

Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,
wir übersenden heute die Februar-Ausgabe 2021.

Zur aktuellen Ausgabe ist anzumerken:

In das Jahr 2021 sind wir mit einem Beitrag von mir zum KostRÄG 2021 v. 21.12.2020 (BGBl I, S. 3229), das am 1.1.2021 in Kraft getreten ist, gestartet (vgl. StRR 1/2021, 5). An die Berichterstattung schließen wir heute an, und zwar mit einem Beitrag von Joachim Volpert zum (neuen) Übergangsrecht.

Bei der Gelegenheit nochmals: Burhoff/Volpert, RVG Straf- und Bußgeldsachen, wird im März in der 6. Auflage 2021 erscheinen. Das Werk enthält alle Neuerungen durch das KostRÄG 2021 und natürlich die seit dem Erscheinen der 5. Auflage veröffentlichte Rechtsprechung. Vorbestellungen sind beim Verlag oder auf meiner Homepage Burhoff-online möglich.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie in diesem Heft einen Schwerpunkt bei Entscheidungen, die Fragen im Zusammenhang mit der Hauptverhandlung betreffen, darunter eine erste Entscheidung zum nach dem „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019“ (BGBl I, S. 2121) „neuen“ Recht des Beweisantrags (§ 244 Abs. 6 StPO). Der materielle Teil enthält u.a. zwei Entscheidungen zu den Zueignungsdelikten.

Aus dem Bereich der Anwaltsvergütung ist besonders erwähnenswert die vorgestellte Entscheidung des AG Freiburg zur zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG in den Fällen der Entziehung der Fahrerlaubnis. Sie kann vor allem in verkehrsrechtlichen Verfahren zu Mehreinnahmen führen.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

und: Gesund bleiben

Inhalt

StRR-Kompakt 2

Praxisforum

KostRÄG 2021: Neues Übergangsrecht in Strafsachen nach § 60 RVG 5

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Durchsuchung in einem Ermittlungsverfahren wegen betrügerischer Inkassoforderungen 12

Hemmung der Unterbrechungsfrist 14

Berechnung der Frist für die Unterbrechung der Hauptverhandlung 17

Zeugnisverweigerungs-berechtigter Zeuge 19

Fortbestand der Anschlussbefugnis des Nebenklägers auch bei Freispruhantrag 21

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung 23

StGB/Nebengebiete

Verbales Drohen mit einem nicht sichtbaren Messer 25

Fundunterschlagung 27

Haftung des Steuerschuldners der Tabaksteuer 29

Ordnungswidrigkeitenrecht

Einsichtsrecht in nicht bei der Bußgeldakte befindliche Messunterlagen 30

Haftrecht

Neuer Haftbefehl nach Aufhebung eines außer Vollzug gesetzten früheren Haftbefehls .. 33

Anwaltsvergütung

Rückforderung eines Vorschusses .. 35

Zusätzliche Verfahrensgebühren Nr. 4141 und Nr. 4142 VV RVG ... 38



Telefonüberwachung: Zugriff auf E-Mails

§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO erlaubt den Zugriff auf beim Provider zwischen- oder endgespeicherte („ruhende“) E-Mails

BGH, Beschl. v. 14.10.2020 – 5 StR 229/19

Durchsuchung: Aufklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Bei einer Wohnungsdurchsuchung, die ausschließlich der Feststellung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eines Angeklagten im Rahmen der Festsetzung der Tagessatzhöhe dient, sind besonders strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen. Eine solche Durchsuchung ist allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen verhältnismäßig, wenn anhand anderer zur Verfügung stehender Erkenntnismöglichkeiten eine Schätzung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht möglich ist.

LG Bonn, Beschl. v. 28.10.2020 – 50 Qs-857 Js 721/20-36/20

Pflichtverteidiger: rückwirkende Bestellung

Nach der gesetzlichen Neuregelung des Rechts der Pflichtverteidigung kommt eine rückwirkende Bestellung des Rechtsanwalts als Pflichtverteidiger in Betracht. Die Staatsanwaltschaft hat einen Beiordnungsantrag gemäß § 142 Abs. 1 S. 2 unverzüglich zur Entscheidung vorzulegen. Der Staatsanwaltschaft kommt hierbei kein Ermessensspielraum zu, vielmehr ist sie unverzüglich zur Vorlage verpflichtet. Insbesondere spielt es dabei keine Rolle, ob eine etwaige Stellungnahme des Verteidigers Einfluss auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft hätte.

LG Regensburg, Beschl. v. 30.12.2020 – 5 Qs 188/20

Pflichtverteidiger: Kraftfahrzeugrennen

Eine besondere Schwierigkeit der Rechtslage kann im Hinblick auf den Tatvorwurf des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gemäß § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegen, da bei der Anwendung dieser Norm sich ggf. verschiedene Rechtsfragen stellen, die bislang nicht (eindeutig) höchstrichterlich geklärt wurden.

LG Aachen, Beschl. v. 11.1.2021 – 62 Qs 83/20

Pflichtverteidiger: Auswechslung des Pflichtverteidigers

Wird dem Beschuldigten innerhalb der ihm nach § 142 Abs. 5 S. 1 StPO bestimmten Frist ein anderer als der von ihm bezeichnete Verteidiger beigeordnet, kommt eine Auswechslung des Pflichtverteidigers in Betracht. Bei der Fristsetzung gemäß § 142 Abs. 5 S. 1 StPO handelt es sich um eine gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 35 Abs. 2 StPO. Voraussetzung für den Beginn der Frist ist die Bekanntgabe der gerichtlichen Entscheidung. Erfolgt demnach die Anhörung schriftlich, so muss sie gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 StPO förmlich zugestellt werden.

LG Berlin, Beschl. v. 13.1.2021 – 538 Qs 101/20

Grundsatz der Öffentlichkeit: Corona-Pandemie

Die Teilnahme als Zuhörer an einer öffentlichen Hauptverhandlung stellt einen unbenannten triftigen Grund im Sinne von Nr. 2 der Allgemeinverfügung des Sächsi-

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

schen Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt dar (vgl. a. OLG München, Beschl. v. 30.3.2020 – 2 Ws 387 u. 388/20).

BGH, Beschl. v. 17.11.2020 – 4 StR 390/02

Urteilsanforderungen: allgemeinkundige Tatsachen

Allgemeinkundige Tatsachen stehen der Kenntnisnahme durch das Rechtsbeschwerdegericht offen, ohne dass es ihrer Darlegung im tatrichterlichen Urteil bedarf. Die im Internet bei Google Maps oder Google Earth abrufbaren Luftbildaufnahmen können als Quelle für allgemeinkundige Erkenntnisse zu örtlichen Gegebenheiten herangezogen werden

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.1.2021 – IV-2 RBs 191/20

Empfangsbekanntnis: Erklärung des Rechtsanwalts

Bei dem als Organ der Rechtspflege unter erhöhter Wahrheitspflicht stehenden Rechtsanwalt sind hohe Anforderungen an die Annahme eines von ihm unzutreffend datierten Empfangsbekanntnisses zu stellen.

LG Hanau, Beschl. v. 12.10.2020 – 5 KIs 1136 Js 14486/17

Strafbefehl: Verzicht auf Einspruch

Ein Verzicht auf den Einspruch gegen einen Strafbefehl liegt nicht schon darin, dass der Angeklagte die in dem Strafbefehl festgesetzte Strafe bezahlt oder ein Ratenzahlungsgesuch stellt.

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 12.10.2020 – 5/30 Qs 42/20

Ausbleiben in der Hauptverhandlung: Quarantänepflicht

Ist beim Angeklagten aufgrund von Symptomen ein „Coronaabstrich“ entnommen worden, besteht bis zur Mitteilung des Testergebnisses für den Angeklagten eine Quarantänepflicht, die sein Ausbleiben im Hauptverhandlungstermin entschuldigt.

LG München I, Beschl. v. 4.1.2021 – 15 Qs 46/20

Wiedereinsetzung: Verfahrensrüge

Entscheidend für den Fristbeginn (§ 45 Abs. 1 StPO) i.S.v. § 44 Abs. 1 StPO ist der Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Angeklagten. Auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Verteidigers kommt es hingegen nicht an. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung einzelner Revisionsrügen ist in der Regel jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger in der tatrichterlichen Hauptverhandlung anwesend waren. Ist die Revision des Angeklagten infolge der rechtzeitig erhobenen Sachrüge frist- und formgerecht begründet worden, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von Verfahrensrügen nur ausnahmsweise bei besonderen Verfahrenslagen in Betracht, in denen dies zur Wahrung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint. Ist Gegenstand der Verfahrensrüge und Anlass für das Wiedereinsetzungsgesuch die Nichtgewährung von Akteneinsicht, muss der Beschwerdeführer zur Zulässigkeit seines Wiedereinsetzungsbegehrens für jede Rüge ausreichend darlegen, dass er gerade durch die fehlende Akteneinsicht an einer ordnungsgemäßen Begründung gehindert war. Die §§ 44 ff. StPO dienen nicht dazu, etwaige (vom Angeklagten unverschuldete) handwerkliche Mängel in der Rechtsmit-

Rechtsmittelverfahren

StRR-Kompakt

telbegründung seines Verteidigers nachträglich zu beheben, sondern nur dazu, über eine (vom Angeklagten nicht verschuldete) Fristversäumnis hinwegzuhelfen.

OLG Hamm, Beschl. v. 6.1.2021 – 4 RVs 131/20

Unerlaubtes Entfernen: bedeutender Schaden

Ein bei einem Verkehrsunfall verursachter Nettoschaden für Reparaturkosten in Höhe von 1.500 EUR stellt keinen bedeutenden Schaden im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB dar. Bei der Schadensbewertung sind die fortschreitende Entwicklung der Verbraucherpreise für Wartung und Reparatur sowie die allgemeine Einkommensentwicklung zu berücksichtigen. Die Wertgrenze des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist daher bei zumindest 1.800 EUR anzusetzen.

AG Duisburg, Beschl. v. 27.10.2020 – 204 Gs 146/20

Tötungsdelikte: Anwendungsbereich

Bei einer operativen Entbindung (Kaiserschnitt, sectio caesarea) beginnt die Geburt und damit der Anwendungsbereich der §§ 211 ff. StGB regelmäßig mit der Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; dies gilt auch bei einer Mehrlingsgeburt.

BGH, Beschl. v. 11.11.2020 – 5 StR 256/20

Corona-Soforthilfe: Subventionen

Staatliche Leistungen, die als „Corona-Soforthilfe“ aufgrund der „geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020“ bzw. der „Förderrichtlinie Hamburger Corona-Soforthilfe“ gewährt wurden, stellen Subventionen im Sinne des § 264 StGB dar. Für die nach § 264 Abs. 9 Nr. 1 Var. 2 StGB erforderliche hinreichend konkrete Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen genügt es grundsätzlich, hinsichtlich der einzelnen subventionserheblichen Tatsachen auf konkret bezeichnete Textziffern des Antragsformulars zu verweisen. Jedenfalls bei einer überschaubaren Gesamtanzahl an Textziffern im Antragsformular steht dem grundsätzlich nicht entgegen, dass auf nahezu alle vom Antragsteller zu tätigen Angaben verwiesen wird.

LG Hamburg, Beschl. v. 18.1.2021 – 608 Qs 18/20

Straßenverkehrsgefährdung: Sekundenschlaf

Für die zumindest fahrlässige Verkennung eines körperlichen Mangels gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 1b StGB genügt allein die Tatsache, dass der Fahrer am Steuer eingeschlafen ist, nicht. Vielmehr bedarf es der Feststellung, dass dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit derart übermüdet war, dass er jederzeit mit dem Eintritt eines Sekundenschlafs rechnen musste.

AG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2020 – 150 Gs 2091/20

Elektronisches Gerät: Digitalkamera

Eine Digitalkamera ist ein der Organisation dienendes elektronisches Gerät im Sinne des § 23 Abs. 1a StVO.

KG, Beschl. v. 9.11.2020 – 3 Ws (B) 262/20

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Ordnungswidrigkeiten

StRR-Kompakt

Fahrverbot: Anrechnung von vorläufiger Entziehung

§ 25 Abs. 6 S. 1 StVG gebietet nur die Anrechnung der Dauer einer in demselben Verfahren angeordneten vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis.

