selbst herbeigeführter Trunkenheit 26

Führungsaufsicht: Rechtmäßigkeit einer Abstinenzweisung..... 27

Öffentliche Verkehrsfläche 29

Ordnungswidrigkeitenrecht

Reichweite der Vollmacht des Verteidigers und Verletzung des rechtlichen Gehörs..... 32

Anwaltsvergütung

Zusätzliche Verfahrensgebühr nach Rücknahme der Revision.... 34

Anfall der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG nach neuem Vermögensabschöpfungsrecht..... 36



Fortdauer der Untersuchungshaft: Beschleunigungsgebot

Eine Haftfortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn das Gericht eine durch eine Aussetzung der Hauptverhandlung und eine Neuterminierung erst auf einen etwa sieben Monate später liegenden Zeitpunkt bedingte Verzögerung unter Hinweis auf das Verteidigungsverhalten des Angeklagten als gerechtfertigt ansieht, obwohl weder erkennbar ist, weshalb die Strafkammer darauf hätte vertrauen können, der Angeklagte werde ein umfassendes Geständnis ablegen, noch, weshalb sie die Hauptverhandlung nach der nur teilgeständigen Einlassung des Angeklagten sogleich ausgesetzt hat, ohne die erschienenen Zeugen zu vernehmen und ohne sich um weitere Fortsetzungstermine zu bemühen.

BVerfG, Beschl. v. 1.4.2020 – 2 BvR 225/20

U-Haft: Durchsuchung des Gefangenen

Mit Rücksicht auf den vom Gesetzgeber bezweckten Schutz der Intimsphäre des Gefangenen liegt eine „körperliche Durchsuchung“ i.S.d. § 50 Abs. 2 HmbUVolizG jedenfalls bei einer explizit visuellen Kontrolle des Körpers des Gefangenen vor.

OLG Hamburg, Beschl. v. 19.5.2020 – 3 St 1/20

Pflichtverteidiger: Schwere der Tat

Ein Fall der notwendigen Verteidigung wegen der Schwere der Tat liegt auch dann vor, wenn zwar die wegen des verfahrensgegenständlichen Delikts zu erwartende Strafe die Beiordnung eines Pflichtverteidigers nicht erfordert, aber im Wege der Einbeziehung bei Bildung einer Gesamtstrafe die Strafe jedenfalls in den Bereich der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolgen im Sinne von § 140 Abs. 2 StPO gelangt. Der hat sich durch die Neuregelung des Rechts der Pflichtverteidigung nicht geändert.

LG Magdeburg, Beschl. v. 30.4.2020 – 25 Qs 36/20

Pflichtverteidiger: Bestellungs Voraussetzungen

Die Pflichtverteidigerbestellung nach § 141 Abs. 1 StPO n.F. erfordert nur, dass dem Beschuldigten der Tatvorwurf eröffnet wurde und er noch keinen Verteidiger hat. Es ist nicht erforderlich, dass der darüber hinaus gebotene Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung seitens des Beschuldigten sofort nach der Belehrung und noch vor dessen Erstvernehmung gestellt werden muss. Die Möglichkeit, von einer Bestellung in denjenigen Fällen abzusehen, in denen beabsichtigt ist, das Verfahren alsbald einzustellen, gilt ausdrücklich nicht für Fälle einer notwendigen Verteidigung nach § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO.

LG Frankenthal, Beschl. v. 16.6.2020 – 7 Qs 114/20

Pflichtverteidiger: nachträgliche Beiordnung

Lagen die Voraussetzungen für die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Zeitpunkt des Beiordnungsantrages vor und war der Antrag vom Verteidiger rechtzeitig – ggf. auch vor dem Tod des inzwischen verstorbenen Beschuldigten – gestellt, können im Bereich der Justiz liegende Verzögerungen weder dem Beschuldigten noch dem Verteidiger angelastet werden, so dass eine nachträgliche Beiordnung in Betracht kommt (§§ 140 ff. StPO).

AG Tiergarten, Beschl. v. 10.6.2020 – 348 Gs 1453/20

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

Ausländischer Angeklagter: schriftliche Übersetzung des Urteils

Der Angeklagte hat grundsätzlich keinen Anspruch auf schriftliche Übersetzung eines nicht rechtskräftigen erstinstanzlichen Strafurteils, wenn er verteidigt ist, er und sein Verteidiger bei der Urteilsverkündung anwesend waren und dem Angeklagten die Urteilsgründe durch einen Dolmetscher mündlich übersetzt worden sind. Ein berechtigtes Interesse des Angeklagten an einer schriftlichen Übersetzung des Urteils wird nicht allein dadurch begründet, dass nach der Urteilsverkündung kein Kontakt zwischen ihm und seinem Verteidiger bestand.

BGH, Beschl. v. 18.2.2020 – 3 StR 430/19

Zweifelssatz: Heranwachsendenstatus

Ist der Heranwachsendenstatus eines Angeklagten zum Zeitpunkt der Tat nicht sicher auszuschließen, so ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo davon auszugehen, dass er bei Begehung der Tat noch Heranwachsender war (Anschluss an u.a. BGHSt 47, 311, 313).

BGH, Beschl. v. 2.4.2020 – 1 StR 28/20

Verfahrenshindernis: unterbliebene Mitteilung der Anklageschrift

Die unterbliebene Mitteilung der Anklageschrift begründet kein Verfahrenshindernis und führt insbesondere nicht zur Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses, da der Verstoß gegen § 201 StPO im weiteren Verfahren durch Nachholung der Mitteilung noch kompensiert werden kann.

BGH, Beschl. v. 13.5.2020 – 4 StR 533/19

Einziehung: Hinweispflicht

Dem Großen Senat für Strafsachen wird folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Ist der Angeklagte nach § 265 Abs. 1 oder nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auf die obligatorische Einziehung des Wertes von Taterträgen (§§ 73, 73c StGB) hinzuweisen, wenn die ihr zugrunde liegenden Anknüpfungstatsachen bereits in der Anklageschrift enthalten sind?

BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 20/19

Besorgnis der Befangenheit: Nichtabwarten der Eröffnungsentscheidung

Allein der Umstand, dass die Eröffnung und Terminierung des Hauptverfahrens erfolgte, bevor der Angeklagte Gelegenheit zur (abschließenden) Stellungnahme hatte, rechtfertigt Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts (§ 24 StPO).

AG Offenbach am Main, Beschl. v. 17.3.2020 – 250 Ds – 1300 Js 85929/19

Revisionsbegründung: Beweisantragsrüge

Die Verfahrensrüge, mit der beanstandet wird, das Tatgericht habe einen auf Vernehmung von Zeugen gerichteten Beweisantrag zurückgewiesen, erfüllt nicht die Anforderungen gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, wenn die Revision die Stellungnahme nicht mitteilt, welche die Staatsanwaltschaft ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls zu diesem Beweisantrag abgegeben hatte (vgl. auch BGH, Beschl. v. 24.10.2018 – 5 StR 206/18).

BGH, Beschl. v. 27.8.2019 – 5 StR 245/19

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

Berufungsverwerfung: Nachweis der genügenden Entschuldigung

Ärztliche Bescheinigungen und Atteste haben so lange als genügende Entschuldigung zu gelten, wie nicht deren Unglaubwürdigkeit oder Unbrauchbarkeit feststeht; dies gilt auch dann, wenn sie dem Gericht lediglich als Kopie oder in digitaler Form per E-Mail übermittelt werden. Etwas anderes kann nur gelten, wenn feststeht, dass die ärztliche Bescheinigung als unglaubwürdig oder unbrauchbar anzusehen oder das Entschuldigungsvorbringen aus der Luft gegriffen oder sonst ganz offensichtlich als ungeeignet anzusehen ist, das Ausbleiben zu entschuldigen. Hierfür ist nicht ausreichend, dass dem Angeklagten aufgrund von unbestätigten Feststellungen einer Anklage in einem anderen Verfahren in anderem Zusammenhang und zu anderen Zeiträumen u.a. Verfälschungen ärztlicher Bescheinigungen zur Last liegen.

BayObLG, Beschl. v. 31.3.2020 – 202 StRR 29/20

Einziehung: Sicherungsverfahren

Im Sicherungsverfahren nach § 413 StPO können nur Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden. Einziehungsentscheidungen kommen bei schuldunfähigen Tätern dagegen allein im selbstständigen Einziehungsverfahren (§ 435 StPO) in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 Satz 1 StGB vorliegen.

BGH, Beschl. v. 29.4.2020 – 3 StR 122/20

Einziehungsanordnung: Vollstreckung

Die Vollstreckung einer Einziehungsanordnung hat nach § 459g Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 StPO zwingend zu unterbleiben, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.2.2020 – Ws 2/20

Tagessatzhöhe: Gewinne aus dem Handel mit Kryptowährung

Gewinne aus dem Handel mit Kryptowährung können erst dann der Festsetzung der Tagessatzhöhe als Nettoeinkommen zugrunde gelegt werden, wenn sie bereits in Geld umgewandelt und etwa als Gutschrift auf ein Bankkonto übertragen worden sind. Solange sie noch als Kryptowährung vorhanden sind, sind sie als realisierbarer Vermögenswert zu behandeln.

OLG Celle, Beschl. v. 5.6.2020 – 3 Ss 16/20

Bestechung: sexuelle Gunstgewährung

Stellt ein Beamter, dem insoweit zumindest die Möglichkeit der Einflussnahme zu Gebote steht, die Förderung der Karriere einer Bediensteten bei Stellenbesetzungen gegen sexuelle Gunstgewährung in Aussicht, so erfüllt dies den Tatbestand der Bestechlichkeit auch dann, wenn die konkrete Art der Förderung im Unbestimmten bleibt (§ 332 StGB).

BGH, Beschl. v. 7.4.2020 – 6 StR 52/20

Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte: Begriff des Angriffs

Ein tätlicher Angriff im Sinne von § 114 Abs. 1 StGB setzt eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper zielende Einwirkung voraus. An diesem Begriffsverständnis hat sich durch die Einfügung der Vorschrift des § 114 StGB durch das

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Zweiundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 23.5.2017 (BGBl I 2017, 1226) nichts geändert.

BGH, Beschl. v. 13.5.2020 – 4 StR 607/19

Versuchter Diebstahl: Ansetzen zum Gewahrsamsbruch

Für die Annahme eines versuchten Diebstahls kommt es darauf an, ob der Täter bereits im Sinne des § 22 StGB unmittelbar zum Gewahrsamsbruch angesetzt hat. Das bloße Bereitstellen oder Bereitlegen einer Sache innerhalb der Sphäre des Gewahrsamsinhabers zum späteren Abtransport reicht daher in der Regel weder zur Entziehung des Gewahrsams des Berechtigten (Gewahrsamsbruch) noch zur Gewahrsams-erlangung des Täters (Begründung eigenen Gewahrsams) aus. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Sache versteckt, die endgültige Erlangung aber noch mit Schwierigkeiten, etwa dem Überwinden eines weiteren Hindernisses, verbunden ist.

OLG Dresden, Beschl. v. 28.5.2020 – 2 OLG 22 Ss 369/20

Täter-Opfer-Ausgleich: adäquater Schadensausgleich

Für die Annahme eines friedensstiftenden Ausgleichs im Sinne von § 46a Nr. 1 StGB ist auch ein adäquater Ausgleich für die dem Tatopfer entstandenen materiellen Schäden vorzunehmen. Dabei kann nicht ausschließlich auf die subjektive Bewertung von Tatopfer oder Täter abgestellt werden. Erforderlich ist vielmehr vorrangig die Prüfung, ob die konkret erfolgten oder ernsthaft angebotenen Leistungen des Täters nach einem objektivierenden Maßstab als so erheblich anzusehen sind, dass damit das Unrecht der Tat oder deren materielle und immaterielle Folgen als „ausgeglichen“ erachtet werden können.

BGH, Urt. v. 15.1.2020 – 2 StR 412/19

Eigene Ermittlungen: Kostenerstattung

Die Kosten privater eigener Ermittlungen des Beschuldigten sind in der Regel grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Nur wenn sich etwa aufgrund bis dahin unzureichend geführter oder mangelhafter Ermittlungen die Notwendigkeit zur Einholung eines Gutachtens aufdrängt und einem entsprechenden Beweisantrag der Verteidigung nicht nachgekommen wird, kann ein Privatgutachten ausnahmsweise erstattungsfähig sein.

LG Potsdam, Beschl. v. 5.6.2020 – 24 Qs 28/20

Strafzumessung

Anwaltsvergütung

Aktuell: Die Änderung der Umsatzsteuersätze und deren Auswirkungen auf die Anwaltsvergütung in Strafsachen

Dipl.-RPfl. Joachim Volpert, Willich

I. Überblick

1. Corona-Steuerhilfegesetz für Gastronomen: 1.7.2020 bis 30.6.2021

Durch das 1. Corona-Steuerhilfegesetz vom 19.6.2020 (BGBl I, S. 1385) wird für die Zeit vom 1.7.2020 bis 30.6.2021 (ein Jahr) durch den neu angefügten § 12 Abs. 2 Nr. 15 UStG der für die Vermietung von Wohn- und Schlafräumen (die ein Unternehmer zur kurzfristigen Beherbergung von Fremden bereithält) geltende Umsatzsteuersatz von 7 % (§ 12 Abs. 2 Nr. 11 UStG) auch auf Restaurant- und Verpflegungsdienstleistungen (Abgabe von Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle mit Ausnahme der Abgabe von Getränken) ausgedehnt, die ansonsten mit dem Steuersatz von 19 % zu versteuern sind. Deshalb gilt beispielsweise sowohl für die reinen Hotelübernachtungskosten als auch für die Kosten für Frühstück für diesen Zeitraum ein einheitlicher Umsatzsteuersatz von 7 %.