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 12.11.2020 – 1 OWi 2 SsBs 146/20

Corona-Pandemie: Kontaktverbot

Ein Verstoß gegen § 1 der Nds. Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus in der Fassung vom 24.4.2020: „Jede Person hat physische Kontakte zu anderen Menschen, die nicht zu den Angehörigen des eigenen Hausstandes gehören, auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren“, kann mangels Bestimmtheit der Norm nicht mit einem Bußgeld sanktioniert werden.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 11.12.2020 – 2 Ss (OWi) 286/20

Auslagen des Verteidigers: BahnCard

Unterlässt es der Verteidiger, die Erforderlichkeit seiner Auslagen vor Entstehen derselben durch das Gericht feststellen zu lassen, steht dies einer Anerkennung der Auslagen im Kostenfestsetzungsverfahren als notwendig nicht entgegen (§ 46 RVG). Die Kosten für den Erwerb einer BahnCard50 können jedenfalls in lang andauernden Verfahren notwendige Auslagen darstellen, wenn sich der Erwerb der BahnCard50 bereits nach wenigen Fahrten des Verteidigers amortisiert (Nr. 7003 VV RVG).

OLG Celle, Beschl. v. 21.12.2020 – 4 StE 1/17

Längenzuschlag: Stunde; Beendigung

Eine Stunde endet mit Ablauf der Sekunde 59:59 Uhr. Danach beginnt die nächste Stunde.

LG Karlsruhe, Beschl. v. 29.12.2020 – 3 KLS 220 Js 16158/10

Zusätzliche Verfahrensgebühr: Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO; Mitwirkung

Auch im Fall einer Einstellung nach § 154 StPO kann die Gebühr Nr. 4141 VV RVG entstehen. Eine teilweise bestreitende Einlassung erfordert erfahrungsgemäß immer eine vorherige Absprache des Verteidigers mit dem Mandanten und eine Auseinandersetzung mit der Verfahrensakte. Dies reicht aus, um den Gebührentatbestand des Nr. 4141 VV RVG zu erfüllen.

AG Aschaffenburg, Beschl. v. 15.12.2020 – 390 AR 81/20

Praxisforum

KostRÄG 2021: Neues Übergangsrecht in Strafsachen nach § 60 RVG

Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich

Am 1.1.2021 ist das KostRÄG 2021 v. 21.12.2021 (BGBl I, S. 3229) in Kraft getreten (zu den Änderungen eingehend Burhoff, StRR 1/2021, 5). Ob das RVG in der ab 1.1.2021 geltenden Fassung anwendbar ist, richtet sich nach § 60 Abs. 1 RVG. § 60 Abs. 1 RVG ist durch das KostRÄG 2021 ebenfalls neugefasst worden und bereits am 30.12.2020

Anwaltsvergütung

in Kraft getreten. Das stellt sicher, dass für die Änderungen des RVG aufgrund des KostRÄG 2021 bereits die neue Übergangsvorschrift Anwendung findet.

Hinweis

Die Änderung des § 60 Abs. 1 RVG war erforderlich, weil die Vorschrift sich insbesondere im Rechtsmittelverfahren bei bereits in der Vorinstanz tätigen Rechtsanwälten nachteilig auswirkte.

I. Wahlanwaltsvergütung: unbedingter Auftrag zur Angelegenheit (§ 60 Abs. 1 S. 1 RVG)

1. Gebührenrechtliche Angelegenheit

Der unbedingt erteilte Auftrag muss dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit i.S.v. §§ 15 bis 21 RVG betreffen. Sind verschiedene gebührenrechtliche Angelegenheiten betroffen, ist für jede einzelne Angelegenheit gesondert zu prüfen, ob altes oder neues Recht (KostRÄG 2021) Anwendung findet.

Hinweis

Die Prüfung des anwendbaren Rechts ist deshalb insbesondere für das Ermittlungs- und Hauptverfahren vorzunehmen, die gem. § 17 Nr. 10a RVG verschiedene Angelegenheiten bilden.

2. Unbedingter Auftrag

Für die Wahlanwalts- bzw. Wahlverteidigervergütung ist nach § 60 Abs. 1 S. 1 RVG das Datum der unbedingten Auftragserteilung in der gebührenrechtlichen Angelegenheit maßgebend. Bei unbedingter Auftragserteilung vor dem 1.1.2021 gilt altes Recht, bei unbedingter Auftragserteilung nach dem 31.12.2020 gilt vorbehaltlich § 60 Abs. 1 S. 5 RVG neues Recht. Unbedingt ist der Auftrag dann erteilt, wenn der Auftrag vom Rechtsanwalt angenommen bzw. das Mandat von ihm übernommen worden ist.

Hinweis

Es kommt auf den Zeitpunkt der Auftragsannahme durch den Rechtsanwalt, nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags oder der Vollmacht durch den Mandanten an (vgl. OLG Saarbrücken JurBüro 1996, 190). Das Datum der Ausstellung der Vollmacht kann allenfalls ein Indiz für den Zeitpunkt der Auftragserteilung sein.

3. Bedingter Auftrag

Ist der Auftrag bedingt, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem die Bedingung eintritt (vgl. KG RVGreport 2005, 380). Wird lediglich ein bedingter Auftrag erteilt, ist der spätere Zeitpunkt des Bedingungseintritts (§ 158 Abs. 1 BGB) maßgebend.

4. Rechtsmittelverfahren

Die frühere, vielfach kritisierte Sonderregelung für Rechtsmittelverfahren in § 60 Abs. 1 S. 2 a.F. RVG ist abgeschafft worden. Für Rechtsmittelverfahren ist deshalb gem. § 60 Abs. 1 S. 1 RVG ebenfalls grundsätzlich der Zeitpunkt der unbedingten Auftragserteilung maßgebend.

Anzahl der gebührenrechtlichen Angelegenheiten prüfen

Auftragserteilung setzt Mandatsannahme voraus

Zeitpunkt des Bedingungseintritts feststellen

Auch hier gilt der Zeitpunkt der unbedingten Auftragserteilung

Beispiel 1

Der Mandant ist am 23.12.2020 verurteilt worden und beauftragt den Verteidiger sogleich mit der Durchführung des Berufungsverfahrens. Die Einlegung der Berufung erfolgt am 29.12.2020.

Der unbedingte Auftrag zur Durchführung des Berufungsverfahrens ist vor dem 1.1.2021 erfolgt, so dass das Berufungsverfahren nach altem Recht abzurechnen ist.

Beauftragt der Mandant den Rechtsanwalt von vornherein mit der Vertretung auch in einer etwa erforderlichen Rechtsmittelinstanz, kommt es darauf an, wann der zunächst bedingte erteilte Rechtsmittelauftrag unbedingte wird.

Beispiel 2

Der Mandant erteilt dem Rechtsanwalt bereits im Juli 2020 auch Verteidigungsauftrag für eine etwaige Berufungsinstanz. Gegen die erstinstanzliche Verurteilung legt der Verteidiger nach dem 31.12.2020 Berufung ein und begründet diese.

Aufgrund der Einlegung und Begründung der Berufung nach dem 31.12.2020 ist davon auszugehen, dass der Verteidiger den Rechtsmittelauftrag nach dem 31.12.2020 angenommen und die Bedingung herbeigeführt hat. Das Berufungsverfahren ist deshalb nach neuem Recht abzurechnen.

In Straf- und Bußgeldsachen ist zu berücksichtigen, dass die Einlegung von Rechtsmitteln bei dem Gericht desselben Rechtszugs gem. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 RVG noch zu der Vorinstanz gehört und deshalb mit den dort verdienten Gebühren abgegolten ist. Nur die Einlegung des Rechtsmittels durch einen neuen Verteidiger gehört zum Rechtszug des Rechtsmittelverfahrens. Der bisher in § 60 Abs. 1 S. 2 a.F. RVG geregelte Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung spielt allenfalls bei zunächst auf die Einlegung des Rechtsmittels beschränkten und später auf die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens erweiterten Aufträgen eine Rolle.

Beispiel 3

Der Mandant wird am 23.12.2020 verurteilt und beauftragt den Verteidiger sogleich zunächst zur Fristwahrung nur mit der Einlegung der Berufung. Die Urteilsgründe gehen im Januar beim Verteidiger ein. Daraufhin wird der Verteidiger mit der Durchführung des Berufungsverfahrens beauftragt.

Gem. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 RVG gehört die Einlegung der Berufung für den bereits in der ersten Instanz tätigen Verteidiger noch zur ersten Instanz und ist mit den dort nach altem Recht verdienten Gebühren abgegolten. Mit der Durchführung des Berufungsverfahrens und damit der neuen gebührenrechtlichen Angelegenheit ist der Verteidiger aber erst im Januar beauftragt worden, so dass die Gebühren im Berufungsverfahren nach neuem Recht erhoben werden.

II. Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse aufgrund Beiordnung und Bestellung mit Auftragsverhältnis (§ 60 Abs. 1 S. 2 RVG)

1. Frühere Rechtslage

Für die Pflichtverteidigervergütung kam es nach § 60 RVG a.F. nach nahezu einhelliger Meinung nur auf den Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung an. Das konnte dazu führen, dass die Pflichtverteidigervergütung nach neuem Recht, die Wahlverteidigervergütung hingegen nach altem Recht abzurechnen war (siehe dazu ausf.

Bedingter Auftrag auch für etwaige Rechtsmittelinstanz

Auswirkungen von § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 RVG berücksichtigen

Etwaige Divergenz zwischen Pflicht- und Wahlverteidigervergütung

Burhoff/Volpert/Volpert, RVG, 5. Aufl. 2018, Teil A: Übergangsvorschriften [§ 60 f.], Rn 2206 ff.).

2. *Beordnung oder Bestellung mit Mandatsverhältnis*

Wenn der beigeordnete oder bestellte Rechtsanwalt mit Mandatsverhältnis tätig wird, richtet sich der gegen die Staatskasse gerichtete Vergütungsanspruch (§§ 45, 59a RVG) ebenfalls nach dem Zeitpunkt der unbedingten Auftragserteilung. Für Wahl- und Pflichtanwaltsvergütung ist deshalb immer dasselbe Recht anzuwenden, und zwar das frühere (§ 60 Abs. 1 S. 2, 5 RVG). Unerheblich ist es daher, wenn das Wahlmandat nicht ausdrücklich niedergelegt wird und ob die Bestellung zum Pflichtverteidiger regelmäßig zum Erlöschen des Wahlmandats führt (vgl. hierzu BGH NStZ 1991, 94; OLG Celle NStZ-RR 2005, 286 = RVGreport 2005, 277). Der Zeitpunkt der unbedingten Beauftragung entscheidet in jedem Fall über das anzuwendende Recht.

Beispiel

Der Anwalt ist am 11.11.2020 als Wahlverteidiger beauftragt worden. Die Bestellung zum Pflichtverteidiger erfolgt am 1.2.2021.

Sowohl die Wahlverteidiger- als auch die Pflichtverteidigervergütung richten sich gem. § 60 Abs. 1 S. 1, 2, 5 RVG nach altem Recht.

III. *Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse aufgrund Beordnung und Bestellung ohne Auftragsverhältnis (§ 60 Abs. 1 S. 3 RVG)*

1. *Kein Auftrag zum Zeitpunkt der Beordnung oder Bestellung*

Wird ein Pflichtverteidiger oder ein Nebenklägerbeistand gem. § 397a Abs. 1 StPO ohne ein Mandatsverhältnis bestellt (vgl. zum – nicht erforderlichen – Mandatsverhältnis beim Nebenklägerbeistand BGH NJW 2014, 3320 = NStZ-RR 2016, 22 = StRR 2015, 61), kann auf die Auftragserteilung als Anknüpfungspunkt (§ 60 Abs. 1 S. 1, 2 RVG) nicht zurückgegriffen werden. Gem. § 60 Abs. 1 S. 3 RVG richtet sich die Vergütung in der Angelegenheit dann nach altem Recht, wenn die Bestellung des Rechtsanwalts vor dem 1.1.2021 wirksam geworden ist und zum Zeitpunkt der Bestellung kein unbedingter Auftrag desjenigen vorlag, für den der Rechtsanwalt bestellt wurde.

Beispiel

Der Anwalt wird am 7.12.2020 zum Pflichtverteidiger bestellt. Nach dem 1.1.2021 erhält er von dem Beschuldigten noch einen Auftrag als Wahlverteidiger.

Die Pflichtverteidigervergütung richtet sich gem. § 60 Abs. 1 S. 3 RVG nach altem Recht, weil zum Zeitpunkt der Bestellung am 7.12.2020 kein unbedingter Auftrag vorlag.