2. Corona-Steuerhilfegesetz für alle Unternehmer: 1.7. bis 31.12.2020

Durch das 2. Corona-Steuerhilfegesetz (Corona-Konjunkturpaket) vom 30.6.2020 (BGBl I, S. 1512) werden darüber hinaus durch Einfügung der neuen Abs. 1 und 2 in § 28 EStG für alle Unternehmer und nicht für Gastronomen beide Umsatzsteuersätze (19 % und 7 %) für die Zeit vom 1.7.2020 bis zum 31.12.2020 (sechs Monate) wie folgt gesenkt:

- Der normale Umsatzsteuersatz wird von 19 % auf 16 % ermäßigt.
- Der ermäßigte Umsatzsteuersatz wird von 7 % auf 5 % ermäßigt.

Für Kosten für Bahnfahrten gilt seit 1.1.2020 ebenfalls ein ermäßigter Steuersatz von 7 %. Das folgt aus Art. 3 des Gesetzes zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht vom 21.12.2019 (BGBl I 2019, 2886), durch das § 12 Abs. 2 Nr. 10 UStG geändert worden ist (vgl. auch BMF-Schreiben vom 21.1.2020 – III C 2 – S 7244/19/10002 :009). Für die Zeit vom 1.7.2020 bis zum 31.12.2020 unterfallen natürlich auch Kosten für Bahnfahrten dem nochmals ermäßigten Umsatzsteuersatz von 5 %.

Sämtliche Änderungen haben Auswirkungen auf die Anwaltsvergütung, die nachfolgende dargestellt werden sollen.

II. Übergangsrecht

Bei einer Änderung des Umsatzsteuersatzes richtet sich die Höhe des für die Vergütung maßgebenden Umsatzsteuersatzes nicht nach der Übergangsvorschrift des § 60 RVG (vgl. auch Schneider, NJW 2007, 325; Hansens, RVGreport 2007, 41). Insbesondere kommt es daher nicht auf den Zeitpunkt der Auftragserteilung, der Vereinnahmung der Vergütung oder der Erstellung der Rechnung durch den Rechtsanwalt oder der Zahlung der Vergütung durch den Auftraggeber an.

Vielmehr sind gem. § 27 Abs. 1 Satz 1 UStG die geänderten Steuersätze auf Umsätze anzuwenden, die ab dem Inkrafttreten der maßgeblichen Änderungsvorschrift ausgeführt werden. Über die Höhe des für die Vergütung des Rechtsanwalts geltenden Umsatzsteuersatzes entscheidet deshalb der Zeitpunkt der Ausführung der anwaltlichen Leistung (vgl. auch § 13 Abs. 1 Nr. 1 UStG; OLG Koblenz AGS 2007, 302 =

Kosten für Bahnfahrten im Fernverkehr

Höhe des Steuersatzes bestimmt sich nicht nach § 60 RVG

Zeitpunkt der Ausführung der Leistung

RVGreport 2007, 191; OLG Oldenburg JurBüro 1994, 179; LG Karlsruhe RVGreport 2008, 26; Hansens, RVGreport 2007, 41; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl., VV 7008 Rn 35).

Da es sich bei der anwaltlichen Tätigkeit um eine Dauertätigkeit handelt, kommt es grds. auf die Beendigung der Tätigkeit an. Dieser Zeitpunkt wird häufig mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung (vgl. § 8 RVG) zusammenfallen, weil auch die Fälligkeit der Vergütung auf die Beendigung der Tätigkeit abstellt (vgl. OLG Düsseldorf AGS 2006, 201; OLG Dresden AGS 2008, 70; OLG Koblenz AGS 2007, 302 = RVGreport 2007, 191; AGS 1999, 94; LG Karlsruhe RVGreport 2008, 26; AnwK-RVG/N. Schneider, 8. Aufl., VV 7008 Rn 64 und 7. Aufl., Anhang zu § 61 RVG; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl., VV 7008 Rn 35; Hansens, RVGreport 2007, 41; Zorn, VRR 2006, 289; Schneider, NJW 2007, 325; Onderka, RVGprofessionell 2007, 193).

Gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG wird die Vergütung grundsätzlich dann fällig, wenn

- der Auftrag erledigt oder
- die Angelegenheit beendet ist.

Beispiel 1

Nach Eingang der Anklageschrift am 10.7.2020 und dem einzigen Hauptverhandlungstermin vom 30.11.2020 endet die erste Instanz mit dem am 7.12.2020 verkündeten Urteil.

Die Angelegenheit (erste Instanz, vgl. §§ 15 Abs. 2, 17 Nr. 1 RVG) ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 7.12.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Es gilt der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %. Unerheblich ist, dass die Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG und die Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG bereits vor dem 1.7.2020, die Verfahrensgebühr Nr. 4106 VV RVG sowie die Termingebühr Nr. 4108 VV RVG erst nach dem 1.7.2020 angefallen sind.

Beispiel 2

Das Strafverfahren endet in der ersten Instanz am 30.1.2021.

Es liegt dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit i.S.v. §§ 15 Abs. 2, 17 Nr. 1 RVG vor. Die Angelegenheit ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.1.2021 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Es gilt der Umsatzsteuersatz von 19 %.

III. Gebührenrechtliche Angelegenheit i.S.v. §§ 15 ff. RVG

1. Umsatzsteuersatz

Nach § 29 der UStR (Umsatzsteuer-Richtlinien) gilt für die Umsatzsteuer der Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung:

- Ob von einer einheitlichen Leistung oder von mehreren getrennt zu beurteilenden selbstständigen Einzelleistungen des Rechtsanwalts auszugehen ist, hat umsatzsteuerrechtlich insbesondere Bedeutung für die Anwendung des Steuersatzes.
- Es ist das Wesen des fraglichen Umsatzes zu ermitteln, um festzustellen, ob der Rechtsanwalt dem Auftraggeber mehrere selbstständige Hauptleistungen oder eine einheitliche Leistung erbringt.
- In der Regel ist jede Lieferung und jede sonstige Leistung als eigene selbstständige Leistung zu betrachten. Deshalb können zusammengehörige Vorgänge nicht bereits als einheitliche Leistung angesehen werden, weil sie einem einheitlichen

Zeitpunkt der Fälligkeit gem. § 8 Abs. 1 RVG entscheidet

Zeitpunkt der Entstehung der Gebühren ist unerheblich

Fälligkeitszeitpunkt entscheidet

Einheitlicher Umsatzsteuersatz pro Angelegenheit

wirtschaftlichen Ziel dienen. Dass die einzelnen Leistungen auf einem einheitlichen Vertrag beruhen und für sie ein Gesamtentgelt entrichtet wird, reicht ebenfalls noch nicht aus, sie umsatzsteuerrechtlich als Einheit zu behandeln. Entscheidend ist der wirtschaftliche Gehalt der erbrachten Leistungen.

Für die Beantwortung der Frage, welcher einheitliche Umsatzsteuersatz anzuwenden ist, ist bei früheren Änderungen der Umsatzsteuersätze deshalb auf die Anzahl der gebührenrechtlichen Angelegenheiten i.S.v. §§ 15 ff. RVG abgestellt worden (vgl. Seidenschwang, JurBüro 2006, 619; Hansens, RVGreport 2007, 41; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl., VV 7008 Rn 36; AnwK-RVG/N. Schneider, 8. Aufl., VV 7008 Rn 64 und 7. Aufl., Anhang zu § 61 RVG). Ferner ist zu prüfen, ob Teilleistungen i.S.v. § 8 Abs. 1 Satz 2 RVG vorliegen.

2. Haupt- und Nebenleistung

Gem. § 29 Abs. 5 UStR (Umsatzsteuer-Richtlinien) teilen Nebenleistungen umsatzsteuerrechtlich das Schicksal der Hauptleistung. Eine Leistung ist grundsätzlich dann als Nebenleistung zu einer Hauptleistung anzusehen, wenn sie im Vergleich zu der Hauptleistung nebensächlich ist, mit ihr eng – im Sinne einer wirtschaftlich gerechtfertigten Abrundung und Ergänzung – zusammenhängt und üblicherweise in ihrem Gefolge vorkommt. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn die Leistung für den Leistungsempfänger keinen eigenen Zweck, sondern das Mittel darstellt, um die Hauptleistung des Leistenden unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen.

Beispiel 3 (erste Instanz mit Abwicklungstätigkeiten)

Der Rechtsanwalt erhält den Auftrag zur Verteidigung am 19.6.2020. Nach Eingang der Anklageschrift und dem einzigen Hauptverhandlungstermin vom 30.11.2020 endet die erste Instanz mit dem am 7.12.2020 verkündeten Urteil (Freispruch).

Der Rechtsanwalt betreibt anschließend im Jahr 2021 das Kostenfestsetzungsverfahren gegen die Staatskasse.

Die Angelegenheit ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 7.12.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Es gilt der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %.

Die von dem Rechtsanwalt entfaltete Abwicklungstätigkeit (Kostenfestsetzungsverfahren gegen die Staatskasse) wird gem. § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 RVG mit den in der Hauptsache (erste Instanz) entstandenen Gebühren abgegolten. Sie teilen umsatzsteuerrechtlich das Schicksal der Hauptleistung „Verteidigung erste Instanz“, so dass insgesamt der Umsatzsteuersatz von 16 % gilt (Seidenschwang, JurBüro 2006, 619; Hansens, RVGreport 2007, 41; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl., VV 7008 Rn 40). Abwicklungstätigkeiten ergeben sich z.B. aus § 19 RVG.

3. Mehrere gebührenrechtliche Angelegenheiten

Die Anzahl der gebührenrechtlichen Angelegenheiten innerhalb eines Mandats ist allein nach den gesetzlichen Vorgaben des RVG unter Berücksichtigung insbesondere der hierzu ergangenen Rechtsprechung zu ermitteln. Die Auswirkungen verdeutlichen die folgenden Beispiele:

Beispiel 4

Der Rechtsanwalt erhält den Auftrag zur Verteidigung am 19.6.2020. Die erste Instanz endet am 30.11.2020. Die Berufungsinstanz endet am 30.9.2021.

Es liegen zwei gebührenrechtliche Angelegenheiten i.S.v. §§ 15 Abs. 2, 17 Nr. 1 RVG vor.

Anzahl der gebührenrechtlichen Angelegenheiten ermitteln

Umsatzsteuerrechtliche Hauptleistung ermitteln

§§ 15 ff. RVG anwenden

Mehrere Instanzen

Praxisforum

Die erste Instanz ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.11.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Für die erste Instanz gilt der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %.

Die Berufungsinstanz ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.9.2021 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Für die Berufungsinstanz gilt der Umsatzsteuersatz von 19 %.

Beispiel 5

Der Rechtsanwalt verteidigt den Betroffenen im Ermittlungsverfahren und im Hauptverfahren. Das Ermittlungsverfahren endet am 19.6.2020, das gerichtliche Verfahren der ersten Instanz am 30.9.2020.

Es liegen gem. § 17 Nr. 10a RVG zwei verschiedene gebührenrechtliche Angelegenheiten vor.

Das Ermittlungsverfahren ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 19.6.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Es gilt deshalb für die insoweit angefallene Vergütung (Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG, Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG zzgl. Auslagen) der Umsatzsteuersatz von 19 %.

Das gerichtliche Verfahren in der ersten Instanz ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.9.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Deshalb gilt insoweit (Verfahrensgebühr Nr. 4106 VV RVG, ggf. Terminsgebühr Nr. 4108 VV RVG zzgl. Auslagen) der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %.

IV. Anrechnung von Gebühren

Ordnet das RVG die Anrechnung von Gebühren aufeinander an, liegen stets verschiedene Angelegenheiten vor. Durch die strikte Trennung der Abrechnung der zugrunde liegenden Angelegenheiten wird sichergestellt, dass der nach einer Anrechnung verbleibende Gebührenbetrag mit dem zutreffenden Satz versteuert wird.

Beispiel 6

Gegen den Beschuldigten wird ein Bußgeldverfahren wegen falschen Überholens geführt, das am 30.9.2020 durch einen Bußgeldbescheid endet. Weil später bekannt wird, dass es durch das falsche Überholen zu einem Verkehrsunfall gekommen ist, kommt es anschließend auch noch zu einem Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen § 142 StGB, das am 30.1.2021 durch Einstellung im Ermittlungsverfahren endet.

Das Bußgeldverfahren ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 20.9.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Für das Bußgeldverfahren gilt der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %.

Das Strafverfahren ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.1.2021 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Für das Strafverfahren gilt der Umsatzsteuersatz von 19 %.

Nach Abs. 2 der Anm. zu Nr. 4100 VV RVG ist die im Bußgeldverfahren wegen derselben Tat oder Handlung bereits entstandene Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG auf die Grundgebühr des Strafverfahrens nach Nr. 4100 VV RVG anzurechnen:

a) Bußgeldverfahren

Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG	Mittelgebühr	100,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 5103 VV RVG	Mittelgebühr	160,00 EUR
Postentgeltpauschale Nr. 7002 VV RVG		20,00 EUR

Ermittlungs- und Hauptverfahren

Bei Anrechnung liegen stets verschiedene Angelegenheiten zugrunde

Bußgeldverfahren und Strafverfahren

Anrechnung nur mit Nettobetrag

16 % Umsatzsteuer

Zwischensumme	280,00 EUR	
16 % Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG		44,80 EUR
Summe		324,80 EUR

b) Strafverfahren

Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG	Mittelgebühr	200,00 EUR
./ anzurechnende Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG		- 100,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG	Mittelgebühr	165,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4141 VV RVG		165,00 EUR
Postentgeltpauschale Nr. 7002 VV RVG		20,00 EUR
Zwischensumme	450,00 EUR	
19 % Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG		85,50 EUR
Summe		535,50 EUR

Nur die Differenz zwischen der Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG von 200,00 EUR und der anzurechnenden Grundgebühr des Bußgeldverfahrens Nr. 5100 VV RVG von 100,00 EUR in Höhe von 100,00 EUR ist damit mit einem Satz von 19 % zu versteuern.

Werden die Vergütungen für unterschiedliche Angelegenheiten (vgl. Beispiel 6) von dem vom Rechtsanwalt verwendeten Berechnungsprogramm einheitlich in einer Rechnung zusammengefasst, ist sicherzustellen, dass für jede Angelegenheit der zutreffende und nicht für alle Angelegenheiten ein einheitlicher Umsatzsteuersatz zugrunde gelegt wird. Ansonsten würde der Mandant mit zu viel Umsatzsteuer belastet oder das Finanzamt verlangt einen Umsatzsteuersatz, den der Rechtsanwalt dem Mandanten nicht in Rechnung gestellt hat.

§ 15a Abs. 1 RVG lässt dem Rechtsanwalt die Wahl, wo er die Anrechnung einer Gebühr im Innenverhältnis zum Auftraggeber berücksichtigt. Zum Innenverhältnis gehört dabei auch die Rechtsschutzversicherung des Mandanten (vgl. Hansens, RVGreport 2009, 201; Volpert, VRR 5/2016, 4).

Beispiel 7

Die Rechtsschutzversicherung erteilt für das Bußgeldverfahren Deckungszusage, für das Strafverfahren hingegen nicht. Das Bußgeldverfahren endet am 10.7.2020, das Strafverfahren im Ermittlungsverfahren durch Einstellung am 10.1.2021.

Der Anwalt rechnet die Vergütung für das Bußgeldverfahren mit der Rechtsschutzversicherung aufgrund der Deckungszusage wie folgt ab:

1. Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG		100,00 EUR
2. Verfahrensgebühr Nr. 5103 VV RVG		160,00 EUR
3. Postentgeltpauschale Nr. 7002 VV RVG		20,00 EUR
Zwischensumme	280,00 EUR	
4. 19 % Umsatzsteuer		44,80 EUR
Gesamt		324,80 EUR

Der Mandant schuldet dem Anwalt für die Verteidigung im Strafverfahren folgende Vergütung:

1. Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG		200,00 EUR
./ anzurechnen Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG		- 100,00 EUR
2. Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG		165,00 EUR
3. Verfahrensgebühr Nr. 4141 VV RVG		165,00 EUR
4. Postentgeltpauschale Nr. 7002 VV RVG		20,00 EUR

19 % Umsatzsteuer

Vorsicht bei der Verwendung von Abrechnungssoftware

Wahlrecht des § 15a Abs. 1 RVG beachten

Praxisforum

Zwischensumme	450,00 EUR	
5. 19% Umsatzsteuer		85,50 EUR
Gesamt		535,50 EUR

Ausfluss des sich aus § 15a Abs. 1 RVG ergebenden Wahlrechts des Rechtsanwalts im Innenverhältnis ist es, die Anrechnung der Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG bei der Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG, aber auch bei der Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG selbst vorzunehmen. Die Berücksichtigung der Anrechnung bei der vom Mandanten geschuldeten Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG ist für den Mandanten aber günstiger und deshalb vorzugswürdig (vgl. hierzu AnwK-RVG/N. Schneider, 8. Aufl., § 15a Rn 131; ausf. Volpert, VRR 5/2016, 4). Dadurch unterfällt die vom Mandanten nach Anrechnung der Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG geschuldete anteilige Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG über 100,00 EUR dem Steuersatz von 19 %.

V. Abrechnung bei Teilfälligkeiten

Ist der Rechtsanwalt in einem gerichtlichen Verfahren tätig, wird die Vergütung gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 RVG auch fällig, wenn

- eine Kostenentscheidung ergangen oder
- der Rechtszug beendet ist oder
- wenn das Verfahren länger als drei Monate ruht.

Durch diese Fälligkeitsregelung kann es in gerichtlichen Verfahren innerhalb derselben Instanz (derselben Angelegenheit) dazu kommen, dass unterschiedliche Fälligkeitszeitpunkte vorliegen und damit unterschiedliche Umsatzsteuersätze anzuwenden sind.

Beispiel 8

Der Rechtsanwalt erhält den Auftrag zur Verteidigung am 19.6.2020. Am 20.11.2020 ergeht Strafbefehl, in dem die Verfahrenskosten dem Angeklagten auferlegt werden. Nach dem am 25.11.2020 eingelegten Einspruch endet die erste Instanz nach dem Hauptverhandlungstermin durch Urteil vom 30.9.2021.

a) Verfahren bis zum Strafbefehl vom 20.11.2020

Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG		200,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG		165,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4106 VV RVG		165,00 EUR
Zwei Postentgeltpauschalen Nr. 7002 VV RVG		40,00 EUR
Zwischensumme	570,00 EUR	
16 % Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG		91,20 EUR
Summe		661,20 EUR

b) Verfahren nach Einspruch gegen den Strafbefehl bis zum Urteil vom 30.9.2021

Terminsgebühr Nr. 4108 VV RVG		275,00 EUR
Summe		845,00 EUR
Abzgl. bereits berechneter 570,00 EUR (netto)		- 570,00 EUR
Restbetrag		275,00 EUR
19 % Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG hierauf		52,25 EUR
Summe		327,25 EUR

Unterschiedliche Steuersätze bei Teilfälligkeiten nach § 8 Abs. 1 Satz 2 RVG

Strafbefehl und Einspruch

16 % Umsatzsteuer

19 % Umsatzsteuer

VI. Vorschusserhebung

Das Vorschussrecht des Rechtsanwalts gegen den Auftraggeber ist in § 9 RVG und das Vorschussrecht gegen die Staatskasse ist in § 47 RVG geregelt. Erhebt der Rechtsanwalt einen Vorschuss, kann er in dieser Rechnung nur den zum Zeitpunkt der Erstellung der Rechnung maßgebenden Umsatzsteuersatz zugrunde legen.

Beispiel 9

Der Rechtsanwalt erhält den Auftrag zur Verteidigung am 20.7.2020. Er erhebt vom Mandanten gem. § 9 RVG am 21.7.2020 vorschussweise die Grundgebühr sowie die erstinstanzliche Verfahrens- und Terminsgebühr und eine Postentgeltpauschale.

Der Anwalt kann bei der Vorschusserhebung nur den ermäßigten Steuersatz von 16 % zugrunde legen (Zorn, AGS 2006, 577).

Bei der Vorschusserhebung muss der Rechtsanwalt aber anschließend bei der verpflichtenden Endabrechnung (vgl. BGH VRR 5/2019, 3 = RVGreport 2019, 208 = AGS 2019, 170; BGH RVGreport 2018, 409 = AGS 2019, 48) prüfen, welcher Umsatzsteuersatz zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung gem. § 8 Abs. 1 RVG maßgebend ist.

Fortsetzung von Beispiel 9

Die Angelegenheit ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.1.2021 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Auch die zunächst vorschussweise erhobene Vergütung muss mit einem Umsatzsteuersatz von 19 % nachversteuert werden (Zorn, AGS 2006, 577; N. Schneider, NJW 2007, 325; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl., VV 7008 Rn 46). Der Mandant muss deshalb aufgrund der Endabrechnung ggf. nur die Steuerdifferenz nachzahlen.

VII. Vorsteuerabzug bei verauslagten Reisekosten

Auf seine Vergütung (Gebühren und Auslagen, § 1 Abs. 1 Satz 1 RVG) kann der Rechtsanwalt als Auslage i.S.v. Teil 7 VV RVG Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG in voller Höhe verlangen. Maßgebend ist hierfür immer der Steuersatz von 19 % bzw. für die Zeit vom 1.7. bis 31.12.2020 der ermäßigte Steuersatz von 16 %.

Die von Nr. 7006 VV RVG erfassten sonstigen Auslagen anlässlich einer Geschäftsreise können aber Umsatzsteuerbeträge der Stelle enthalten, die dem Rechtsanwalt diese Reisekosten in Rechnung stellt. Für reine Übernachtungskosten (Hotel) gilt dabei ein Umsatzsteuersatz von 7 %, der in der Zeit vom 1.7. bis 31.12.2020 auf 5 % gesenkt wird. Das Corona-Steuerhilfegesetz dehnt für die Zeit vom 1.7.2020 bis 30.6.2021 den Steuersatz von 7 % (statt 19 %) auch auf Restaurant- und Verpflegungsdienstleistungen (Abgabe von Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle) aus.

Damit unterfallen für diese Zeit auch Kosten für Frühstück dem ermäßigten Steuersatz, und zwar für die Zeit vom 1.7. bis 31.12.2020 dem 5 %igen Steuersatz und für die Zeit ab 1.1.2021 bis 30.6.2021 dem 7 %igen Steuersatz. Allerdings ist zu beachten, dass Kosten für das ggf. in der Hotelrechnung enthaltene Frühstück nicht zu den Übernachtungskosten gehören und durch das Tage- und Abwesenheitsgeld (Nr. 7005 VV RVG) abgegolten werden. Ggf. muss der Rechtsanwalt diesen Betrag daher aus der Hotelrechnung herausrechnen (KG Rpfleger 1994, 430; OLG Düsseldorf AGS 2012, 561 = NJW-RR 2012, 1470 = JurBüro 2012, 591; OLG Saarbrücken RVGreport 2014, 103 = AGS 2014, 251). Werden die Frühstückskosten in der Hotelrechnung nicht gesondert ausgewiesen, können sie im Regelfall mit 10 % der Übernachtungskosten geschätzt und in dieser Höhe herausgerechnet werden (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Steuersatz zum Zeitpunkt der Erstellung der Vorschussrechnung

Steuersatz zum Zeitpunkt der Endabrechnung entscheidet

Die erste Instanz endet am 30.1.2021

Steuersatz des Rechtsanwalts beträgt 19 % (16 %)

Bestimmte Reisekosten mit ermäßigtem Steuersatz 7 % (5 %)

Bei Reisekosten, die dem Rechtsanwalt von Dritten in Rechnung gestellt werden und die bereits Umsatzsteuer enthalten (Bruttobeträge), ist aber Folgendes zu beachten: Ist der Rechtsanwalt umsatzsteuerpflichtig (§ 19 Abs. 1 UStG) und damit gem. § 15 Abs. 1 UStG zum Vorsteuerabzug berechtigt, darf auf die Bruttobeträge dieser Reisekosten keine Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG aufgeschlagen werden. Denn dann würde der Umsatzsteuerbetrag der Reisekosten unzulässig als Umsatz des Rechtsanwalts versteuert werden. Vielmehr ist aus diesen Reisekosten zunächst die Umsatzsteuer in der jeweils geltend gemachten Höhe (7 % oder 19 % bzw. 5 % oder 16 %) herauszurechnen und ist anschließend lediglich der Netto-Betrag in die Rechnung einzustellen. Denn die auf diese Reisekosten entfallenden Umsatzsteuerbeträge kann der Rechtsanwalt gegenüber dem Finanzamt als Vorsteuer abziehen. Anschließend ist auf den Netto-Gesamtbetrag der Vergütung die Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG zu berechnen.

Beispiel 10

Der Rechtsanwalt wird am 19.6.2020 zum Pflichtverteidiger bestellt. Die erste Instanz endet am 30.11.2020. Es ist am 30.8.2020 eine Reise zum Hauptverhandlungstermin mit Übernachtung durchgeführt worden.

Die erste Instanz ist gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 RVG am 30.11.2020 beendet worden und die Vergütung ist zu diesem Zeitpunkt fällig geworden. Für die Vergütung des Rechtsanwalts gilt deshalb der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 16 %.

Die Nettobeträge der dem Anwalt am 30.8.2020 entstandenen Reisekosten betragen unter Berücksichtigung des insoweit geltenden ermäßigten Steuersatzes von 5 %:

Hotelkosten 150,00 EUR : 105 (5 %) x 100	142,85 EUR
Taxikosten 35,00 EUR : 105 (5 %) x 100	33,33 EUR
Bahnkosten 110,00 EUR : 105 (5 %) x 100	104,76 EUR
Summe	280,94 EUR

Hierauf sind nach Nr. 7008 VV RVG 16 % Umsatzsteuer mit 44,95 EUR zu berechnen.

Maßgebend ist gem. § 12 UStG ein Umsatzsteuersatz von 16 %, auch wenn Reisekosten enthalten sind, für die dem Rechtsanwalt selbst nur 5 % Umsatzsteuer in Rechnung gestellt worden sind.

Sämtliche dem Anwalt in Rechnung gestellten Reisekosten unterliegen hier dem ermäßigten Steuersatz von 5 % statt 7 %. Für die Bahnkosten gilt dabei ebenfalls ein ermäßigter Steuersatz von 7 % bzw. hier für die Zeit vom 1.7. bis 31.12.2020 von 5 %. Das folgt aus Art. 3 des Gesetzes zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht vom 21.12.2019 (BGBl I 2019, 2886), durch das § 12 Abs. 2 Nr. 10 UStG zum 1.1.2020 geändert worden ist.

Berechnung der Umsatzsteuer bei Reisekosten

Einführung von DNA-Gutachten im Selbstleseverfahren

1. Eine stillschweigende Zustimmung von Verfahrensbeteiligten zu einer Verlesung von Urkunden kommt nur in Betracht, wenn aufgrund der vorangegangenen Verfahrensgestaltung davon ausgegangen werden darf, dass sich alle Verfahrensbeteiligten der Tragweite ihres Schweigens bewusst gewesen sind.

2. Eine Ausdehnung der eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gestattenden Ausnahmenvorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO auf nicht allgemein vereidigte Sachverständige kommt nicht in Betracht. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 3.9.2019 – 3 StR 291/19

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen zweier Wohnungseinbruchdiebstähle verurteilt. Seine u.a. auf eine Verfahrensrüge gestützte Revision hatte mit der Verfahrensrüge Erfolg. Der Angeklagte hatte eine Verletzung des § 250 StPO durch die Einführung von diversen – von privaten Laboren erstellten – molekulargenetischen Spurengutachten (DNA-Gutachten) im Wege des Selbstleseverfahrens gerügt.