2. *Wirksamwerden der Bestellung*

Die Bestellung zum Pflichtverteidiger oder Nebenklägerbeistand wird mit dem Erlass des Bestellungsbeschlusses wirksam, sodass dies der maßgebende Zeitpunkt ist. Der Zeitpunkt des Zugangs beim Rechtsanwalt ist für das Wirksamwerden im Rahmen von § 60 Abs. 1 S. 3 RVG ohne Bedeutung (vgl. KG NJW 2005, 3654 = AGS 2005, 554 = RVGreport 2006, 24; OLG Brandenburg NStZ-RR 2005, 253 = JurBüro 2005, 419; OLG Celle StV 1996, 222 = StraFo 1996, 159; OLG Hamm NStZ-RR 2005, 286 = StraFo 2005, 351 = RVGreport 2005, 261; a.A. Zugang ist maßgebend: LG Lübeck AGS 2005, 69).

Beauftragungszeitpunkt entscheidet auch über Anspruch gegen die Staatskasse

Für Anwalt ohne Mandatsverhältnis gilt Bestellungszeitpunkt

Sofortige Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses

IV. Erstreckung der Beordnung/Bestellung auf spätere Angelegenheiten (§ 60 Abs. 1 S. 4 RVG)

1. Verhältnis zu § 60 Abs. 1 S. 2 und S. 3 RVG

Auf den Zeitpunkt der Bestellung oder der Beordnung kommt es gem. § 60 Abs. 1 S. 4 RVG nicht an, soweit eine Beordnung oder Bestellung auch weitere Angelegenheiten erfasst, in denen der Rechtsanwalt erst nach dem 31.12.2020 erstmalig beauftragt oder tätig wird. § 60 Abs. 1 S. 4 RVG gilt daher für die Fälle, in denen sich eine Beordnung oder Bestellung auch auf weitere Angelegenheiten erstreckt (vgl. § 48 RVG). Insoweit gilt:

- Die „erstmalige Beauftragung“ erfasst die Fälle des § 60 Abs. 1 S. 2 RVG.
- Das „erste Tätigwerden“ erfasst den bestellten Rechtsanwalt ohne Auftragsverhältnis (Mandatierung) gem. § 60 Abs. 1 S. 3 RVG, der dadurch weitestgehend einem mandatierten Rechtsanwalt gleichgestellt wird (vgl. BT-Drucks 19/24740, S. 92).

2. Erstmalige Beauftragung

Bei der Erstreckung der Bestellung oder Beordnung auf eine weitere Angelegenheit gilt neues Recht, wenn der Rechtsanwalt in dieser Angelegenheit nach dem 31.12.2020 erstmalig beauftragt worden ist.

Beispiel

Der Anwalt hat vor dem 1.1.2021 den Auftrag als Wahlverteidiger erhalten. Nach dem 31.12.2020 wird er zum Pflichtverteidiger bestellt. Gegen das nach dem 31.12.2020 ergehende Urteil des LG legt er Revision ein und begründet diese. Der Rechtsanwalt ist mit der Verteidigung im Revisionsverfahren erstmalig nach dem 31.12.2020 beauftragt worden.

Die Pflichtverteidigerbestellung gilt wegen § 143 Abs. 1 StPO bis zur Rechtskraft und umfasst daher auch das Revisionsverfahren. Die Wahl- und Pflichtverteidigervergütung richtet sich gem. § 60 Abs. 1 S. 2, 5 RVG nur für die erste Instanz nach altem Recht. Für das Revisionsverfahren als weitere gebührenrechtliche Angelegenheit (§§ 15 Abs. 2, 17 Nr. 1 RVG) kommt es gem. § 60 Abs. 1 S. 4 RVG auf den Zeitpunkt der erstmaligen Beauftragung in dieser Angelegenheit an. Da dieser Zeitpunkt nach dem 31.12.2020 liegt, gilt für das Revisionsverfahren neues Recht, sowohl für die Wahl- als auch für die Pflichtverteidigergebühren (§ 60 Abs. 1 S. 5 RVG).

3. Erstmaliges Tätigwerden

Die Regelung in § 60 Abs. 1 S. 4 RVG erlangt insbesondere Bedeutung für einen bestellten oder beigeordneten Rechtsanwalt ohne Auftrags- bzw. Mandatsverhältnis (§ 60 Abs. 1 S. 3 RVG). Hier kommt es allein auf das erste Tätigwerden in einer weiteren gebührenrechtlichen Angelegenheit an, auf die sich die Beordnung oder Bestellung erstreckt. Hierbei ist stets zu prüfen, welche Tätigkeiten in der weiteren Angelegenheit gebührenausschlagend sind.

Beispiel

Der Anwalt ist am 7.10.2020 zum Pflichtverteidiger bestellt worden. Gegen das Urteil des LG vom 29.12.2020 legt er am 29.12.2020 Revision ein. Die Begründung erfolgt am 11.1.2021.

Unterscheidung zwischen erstmaliger Beauftragung und erstmaligem Tätigwerden

Hiervon werden die Fälle des § 60 Abs. 1 S. 2 RVG erfasst

Hiervon werden die Fälle des § 60 Abs. 1 S. 3 RVG erfasst

Die Pflichtverteidigerbestellung gilt wegen § 143 Abs. 1 StPO bis zur Rechtskraft und umfasst daher auch das Revisionsverfahren. Die Pflichtverteidigervergütung richtet sich gem. § 60 Abs. 1 S. 3 RVG nur für die erste Instanz nach altem Recht. Für das Revisionsverfahren als weitere gebührenrechtliche Angelegenheit (§§ 15 Abs. 2, 17 Nr. 1 RVG) kommt es gem. § 60 Abs. 1 S. 4 RVG auf den Zeitpunkt der erstmaligen Tätigkeit in dieser Angelegenheit an. Da die Einlegung der Revision gem. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 RVG noch zur ersten Instanz gehört, ist der Rechtsanwalt im Revisionsverfahren erstmals mit der Begründung der Revision tätig geworden. Da dieser Zeitpunkt nach dem 31.12.2020 liegt, gilt für das Revisionsverfahren neues Recht. Ein etwaiger Anspruch des Pflichtverteidigers auf Wahlverteidigergebühren aus § 52 RVG richtet sich wegen § 60 Abs. 1 S. 5 RVG für die erste Instanz nach altem und für die Revisionsinstanz nach neuem Recht.

V. Gleichlauf der Wahlanwaltsvergütungsansprüche und der Ansprüche gegen die Staatskasse (§ 60 Abs. 1 S. 5 RVG)

Gem. § 60 Abs. 1 S. 5 RVG ist im Falle der Beordnung oder Bestellung des Rechtsanwalts sowohl für die Wahlanwaltsvergütung als auch für die Vergütung aus der Staatskasse gem. §§ 45, 59a immer einheitlich altes oder neues Recht anzuwenden, und zwar das frühere Recht. Es wird deshalb ein Gleichlauf der Ansprüche des beigeordneten oder bestellten Rechtsanwalts gegen die Staatskasse einerseits und gegen sonstige Personen andererseits hergestellt (vgl. §§ 52 und 53 RVG).

Beispiel

Der Anwalt ist am 7.12.2020 zum Pflichtverteidiger bestellt worden. Nach dem 1.1.2021 erhält er von dem Beschuldigten noch den Auftrag, als Wahlverteidiger tätig zu sein.

Die Pflichtverteidigervergütung richtet sich gem. § 60 Abs. 1 S. 3 RVG nach altem Recht. Das gilt auch für die Wahlverteidigervergütung, weil zum Zeitpunkt der Bestellung am 7.12.2020 kein unbedingter Auftrag als Wahlverteidiger vorlag. Wegen § 60 Abs. 1 S. 5 RVG richtet sich auch die Wahlverteidigervergütung nach altem Recht, obwohl der Auftrag als Wahlverteidiger nach dem 31.12.2020 erteilt worden ist.

VI. Einzelfälle

Nachfolgend wird das Übergangsrecht beispielhaft in einigen Verfahrenskonstellationen dargestellt (siehe dazu ausf. Burhoff/Volpert/Volpert, RVG, 5. Aufl. 2018, Teil A: Übergangsvorschriften (§§ 60 f.), Rn 2077 ff.).

1. Beschwerdeverfahren

Wenn die Beschwerde in Straf- und Bußgeldsachen eine neue Angelegenheit bildet (s. dazu Burhoff/Volpert/Volpert, RVG, Teil A: Beschwerdeverfahren, Abrechnung, Rn 553 ff.), gelten für die Anwendung alten oder neuen Vergütungsrechts für das Beschwerdeverfahren die Ausführungen zum Rechtsmittelverfahren entsprechend.

2. Einstellung des Strafverfahrens und nachfolgendes Bußgeldverfahren

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren und ein sich nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens anschließendes Bußgeldverfahren sind verschiedene Angelegenheiten (vgl. § 17 Nr. 10b RVG). Maßgebend ist der Zeitpunkt der jeweiligen unbedingten Auftragserteilung. Im Falle der Bestellung oder Beordnung des Rechtsanwalts kommt

Pflicht- und Wahlgebühren richten sich stets einheitlich nach demselben Recht

Bei besonderer Angelegenheit gelten die Ausführungen zum Rechtsmittelverfahren

Es sind verschiedene Angelegenheiten betroffen

es darauf an, ob eine Beiordnung oder Bestellung mit Mandatsverhältnis (dann § 60 Abs. 1 S. 1, 2 RVG) oder ohne Mandatsverhältnis (dann § 60 Abs. 1 S. 3 RVG) vorliegt. Mit Mandatsverhältnis entscheidet der Zeitpunkt der unbedingten Auftragserteilung, ohne Mandatsverhältnis der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beiordnung oder Bestellung.

3. Ermittlungsverfahren/Bußgeldverfahren vor der Verwaltungsbehörde

In Straf- und Bußgeldsachen bilden das vorbereitende Verfahren und das erstinstanzliche gerichtliche Verfahren zwei verschiedene Angelegenheiten (§ 17 Nr. 10 Buchst. a), Nr. 11 RVG). Danach kann sich die Vergütung im erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren bereits nach neuem Recht richten, obwohl sich die Vergütung im vorbereitenden Verfahren noch nach altem Recht richtet. Wenn der unbedingte Auftrag für das vorbereitende Verfahren bzw. das Bußgeldverfahren vor der Verwaltungsbehörde vor dem Stichtag, der unbedingte Auftrag für das gerichtliche Verfahren aber erst danach erteilt worden ist, richten sich die Vergütungen nach altem und neuem Recht (§ 60 Abs. 1 S. 1 RVG).

4. Freispruch und Pflichtverteidigung

Siehe dazu § 60 Abs. 1 S. 5 RVG.

5. Sich selbst vertretender Rechtsanwalt

Wenn der Rechtsanwalt ein gerichtliches Verfahren in eigener Sache führt, liegt eine Auftragserteilung als Anknüpfungspunkt für die Anwendung alten oder neuen Rechts nicht vor. Anknüpfungspunkt ist in diesem Fall der Zeitpunkt des Beginns der prozessbezogenen Tätigkeit des Rechtsanwalts (vgl. OLG München RVGreport 2005, 301 = AGS 2005, 342). Der Zeitpunkt des Beginns der prozessbezogenen Tätigkeit des Rechtsanwalts ist vergleichbar mit dem Zeitpunkt der nach § 60 Abs. 1 S. 1 RVG maßgeblichen Auftragserteilung, die Auslöser für eine anwaltliche Tätigkeit ist. Beide Zeitpunkte stellen auf den Beginn einer anwaltlichen Tätigkeit ab.

6. Trennung von Verfahren

Nach der Trennung von Verfahren ist für das abgetrennte Verfahren weiterhin das für das Ursprungsverfahren gem. § 60 Abs. 1 RVG geltende Recht maßgebend. Denn für das Verfahren nach der Trennung ist kein neuer Auftrag erforderlich. Aus dem ursprünglichen einheitlichen Auftrag werden infolge der Trennung jetzt lediglich zwei verschiedene Angelegenheiten.

7. Verbindung/Erstreckung gem. § 48 Abs. 6 S. 3 RVG

Bei der Verbindung in Straf- und Bußgeldsachen ist das Recht maßgeblich, das für das jeweils führende Verfahren gilt, denn anders als mit diesem Anknüpfungspunkt „führendes Verfahren“ lassen sich diese Fälle nicht sachgerecht lösen. Das folgt schon aus dem Sinn und Zweck des Begriffs des „führenden Verfahrens“. Dessen Aktenzeichen gibt den verbundenen Verfahren den Namen. Das auf dieses Verfahren anwendbare Recht entfaltet deshalb dann Wirkung auf das gesamte verbundene Verfahren (OLG Hamm RVGreport 2005, 419 = JurBüro 2006, 29). Die Vergütung im verbundenen Verfahren richtet sich daher nach dem für das führende Verfahren geltenden Recht, weil das hinzuverbundene Verfahren endet.

9. Verteidiger- oder Anwaltswechsel

Bei einem Verteidiger- oder Anwaltswechsel sind für den alten und den neuen Anwalt die in § 60 Abs. 1 RVG geregelten Anknüpfungspunkte gesondert zu prüfen. Führt der

Eigene gebührenrechtliche Angelegenheit

Zeitpunkt des Beginns der Tätigkeit entscheidet

Recht des Ursprungsverfahrens gilt weiter

Führendes Verfahren entscheidet

Jeder Anwalt unterfällt seinem Übergangsrecht

Praxisforum

Wechsel des Anwalts dazu, dass der neue Anwalt nach dem für ihn geltenden neuen Recht eine höhere Vergütung verlangen kann, sind diese Mehrkosten bei einem notwendigen Anwaltswechsel erstattungsfähig.

10. Zurückverweisung

Wird davon ausgegangen, dass das zurückverwiesene Verfahren eine neue gebührenrechtliche Angelegenheit bildet, gilt nach § 60 Abs. 1 RVG Folgendes:

- Im Fall der Zurückverweisung der Sache vor dem 1.1.2021 und der erstmaligen Beauftragung eines neuen Rechtsanwalts für das zurückverwiesene Verfahren nach diesem Zeitpunkt gilt der Grundsatz des § 60 Abs. 1 S. 1 RVG. Da der unbedingte Auftrag nach dem 31.12.2020 erteilt worden ist, findet auf das zurückverwiesene Verfahren neues Recht Anwendung.
- Der Zeitpunkt der Beauftragung gilt wegen § 60 Abs. 1 S. 2 RVG auch in den Fällen der Beordnung und Bestellung.
- Wird ein Rechtsanwalt erstmals in dem zurückverwiesenen Verfahren beigeordnet oder bestellt und liegt zum Zeitpunkt der Beordnung oder Bestellung kein Auftragsverhältnis vor, entscheidet über die Anwendung alten oder neuen Rechts für das zurückverwiesene Verfahren der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beordnung oder Bestellung (§ 60 Abs. 1 S. 3 RVG).

Die Pflichtverteidigerbestellung umfasst wegen § 143 Abs. 1 StPO auch das zurückverwiesene Verfahren. Im Falle der Bestellung zum Pflichtverteidiger vor dem Rechtsmittelverfahren und anschließender Zurückverweisung durch das Rechtsmittelgericht kommt es deshalb bei Pflichtverteidigerbestellungen ohne zugrunde liegendes Auftragsverhältnis darauf an, wann der Pflichtverteidiger im zurückverwiesenen Verfahren erstmals tätig wird.

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Durchsuchung in einem Ermittlungsverfahren wegen betrügerischer Inkassoforderungen

Die Durchsuchungsanordnung wird ihrer Begrenzungsfunktion nicht gerecht, wenn sie die dem Beschuldigten (hier einem Rechtsanwalt) vorgelegene Geltendmachung unberechtigter Forderungen im Auftrag eines Inkassounternehmens im Hinblick auf den Tatzeitraum, die Anzahl der Taten und den Gegenstand entsprechender Abmahnungen nicht näher eingrenzt und die Suche nach einer unbestimmten Vielzahl denkbarer Unterlagen gestattet. (Leitsatz des Verfassers)

BVerfG, Beschl. v. 29.7.2020 – 2 BvR 1324/15

I. Sachverhalt

Der Beschuldigte ist Rechtsanwalt. Er wendet sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung der Durchsuchung seiner Kanzleiräume auf der Grundlage von § 102 StPO wegen des gegen ihn gerichteten Verdachts des versuchten Betruges. Dem Beschuldigten wird die Beteiligung an der systematischen betrügerischen Geltendmachung nicht bestehender oder überhöhter Forderungen im Wege des

Besondere gebührenrechtliche Angelegenheit

Durchsuchungsanordnung in 2015

Rechtsprechungsreport

Inkassos, durch Anwaltsschreiben und gerichtliche Geltendmachung vorgeworfen. Die Durchsuchung ist vom AG am 24.3.2015 angeordnet worden. Die Durchsuchung sollte der Auffindung von Gegenstände und Unterlagen dienen, und zwar sollte sie insbesondere auf Verträge mit Auftraggebern, Schriftwechsel mit Kunden und angeblichen Schuldner, anwaltliche Handakten, Abrechnungsunterlagen, Gerichtsschriftwechsel, Stellungnahmen bei Beschwerden gegenüber der Anwaltskammer, Kontoauszüge, Computer, sonstige elektronische Speichermedien und E-Mail-Verkehr gerichtet sein.

Die Durchsuchungsanordnung wurde am 15.4.2015 vollzogen. Es wurden umfangreiche Unterlagen sichergestellt. Der Beschuldigte hat gegen die Durchsuchungsanordnung am 8.5.2015 Beschwerde eingelegt. Die hatte keinen Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde des Beschuldigten hatte aber Erfolg.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des BVerfG genügte die Durchsuchungsanordnung des AG im Hinblick auf die von ihr zu erfüllende Begrenzungsfunktion erkennbar nicht den Anforderungen der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 1580 ff.). Bereits die Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses sei nicht geeignet sicherzustellen, dass die Ermächtigung der Exekutive, im Wege der Durchsuchung in den grundrechtlich geschützten Bereich des Beschwerdeführers einzugreifen, messbar und kontrollierbar bleibe.

Es werde zwar noch deutlich, dass maßgebliche Täuschungshandlung hier die Geltendmachung von unberechtigten Forderungen im Auftrag des Inkassounternehmens F durch anwaltliche Schreiben des Beschuldigten sein soll, nämlich neben den Forderungen der T Ltd. für angeblich in Anspruch genommene Telekommunikationsdienste solche für angebliche Urheberrechtsverletzungen für verschiedene Forderungsinhaber aus dem Bereich Film. An einer ausreichenden zeitlichen Begrenzung fehle es jedoch; ein Tatzeitraum werde in Bezug auf die angeblichen Forderungen der T Ltd. nur unzureichend eingegrenzt.

Der Durchsuchungsbeschluss gestatte darüber hinaus die Suche nach einer unbestimmten Vielzahl denkbarer Unterlagen, die im Zusammenhang mit der auftragsweisen Geltendmachung von Forderungen durch den Beschwerdeführer stehen. Aufgrund der Angabe „u.a.“ könnten dies neben den vom Beschuldigten geltend gemachten und im Durchsuchungsbeschluss genannten Forderungen der T Ltd. auch Forderungen anderer, nicht näher eingegrenzter Auftraggeber aus dem Bereich Film sein.

Es komme hinzu, dass die einzelnen Taten nicht hinreichend konkretisiert würden. Die einzige ungenaue Angabe in der Durchsuchungsanordnung sei insoweit, dass „derzeit“ in Bezug auf die Forderungen der T Ltd. „laut polizeilicher Auflistung Bl. 216 von weit über 100 Fällen auszugehen [sei], wobei die tatsächliche Anzahl deutlich höher sein dürfte“. Das Gleiche gelte für die Tatmodalitäten: Im Hinblick auf die vermeintlich betrügerischen Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzungen würden weder einzelne Geschädigte namhaft gemacht noch werde deutlich, welche konkreten Urheberrechtsverletzungen – der Durchsuchungsbeschluss spreche hier nur von dem Konsum und dem Hochladen von nicht näher bezeichneten „Filmen“ – in Rede stehen.

Rechtsmittel haben keinen Erfolg

Verfassungsrechtliche Rechtsprechung nicht beachtet

Keine ausreichende zeitliche Begrenzung

Suche nach unbestimmt vielen Unterlagen möglich

Einzelne Taten nicht hinreichend konkretisiert

Ungeachtet des Umstandes, dass die in der Durchsuchungsanordnung genannten polizeilichen Ermittlungsvermerke und die ausdrücklich erwähnte polizeiliche Auflistung einzelner Fälle weitere tatsächliche Angaben über den Inhalt der Tatvorwürfe und die zu suchenden Beweismittel enthalten, führen – so das BVerfG – die unbestimmten, den Anwendungsbereich der Durchsuchungsanordnung unkontrollierbar erweiternden Formulierungen des Beschlusses zu einer mangelnden Begrenzung derselben. Das AG habe es versäumt, durch eine geeignete Formulierung im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren für eine zumindest annäherungsweise Beschreibung der Tatvorwürfe gegenüber dem Beschuldigten und der dafür zu suchenden Beweismittel zu sorgen und damit den äußeren Rahmen, innerhalb dessen die Durchsuchung durchzuführen sei, abzustecken. Letztlich habe es im Ermessen der beauftragten Beamten gelegen, nach weiteren, nicht ausreichend bestimmten Beweismitteln zu suchen. Dies sei angesichts der aus Art. 13 Abs. 2 GG folgenden Verpflichtung, die Durchführung der Maßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten, von Verfassungs wegen nicht mehr hinnehmbar.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Das BVerfG ist, was die Anordnung von Durchsuchungen angeht, verhältnismäßig streng (vgl. dazu auch BVerfG StRR 11/2020, 14 und 16). Da müssen sich die Amtsgerichte schon ein wenig mehr Mühe machen, als sie es häufig tun, und die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat möglichst konkret beschreiben (vgl. dazu Burhoff, EV, Rn 1593 ff. m.w.N.). Dazu gehören dann auch Tatort und vor allem Tatzeit. Gerade an konkreten zeitlichen Angaben hat es hier aber wohl gefehlt. Im Beschluss, nicht in der Ermittlungsakte, wie man den Ausführungen des BVerfG entnehmen kann.

2. Das BVerfG hat die Verletzung der Grundrechte des Beschuldigten festgestellt und die landgerichtliche Beschwerdeentscheidung aufgehoben. Schön. Aber: Kann man sich als Beschuldigter über eine solche Entscheidung noch freuen, wenn das BVerfG mehr als fünf Jahre braucht, um die Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsmaßnahme festzustellen? Ich habe Verständnis für die Belastung des BVerfG. Aber Rechtsschutz bedeutet m.E. auch, dass zeitnah entschieden wird. Und fünf Jahre nach dem Vollzug einer Durchsuchungsmaßnahme ist nun wahrlich nicht mehr zeitnah.

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

Hemmung der Unterbrechungsfrist

Die Hemmung der Unterbrechungsfristen nach § 229 Abs. 1 und Abs. 2 StPO kann bei wiederholter Erkrankung einer oder mehrerer der in § 229 Abs. 3 S. 1 StPO genannten Personen grundsätzlich mehrmals eintreten. Ausreichend ist, wenn zwischen zwei Unterbrechungen nach § 229 Abs. 3 S. 1 StPO mindestens an einem Tag verhandelt worden ist. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 18.11.2020 – 4 StR 118/20

I. Sachverhalt

Das Landgericht hatte den Angeklagten u.a. wegen schweren Bandendiebstahls verurteilt und außerdem eine Einziehungsentscheidung getroffen. Hiergegen wendete sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge formellen und materiellen Rechts

Ermessen der Durchsuchungsbeamten, nach nicht ausreichend bestimmten Beweismitteln zu suchen

Strenge Vorgaben der Rechtsprechung

Zeitnaher Rechtsschutz erforderlich

Verwerfung der Revision nach § 349 Abs. 2 StPO

gestützten Revision. Das Rechtsmittel hatte beim BGH keinen Erfolg. Der BGH hat die Revision als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO verworfen.

II. Entscheidung

Der Angeklagte hatte u.a. gerügt, die Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 2 StPO seien in zwei Fällen nicht gewahrt worden, da die wiederholte Hemmung der Unterbrechungsfrist gemäß § 229 Abs. 3 StPO gegen die Konzentrationsmaxime verstoßen habe. Der Rüge lag folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Die Hauptverhandlung, die am 13.2.2018 begonnen hatte, wurde am 18.9.2018 – dem 21. Hauptverhandlungstag – unterbrochen und am 29.10.2018 fortgesetzt. Die Unterbrechungsfrist war gemäß § 229 Abs. 3 S. 1 StPO wegen der Erkrankung einer beisitzenden Richterin gehemmt, was das LG durch Beschluss feststellte. Vom 29.10.2018 bis zur Unterbrechung am 18.12.2018 fand die Hauptverhandlung an insgesamt neun Tagen statt und wurde am 6.2.2019 fortgesetzt. Während dieser Unterbrechung war die Vorsitzende erkrankt; das LG stellte durch Beschluss die abermalige Hemmung der Unterbrechungsfrist fest. Vom 6.2.2019 bis zum 12.3.2019 fand die Hauptverhandlung an insgesamt sechs Hauptverhandlungstagen statt. Am 12.3.2019 wurde sie bis zum 16.4.2019 unterbrochen. Während dieser Unterbrechung war erneut die beisitzende Richterin erkrankt. Das LG stellte abermals durch Beschluss die Hemmung der Unterbrechungsfrist fest. Aussetzungsanträge der Verteidigung lehnte es ab. Der Angeklagte war der Auffassung, eine wiederholte Hemmung der Unterbrechungsfrist gemäß § 229 Abs. 3 StPO komme hier nicht in Betracht, so dass die Unterbrechungen vom 18.12.2018 bis zum 6.2.2019 sowie vom 12.3. bis zum 16.4.2019 die Fristen des § 229 Abs. 1 und 2 StPO überschritten hätten. Das hat der BGH anders gesehen.