Dem lag folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Am zweiten Hauptverhandlungstag hatte der Vorsitzende hinsichtlich 30 in einer Liste aufgeführter Urkunden das Selbstleseverfahren gem. § 249 Abs. 2 StPO angeordnet. Die Liste umfasste acht DNA-Gutachten, die von privaten Laboren stammten. Die für die Erstellung der Gutachten verantwortlichen Sachverständigen waren jeweils nicht i.S. des § 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO für die Erstellung von Gutachten der betreffenden Art allgemein vereidigt. Die Strafkammer gab für die Verlesung der DNA-Gutachten weder einen Grund an, noch fasste sie hierzu einen Beschluss i.S.v. § 251 Abs. 4 Satz 1, 2 StPO.

Der Verteidiger erklärte in der Hauptverhandlung, gegen die Durchführung des Selbstleseverfahrens keine Einwände zu erheben, der (albanische) Angeklagte könne die Schriftstücke selbst lesen. Keiner der Verfahrensbeteiligten erteilte ein ausdrückliches Einverständnis mit der Verlesung der betreffenden Gutachten. Der Angeklagte und sein Verteidiger beanstandeten die Verlesung auch nicht als unzulässig. Die für die Erstellung der Gutachten verantwortlichen Sachverständigen wurden nicht in der Hauptverhandlung vernommen. Ebenso wenig fanden Erörterungen zu den Gutachten statt. An einem der folgenden Hauptverhandlungstage traf der Vorsitzende die Feststellungen über die Kenntnisnahme der Urkunden und die Gelegenheit hierzu.

In dem angefochtenen Urteil hat die Strafkammer dann u.a. ausgeführt, dass sich die Täterschaft des Angeklagten maßgeblich aus Angaben seines Mittäters ergebe, aber auch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme im Übrigen belegt sei. Dabei hat das LG darauf abgestellt, dass in einigen Fällen der Anklage DNA-Spuren existierten, die ausweislich der im Selbstleseverfahren eingeführten DNA-Gutachten vom Angeklagten bzw. seinem Mittäter stammten.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des BGH hat das LG durch die von ihm gewählte Vorgehensweise den Grundsatz der persönlichen Vernehmung (§ 250 StPO) umgangen. Die Ersteller

Verfahrensgeschehen

Keine Einwände des Verteidigers

Urteilsgründe

§ 250 StPO umgangen

der Gutachten hätten vielmehr in der Hauptverhandlung angehört werden müssen. Denn die Voraussetzungen der hier allein in Betracht kommenden Ausnahmetatbestände des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO oder des § 256 Abs. 1 Nr. 1 StPO hätten nicht vorgelegen.

Die Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO waren nach Auffassung des BGH schon deshalb nicht erfüllt, weil weder der Angeklagte und sein Verteidiger noch die Staatsanwaltschaft ihr Einverständnis mit der Verlesung erteilt hatten. Ein solches sei insbesondere nicht darin zu erblicken, dass der Verteidiger erklärt habe, der Durchführung des Selbstleseverfahrens nicht entgegenzutreten. Im Hinblick auf die eingeschränkte Sprachkompetenz des Angeklagten habe er hiermit der Strafkammer nach den konkreten Umständen nur zu verstehen gegeben, dass er gegen das „Wie“ der Einführung der Urkunden aus der Selbstleseliste keine Einwände hat erheben wollen. Zum „Ob“ ihrer Einführung durch Verlesen habe er sich durch seine Erklärung nicht verhalten.

Auch eine stillschweigende Zustimmung habe nicht vorgelegen. Eine solche komme überhaupt nur in Betracht, wenn aufgrund der vorangegangenen Verfahrensgestaltung davon ausgegangen werden dürfe, dass sich alle Verfahrensbeteiligten der Tragweite ihres Schweigens bewusst gewesen sind (BGH NStZ 2015, 476; 2017, 299 m.w.N.; LR/Sander/Cirener, StPO, 26. Aufl., § 251 Rn 22 m.w.N.). Daran fehle es hier. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Revisionsvorbringen sei das Erfordernis eines Einverständnisses für eine auf § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO gestützte Verlesung der Gutachten (etwa durch eine Frage des Vorsitzenden o.Ä.) zu keinem Zeitpunkt in der Hauptverhandlung thematisiert worden. Es sei angesichts der Vielzahl der Urkunden auf der Selbstleseliste auch nicht derart offensichtlich gewesen, dass es sich den Prozessbeteiligten aufgedrängt hätte.

Hinzu komme Folgendes: Das Einverständnis – auch das stillschweigende – müsse bereits im Zeitpunkt der Anordnung der Verlesung durch das Gericht vorliegen (LR/Sander/Cirener, a.a.O., Rn 23). Hier habe der Vorsitzende gleichzeitig mit der Anordnung des Selbstleseverfahrens die auf diese Weise einzuführenden Urkunden bezeichnet; die Verfahrensbeteiligten haben also erst mit der Anordnung erfahren, welche Urkunden sie umfasst. Sie hätten deshalb ihr Einverständnis gar nicht vorher erklären können. Erst recht scheide ein stillschweigendes Einverständnis in dieser Verfahrenskonstellation aus.

Im Übrigen fehle es überdies an dem gemäß § 251 Abs. 4 Satz 1, 2 StPO von dem gesamten Spruchkörper zu erlassenden und mit Gründen zu versehenen Beschluss. Grundsätzlich sei schon dieser Umstand allein geeignet, die Revision zu begründen (vgl. BGH NStZ 2011, 356, 357 m.w.N.; NStZ 2012, 585) Ein Fall, in dem sich der Rechtsfehler ausnahmsweise nicht ausgewirkt habe, weil den Verfahrensbeteiligten Grund und Reichweite der Verlesung bekannt gewesen seien, liege hier nicht vor.

Die DNA-Gutachten hätten – so der BGH – auch keine Erklärungen einer öffentlichen Behörde (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StPO) oder eines allgemein vereidigten Sachverständigen (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO) enthalten. Nach dem insoweit unwidersprochenen Revisionsvorbringen seien die vorliegend tätig gewordenen Sachverständigen gerade nicht allgemein vereidigt gewesen. Eine Ausdehnung der eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gestattenden Ausnahmegesetzgebung des § 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO komme nicht in Betracht, auch wenn die hier konsultierten Institute vielfach von Ermittlungsbehörden beauftragt würden und als zuverlässig bekannt seien. Denn Gutachten von vereidigten Sachverständigen seien im Rahmen des § 256 Abs. 1 Nr. 1 StPO vor allem deshalb Behördengutachten

§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO

Keine stillschweigende Zustimmung

Zeitpunkt des (stillschweigenden) Einverständnisses

Beschluss fehlt

§ 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und b StPO

gleichgestellt, weil im Vereidigungsverfahren die sachliche und persönliche Befähigung des Sachverständigen geprüft werde. Nur der Sachverständige, der das Verfahren durchlaufen habe, sei nach dem Motiv der gesetzlichen Regelung mit einer solchen Sachautorität ausgestattet, dass es gerechtfertigt sei, auf seine persönliche Einvernahme in der Hauptverhandlung zu verzichten (vgl. MüKo-StPO/Krüger, § 256 Rn 17 unter Verweis auf BT-Drucks 15/1508, S. 26). Diese klare Festlegung des Gesetzgebers könne nicht dadurch unterlaufen werden, dass Kosten- oder Kapazitätsgründe die Landeskriminalämter dazu veranlassen, für forensische DNA-Untersuchungen auf private Institute zurückzugreifen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung ist zutreffend. Wegen der Einzelheiten zum Selbstleseverfahren und den Voraussetzungen der Verlesung nach § 251 StPO und § 256 StPO wird verwiesen auf Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 2945 ff., 3272 ff., 3352 ff.

2. Hier hatte es übrigens einer Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO nicht bedurft. Die Verletzung des § 251 Abs. 1 StPO kann ohne ein Vorgehen nach § 238 Abs. 2 StPO gerügt werden, weil es gemäß § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO dem gesamten Spruchkörper und nicht dem Vorsitzenden allein obliegt, über die Verlesung zu beschließen. Damit ist der Anwendungsbereich des § 238 StPO nicht eröffnet. Soweit der Vorsitzende die Einführung der Gutachten im Urkundsbeweis auf § 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO gestützt haben sollte, hat er die Zulässigkeit seines Vorgehens unter die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift subsumieren, mithin zwingendes Recht anwenden müssen, ohne dass ihm insoweit ein Ermessensspielraum zur Seite gestanden hat. Die Verletzung zwingenden Rechts durch den Vorsitzenden kann ein Revisionsführer aber auch dann rügen, wenn er in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht nach § 238 Abs. 2 StPO vorgegangen ist (vgl. zum Ganzen BGH NStZ 2012, 585; NStZ 2017, 372, jeweils m.w.N.).

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

Beschränkung der Revision gegen ein Berufungsurteil auf den Rechtsfolgenausspruch

Die Revision gegen ein Berufungsurteil kann nicht wirksam auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden, wenn das Berufungsgericht trotz unbeschränkt eingelegter Berufung keinen eigenen Schuldspruch mit zugehörigen Feststellungen getroffen hat. Dies gilt auch, wenn es zu Unrecht von einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch ausgegangen ist. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 26.9.2019 – 5 StR 206/19

I. Sachverhalt

Der Angeklagte hat auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Revision gegen das Berufungsurteil des LG eingelegt. Das LG war irrtümlich von einer Beschränkung der Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des AG ausgegangen und traf keine eigenen Schuldfeststellungen. Das OLG Hamburg beabsichtigt, die Beschränkung der Revision des Angeklagten als wirksam zu behandeln und das Berufungsurteil des LG infolgedessen lediglich im Rechtsfolgenausspruch zu überprüfen. Daran sieht es sich durch entgegenstehende Rechtsprechung des OLG Hamm (NJW 1973, 381) und des

**Beschränkung der Berufung
irrtümlich angenommen**

BayObLG (BayObLGSt 1994, 253) gehindert. Auf Vorlage des OLG Hamburg hat der BGH wie aus dem Leitsatz ersichtlich entschieden.

II. Entscheidung

Der Senat vermag der Rechtsauffassung des OLG Hamburg nicht zu folgen. Die Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch sei unwirksam, da das LG keinen Schuldspruch mit zugehörigen eigenen Feststellungen gefasst hat, obwohl der Angeklagte unbeschränkt das Rechtsmittel der Berufung eingelegt hat. Denn das Fehlen der vom LG angenommenen Berufungsbeschränkung schlage auf die Wirksamkeit der Revisionsbeschränkung durch. Mit der Möglichkeit der Beschränkung des Rechtsmittels (§ 318 Satz 1, § 344 Abs. 1 StPO) habe der Gesetzgeber dem Rechtsmittelberechtigten zwar eine prozessuale Gestaltungsmacht eingeräumt, deren Ausübung im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren ist. Diese Dispositionsmacht des Rechtsmittelführers sei allerdings durch die Trennbarkeit des angegriffenen Entscheidungsteils vom übrigen Urteilsinhalt begrenzt. Die durch die Beschränkung des Rechtsmittels entstehenden Entscheidungsteile müssten auch nach ihrer Trennung einer selbstständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich sein (BGH NStZ 2016, 105). Denn die aus verschiedenen Erkenntnissen im Rahmen einer stufenweisen Erledigung zusammengefügte Entscheidung über den durch den Eröffnungsbeschluss definierten Prozessgegenstand müsse frei von Widersprüchen sein (BGHSt 62, 202, 206 = NJW 2017, 2847 = StRR 10/2017, 8 [Deutscher]). Über die Rechtsfolgen in einer hierauf beschränkten Revision könne nur dann entschieden werden, wenn ein rechtskräftiger Schuldspruch vorliegt. Fehlt es daran, sei dem Revisionsgericht die Nachprüfung des Rechtsfolgenausspruchs schon mangels eines vorgegebenen Strafrahmens nicht möglich, fehlt es an Feststellungen, könne das Revisionsgericht Art und Umfang der Schuld nicht im notwendigen Maße nachprüfen (BGHSt 62, 155, 161 f. = NJW 2017, 2482 = StRR 10/2017, 14 = VRR 8/2017, 12 [jew. Burhoff]). Das LG wäre hier mangels einer tatsächlichen Beschränkung der Berufung gehalten gewesen, im Rahmen der gebotenen vollumfänglichen Nachprüfung des amtsgerichtlichen Urteils auch Feststellungen zum Schuldspruch zu treffen und über diesen zu entscheiden. Dies hat es nicht getan. Eigene Feststellungen seien auch nicht darin zu sehen, dass es auf die Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen hat. Da das LG jedoch irrtümlich von horizontaler Teilrechtskraft und einer damit einhergehenden Bindungswirkung an die erstinstanzlichen Feststellungen ausgegangen ist, habe es diesen Inhalt des amtsgerichtlichen Urteils nicht in Ausübung eigener Entscheidungszuständigkeit übernommen (BGH wistra 2012, 356; NStZ-RR 2013, 22). Entgegen der Auffassung des vorlegenden OLG könne eine Überprüfung allein des Strafausspruchs auch nicht anhand der durch das AG getroffenen Feststellungen erfolgen. Denn diese seien von dem umfänglichen Rechtsmittelangriff des Angeklagten gerade erfasst. Die Tatsache, dass der Angeklagte aufgrund der Beschränkung seiner Revision den Schuldspruch mitsamt den zugrunde gelegten Feststellungen nicht angreifen möchte, führe zu keinem anderen Ergebnis, da der Rechtsmittelführer nicht über die Teilbarkeit des Urteilsgegenstandes und damit einhergehend den Umfang, in welchem Rechtskraft möglich ist, bestimmen könne (BGHSt 21, 256, 259 = NJW 1967, 1972).