Ob und unter welchen Voraussetzungen bei wiederholter Erkrankung einer der in § 229 Abs. 3 StPO (in der Fassung v. 5.7.2017) genannten Personen der Lauf der in § 229 Abs. 1 und 2 StPO bestimmten Fristen jeweils erneut gehemmt wird, sei höchstrichterlich bislang nicht entschieden worden. Auch Rechtsprechung der OLG liege hierzu – soweit ersichtlich – nicht vor. In der Literatur findet sich zwar keine Stimme, die eine wiederholte Hemmung des Laufs der Unterbrechungsfrist gemäß § 229 Abs. 2 StPO während einer Hauptverhandlung für ausgeschlossen erachtet. Es werde aber die Auffassung vertreten, eine wiederholte Hemmung setze jedenfalls voraus, dass die Hauptverhandlung nach einer ersten Hemmung an mindestens zehn weiteren Tagen fortgesetzt worden sei. Denn aufgrund der vergleichbaren Interessenlage und des Normzwecks würden die Beschränkungen des § 229 Abs. 2 StPO analog auch für § 229 Abs. 3 StPO gelten (Zieschang, StV 1996, 115 zu § 229 StPO in der Fassung vom 7.4.1987). Nach der überwiegend vertretenen Auffassung solle es hingegen genügen, wenn zwischen den Unterbrechungen an einem Tag verhandelt worden sei (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 229 Rn 5; Gmel, in: KK-StPO, 8. Aufl., § 229 Rn 11; Becker, in: LR-StPO, 27. Aufl., § 229 Rn 24; Gorf, in: BeckOK-StPO, 37. Ed., § 229 Rn 8; Grube, in: SSW-StPO, 4. Aufl., § 229 Rn 14). Der BGH schließt sich der herrschenden Auffassung an.

Das begründet er mit dem Wortlaut der Vorschrift sowie mit teleologischen und systematischen Erwägungen. Bereits der Wortlaut des § 229 Abs. 3 StPO enthalte keinen Hinweis, dass eine wiederholte Hemmung von Unterbrechungsfristen ausgeschlossen sei oder der einschränkenden Voraussetzung einer bestimmten Mehrzahl von Fortsetzungsterminen zwischen den Unterbrechungen unterliege. Der Vergleich des Wortlauts des § 229 Abs. 2 und Abs. 3 StPO spreche auch gegen eine Übertragung der Voraussetzungen der Unterbrechung nach § 229 Abs. 2 StPO auf die Fälle

Verstoß gegen § 229 Abs. 2 und 3 StPO?

Verfahrensgeschehen

Streit in der Literatur

Wortlaut

der Fristhemmung des § 229 Abs. 3 StPO. In § 229 Abs. 3 StPO heiße es, die Hemmung trete ein, sobald die Hauptverhandlung bereits an mindestens zehn Tagen stattgefunden habe; das Wort „jeweils“, das in § 229 Abs. 2 StPO enthalten sei, fehle hier. Nach dem Wortverständnis der Norm reiche es danach aus, wenn vor Eintritt einer – auch wiederholten – Hemmung insgesamt an mindestens zehn Tagen verhandelt worden sei.

Der Zweck des § 229 Abs. 3 StPO spreche ebenfalls für dieses Verständnis. Die Norm solle es ermöglichen, eine Hauptverhandlung im Fall von Ereignissen fortzusetzen, die dem Einfluss des Gerichts entzogen seien (vgl. BT-Drucks 10/1313, S. 24 ff.). Dem würde es – so der BGH – zuwiderlaufen, wenn der Eintritt einer erneuten Hemmung davon abhinge, dass eine bestimmte Anzahl an Fortsetzungsterminen seit der letzten Hemmung stattgefunden habe.

Mit Blick auf den Zweck der Norm greife auch das systematische Argument nicht durch, die uneingeschränkte wiederholte Anwendung von § 229 Abs. 3 StPO widerspreche der Detailregelung des § 229 Abs. 2 StPO (so aber Zieschang, StV 1996, 115, 116). Die einzelnen Regelungen des § 229 StPO würden den strafprozessualen Konzentrationsgrundsatz ausgestalten und sich dabei auf spezifische Verfahrenslagen beziehen, für die der Gesetzgeber bewusst differenzierte Rechtsfolgen vorgesehen habe. Sie stnden daher nebeneinander (vgl. bereits BT-Drucks 10/1313, S. 24 ff.). § 229 Abs. 1 StPO habe den Normalfall der Hauptverhandlung im Blick, die zügig und ohne längere Unterbrechungen durchgeführt werden soll. § 229 Abs. 2 StPO ermögliche dem Gericht eine größere Dispositionsfreiheit bei der Planung umfangreicher Hauptverhandlungen. Der Eintritt der Hemmung nach § 229 Abs. 3 StPO erlaube es schließlich bei umfangreichen Hauptverhandlungen, unvorhersehbaren Ereignissen Rechnung zu tragen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Gegen die Entscheidung lässt sich methodisch nichts einwenden. Die vom BGH gefundenen Argumente sind klassisch, insbesondere das Wortlautargument überzeugt. Allerdings: Man wird die Konzentrationsmaxime nicht aus den Augen verlieren dürfen. Die wird es ggf. gebieten – so wohl auch der BGH – in Ausnahmefällen häufiger und langer Unterbrechungen mit jeweils nur wenigen Zwischenterminen die Hauptverhandlung auszusetzen, obwohl alle Fristen des § 229 StPO eingehalten worden sind. Eine solche Konstellation liegt im vorliegenden Fall ersichtlich nicht vor. Auch im entschiedenen Fall hat die Hauptverhandlung ja (nur) 14 Monate gedauert, wobei sich allerdings aus der Entscheidung nicht ergibt, an wie vielen Hauptverhandlungstagen verhandelt worden ist. Das gilt vor allem, wenn man bedenkt, dass § 229 Abs. 2 StPO durch das „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019“ (BGBl I, S. 2121) geändert worden und die zulässige Unterbrechungsfrist verlängert worden ist. Zudem: Interessant wird es sein, demnächst zu erfahren, wie der BGH in dem Zusammenhang wohl mit dem neuen § 10 EGStPO (vgl. dazu schon BGH StRR 1/2021, 20 m. Anm. Stehr) umgehen wird. Denn bei dessen Anwendung wird sich die Problematik mehrfacher Unterbrechung ja ggf. auch stellen.

2. Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen. Das zeigt ihre Bedeutung. Das im Blick erschließt sich die Verwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO für mich nicht so ganz. Offensichtlich unbegründet? Dafür macht der BGH dann ein wenig viel Worte.

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

Zweck

Systematik

**Klassische Argumente, aber
Konzentrationsmaxime**

„Offensichtlich unbegründet“

Berechnung der Frist für die Unterbrechung der Hauptverhandlung

Die Berechnung der Dreiwochenfrist bemisst sich aufgrund des eigenständigen Charakters der Regelung originär nach § 229 Abs. 1 StPO. Da die Vorschriften der §§ 42, 43 StPO nicht anwendbar sind, gilt dies erst recht für die allgemeinen Fristenregeln der §§ 186 ff. BGB. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 28.7.2020 – 6 StR 114/20

I. Sachverhalt

Das LG hat die Hauptverhandlung am achten Verhandlungstag, am Montag, den 23.9.2019, unterbrochen. Fortgesetzt worden ist erst nach einer Unterbrechung von 22 Tagen am Mittwoch, den 16.10.2019. Die Verfahrensrüge des Angeklagten, mit der ein Verstoß gegen § 229 Abs. 1 StPO geltend gemacht worden ist, hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Der BGH führt aus: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, die auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 27.2.1923 (I 112/23, RGSt 57, 266, 267) zurückgeht, handele es sich bei der in § 229 Abs. 1 StPO normierten Unterbrechungsfrist nicht um eine Frist i.S.d. §§ 42, 43 StPO, sondern um eine eigenständige „Zwischenfrist“, d.h. um einen zwischen zwei Verhandlungstagen eingeschobenen Unterbrechungszeitraum, in dessen Berechnung weder der Tag, an dem die Unterbrechung angeordnet wird, noch derjenige, an dem die Verhandlung fortgesetzt wird, einzurechnen ist (vgl. etwa BGH NStZ 2014, 469; NStZ 2017, 424 = StRR 3/2017, 11; StraFo 2016, 209). Diese Auffassung werde in der Literatur überwiegend geteilt (vgl. LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 229 Rn 6; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 229 Rn 3; MüKo-StPO/Arnoldi, § 229 Rn 14; KK-Gmel, 8. Aufl., § 229 Rn 7; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 229 Rn 9; a.A. SSW-StPO/Grube, 4. Aufl., § 229 Rn 8).

Der eigenständige Charakter der Unterbrechungsfrist ergebe sich insbesondere daraus, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Rspr. des RG durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9.12.1974 (BGBl I S. 3393) die nunmehr in § 229 Abs. 4 S. 2 StPO enthaltene Regelung eingeführt habe, wonach die Hauptverhandlung am nächsten Werktag fortgesetzt werden könne, wenn der Tag nach Ablauf der Frist ein Sonntag, ein allgemeiner Feiertag oder ein Sonnabend ist. Dadurch habe für die Unterbrechung der Hauptverhandlung eine dem § 43 Abs. 2 StPO entsprechende Vorschrift geschaffen werden sollen (vgl. BT-Drucks 7/551, S. 81).

Der BGH schließt sich der Auffassung an, dass – von Fällen des § 229 Abs. 4 S. 2 StPO abgesehen – zwischen dem Unterbrechungs- und dem Fortsetzungstermin nicht mehr als 21 Tage liegen dürfen (vgl. BGH StRR 2013, 384; StRR 3/2017, 11; StV 2020, 437; anders noch BGH NStZ 2014, 469; StraFo 2016, 209). Die Berechnung der Dreiwochenfrist bemesse sich aufgrund des eigenständigen Charakters der Regelung originär nach § 229 Abs. 1 StPO. Da die Vorschriften der §§ 42, 43 StPO nicht anwendbar seien, gelte dies erst recht für die allgemeinen Fristenregeln der §§ 186 ff. BGB. Dabei könne dahinstehen, ob eine für die Anwendbarkeit dieser Auffangnormen (vgl. BGH StV 2015, 172) erforderliche Regelungslücke im Strafprozessrecht überhaupt besteht (vgl. OLG Bamberg StRR 2007, 264; von Alten, StV 2020, 437, 438). Sie fehle jedenfalls im Bereich der Unterbrechungsregelung des § 229 StPO. Die Einführung der Regelung des § 229 Abs. 4 S. 2 StPO durch das 1. StVRG belege, dass der Gesetzgeber die Regelungen der §§ 186 ff. BGB, insbesondere die entsprechende

Fortsetzung der unterbrochenen Hauptverhandlung erst am 22. Tag

St. Rspr. seit RGSt 57, 266

Eigenständiger Charakter der Unterbrechungsfrist

Nicht mehr als 21 Tage Unterbrechung

Vorschrift des § 193 BGB, nicht für anwendbar erachtete; auch den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 7/551, S. 80 f.) lasse sich nichts anderes entnehmen.