III. Bedeutung für die Praxis

Sicherlich keine alltägliche Ausgangslage. Gleichwohl gibt sie dem BGH in diesem für BGHSt vorgesehenen Beschluss die Gelegenheit, auf die Grundlagen der Rechtsmittelbeschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch und deren Auswirkungen hinzuweisen. Wenngleich die Prüfung der Wirksamkeit einer Beschränkung des Rechtsmittels

Beschränkung der Revision ist unwirksam

Nicht alltäglich

auf den Rechtsfolgenausspruch durch das Berufungs- bzw. Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen ist, ist die Kenntnis dieser Grundsätze beim Verteidiger sinnvoll.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Verwertbarkeit einer „freiwillig“ abgegebenen Blutprobe nach willkürlich fehlerhafter Belehrung

1. Es stellt eine verbotene Vernehmungsmethode i.S.v. §§ 136 Abs. 1 Satz 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 Satz 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 in Höhe von 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 Drogenvortest 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

§ 24a StVG

Beweisverwertungsverbot?

Feststellungen des AG

auf THC/Marihuana ausgefallenen Drogenvortest wurde dem Betroffenen ... um 23.27 Uhr eine Blutprobe entnommen, in der ein vorausgegangener Cannabiskonsum durch den Nachweis von THC festgestellt wurde. ... In der untersuchten 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 zu haben. 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, ergebe ... – 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 seien 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 gemäß § 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 § 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 insbesondere 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 Satz 2 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG sei unbegründet. Zuzugeben sei der Rechtsbeschwerde, dass es gegen §§ 136 Abs. 1 Satz 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 könne, 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 habe, 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

Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

Kein Beweisverwertungsverbot

Fernwirkung?

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 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. Dem gegenüber 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 gemäß § 46 Abs. 4 Satz 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.

Gewicht des Verstoßes

OLG verpasst „klare Kante“

Nicht-deliktische Erklärungsansätze

- 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 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 Satz 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 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 zu der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 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.

RA Heiko Urbanzyk, FA StR/VerkR, Coesfeld

Qualifizierte Belehrung

Corona hinter Gittern

Zum Absehen von der weiteren Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Hinblick auf die Ansteckungsgefahr mit Corona. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Koblenz, Beschl. v. 29.4.2020 – 2 VAs 3/20

I. Sachverhalt

Das OLG hat über das Absehen von der weiteren Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Hinblick auf die Ausweisung eines Ausländers – also § 456a Abs. 1 StPO – entschieden. Das OLG hat das Absehen abgelehnt.

II. Entscheidung

In dem Beschluss hat das OLG die von der Verteidigung im Hinblick auf ein erhöhtes Ansteckungsrisiko im Vollzug erhobenen Einwände zurückgewiesen, und zwar wie folgt: „Hinweise dafür, dass der Verurteilte im Vollzug einer erhöhten Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus (Covid-19) als in Freiheit ausgesetzt wäre, sind nicht erkennbar. Im Gegenteil erscheint das Risiko einer Erkrankung im Hinblick darauf, dass soziale Kontakte der Gefangenen im Strafvollzug eher minimiert sind und seitens der Justizvollzugsanstalten in Rheinland-Pfalz Vorkehrungen bis hin zur Quarantäne getroffen wurden, sogar eher geringer zu sein als für die sich auf freiem Fuße befindenden Menschen.“

III. Bedeutung für die Praxis

1. Im Zusammenhang mit Haftfragen spielen die Gefahren des Corona-Virus noch immer eine wichtige Rolle. Es hat sich gezeigt, dass diesbezügliche Entscheidungen nunmehr regelmäßig einen Passus über Infektionsrisiken beinhalten (siehe exemplarisch OLG Hamm, Beschl. v. 16.4.2020 – 4 Ws 72/20). Aus Gefangenenperspektive mag dieser Umstand grundsätzlich zu begrüßen sein, da er die Bedeutung des staatlicherseits zu gewährleistenden Gesundheitsschutzes im Vollzug (vgl. nur BVerfGK 20, 249) hervorhebt. Anlass zur Kritik besteht jedoch immer dann, wenn die Gefahrenabwägung zum Allgemeinplatz verkommt. In diesem Fall liegt die Vermutung nahe, dass ein berechtigtes Schutzinteresse der Gefangenen nur unzureichend gewürdigt und somit den besonderen Umständen der Corona-Krise nicht angemessen Rechnung getragen wurde.

2. Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Koblenzer Richter den Virusgefahren im Vollzug kaum Beachtung geschenkt haben. Abgesehen von einer erstaunlichen Unbekümmertheit in der Wortwahl begegnet dieses Vorgehen vor allem unter zwei Gesichtspunkten Kritik:

a) Die Aussagen des Senats sind in ihrer Pauschalität so nicht haltbar. Durch die verkürzte Abwägung der Corona-Gefahren entsteht ein zumindest missverständlicher Eindruck von den aktuellen Verhältnissen im Vollzug. Nach den Ausführungen des OLG Koblenz wirkt es so, als müssten sich die Gefangenen glücklich schätzen, dass man ihre sozialen Außenkontakte auf ein Minimum reduziert und weitergehende Quarantänemaßnahmen in den Anstalten eingeleitet hat. Dabei genügt jedoch ein kurzer Blick auf die intramurale Lebenswirklichkeit, um zu erkennen, dass die corona-bedingten Einschränkungen, zu denen u.a. die vorübergehende Aussetzung von Vollzugslockerungen sowie strenge Besuchsverbote zählen, erhebliche Mehrbelastungen für die Gefangenen bedeuten.

Absehen von der weiteren Vollstreckung

„Im Knast bist du vor Corona sicher“

Problemaufriss

Würdigung des OLG-Beschlusses

Zu pauschal

b) Die gerichtlichen Erwägungen entfalten eine problematische Signalwirkung. Dies gilt gerade deshalb, weil der Senat einerseits den Versuch unternimmt, seinen Feststellungen durch Verweis auf die Praxis („seitens der Justizvollzugsanstalten in Rheinland-Pfalz“) den Anstrich der Allgemeingültigkeit zu verleihen, dafür andererseits aber keine Belege liefert. Gleichzeitig werden die mit einer vollzuglichen Unterbringung verbundenen Besonderheiten, wie etwa der zwangsläufig enge Kontakt zu Bediensteten oder Mitgefangenen, einfach ausgespart.

Wie sich in Zusammenschau mit einer kürzlich ergangenen Entscheidung des OLG Hamm (Beschl. v. 7.5.2020 – III-3 Ws 157/20) zeigt, neigen die oberen Gerichte aktuell vermehrt dazu, eine erhöhte Ansteckungsgefahr im Vollzug abzulehnen. Der zur Begründung angestellte Vergleich mit den Verhältnissen in der Außenwelt kann jedoch nur bedingt überzeugen. Dies gilt umso mehr, als es vorrangig auf die Gegenüberstellung von Fallzahlen hinausläuft. Eine solche Betrachtungsweise greift schlicht zu kurz. Gemessen an der inneren Anstaltsstruktur muss vielmehr berücksichtigt werden, dass sich das Virus im Vollzug schneller verbreiten und in der Folge ein deutlich höheres Infektionsrisiko bestehen kann als in der Außenwelt. Bezieht man in die Überlegung ferner den Umstand mit ein, dass nicht wenige Inhaftierte der sog. Corona-Risikogruppe angehören (vgl. nur Fährmann, Pandemie und Strafvollzug, VerfBlog v. 17.4.2020, <https://verfassungsblog.de/pandemie-und-strafvollzug/>, zuletzt abgerufen am 20.5.2020), wird zudem Folgendes deutlich: Die Reduktion der Gefangenenanzahl stellt in Pandemie-Zeiten eine wichtige, mitunter sogar lebenswichtige Schutzmaßnahme dar. Es bleibt nur zu hoffen, dass künftige Entscheidungen diesem Umstand wieder verstärkt Rechnung tragen – notfalls muss die Verteidigung hier beharrlich insistieren.

Dr. Lorenz Bode, Düsseldorf

StGB/Nebengebiete

Erlangtes Etwas i.S.v. § 73 StGB bei fingiertem Arbeitsverhältnis

Bei einem fingierten Arbeitsverhältnis zur Erlangung von Krankenversicherungsschutz kann nicht stets auf den Nominalbetrag der erbrachten Sozialversicherungsbeiträge abgestellt werden. Dies gilt insbesondere, wenn außerhalb des fingierten Arbeitsverhältnisses bereits Beiträge geleistet wurden und nunmehr durch Erreichung der maßgeblichen Beitragsbemessungsgrenze allein die vom vorgeblichen Arbeitgeber abgeführten Sozialversicherungsbeiträge zur Erlangung des Krankenversicherungsschutzes erforderlich sind. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 22.4.2020 – 1 StR 527/19

I. Sachverhalt

Die Vorinstanz – das LG Frankfurt a.M. – hatte den Angeklagten wegen zwei Fällen der Beihilfe zum Betrug in jeweils sieben Fällen und wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt sowie die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 192.338,67 EUR angeordnet. Dem lag zugrunde, dass der Personalchef der B g GmbH zweimal für mehrere Monate an den Angeklagten Nettolohnzahlungen in Höhe von insg. 102.180,80 EUR aufgrund fingierter Aushilfsverträge veranlasste. Zudem wurden Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 14.010,43 EUR und Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von 77.407,44 EUR für den Ange-

Problematische Signalwirkung

Fazit und Ausblick

Fingierte Aushilfsverträge

klagten abgeführt (Summe der Zahlungen: 193.598,67 EUR). Vor der Tatbegehung war der Angeklagte bereits freiwillig gesetzlich krankenversichert.

Im Zuge seiner Einkommensteuererklärung 2012 und 2013 wurde dem Angeklagten die abgeführte Lohnsteuer nebst Solidaritätszuschlag erstattet. Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge ging die Vorinstanz davon aus, dass der Angeklagte aufgrund der Krankenversicherungsbeiträge einen entsprechenden Sozialversicherungsschutz und aufgrund der Rentenversicherungsbeiträge entsprechende Anwartschaften erworben hätte. Bei der Krankenversicherung hatten die vorgeblichen Gehaltszahlungen dazu geführt, dass seine Gesamteinnahmen nunmehr über der Beitragsbemessungsgrundlage lagen und somit die von ihm zur Erlangung des Krankenversicherungsschutzes zu leistenden Beiträge durch die B gGmbH abgedeckt wurden. Gleichwohl habe er im Tatzeitraum noch zusätzliche Beiträge in Höhe von insg. 1.260 EUR geleistet.

Den Einziehungsbetrag bestimmte die Vorinstanz derart, dass die zusätzlichen Krankenkassenbeiträge von 1.260 EUR von den Gesamtzahlungen in Höhe von 193.598,67 EUR abgezogen wurden, mithin sich die Einziehung des Wertes der Taterträge gemäß §§ 73, 73c StGB auf 192.338,67 EUR belief.

II. Entscheidung

Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge kann nicht ohne Weiteres auf deren Nominalwert bei der Bestimmung des Wertes der Taterträge abgestellt werden. Denn bei den Krankenkassenbeiträgen ist zu beachten, dass der Angeklagte bereits zuvor freiwillig gesetzlich krankenversichert war. Mithin hat sich durch seine Taten der Krankenversicherungsschutz nicht quantitativ geändert. Lediglich wurde hierdurch bewirkt, dass er für die Erlangung dieses Schutzes die von ihm bisher selbst getragenen Beiträge nicht mehr abführen musste.

Insofern beschränkt der BGH die Einziehung, da das durch die Sozialversicherungsbeiträge Erlangte nicht zu den übrigen Rechtsfolgen ins Gewicht fällt (§ 421 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StPO), auf die zu Unrecht von der B gGmbH erhaltene Gehaltszahlung sowie die Steuererstattung, insgesamt somit 179.588,24 EUR. Dabei hebt der BGH hervor, dass eine Teilbeschränkung innerhalb der Einziehungsentscheidung zulässig ist (BGH, Beschl. v. 2.8.2018 – 1 StR 311/18, NSTZ 2018, 742).

III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH hat mit der aktuellen Entscheidung klar gemacht, dass das durch die Tat Erlangte i.S.v. § 73 StGB hinreichend vom Gericht zu bestimmen ist. Insofern kann bei fingierten Arbeitsverhältnissen nicht einfach auf den Nominalbetrag der gezahlten Krankenversicherungsbeiträge abgestellt werden, wenn es dem Täter darum ging, Krankenversicherungsschutz zu erlangen. D.h. es wäre zu ermitteln, wie viel der konkrete Krankenversicherungsschutz den Täter gekostet hätte, etwa bei Leistung freiwilliger Beiträge in die gesetzliche Krankenversicherung. Leider ist der BGH mit Verweis auf § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO einer näheren Darlegung der vorzunehmenden Berechnung insbesondere auch im Hinblick auf die Rentenversicherung aus dem Weg gegangen. Für die Rentenversicherung wird man m.E. nicht entsprechend argumentieren können, da je mehr Beiträge an diese geleistet werden, desto höher die dort erworbenen Anwartschaften ausfallen.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

ESt-Erstattung

Abstellen auf Nominalwert?

Gericht muss das Erlangte bestimmen

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“ DT 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. DT verstarb an den Verletzungsfolgen, der Angeklagte wurde schwer verletzt. Die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Revision der StA war erfolgreich.