Die Auslegung des § 229 Abs. 1 StPO ergebe, dass der Zeitraum von drei Wochen höchstens 21 Tage umfasst. Das folge – so der BGH – schon aus dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach die Woche eine gebräuchliche Zeiteinheit von sieben Tagen sei (vgl. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2. Aufl. 1995; Brockhaus – Die Enzyklopädie, 20. Aufl. 1996–1999 Bd. 24; Duden 07. Das Herkunftswörterbuch, 4. Aufl. 2007). Dem entspreche der juristische Sprachgebrauch, der in gesetzlichen Vorschriften über die Dauer der Woche zum Ausdruck komme. So werde gemäß § 339 S. 1 SGB III im Bereich der Arbeitsförderung eine Woche mit sieben Tagen berechnet, und § 21a Abs. 2 ArbZG bestimme für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Straßentransport, dass eine Woche den Zeitraum von Montag 0 Uhr bis Sonntag 24 Uhr umfasse. Ansonsten werde im Arbeitszeitrecht unter dem Begriff der Woche ein beliebiger Zeitraum von sieben aufeinander folgenden Tagen verstanden (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 9. Aufl., § 21a ArbZG Rn 3). Schließlich sei den gesetzlichen Auslegungsregeln in Art. 36 Abs. 4 WG und § 359 Abs. 2 HGB zu entnehmen, dass eine Woche einen Zeitraum von sieben Tagen umfasse. Danach bedeute die Verwendung des Ausdrucks „acht Tage“ nicht eine Woche, sondern volle acht Tage. Diese Auslegungsregeln dienten der Klarstellung in Fällen, in denen die Wendung „acht Tage“ gelegentlich synonym für eine Woche gebraucht werde. Dabei handele es sich um einen altertümlichen Sprachgebrauch, der auf die Zivilkomputation zurückgehe und die in § 187 Abs. 1 BGB sowie § 188 Abs. 2 BGB – ebenso wie letztlich auch in § 43 Abs. 1 und § 229 Abs. 1 StPO – vorgesehene Verlagerung des Fristbeginns auf den dem fristauslösenden Ereignis folgenden Tag antizipiere.

Auch der Normzweck des § 229 Abs. 1 StPO gebiete, unter dem Zeitraum von drei Wochen nur 21 Tage zu verstehen. Die in den Unterbrechungsvorschriften zum Ausdruck kommende Konzentrationsmaxime und das Beschleunigungsgebot stünden einer extensiven Auslegung der Vorschrift entgegen (vgl. LR-StPO/Becker, a.a.O., § 229 Rn 1; Mandla, NStZ 2011, 1 jeweils m.w.N.).

Da die Hauptverhandlung am Montag, den 23.9.2019, unterbrochen worden sei, habe die Unterbrechungsfrist am Dienstag, den 24.9.2019, zu laufen begonnen und endete mit Ablauf des Montags, 14.10.2019. Die Hauptverhandlung hätte deshalb spätestens am Dienstag, den 15.10.2019, fortgesetzt werden müssen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH zu dieser Problematik aus der letzten Zeit (vgl. die zitierten Rechtsprechungsnachweise).
2. Der BGH weist zudem darauf hin, dass das Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 229 StPO nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden kann (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 26.5.2020 – 5 StR 65/20 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BGH). Solche besonderen Umstände waren hier nicht ersichtlich. In Betracht käme insoweit, dass die Fristüberschreitung ersichtlich entweder den Eindruck von der Hauptverhandlung abgeschwächt oder die Zuverlässigkeit der Erinnerung beeinträchtigt hat (vgl. dazu BGHSt 23, 224).

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

**Zeitraum von drei Wochen
sind höchstens 21 Tage**

Normzweck

Konkreter Fall

**Linie der Rechtsprechung des
BGH**

Beruhen

Zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge

Die Verwertung von in einer polizeilichen Vernehmung getätigten Angaben eines Zeugen ist vom Zeugen nur dann wirksam gestattet, wenn er zuvor über die Folgen des Verzichts auf sein Zeugnisverweigerungsrecht ausdrücklich belehrt worden ist. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – 2 StR 202/20

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Mordes zu einer lebenslange Freiheitsstrafe verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte eine Verletzung von § 252 StPO. Dem liegt zu Grunde, dass das LG am ersten Hauptverhandlungstag die Mutter des Angeklagten als Zeugin vernommen hat. Sie wurde gemäß § 52 StPO über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt und verweigerte sodann unter Berufung auf dieses Recht die Aussage. „Auf Befragen“ erklärte sie sich damit einverstanden, dass ihre Angaben aus dem Ermittlungsverfahren verwertet und die Polizeibeamten hierzu befragt werden dürfen. Hierauf gestützt hat die Strafkammer die Angaben der Zeugin sodann ausweislich der Urteilsgründe durch Vernehmung eines Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung eingeführt. Die Revision hatte beim BGH Erfolg.

II. Entscheidung

Der BGH führt aus: § 252 StPO sei – über den Wortlaut hinaus – nicht nur als Verweigerungs-, sondern als Verwertungsverbot aufzufassen, das auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage, insbesondere die Vernehmung von Verhörspersonen, ausschließt. Zwar könne ein zur Zeugnisverweigerung berechtigter Zeuge die Verwertung seiner in einer polizeilichen Vernehmung getätigten Angaben wirksam gestatten, wenn er zuvor über die Folgen des Verzichts ausdrücklich belehrt worden ist (sog. „qualifizierte Belehrung“; st. Rspr.; vgl. BGHSt 45, 203; BGH NStZ 2007, 352, 353; NStZ 2015, 232). Indes sei durch den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls bewiesen, dass eine qualifizierte Belehrung der Mutter des Angeklagten nicht erfolgt sei. Aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergebe sich, dass die Einverständniserklärung der Zeugin weder auf deren Initiative zurückging (hierzu vgl. BGH NStZ 2007, 352 f.) noch „nach Belehrung“ erfolgte (vgl. BGH NStZ 2020, 432), sie sich vielmehr „auf Befragen“ erklärte. Damit lasse sich dem Protokoll nicht entnehmen, dass die Zeugin hinreichend belehrt worden oder ihr die Tragweite ihrer Erklärung bewusst war. Da die Belehrung eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens darstelle (§ 273 Abs. 1 StPO), beweise das Schweigen des Protokolls, dass sie nicht stattgefunden habe (vgl. BGH StRR 2012, 420).

Dies führte nach Auffassung des BGH zur Aufhebung des angefochtenen Urteils mit den Feststellungen. Der Senat konnte nämlich letztlich nicht ausschließen, dass das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensmangel beruht. Zwar begründe die Strafkammer ihre Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten ganz wesentlich – und insoweit rechtsfehlerfrei – mit den erhobenen rechtsmedizinischen Befunden und den Angaben des Angeklagten gegenüber polizeilichen Vernehmungsbeamten und dem Sachverständigen. Sie stütze sich aber auch darauf, dass seine Mutter sich nicht bereit erklärt habe, ihn bei seiner geplanten Flucht finanziell zu unterstützen, was sich allein aus deren Angaben gegenüber dem sie befragenden Polizeibeamten ergeben habe. Hierauf sowie auf die Angaben der Mutter zur Entwicklung des Angeklagten (dessen Gewaltausbrüche, dessen übersteigertes Ego etc.) hätten die Urteilsgründe

Rüge der Verletzung des § 252 StPO

Qualifizierte Belehrung fehlt

Beruhet

schließlich auch zur Bejahung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe rekuriert sowie für die Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten zum Tatzeitpunkt.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, so dass es schon ein wenig verwundert, dass einem Schwurgericht – immerhin mit drei Berufsrichtern besetzt – ein solcher Lapsus passiert.
2. Als Verteidiger muss man auf die „richtige“ Belehrung achten bzw. die Frage kann dann später (auch) eine Rolle spielen. Zum Inhalt der „richtigen“ Belehrung gehört nämlich nicht, dass die Angaben des Zeugen vor dem Ermittlungsrichter auch ohne seine Zustimmung in der Hauptverhandlung verwertet werden können (vgl. dazu BGH StRR 2104, 435 = NStZ 2014, 596; anders BGH NStZ-RR 2015, 48). Vielmehr reicht es aus, wenn in der Hauptverhandlung der dann das Zeugnis verweigernde Zeuge lediglich ausdrücklich darauf hingewiesen wird, welche Konsequenzen die Gestattung der Verwertung seiner früheren vor der Polizei getätigten Angaben hat (vgl. auch BGH StRR 2104, 435 = NStZ 2014, 596, 598).
3. So richtig „gefallen“ hat dem BGH das LG-Urteil auch im Übrigen wohl nicht. Das merkt man an der „Segelanweisung“. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der BGH nämlich darauf hin, dass der neue Tatrichter (neue) umfassende eigene, in sich widerspruchsfreie Feststellungen zu treffen und sich ggf. zu den subjektiven Voraussetzungen bei der Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe gründlicher als bislang geschehen zu verhalten hat (zu Sprache und Darstellung in Urteilsgründen vgl. Meyer-Goßner/Appl, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl., Rn 207 ff., 228 ff.). Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe der Tat „niedrig“ seien, also nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stünden, mithin in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen, habe – was das LG nicht verkannt habe – aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2006, 1008, 1011; NStZ 2006, 284, 285). In subjektiver Hinsicht müsse hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2020, 86). Verstehe sich nicht von selbst, dass der Angeklagte zu einer zutreffenden Wertung in der Lage war, weil etwa die Fähigkeit dazu aufgrund eines – wie hier festgestellten – Persönlichkeitsmangels zusammen mit einem – hier ebenfalls festgestellten – langjährigen Alkohol- und Betäubungsmittelabusus beeinträchtigt gewesen sein könnte (vgl. BGH NJW 2004, 1466), bedürfe es einer nicht nur floskelhaften Gesamtschau der Persönlichkeit des Angeklagten und seiner Entwicklung wie auch der Tat selbst und des Nachtatgeschehens (vgl. BGH NStZ 2007, 525). Hierbei könne freilich in den Blick genommen werden, dass die Schwelle für die Annahme, der Täter habe seine Antriebe gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern können, umso niedriger sei, je schwerwiegender die Tötungstat sei (vgl. BGH NJW 2002, 382, 384).

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

Ständige Rechtsprechung des BGH

Inhalt der Belehrung

„Segelanweisung“: niedrige Beweggründe

Fortbestand der Anschlussbefugnis des Nebenklägers auch bei Freispruchantrag

Die Befugnis, sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anzuschließen, entfällt nicht dadurch, dass der Nebenkläger in der Hauptverhandlung die Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) oder die strafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 3 JGG) des Angeklagten in Zweifel ziehende Anträge stellt und letztlich dessen Freispruch erstrebt. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – 3 StR 214/20

I. Sachverhalt

Dem Angeklagten wurde zur Last gelegt, im Alter von 14 Jahren versucht zu haben, seine schlafenden Pflegeeltern zu erstechen, und sie dabei erheblich verletzt zu haben. Diese hatten bereits vor der Anklageerhebung erklärt, sich dem Verfahren als Nebenkläger anzuschließen. Daraufhin hat das LG sie im Eröffnungsbeschluss als anschlussberechtigt angesehen.

Nachdem die Nebenkläger in der Hauptverhandlung eine Vielzahl von Anträgen gestellt hatten, die neben den Eingangskriterien der §§ 20, 21 StGB insbesondere die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten nach § 3 JGG zum Gegenstand hatten, hat die Strafkammer den Beschluss über die Zulassung der Nebenklage aufgehoben und die Nebenkläger am folgenden Verfahren nicht mehr beteiligt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Nebenkläger erkennbar das Ziel verfolgten, einen Freispruch des Angeklagten zu erreichen, und es in einem solchen Fall auch für den in § 395 Abs. 1 bis 3 StPO genannten Personenkreis an einer Anschlussbefugnis fehle. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Nebenkläger, der das LG nicht abgeholfen hat, hat das OLG als prozessual überholt und eine eigene Entscheidung als nicht veranlasst angesehen.

Inzwischen hat das LG den Angeklagten u.a. wegen versuchten Mordes in zwei tateinheitlich zusammentreffenden Fällen zu einer Jugendstrafe von sechs Jahren verurteilt. Hiergegen wenden sich der Angeklagte und die Nebenkläger mit ihren Revisionen.

II. Entscheidung

Der BGH hat das Verfahren an das LG zurückgegeben. Eine Entscheidung des Senats über die Rechtsmittel sei derzeit nicht möglich, da den Nebenklägern das Urteil und die Revisionsschrift des Angeklagten bislang nicht zugestellt worden sei. Nach Auffassung des BGH ist das aber erforderlich, da die Anschlussberechtigung der Nebenkläger weiter fortbestehe.

Der Senat habe die Anschlussberechtigung der Nebenkläger ohne Bindung an bisherige Entscheidungen als Verfahrensvoraussetzung für das Rechtsmittelverfahren zu prüfen (vgl. BGHSt 41, 288, 289 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2020, 91; BT-Drucks 10/5305, S. 13). Hier sei die Berechtigung zur Nebenklage nach den gegebenen Umständen gemäß § 80 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 JGG eröffnet. Die Befugnis, sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anzuschließen, entfalle auch nicht dadurch, dass die Nebenkläger in der Hauptverhandlung die Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) und die strafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 3 JGG) des Angeklagten in Zweifel ziehende Anträge gestellt und letztlich dessen Freispruch erstrebt haben.