II. Entscheidung

Die Strafzumessung weise 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 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 schuldbegründenden 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 Strafraumenverschiebung 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

Alkoholkonsum trotz Fahrbereitschaft

Trunkenheit nicht zugleich schuldbegründend und -mindernd

Vorwerfbar Trunkenheit herbeigeführt (Trinken in Fahrbereitschaft)

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 würde, 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 Strafrahmenschiebung 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 strafschärfende Rolle spielen kann (vgl. a. Fischer, § 315b Rn 54).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Führungsaufsicht: Rechtmäßigkeit einer Abstinenzweisung

Wird im Rahmen einer Führungsaufsicht eine Abstinenzweisung erteilt, muss für eine Bestrafung wegen Verstoßes gegen diese Weisung nach § 145a StGB die Rechtmäßigkeit dieser Weisung festgestellt werden, wobei eine Unzumutbarkeit der Weisung bei einer chronischen Suchtmittelabhängigkeit und mehreren abgebrochenen Therapien naheliegt. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Koblenz, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 Ws 760/19

I. Sachverhalt

Das AG hat den Angeklagten wegen Verstoßes gegen Weisungen der Führungsaufsicht in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Der Angeklagte stand unter Führungsaufsicht. Im Beschluss wurde ihm folgende Weisung erteilt: „Dem Verurteilten wird untersagt, unter das Betäubungsmittelgesetz fallende Substanzen ohne ärztliche Erlaubnis sowie alkoholische Getränke zu konsumieren und dies auf eigene Kosten auf Anweisung des Bewährungshelfers ... durch die Durchführung von bis zu acht jährlichen Suchtmittelkontrollen, die nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden sind, ... nachzuweisen. Die Ergebnisse sind unverzüglich der Bewährungs-

**Trinken in Fahrbereitschaft
kann strafschärfend wirken**

Abstinenzweisung

hilfe schriftlich vorzulegen.“ Gleichwohl wurde der Angeklagte zweimal bei Konsum von Alkohol angetroffen. Auf die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung der StA hat das LG die Strafaussetzung zur Bewährung entfallen lassen. Die Revision des Angeklagten und seine Beschwerde gegen die abgelehnte Bestellung seiner Verteidigerin als Pflichtverteidigerin waren erfolgreich.

II. Entscheidung

Die Strafkammer sei rechtsfehlerhaft von einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß ausgegangen und habe demzufolge unter Verstoß gegen seine Kognitionspflicht nicht mehr neu über die Schuldfrage entschieden.

Das Revisionsgericht habe von Amts wegen, unabhängig von einer sachlichen Beschwer des Beschwerdeführers und ohne Bindung an die rechtliche Beurteilung durch den Tatrichter zu prüfen, ob das Berufungsgericht über alle Bestandteile des erstinstanzlichen Urteils entschieden hat, die von der Berufung erfasst wurden (OLG Koblenz NZV 2013, 411), insbesondere, ob eine Berufungsbeschränkung, von der das Berufungsgericht ausgegangen ist, wirksam war (BGHSt 27, 70 = NJW 1977, 442). Berufungsbeschränkungen seien nicht uneingeschränkt zulässig. Erforderlich sei, dass der nicht angegriffene Teil der Vorentscheidung so festgestellt und bewertet ist, dass er – unabänderlich und damit bindend – eine hinreichend tragfähige Grundlage für eine eigenständige Entscheidung des Berufungsgerichts zu bieten vermag. Unzulässig sei die Beschränkung daher dann, wenn die dem Schuldspruch im angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Feststellungen tatsächlicher und rechtlicher Art unklar, lückenhaft, widersprüchlich oder so dürftig sind, dass sich Art und Umfang der Schuld nicht in dem zur Überprüfung des Strafausspruchs notwendigen Maße bestimmen lassen oder unklar bleibt, ob sich der Angeklagte überhaupt strafbar gemacht hat (BGHSt 62, 155 = NJW 2017, 2482 = StRR 10/2017, 14 = VRR 8/2017, 12 [jew. Burhoff]).

Die vom AG getroffenen Feststellungen reichten nicht aus, um eine Verurteilung des Angeklagten zu tragen. § 145a StGB stelle eine Blankettvorschrift dar, deren Tatbestand erst durch genaue Bestimmung der Führungsaufsichtsweisung seine Kontur erhält. Erst so werde die Vereinbarkeit der Norm mit Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet. Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 145a StGB sei deshalb, dass die Weisung rechtsfehlerfrei ist. Rechtsfehlerhafte Weisungen könnten die Strafbarkeit nach § 145a StGB nicht begründen. Für die Annahme dieser Strafnorm sei daher die Feststellung einer Rechtsfehlerfreiheit der Weisung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal vollständig in den Urteilsgründen darzustellen (BGH StV 2017, 36 = StRR 2015, 466 [Deutscher]). Das amtsgerichtliche Urteil verhalte sich zur Frage der Rechtmäßigkeit der dem Angeklagten im Rahmen der Führungsaufsicht erteilten Abstinenzweisung in keiner Weise, obwohl angesichts der Feststellungen zur Person des Angeklagten Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit bestand. Zwar sei eine Abstinenzweisung gemäß § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 StGB im Rahmen der Führungsaufsicht grundsätzlich zulässig. Im Einzelfall könne jedoch eine solche Weisung unzumutbare Anforderungen an die Lebensführung des Angeklagten stellen und daher gem. § 68b Abs. 3 StGB unrechtmäßig sein (OLG Dresden StV 2015, 699). Zumutbar und verhältnismäßig sei eine solche Weisung regelmäßig dann, wenn sie gegenüber einer Person angeordnet wird, die ohne Weiteres zum Verzicht auf den Konsum von Suchtmitteln fähig ist und wenn im Fall erneuten Alkohol- oder Suchtmittelkonsums mit der Begehung erheblicher, die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit betreffender Straftaten zu rechnen ist. Eine unzumutbare Weisung liege demgegenüber jedenfalls in solchen Fällen vor, in denen ein langjähriger, mehrfach erfolglos

Unwirksamkeit der Berufungsbeschränkung auf die Rechtsfolge

Rechtmäßigkeit der Abstinenzweisung

therapierter Suchtabhängiger aufgrund seiner Suchtkrankheit nicht zu nachhaltiger Abstinenz in der Lage ist und von ihm keine die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit erheblich beeinträchtigten Straftaten drohen (BVerfG NJW 2016, 2170). Im vorliegenden Fall sei eine Unzumutbarkeit der dem Angeklagten erteilten Abstinenzweisung angesichts der festgestellten chronischen Alkoholabhängigkeit und mehrerer abgebrochener Alkoholentzugstherapien nicht fernliegend (wird ausgeführt). Das LG hätte das Urteil des AG daher umfassend zu überprüfen und hiernach eigene den Schuldspruch tragende Feststellungen zu treffen gehabt. Angesichts der Notwendigkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Weisung habe auch eine schwierige Rechtslage und damit die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nach § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO vorgelegen.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Strafbarkeit nach § 145a StGB verlangt eine hinreichend bestimmte Weisung (BGHSt 58, 72 = NJW 2013, 710 = StRR 2013, 148 [Deutscher]: Meldeweisung beim Bewährungshelfer; BGHSt 58, 136 = NJW 2013, 1894 = StRR 2013, 268 [Deutscher]): Kontaktverbot zu Kindern; hierzu auch BGH NStZ-RR 2014, 78 = StRR 2013, 430 [Deutscher]; BGH StV 2017, 36 = StRR 2015, 466 [Deutscher]). Angesichts des Charakters als Blankettvorschrift ist auch die Rechtmäßigkeit der Weisung für die Strafbarkeit erforderlich und zu prüfen. Die Weisung verstößt gegen § 68b Abs. 3 StGB, wenn sie unzumutbare Anforderungen an die Lebensführung des Verurteilten stellt. Das OLG arbeitet hier treffend heraus, dass daran bei einer Alkoholweisung zu überprüfende Zweifel bestehen, wenn bei dem Verurteilten eine chronische Suchterkrankung und mehrere abgebrochene Therapien vorliegen. Die Beurteilung, wann in solchen Fällen eine solche Weisung zumutbar ist, fällt allerdings unterschiedlich aus (bejahend OLG München NStZ-RR 2012., 324; OLG Rostock NStZ-RR 2012, 222 [gerade für diese Tätergruppe sinnvoll]; a.A. OLG Celle NStZ-RR 2010, 91 [bei langjährig abhängigen und unbehandelten Tätern grundsätzlich unzumutbar], allg. Fischer, StGB. 67. Aufl. 2020, § 68b Rn 13).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Öffentliche Verkehrsfläche

Die gelegentliche Nutzung einer Parkfläche durch Unbefugte führt auch bei Duldung durch den Berechtigten nicht zu deren Öffentlichkeit. Auch das Fehlen von Absperrmaßnahmen rechtfertigt nicht eine solche Annahme, wenn die Fläche deutlich von öffentlichen Wegen abgegrenzt sei. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11.11.2019 – 1 OLG 2 Ss 77/19

I. Sachverhalt

Das Amtsgericht hat die Angeklagte wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 StGB) verurteilt. Nach den Feststellungen des AG stieß die Angeklagte mit einem von ihr geführten Pkw auf einem Parkplatz gegen ein anderes Kraftfahrzeug, wodurch sie einen Fremdschaden in Höhe von 3.632,62 EUR verursachte. Obwohl sie den Unfall bemerkt hatte, verließ sie die Unfallstelle, ohne die erforderlichen Feststellungen zu ihrer Person zu ermöglichen.

Zur Nutzung des Parkplatzes hat das AG folgende Feststellungen getroffen: „Der Parkplatz steht im Eigentum des Zeugen WM. Die Berechtigung zum Abstellen eines

Überzeugend, aber nicht unumstritten

Unfall auf einem Parkplatz

Feststellungen des AG

Fahrzeuges auf dem Parkplatz bedingt den Abschluss eines Mietvertrages mit dem Zeugen M. Nach Abschluss des Mietvertrages erhält der Mieter einen festen Parkplatz zugewiesen. Die Ein- und Ausfahrt ist grundsätzlich nur durch das Passieren einer Schrankenanlage möglich. Die Mieter erhalten zum Öffnen der Schranke eine elektronische Karte. Der Parkplatz ist durch eine entsprechende Beschilderung als Privatparkplatz gekennzeichnet. Die Angeklagte war seit Juli 2017 Mieterin eines Stellplatzes auf dem vorbezeichneten Parkplatz. In der Folgezeit waren die Schranken des Öfteren defekt und standen dann bis zur jeweiligen Reparatur offen. Seit circa Juni 2018 bis Juli 2019 war die Schrankenanlage dauerhaft defekt und dauerhaft geöffnet. Auch zum Tatzeitpunkt standen die Schranken oben, sodass der Parkplatz frei zugänglich war und auch von Personen genutzt wurde, welche keinen Mietvertrag besaßen. Im Juli 2019 wurde die Schrankenanlage abgebaut.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des OLG reicht allein der Umstand, dass der Grundstückseigentümer nicht „tatsächlich“ verhindert hat, dass auch die Allgemeinheit den Parkplatz befahren konnte, zur Begründung der Öffentlichkeit der Verkehrsfläche nicht aus. Nach ständiger Rechtsprechung sei ein Verkehrsraum dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird. Erfasst werden demnach nicht nur Verkehrsflächen, die nach dem Wegerecht des Bundes und der Länder dem allgemeinen Straßenverkehr gewidmet sind, sondern auch solche, deren Benutzung durch eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte größere Personengruppe ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse am Straßengrund oder auf eine verwaltungsrechtliche Widmung durch den Berechtigten ausdrücklich oder faktisch zugelassen wird (BGHSt 49, 128; OLG Hamm NZV 2008, 257 = VRR 2008, 230). Dem Schutzzweck der Vorschrift (Sicherheit des Straßenverkehrs) entsprechend seien „öffentlich“ darüber hinaus aber auch diejenigen Verkehrsflächen, bei denen ohne Rücksicht auf eine förmliche (wegerechtliche) Widmung und ungeachtet der Eigentumsverhältnisse allein aufgrund ausdrücklicher oder nur stillschweigender Duldung seitens des Verfügungsberechtigten die Benutzung durch jedermann oder jedenfalls durch bestimmte Gruppen von Verkehrsteilnehmern dauernd oder vorübergehend zugelassen wird und die von der Allgemeinheit zu diesem Zweck auch tatsächlich benutzt werden (faktischer oder verkehrsrechtlicher Öffentlichkeitsbegriff; Geppert, in: LK, 12. Aufl. 2009, § 142 Rn 14). Ausschlaggebend sei, ob der Benutzerkreis die für den öffentlichen Straßenverkehr charakteristische Anonymität aufweise, denn nur dann bestehe eine die Verhaltensgebote des § 142 StGB rechtfertigende Schutzbedürftigkeit der Unfallbeteiligten und Geschädigten. Der Zugehörigkeit einer Fläche zum öffentlichen Verkehrsraum steht eine eindeutige, äußerlich manifestierte Handlung des Verfügungsberechtigten, die unmissverständlich erkennbar mache, dass ein öffentlicher Verkehr nicht (mehr) geduldet wird, entgegen (BGH zfs 2013, 528 = VRR 2013, 148 = StRR 2013, 270). Die nur gelegentliche (Mit-)Benutzung einer als Privatparkplatz gekennzeichneten Verkehrsfläche durch Unbefugte vermöge an der „Nicht-Öffentlichkeit“ ebenso wenig etwas zu ändern wie die Aufstellung amtlicher Verkehrszeichen auf einem Privatgelände (OLG Rostock, Urt. v. 28.11.2003 – 1 Ss 131/03 I 79/03 m.w.N.). Selbst das Fehlen von Absperrmaßnahmen rechtfertigt nicht stets die Annahme, eine deutlich von öffentlichen Wegen abgegrenzte private Fläche stehe der Allgemeinheit uneingeschränkt zur Verfügung. Anderes gelte nur, wenn die Verkehrsfläche trotz vorhandener Hinweise auf eine Nutzungsbeschränkung durch entgegengesetzte längere Übung praktisch jeder-

Ständige Rechtsprechung der Obergerichte

mann zugänglich und dies nach außen hin auch erkennbar geworden sei. Entscheidend sei also, ob die vom Verfügungsberechtigten geduldete Mitnutzung durch Unberechtigte lediglich gelegentlich stattfindet oder ob die Nutzung aufgrund längerer Übung praktisch durch jedermann erfolgte und es sich quasi „eingebürgert“ hatte, dass die Parkfläche entgegen ihrer Kennzeichnung als Privatparkplatz auch durch einen größeren unbestimmten Personenkreis in Gebrauch genommen werde.

Die hierzu vom AG getroffenen Feststellungen reichten dem OLG nicht aus. Der Umstand, dass der Parkplatz aufgrund eines Defektes an der Schrankenanlage „faktisch für die Öffentlichkeit zugänglich“ gewesen sei und dies vom Verfügungsberechtigten geduldet worden sei, habe zur Begründung der Öffentlichkeit der im privaten Eigentum stehenden Verkehrsfläche hier nicht genügt. Durch die Beschilderung als Privatparkplatz und das Anbringen einer die Einfahrt grundsätzlich auf einen eng bestimmten Nutzerkreis beschränkenden Schrankenanlage habe der Verfügungsberechtigte nach außen hin kenntlich gemacht, dass eine Nutzung durch die Allgemeinheit nicht gewollt war. Durch den Umstand, dass die Schrankenanlage über längere Zeit hinweg defekt und daher eine Einfahrt faktisch auch für Nichtberechtigte möglich geworden sei, wurde diese nach außen gegebene Zweckbestimmung einer rein privaten Nutzung aus der hier allein maßgeblichen Sicht der Allgemeinheit jedenfalls nicht ohne weiteres aufgehoben. Hinzu kommt, dass die einzelnen Stellflächen den jeweiligen Mietern fest zugeordnet waren und es daher auf der Hand liege, dass der Verfügungsberechtigte ein Interesse daran hatte, dass vermietete Stellflächen nicht durch Personen „blockiert“ wurden, mit denen er kein Mietverhältnis eingegangen sei. Gegenteiliges könne allenfalls dann angenommen werden, wenn zwar nicht allgemein, so doch aber zumindest einem nicht näher eingrenzbar Personenkreis bekannt gewesen wäre, dass eine unberechtigte Nutzung des Parkplatzes vom Verfügungsberechtigten gleichwohl geduldet wurde und eine entsprechende Nutzung auch erfolgt ist. Entsprechendes werde allein durch die Angabe der Zeugin K., dass „es öfters vorkam, dass Unbefugte ihre Fahrzeuge auf dem Parkplatz abstellten, wenn die Schranke oben war“, nicht belegt. Denn dabei bleibe insbesondere offen, wann und wie häufig eine solche Nutzung vorgekommen ist und ob der Kreis der unberechtigten Nutzer zum allein maßgeblichen Tatzeitpunkt näher eingrenzbar gewesen war.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung beweist erneut, dass es sich im Verkehrsstrafrecht, insbesondere beim Vorwurf des unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 StGB), „lohnert“ kann, die Frage der Öffentlichkeit des Tat-/Unfallortes zu problematisieren. Denn die Vorgaben der Rechtsprechung, um die Öffentlichkeit zu bejahen, sind, wie die Entscheidung zeigt, streng (vgl. zu dem Tatbestandsmerkmal auch Burhoff, in: Burhoff (Hrsg.), Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2018, Rn 3598 ff.).

2. Im Übrigen kann es sich in vergleichbaren Fällen zudem empfehlen, auch den subjektiven Tatbestand sorgfältig zu prüfen. Denn für die Annahme einer Unfallflucht reicht es nicht aus, wenn der der Angeklagte ggf. (lediglich) erkannt hat, dass die Parkfläche für jedermann faktisch zugänglich gewesen war. Vielmehr muss er auch Art und Umfang der tatsächlichen Nutzung des Parkplatzes durch unberechtigte Dritte in seinen Vorsatz aufgenommen haben.

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

Anwendung auf den konkreten Fall

Verteidigungsansatz

Subjektiver Tatbestand

Ordnungswidrigkeitenrecht

Reichweite der Vollmacht des Verteidigers und Verletzung des rechtlichen Gehörs

1. Der mit Vertretungsvollmacht ausgestattete Verteidiger kann für den von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbundenen Betroffenen Erklärungen zur Sache abgeben.

2. Nimmt das Tatgericht Sachvortrag des Verteidigers für den von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbundenen Betroffenen nicht zur Kenntnis, stellt dies eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. (Leitsätze des Verfassers)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.2.2020 – IV-4 RBs 31/20

I. Sachverhalt

Der von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbundene Betroffene wurde von dem AG in W wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße von 100,00 EUR verurteilt. Dazu wurde festgestellt: „Die zulässige Höchstgeschwindigkeit ist an der Messstelle durch Verkehrszeichen auf 30 km/h begrenzt. Die Messung mit dem vorgenannten Gerät, das durch die physikalisch-technische Bundesanstalt zugelassen ist und das gültig geeicht war, ergab für den Betroffenen – nach Toleranzabzug von 3 km/h – einen Wert von 57 km/h“. Dazu führt das AG in den Urteilsgründen weiter aus: „Soweit der Verteidiger in der Hauptverhandlung erklärte, dass das Verkehrsschild mit der Geschwindigkeitsbegrenzung wegen eines parkenden Lkws nicht zu sehen gewesen wäre, kann er hiermit nicht gehört werden. Der Betroffene ist nämlich gerade vor dem Hintergrund von seinem persönlichen Erscheinen entbunden worden, dass er keine Einlassung zur Sache vornehmen werde. Dies kann im Folgenden nicht durch eine (von der Prozessordnung so ohnehin nicht vorgesehene) Einlassung des Betroffenen über den Verteidiger unterlaufen werden.“

II. Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hob die Entscheidung des AG in W auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung zurück.

Das OLG Düsseldorf stellte dazu in den Gründen zunächst klar, dass die Verletzung rechtlichen Gehörs mit einer Verfahrensrüge anzugreifen ist, die den Anforderungen des § 344 Abs. 2 StPO genügen muss (vgl. Seitz/Bauer, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 80 Rn 16a, m.w.N.), was hier erfolgt sei.

Die zulässig erhobene Verfahrensrüge sei auch begründet, da der Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt sei.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bedeute, dass dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden muss, sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen und dass das Gericht seine Ausführungen zur Kenntnis nehmen und in seine Erwägungen einbeziehen muss (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn 23 m.w.N.), so das OLG. Ausweislich der in der Akte befindlichen Urkunde über die erteilte Vollmacht habe der Betroffene dem Verteidiger Vollmacht zu seiner „Verteidigung und Vertretung in allen Instanzen sowie im Vorverfahren erteilt, und zwar auch für den Fall seiner Abwesen-

„Einlassung“ des Verteidigers

Verfahrensrüge

Vertretungsvollmacht

heit nach § 411 StPO mit ausdrücklicher Ermächtigung auch nach §§ 223 Abs. 1, 234 StPO und 74 OWiG“. Gemäß § 73 Abs. 3 OWiG kann sich der von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbundene Betroffene durch einen schriftlich bevollmächtigten Verteidiger vertreten lassen. Mit einer schriftlichen (Vertretungs-) Vollmacht, auch für den Fall der Abwesenheit, vertrete der Verteidiger den Betroffenen in der Erklärung und im Willen und kann für ihn deshalb zur Sache aussagen, eine Vollmacht für den Fall der Abwesenheit reiche aus (Seitz/Bauer, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 73 Rn 27). Nimmt das Tatgericht unter diesen Umständen Sachvortrag des Verteidigers für den Betroffenen nicht zur Kenntnis und bezieht diesen Vortrag nicht in die Erwägungen ein, verletzt dies den Anspruch des Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 10 Abs. 1 GG.

III. Bedeutung für die Praxis

Aus den zutreffenden Gründen hat das OLG Düsseldorf dem Zulassungsantrag stattgegeben und die zulässig erhobene Gehörsrüge für begründet erachtet, weshalb das Urteil des AG in W aufzuheben war. Es erstaunt immer wieder, welche Probleme nach wie vor – oder immer wieder – bei der Anwendung des § 73 OWiG bestehen. Der Trichter auf der einen Seite darf sich nicht beirren, der Verteidiger auf der anderen Seite nicht verunsichern lassen. Trotzdem gibt es tatsächlich in der Hauptverhandlung immer wieder handfesten Streit über dieses Thema. Aus hiesiger Sicht sind drei Dinge wesentlich bei der Anwendung und sollten in der Praxis an und für sich hinreichend bekannt sein.

1. Das Gericht muss den Betroffenen von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbinden, wenn dieser seine Fahrer-/Tätereigenschaft einräumt (es muss ja nicht immer um Verkehrsordnungswidrigkeiten mit „Blitzerfotos“ gehen) und erklärt, er (selbst) werde zur Sachaufklärung nicht beitragen. Dem Gericht steht dann kein Ermessen zu

2. Der mit Vertretungsvollmacht – auch für den Fall der Abwesenheit – ausgestattete Verteidiger kann für den Betroffenen Erklärungen abgeben, natürlich auch Einlassungen zur Sache. Wichtig ist aber: Diese besondere Form der Bevollmächtigung durch den Betroffenen geht über die allgemeine Verteidigervollmacht, deren Bestehen anwaltlich versichert werden kann, hinaus und muss gesondert in schriftlicher Form spätestens im Termin zur Hauptverhandlung vorliegen.

3. Ergibt sich aus einer Einlassung des Verteidigers für den Betroffenen, dass eine Sachaufklärung durch den Betroffenen doch zu erwarten ist, kann das Tatgericht die Hauptverhandlung aussetzen und den Betroffenen für einen neuen Termin nicht von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbinden. Das gilt aber nicht, wenn der Betroffene ankündigt, weiterhin zu schweigen, so dass das Gericht keine Nachfragen an den Betroffenen stellen kann. Dann muss das Gericht entbinden, die Einlassung des Betroffenen durch den Verteidiger bleibt dann eine Frage der Beweiswürdigung.

RA Patrick Lauterbach, FAStR, Solingen

Zutreffend

Pflicht zur Entbindung

Verteidiger kann Erklärungen abgeben

Ggf. muss der Betroffene geladen werden

Anwaltsvergütung

Zusätzliche Verfahrensgebühr nach Rücknahme der Revision

1. Für das Entstehen der Gebühr Nr. 4141 VV RVG ist es erforderlich, dass eine Revisionshauptverhandlung anberaumt wurde oder konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre, wenn nicht die Revision zurückgenommen worden wäre (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Senats, siehe Beschl. v. 19.7.2005 – 2 Ws 151/05).

2. Ob eine Hauptverhandlung zu erwarten ist, lässt sich in der Regel erst beurteilen, wenn die Akten dem Revisionsgericht vorgelegt wurden.

3. Die Anknüpfung der Gebühr an die bloße Revisionsrücknahme oder das Vorliegen einer Revisionsbegründung widerspricht der gesetzgeberischen Intention, wonach eine Hauptverhandlung vermieden und eine Honorierung intensiver und zeitaufwändiger Tätigkeiten des Verteidigers erfolgen soll. (Leitsätze des Gerichts)

OLG Celle, Beschl. v. 20.5.2019 – 2 Ws 141/19

I. Sachverhalt

Der Rechtsanwalt war Pflichtverteidiger des Angeklagten. Er hat gegen das seinen Mandanten verurteilende landgerichtliche Urteil Revision eingelegt, die mit der allgemeinen Sachrüge begründet wurde. Die Revision hat er später dann zurückgenommen. Der Rechtsanwalt hat die Festsetzung der Nr. 4141 VV RVG beantragt. Das LG hat die Gebühr nicht festgesetzt. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Unter welchen Voraussetzungen die Nr. 4141 VV RVG bei der Rücknahme einer Revision entsteht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. dazu auch Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4141 VV Rn 71 ff.):

Eine Auffassung macht das Entstehen der Gebühr nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig (aus der Literatur Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 23. Aufl., VV 4141 Rn 39; Hartung/Schons/Enders, RVG, 3. Aufl. 2017, Nr. 4141 VV Rn 37; AnwK-RVG/N. Schneider, RVG, 8. Aufl. 2017, VV 4141 Rn 136 ff., insbes. Rn 137). Bereits der Wortlaut der detaillierten Regelung sei insoweit eindeutig (AnwK-RVG/N. Schneider, Rn 137). Zudem habe nach vorheriger Rechtslage § 84 Abs. 2 BRAGO mangels Verweisung in § 86 BRAGO nicht für das Revisionsverfahren gegolten. Soweit eine analoge Anwendung befürwortet wurde, wurde verlangt, dass ausnahmsweise eine Hauptverhandlung anberaumt worden war (eine entsprechende Anwendung ablehnend: OLG Zweibrücken, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 Ws 559/03 und OLG Saarbrücken AGS 2004, 154 mit entsprechenden Nachweisen der Gegenmeinung). Weil der Gesetzgeber jedoch in Kenntnis dieses früheren Streits das Entstehen der Verfahrensgebühr nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft habe, sei auch keine weitere ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung zu fordern (vgl. LG Verden StraFo 2005, 439; Gerold/Schmidt/Burhoff, a.a.O.; a.A. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17.5.2005 – 1 Ws 164/05). Andernfalls würde der Verteidiger bestraft werden, der dem Gericht Mehrarbeit erspare, indem er etwa erst gar keine Revisionsbegründung einreicht, sondern die

Rücknahme der Revision nach Begründung

Streitstand

Keine weiteren Voraussetzungen

Revision nach Prüfung der Sach- und Rechtslage nach Beratung mit dem Mandanten zurücknehme (Hartung/Schons/Enders, VV Nr. 4141, Rn 37). Zudem müsse das Gericht die Revision auch ohne Hauptverhandlung prüfen und über sie entscheiden. Dieser Mehraufwand werde durch die Rücknahme gerade vermieden (AnwKomm-RVG/N. Schneider, VV 4141, Rn 138).