Der Gesetzeswortlaut sehe in § 80 Abs. 3 S. 1 JGG ebenso wie in § 395 Abs. 1 StPO als Voraussetzung für die Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger lediglich vor, durch

Anschluss als Nebenkläger in einem Verfahren mit einem Mordvorwurf ...

... aufgehoben wegen Freispruchantrags

Verurteilung wegen Mordes

Entscheidung derzeit nicht möglich

Prüfung der Anschlussberechtigung

Nebenkläger muss kein bestimmtes Ziel anstreben

eine dem jeweiligen Straftatenkatalog unterfallende rechtswidrige Tat – gegebenenfalls mit besonderer Opferbetroffenheit (§ 80 Abs. 3 S. 1 JGG a.E.) – verletzt zu sein. Dass der Nebenkläger darüber hinaus ein bestimmtes Ziel erstreben muss oder eine zunächst berechnete Nebenklage je nach Verfahrensziel unzulässig wird, sei dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen.

Für den BGH ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang nichts anderes. Eine Begrenzung der Nebenklägern nach § 397 StPO zustehenden Verfahrensrechte zu mit Blick auf den verfolgten Zweck sei nicht normiert. Soweit die Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers nach § 400 StPO eingeschränkt sei (vgl. dazu BT-Drucks 10/5305, S. 15), handele es sich um konkret gefasste Sonderregelungen. Aus diesen einen Rückschluss auf die grundlegende Nebenklagebefugnis zu ziehen, sei nicht möglich. Vielmehr seien die Berechtigungen zum Anschluss und zur Einlegung von Rechtsmitteln getrennt zu betrachten. Im Übrigen ist selbst in einem Fall, in dem ein Nebenkläger einen Freispruch des Angeklagten hinnehme, eine zulässige Rechtsmitteleinlegung möglich, wenn diese auf eine auch dem Schutz des Nebenklägers dienende Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB abziele (s. BGH NStZ 1995, 609, 610). Ferner komme den Formulierungen, dass sich der „Nebenkläger“ der öffentlichen Klage „anschließen“ könne, angesichts der diesem eigenständig gewährten Verfahrensrechte im hier zu beurteilenden Zusammenhang ebenfalls keine entscheidende Bedeutung zu. Eine Verpflichtung des Nebenklägers, die Anklage zu vertreten und daran etwa noch ungeachtet der Erkenntnisse der Hauptverhandlung festzuhalten, ergebe sich daraus nicht (vgl. etwa zu einem zulässigen Antrag auf Freispruch OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270, 272).

Der Zweck der Nebenklage spreche gleichfalls nicht für deren Beschränkung. Der Nebenkläger solle eine umfassende, in erster Linie dem Verletztenschutz dienende Beteiligungsbefugnis im gesamten Verfahren mit der Möglichkeit erhalten, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, durch Erklärungen, Fragen, Anträge und gegebenenfalls Rechtsmittel auf das Verfahrensergebnis einzuwirken (BT-Drucks 10/5305, S. 11), seine Sicht der Tat und der erlittenen Verletzungen einzubringen und seine Interessen aktiv zu vertreten (BT-Drucks 16/3640, S. 54). In welcher Weise der (etwaig) Verletzte seine Belange am besten geschützt sehe, unterliege infolge seiner Stellung als ein mit selbstständigen Rechten ausgestatteter Prozessbeteiligter (BT-Drucks 10/5305, S. 14) regelmäßig seiner eigenen Einschätzung.

Insgesamt besteht die Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger demnach unabhängig davon fort, ob die Nebenkläger einen Freispruch des Angeklagten wegen fehlender Reife oder Schuldfähigkeit zum Ziel haben (anders dagegen im Allgemeinen – zu meist ohne tiefergehende Erörterung – Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 395 Rn 1; KK/Walther, StPO, 8. Aufl., § 396 Rn 5; LR/Hilger, StPO, 26. Aufl., Vorbemerkungen Vor § 395 Rn 2; MüKo-StPO/Valerius, § 395 Rn 39; SSW-StPO/Schöch, 4. Aufl., § 396 Rn 6; KMR/Kulhanek, StPO, 88. EL, § 395 Rn 16; demgegenüber SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 395 Rn 17 f.; Altenhain, JZ 2001, 791 ff.; Daimagüler, Der Verletzte im Strafverfahren, 2016, Rn 232; ohne Festlegung Eisenberg/Kölbl, JGG, 21. Aufl., § 80 Rn 16c). Dieses Ergebnis stehe – so der BGH – mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH in Einklang, der beispielsweise in einem Fall, in dem die Nebenklägerin die Aufhebung eines Urteils zugunsten des aus ihrer Sicht zu Unrecht verurteilten Angeklagten beantragte, die Revision zwar als unzulässig ansah, ihr aber nicht zugleich die Anschlussbefugnis absprach (s. BGHSt 37, 136 f.).

Systematischer Zusammenhang

Zweck der Nebenklage

Abweichende Literatur

III. Bedeutung für die Praxis

1. Der BGH entscheidet mit dem zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehenen Beschluss eine Streitfrage in Rechtsprechung und Literatur (vgl. die o.a. Nachweise) pro Nebenklage. M.E. ist das Ergebnis im Hinblick darauf, dass die gegenteilige Auffassung dazu führen würde, dass immer geprüft werden müsste, ob die Nebenklagezulassung noch berechtigt ist, zutreffend. Hinzu kommt, dass der Nebenkläger es ja auch als ausreichend ansehen kann, nur am Verfahren beteiligt zu sein, und es ihm nicht unbedingt auf eine Bestrafung des Angeklagten ankommt, was hier offensichtlich der Fall gewesen zu sein scheint.

2. Ergebnis dieser Auffassung ist, dass die Anschlussbefugnis nicht weggefallen ist, sondern ununterbrochen fortbesteht und somit die Nebenkläger am Revisionsverfahren zu beteiligen waren. Weil die Strafkammer den Nebenklägern aber weder die Revisionschrift des Angeklagten (§ 347 Abs. 1 S. 1 StPO) noch – trotz der eigenen Revisionslegung – das Urteil (§ 345 Abs. 1 S. 2 StPO) zugestellt hatte, ist die Sache zur entsprechenden Nachholung zurückgegeben worden.

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

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung

1. Soll ein vom Angeklagten oder seinem Verteidiger im Rahmen der Schlussausführungen gestellter Hilfsbeweisantrag wegen Verschleppungsabsicht des Antragstellers abgelehnt werden, bedarf es eines besonderen Beschlusses. Daran hat sich durch die seit dem 13.12.2019 gültige Gesetzesänderung in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO, wonach nunmehr die Möglichkeit gegeben ist, einen Beweisantrag wegen Verschleppungsabsicht nicht durch Beschluss des Gerichts, sondern durch den Vorsitzenden zurückzuweisen, nichts geändert.

2. Es ist grundsätzlich zulässig, einem Zeugen Protokolle über seine frühere Vernehmung oder von ihm stammende Urkunden vorzuhalten und sie auf diese Weise zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen. Der Tatrichter darf seiner Beweiswürdigung aber nur das zugrunde legen, was auf den Vorhalt hin von dem Zeugen bekundet wird. (Leitsätze des Verfassers)

OLG Oldenburg, Beschl. v. 6.7.2020 – 1 Ss 90/20

I. Sachverhalt

Der Angeklagte wird wegen gefährlicher Körperverletzung im Rahmen einer Auseinandersetzung zweier verfeindeter Familien verurteilt. Er hat bestritten, den Geschädigten geschlagen zu haben. Der Schlag wird aber von einem Polizeibeamten, der mit einer Kollegin zu der Schlägerei hinzu gerufen worden ist, bekundet. Der Verteidiger stellt dann im Plädoyer einen Hilfsbeweisantrag auf Vernehmung der Kollegin. Den lehnt das Gericht (erst) im Urteil wegen Prozessverschleppung ab. Dagegen wird Revision eingelegt, die beim OLG Erfolg hatte.

II. Entscheidung

Die Vorgehensweise des LG war nach Auffassung des OLG bereits deshalb unzulässig, weil eine Ablehnung des Beweisantrags erst im Urteil unzulässig gewesen sei. Bis zur Änderung des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO durch das „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019“ (BGBl 1, S. 2121) sei es einhellige Meinung der höchst-

Streitfrage entschieden

Nebenkläger im Revisionsverfahren zu beteiligen

Bescheidung eines Hilfsbeweisantrags erst in den Urteilsgründen

Leitsatz 1: Beweisantrag

richterlichen Rechtsprechung gewesen, dass ein Hilfsbeweis Antrag nicht erst im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden konnte (vgl. schon BGHSt 22, 124; sowie u.a. BGH NStZ-RR 1998, 14). Durch die in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO nunmehr gegebene Möglichkeit, einen Beweis Antrag wegen Verschleppungsabsicht nicht durch Beschluss des Gerichts, sondern durch den Vorsitzenden zurückzuweisen, habe sich hieran nichts geändert. Denn die Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht beinhaltet auch nach neuer Rechtslage einen Missbrauchsvorwurf, zu dem Antragstellern aus Gründen der Verfahrensfairness und zur Verhinderung von Überraschungsentscheidungen rechtliches Gehör zu gewähren ist (vgl. Meyer-Goßner /Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn 90b). Hinzu komme, dass nur so dem Antragsteller die – angesichts der nur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit umso bedeutsamere – Möglichkeit eröffnet werde, eine Entscheidung des Gerichts gem. gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen.

Im Übrigen sei die Behandlung des Beweis Antrags als in Prozessverschleppungsabsicht gestellt auch in der Sache zu Unrecht erfolgt. Einem Beweis Antrag brauche das Gericht wegen Prozessverschleppungsabsicht nur dann nicht nachzugehen, wenn die begehrte Beweiserhebung den Abschluss des Verfahrens erheblich hinauszögern könne, sie nach Überzeugung des Gerichts – dem insoweit eine Vorauswürdigung gestattet ist – nichts Sachdienliches erbringen könne und wenn der Antragsteller sich dieser Umstände bewusst sei und er deshalb mit seinem Verlangen ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens bezwecke (vgl. BGH NJW 1990, 2328). Dabei stehe dem Tatrichter bei der anhand von Indizien vorzunehmenden Würdigung, ob Verschleppungsabsicht vorliegt, ein vom Revisionsgericht hinzunehmendes Ermessen zu. Trotz des dem Gericht zustehenden Ermessens sei durch das Revisionsgericht aber zu prüfen, ob der Tatrichter seiner Entscheidung für die Annahme von Verschleppungsabsicht diese stützenden Beweiszeichen zugrunde gelegt und er sich bei seiner Gesamtwürdigung der Indizien im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums gehalten hat (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 244 Rn 103a).

Diese Prüfung lasse – so das OLG – hier ausreichende Indizien für die Annahme einer Verschleppungsabsicht nicht erkennen. Das Gericht könne die Annahme von Verschleppungsabsicht nicht darauf stützen, dass das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache schon bewiesen sei (vgl. BGH NJW 1990, 2328) oder dass sich bislang keine Anhaltspunkte für den Wahrheitsgehalt der jetzt erhobenen Beweisbehauptung ergeben hätten (vgl. BGH NStZ 1982, 291). Ohne hinreichende Aussagekraft sei es auch, dass die Beweisbehauptung des Verteidigers nicht in jedem Punkt mit den Angaben des Angeklagten sachlich übereinstimmt (vgl. schon BGHSt 21, 118). Die seitens des LG für die Annahme einer Verschleppungsabsicht herangezogenen Gesichtspunkte, nämlich die Angabe des Zeugen Z, die Polizeianwärterin sei nicht in der Lage gewesen, einen Einsatzbericht zu verfassen, und die Einlassung des Angeklagten, er habe sich von seiner Wohnanschrift aus direkt ins Getümmel begeben, seien daher nicht geeignet, die Annahme von Verschleppungsabsicht zu stützen. Hinzu komme noch, dass es, was die Strafkammer in ihre Erwägungen nicht eingestellt habe, um den ersten im einzigen Hauptverhandlungstermin gestellten Beweis Antrag gehandelt habe.