Eine weitere Auffassung verlangt für das Entstehen der Gebühr mindestens die Begründung der Revision (u.a. OLG Hamm StraFo 2006, 433). Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit im Revisionsverfahren regelmäßig die Begründung der Revision sei (KG RVGreport 2005, 352) und dass mit der Begründung wenigstens schon die theoretische Möglichkeit der Anberaumung eines Verhandlungstermins nach § 350 StPO bestehe (OLG Braunschweig RVGreport 2006, 228).

Die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung folgert demgegenüber aus dem Normzweck, dass für das Entstehen der Gebühr erforderlich sei, dass Revisionshauptverhandlungstermin anberaumt ist bzw. konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre, wenn nicht die Revision zurückgenommen worden wäre (vgl. die Nachweise bei Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4141 Rn 72; so auch Mayer/Kroiß, RVG, Nr. 4141–4147 VV Rn 11, Riedel/Sußbauer, RVG, 10. Aufl. 2015, VV 4141 Rn 22 und Hartmann, KostG, 48. Aufl. 2018, VV 4141 Rn 6; offenlassend: Bischof/Jungbauer u.a., Nrn. 4100–4304 VV Rn 116). Denn aufgrund einer (zulässigen) Revision finde in aller Regel eine Hauptverhandlung nicht statt, vielmehr werde – von wenigen Ausnahmen abgesehen – im Beschlusswege nach § 349 Abs. 2 oder § 349 Abs. 4 StPO entschieden (OLG Oldenburg NStZ-RR 2011, 96). Ob eine Hauptverhandlung zu erwarten ist, lasse sich in der Regel jedenfalls nicht beurteilen, solange die Revision nicht dem Revisionsgericht vorgelegt worden sei (u.a. OLG Oldenburg NStZ-RR 2011, 96; Mayer/Kroiß, RVG, RVG Nr. 4141–4147 VV Rn 11).

Das OLG hat sich der herrschenden Auffassung angeschlossen. Dies begründet es mit einer historischen und teleologischen Auslegung der Norm. Der Wortlaut von Nr. 4141 VV RVG sei zudem keineswegs eindeutig, wie die erstgenannte Auffassung meine: Nach dem einleitenden Satz soll durch die anwaltliche Mitwirkung die Hauptverhandlung entbehrlich werden. Zwar könne diese Auffassung für sich in Anspruch nehmen, dass (jedenfalls) durch die Revisionsrücknahme eine (etwaige) Hauptverhandlung entfällt. Sie berücksichtige aber nicht ausreichend, dass der Gesetzgeber explizit an das Erfordernis einer Hauptverhandlung anknüpft und nicht an das einer verfahrensabschließenden Entscheidung des Gerichts, etwa eines – in der gerichtlichen Praxis weit überwiegend vorkommenden – Beschlusses. Die Systematik von Nr. 4141 VV RVG lasse die Bedeutung des Erfordernisses der Vermeidung einer Hauptverhandlung ebenfalls erkennen: So werde auch in Abs. 3 darauf abgestellt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem Rechtszug bestimmt, in dem die Hauptverhandlung vermieden wurde.

III. Bedeutung für die Praxis

Eine weitere Stimme im Chor derer, die die Nr. 4141 VV RVG – aus m.E. fiskalischen Erwägungen – restriktiv auslegen (vgl. wegen weiterer Nachweise die Zusammenstellung bei Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4141 Rn 71 ff.). Ich habe dazu bereits häufiger angemerkt, dass diese Auffassung unzutreffend ist. Daran halte ich fest. Die Begründung des OLG überzeugt ebenso wenig wie die anderer OLG. Der Wortlaut der Nr. 4141 VV RVG sieht weitere Kriterien für das Entstehen der Gebühr in diesen Fällen

Begründung erforderlich

Revisions-HV muss naheliegen

OLG macht es wie die herrschende Meinung

Unzutreffend

nicht vor. Die Auffassung führt zudem dazu, dass die Nr. 4141 VV RVG bei Rücknahme der Revision in der Praxis kaum anfällt. Das ist aber von den OLG im Zweifel auch gewollt.

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

Anfall der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG nach neuem Vermögensabschöpfungsrecht

Der sachliche Anwendungsbereich des Gebührentatbestandes der Nr. 4142 VV RVG umfasst auch nach neuem Recht lediglich die Tätigkeit, die sich auf die Einziehung der in § 439 StPO (= § 442 StPO a.F.) gleichgestellten Rechtsfolgen Verfall, Vernichtung, Unbrauchbarmachung, Beseitigung eines gesetzwidrigen Zustands, die Abführung des Mehrerlöses oder eine diesen Zwecken dienende Beschlagnahme bezieht. Da das RVG diese vergütende Tätigkeit abschließend aufzählt, kommt eine entsprechende Anwendung auf die Tätigkeit im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung eines dinglichen Arrestes oder der Einziehung eines Wertersatzes des Erlangten lediglich zur Sicherung zivilrechtlicher Ansprüche nicht in Betracht. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 10.10.2019 – 2 Ws 48/19

I. Sachverhalt

Das AG Gelnhausen hat den Angeklagten der Verletzung der Unterhaltspflicht schuldig gesprochen. Der Verurteilte wurde verwarnt. Das AG hatte eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen in Höhe von je 30 EUR vorbehalten. Weiterhin ordnete das AG die Einziehung des Wertes des Erlangten in Höhe von 3.379,69 EUR an. Wegen der Einziehung hat der Pflichtverteidiger die Festsetzung der Verfahrensgebühr gem. Nr. 4142 VV RVG beantragt. Das AG hat sie nicht festgesetzt und das damit begründet, dass diese Gebühr nicht entstehe für „Wertersatz, wenn er den Charakter eines zivilrechtlichen Schadensersatzes hat“.

Auf die Beschwerde des Verteidigers hat das LG Hanau (RVGreport 2019, 342 = StRR 9/2019, 31) die Gebühr festgesetzt. Zur Begründung hat das LG sich im Wesentlichen auf die Entscheidung des LG Berlin vom 27.3.2018 (537 Qs 26/18, RVGreport 2018, 178 = RVGprofessionell 2018, 80 = StRR 2/2018, 24) bezogen und sich die Begründung des KG in seiner Entscheidung vom 6.3.2019 (1 Ws 31/18, RVGreport 2019, 219 = StRR 5/2019, 27) zu eigen gemacht.

Zur Klärung hat es die weitere Beschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes zugelassen. Die dagegen von der Staatskasse eingelegte weitere Beschwerde, die das LG zugelassen hatte, hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Die Verfahrensgebühr nach Ziff. 4142 VV RVG ist nach Auffassung des OLG hier nicht entstanden. Der Gebührenanspruch setze nach dem Wortlaut und seiner gesetzgeberischen Einordnung in das VV RVG eine Tätigkeit der Verteidigung bei der Einziehung und verwandten Maßnahmen voraus, die sich, wie sich durch die Verweisung auf § 439 StPO ergebe, auf einen endgültigen Vermögensverlust in Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols beziehen müsse.

AG lehnt Festsetzung ab ...

... LG setzt fest

Weitere Beschwerde

Nach wie vor endgültige Vermögensentziehung erforderlich

Wie der Senat in einer Entscheidung vom 28.6.2019 (2 Ws 13/19) bereits klargestellt habe, sehe er auch nach der Neustrukturierung der §§ 73 ff. StGB keine Veranlassung von seiner Entscheidung vom 23.2.2016 (2 Ws 15/16) abzuweichen. Der Senat habe darin u.a. ausgeführt, dass der sachliche Anwendungsbereich des Gebührentatbestandes der Nr. 4142 VV RVG lediglich die Tätigkeit umfasst, die sich auf die Einziehung dieser in § 439 StPO (= § 442 StPO a.F.) gleichgestellten Rechtsfolgen Verfall, Vernichtung, Unbrauchbarmachung, Beseitigung eines gesetzwidrigen Zustands, die Abführung des Mehrerlöses oder eine diesen Zwecken dienende Beschlagnahme bezieht. Da das RVG diese zu vergütenden Tätigkeiten abschließend aufzähle, komme eine entsprechende Anwendung auf die Tätigkeit im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung eines dinglichen Arrestes oder der Einziehung eines Wertersatzes des Erlangten lediglich zur Sicherung zivilrechtlicher Ansprüche nicht in Betracht. Die Einziehung sei in diesen Fällen nämlich nicht auf eine durch das staatliche Gewaltmonopol begründete endgültige Vermögensentziehung beim Betroffenen ausgerichtet, sondern solle lediglich der vorläufigen Sicherung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche des oder der Geschädigten dienen, über deren Berechtigung und Höhe erst noch in einem gesonderten Verfahren mit eigenen Gebührenansprüchen zu befinden sei.

Daran habe sich entgegen der Entscheidung des LG Berlin vom 6.3.2019 (a.a.O.), auf die sich das LG Hanau (a.a.O.) beziehe, durch das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (früher Verfall und Einziehung) grundsätzlich nichts geändert. Zwar sei das Rechtsinstitut des Verfalls abgeschafft und durch ein neues Rechtsinstitut der Einziehung von Taterträgen ersetzt worden, was von der Begrifflichkeit eine Anwendung der Gebührenziffer Nr. 4142 VV RVG nahelege. Inhaltlich und von der Grundstruktur dieser Vorschriften habe der Gesetzgeber eine dem Verletztenschutz dienende Neubestimmung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Geschädigten durch die Straftat regeln wollen, mit dem Ziel, dass spätere zivilrechtliche Ansprüche bereits durch die Sicherstellung im Strafverfahren leichter realisiert werden können. Diese auf den Schutz der Geschädigten ausgerichtete Neujustierung habe er lediglich unter dem Begriff der „Einziehung“ zusammengefasst, ohne an der gebührenrechtlichen Struktur des RVG etwas ändern zu wollen.

Nach wie vor sehe es der Senat als entscheidend für die Anwendung des Nr. 4142 VV RVG an, dass es sich um eine Maßnahme handelt, welche darauf gerichtet ist, dem Betroffenen den Gegenstand endgültig zu entziehen und somit einen endgültigen Vermögensverlust zu bewirken (so auch OLG Köln, Beschl. v. 22.11.2006 – 2 Ws 614/06; OLG München, Beschl. v. 30.7.2013 – 4 Ws 74/13; KG, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 Ws 309/07). Ausschließlich eine auf diese Maßnahme bezogene Tätigkeit des Verteidigers verdiene eine gesonderte Honorierung. Handelt es sich bei der „Einziehung“ lediglich um eine Maßnahme, bei der wie im vorliegenden Urteil Wertersatz eingezogen werde, der dazu dienen soll, die Zahlung des laufenden Unterhalts, auf dem die Verurteilung beruhe, sicherzustellen, sei diese Einziehung lediglich vorläufiger Natur, bis über den Anspruch und die Höhe in einem anderen Verfahren mit eigenen Gebührenansprüchen entschieden werde. Eine besondere Gebühr für diese lediglich vorläufige Maßnahme sehe das Gesetz gerade nicht vor. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Rostock (Beschl. v. 7.6.2018 – 20 Ws 42/1 8), da es in dem dortigen Sachverhalt gerade nicht um den Fall der Anordnung, sondern um die Vollziehung eines zuvor erfolgten Arrestes ging. In diesem Verfahren werde der zuvor genannte Unterschied deutlich.

Wie nach altem Recht

Neues Recht hat nichts geändert

III. Bedeutung für die Praxis

1. Wenn man die Entscheidung liest, fragt man sich, ob eigentlich die gesetzlichen Neuregelungen in den §§ 73 ff. StGB am OLG Frankfurt am Main vorbeigegangen sind. Denn anders kann man sich nicht erklären, wie das OLG zu dieser Rechtsauffassung, die (mal wieder) von der h.M. abweicht, kommt. Zudem: Warum eigentlich immer das OLG Frankfurt am Main (nicht nur hier, sondern auch häufig in Bußgeldsachen)? Das OLG übersieht m.E. – warum auch immer –, dass es jetzt in der Nr. 4142 VV RVG nur noch heißt „Einziehung“ – entsprechend der Regelung in den §§ 73 ff. StGB, die auch nur noch die Einziehung kennen. Das RVG unterscheidet nicht nach dem Grund für die Einziehung, die im Übrigen nach § 75 StGB endgültig ist. Das war, worauf das KG zutreffend hinweist, früher ggf. anders, womit die frühere abweichende Rechtsprechung begründet worden ist. Man fragt sich, warum das OLG Frankfurt am Main das nicht sieht. Fast hat man den Eindruck, es will den Unterschied nicht sehen, um nur nicht in solchen Fällen die Gebühr Nr. 4142 VV RVG festsetzen zu müssen. Also: Schutz der Staatskasse? Oder mal wieder in dem Bereich Verteidigung zum Nulltarif.

2. Zudem: Man fragt sich, warum sich das OLG Frankfurt am Main nicht mit der abweichenden Auffassung des KG (a.a.O.) auseinandersetzt. Und: Warum zitiert man eigentlich zur Stützung seiner (falschen) Auffassung nur Rechtsprechung zum alten Recht? Die war schon früher mehr als fragwürdig. Das hat übrigens auch wohl der 1. Zivilsenat des OLG Frankfurt am Main so gesehen (vgl. RVGreport 2017, 420). Vielleicht hätte man sich bei dem mal kundig machen sollen.

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

**Formulierung in Nr. 4142 VV
RVG eindeutig anders**

**Keine Auseinandersetzung
mit KG**

Impressum

Herausgeber:

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

Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

Bezugspreis (jährlich):

114 EUR zzgl. MwSt.

Bestellungen:

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

ISSN 1864-7200



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

Hinweis:

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

Hinweise zum Urheberrecht:

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

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