Das OLG stellt einen weiteren Verfahrensfehler fest. Die Revision rüge zu Recht eine Verletzung von § 261 StPO durch die Heranziehung des Ermittlungsberichts des Polizeibeamten im Rahmen der Prüfung der Konstanz seiner Aussage. Zwar sei es grundsätzlich zulässig, einem Zeugen Protokolle über seine frühere Vernehmung oder von ihm stammende Urkunden vorzuhalten und sie auf diese Weise zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen. Der Tatrichter dürfe seiner Beweiswürdigung aber

**(Auch) in der Sache keine
Prozessverschleppung**

Keine ausreichenden Indizien

Leitsatz 2: Vorhalt

nur das zugrunde legen, was auf den Vorhalt hin von dem Zeugen bekundet wird (vgl. LR/Mosbacher, StPO, 27. Aufl., § 249 Rn 93). Ein solcher Vorhalt sei deshalb nicht zulässig, wenn es gerade um die sich aus der Aussagekonstanz ergebende Glaubwürdigkeit des Zeugen gehe. Denn anderenfalls würde der Versuch unternommen, die Glaubwürdigkeit des Zeugen mit der Glaubhaftigkeit seiner eigenen Aussage zu stützen, ohne dass eine weitere Vergleichsgröße herangezogen würde. Das aber wäre ein Zirkelschluss. Um die Aussagekonstanz zu begründen, bedürfe es einer prozessordnungsgemäßen Einführung, die etwa im Falle eines polizeilichen Protokolls über eine Zeugenaussage durch eine Vernehmung des aufnehmenden Polizeibeamten, unter den Voraussetzungen des § 251 StPO auch durch die Verlesung des Protokolls (vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 20.9.2004 – 2 Ss 354/04), oder durch Verlesung einer – wie vorliegend – von der Auskunftsperson selbst stammenden Urkunde nach § 249 StPO vorzunehmen sei.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung ist in beiden vom OLG angesprochenen Punkten zutreffend.
2. Fraglich ist allerdings, ob es auf die Frage der Prozessverschleppung, die durch das „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019“ (BGBl I, S. 2121) neu geregelt ist (dazu Burhoff, StRR 10/2020, 5) und die das OLG – soweit ersichtlich als erstes Gericht auf der neuen gesetzlichen Grundlage – zutreffend entschieden hat, überhaupt ankam. Oder anders gefragt: Hätte das OLG nicht etwas dazu sagen müssen, dass es sich bei dem Antrag überhaupt um einen „Beweisantrag“ i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 1 StPO gehandelt hat, woran das LG in seinem Ablehnungsbeschluss Zweifel geäußert hatte? Denn nur dann, wenn es sich um einen „Beweisantrag“ i.e.S. gehandelt hat, war das LG an die Gründe des § 244 StPO gebunden. Was damit ist, erfährt man in der Entscheidung nicht bzw. kann es auch nicht beurteilen, da der genaue Wortlaut des Antrags nicht mitgeteilt wird. Man kann also nur davon ausgehen, dass das OLG inzidenter die Beweisantragseigenschaft bejaht hat.

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

StGB/Nebengebiete

Verbales Drohen mit einem nicht sichtbaren Messer

1. Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels.
2. Für die Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB kommt es nicht darauf an, auf welche Weise oder durch welchen Körpersinn der Täter seinem Gegenüber die Bewaffnung vermittelt. (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 StR 5/20

I. Sachverhalt

Der Angeklagte stieg nachts in ein Haus ein. Während die Bewohnerinnen im ersten Stock schliefen, durchsuchte er das Erdgeschoss, nahm diverse Wertgegenstände an sich und verpackte sie in einem Rucksack. Anschließend bewaffnete er sich in der Küche mit einem Messer und ging ins Obergeschoss, um dort nach weiterem Diebesgut Ausschau zu halten. Eine Bewohnerin erwachte, als der Angeklagte an ihrem Bett stand. Um seine Flucht zu ermöglichen und zugleich die Beute zu sichern, rief er ihr

Zutreffend

Zulässiger Beweisantrag?

Wohnungseinbruch eskaliert

mehrfach zu, dass er ein Messer habe. Hierdurch wollte er der Frau zu verstehen geben, dass er dieses gegen sie einsetzen werde, sollte sie sich ihm entgegenstellen. Die Bewohnerin konnte das Messer aufgrund der Dunkelheit zwar nicht erkennen. Sie hegte jedoch keinen Zweifel daran, dass der Angeklagte ein solches tatsächlich in der Hand hielt und sie deshalb in Leib- und Lebensgefahr geriete, wenn sie versuchen sollte, ihn aufzuhalten. Sie verharrte auf der Treppe, während dem Angeklagten mitsamt Messer und Beute die Flucht aus dem Haus gelang.

Das LG hat den Angeklagten wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gemäß §§ 252, 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verurteilt. Dagegen richtete sich die Revision des Angeklagten, die keinen Erfolg hatte.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die landgerichtliche Entscheidung nicht zu beanstanden. Der Angeklagte habe das Messer verwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB umfasse jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte beziehe sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels zur Verwirklichung des Raubtatbestands; es liege sonach vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen oder – im Fall des § 252 StGB – seinen Besitz an einer solchen zu erhalten (vgl. allgemein zur Drohung BT-Drucks 13/8587, S. 44 f.). Im Fall der Drohung müsse das Tatopfer das Nötigungsmittel und die Androhung seines Einsatzes wahrnehmen. Denn hierunter sei das ausdrückliche oder schlüssige In-Aussicht-Stellen eines künftigen Übels zu verstehen, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt. Eine Drohung erfordere daher, dass der Bedrohte Kenntnis von ihr erlangt und dadurch in eine Zwangslage gerät. Nimmt das Tatopfer die Drohung des Täters mit dem gefährlichen Werkzeug hingegen nicht wahr, so wird es nicht in die von § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB vorausgesetzte qualifizierte Zwangslage versetzt, und es fehlt an einem vollendeten Verwenden des Drohmittels (st. Rspr.; BGH StraFo 2018, 210; vgl. im Übrigen BGH StV 2008, 470 = StraFo 2008, 210 = NStZ 2008, 687; NStZ 2017, 26 f.).

Auf der Grundlage sei von einem Verwenden des Messers zur Beutesicherung auszugehen. Denn der Angeklagte sei tatsächlich mit diesem bewaffnet gewesen, er habe dem Tatopfer für den Fall des Widerstands konkludent dessen Einsatz angedroht und die so Bedrohte habe sowohl das konkrete Nötigungsmittel als auch die Gefahr seines Gebrauchs durch den Täter sowie die damit einhergehende Gefahr für Leib oder Leben erkannt, sollte sie sich ihm in den Weg stellen. Der Annahme vollendeten Verwendens stehe nicht entgegen, dass die Bewohnerin das Messer in der Dunkelheit nicht erkennen konnte. Denn sie habe die Drohung mit dessen Einsatz akustisch vernommen. Das reiche aus; das optische Vorzeigen sei nur eine von mehreren Möglichkeiten des Täters, das Opfer auf sein gefährliches Werkzeug aufmerksam zu machen und es damit zu bedrohen.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist m.E. zutreffend. Denn es kann für die Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht darauf ankommen, auf welche Weise oder durch welchen Körpersinn der Täter seinem Gegenüber die Bewaffnung vermittelt. Die Vorschrift spricht von „Verwenden“. „Verwenden“ bedeutet „sich bedienen/sich zu Nutzen“.

Verurteilung wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls

Verwenden = jeder zweckgerichtete Gebrauch

Verwenden zur Beutesicherung

Art und Weise der Kenntnisnahme von der Bewaffnung ohne Bedeutung

machen"; es bezeichnet eine Mittel-Zweck-Relation, aber keine konkrete Art und Weise der Benutzung. Zutreffend weist der BGH darauf hin, dass nach seiner Rechtsprechung das verdeckte Tragen eines gefährlichen Gegenstands für ein Verwenden ausreicht, wenn der so Bedrohte die durch das Tatmittel bedingte Ausbeulung unter dem Hemd des Täters registriert und ihn zu Recht für bewaffnet hält, obgleich der gefährliche Gegenstand selbst für ihn nicht sichtbar ist (vgl. BGH StV 1998, 487 = NStZ-RR 1999, 7; StV 2008, 470 = StraFo 2008, 393 = NStZ 2008, 637). Ebenso genüge der rein taktile Kontakt, beispielsweise der in den Rücken des Opfers gedrückte Schraubendreher, für ein Verwenden, wenn der Beraubte das Tatwerkzeug spürt und die ausgesprochene oder konkludente Drohung mit dem Einsatz desselben realisiert (vgl. BGH StV 2010, 628 = NStZ 2011, 158). Hierbei sei es sogar unschädlich, wenn das Opfer den verwendeten Gegenstand nicht identifizieren kann, solange es ihn zu Recht für gefährlich hält (BGH StraFo 2018, 210).

Für die akustische Wahrnehmung des gefährlichen Werkzeugs durch das Tatopfer gilt nach Auffassung des BGH nichts anderes. Unmittelbar mit den genannten vergleichbar sind Fallkonstellationen, in denen der Täter mit der Waffe oder dem gefährlichen Werkzeug selbst ein (Warn-)Geräusch produziert. Der Warnschuss, das Durchladen einer Pistole oder eine knallende Peitsche vermitteln dem Opfer die vom Tatwerkzeug ausgehende Gefahr auch dann, wenn ihm der Blick auf die Waffe oder den Gegenstand verwehrt ist, sei es aufgrund der Lichtverhältnisse, der räumlichen Gegebenheiten oder einer Sehbehinderung. Will der Täter in einer solchen Situation hingegen ein Werkzeug wie ein Messer einsetzen, kann er verbal auf seine Bewaffnung aufmerksam machen, um die raubspezifische besondere Zwangslage beim Opfer zu bewirken. Gelingt ihm dies und der Bedrohte nimmt – wie hier – zutreffend an, dass der Täter tatsächlich über den gefährlichen Gegenstand verfügt und hiervon eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben ausgeht, verwendet der Täter seine Bewaffnung als Drohmittel. Die finale Verknüpfung zwischen der Bedrohung mittels gefährlichen Werkzeugs und der Beuteerlangung oder -sicherung liegt dann in gleichem Maße vor wie bei einem für das Opfer sichtbar eingesetzten Tatmittel.

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

Fundunterschlagung

Zur Abgrenzung von Diebstahl zur Fundunterschlagung. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Diebstahls verurteilt. Nach den Feststellungen des LG begegneten der Angeklagte und der freigesprochene Mitangeklagte H am 1.3.2019 kurz nach Mitternacht auf der Straße dem Geschädigten. Nachdem dieser den Angeklagten gefragt hatte, ob er – der Angeklagte – ihm Drogen verkaufe, kam es aus nicht näher bekanntem Anlass zu einem Gerangel, bei dem niemand verletzt wurde. Im Zuge der Auseinandersetzung entschied sich der Geschädigte zu fliehen, dabei „verlor“ er „von ihm selbst zunächst unbemerkt“ sein Mobiltelefon im Wert von etwa 20 EUR. Dem Geschädigten war bei der Flucht klar, dass er Hab und Gut am Ereignisort zurückgelassen hatte, und er beschloss schon zu diesem Zeitpunkt, später zurückzukehren und die Sachen wieder an sich zu nehmen. Der Angeklagte und sein Begleiter setzten zunächst ihren Weg fort. Als sie auf ihrem Rückweg am Ort des

Akustische Wahrnehmung reicht

Verlorenes Mobiltelefon gefunden?

Rechtsprechungsreport

Geschehens vorbeikamen, „fand“ der Angeklagte das Mobiltelefon des Geschädigten und entschloss sich, dieses an sich zu nehmen, um es für sich zu behalten. Die gegen die Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten hatte hinsichtlich des Schuldspruchs Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG hatte das Tatgeschehen als Diebstahl bewertet. Es liege nicht lediglich eine Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB vor, da der Gewahrsam des Geschädigten nur gelockert gewesen sei. Denn dieser habe gewusst, dass er das Mobiltelefon am Tatort zurückgelassen hatte, und von vornherein beabsichtigt, zurückzukehren und es wieder an sich zu nehmen.

Der BGH sieht das anders und ist nur von einer Fundunterschlagung (§ 246 StGB) ausgegangen. Der Angeklagte habe nämlich bei der Ansichnahme des Mobiltelefons keinen für die Erfüllung des Diebstahltatbestandes vorausgesetzten fremden, auch keinen gelockerten Gewahrsam gebrochen. Gewahrsam sei die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Ein einmal begründeter Gewahrsam bestehe fort, solange der Gewahrsamsinhaber noch Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache habe. Entscheidend für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft sei, dass der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlange, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann (BGHSt 16, 271, 273; BGH NSTZ 2019, 613, 614) und dieser über die Sache nicht mehr verfügen könne, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Ob die tatsächliche Sachherrschaft vorliege bzw. wer sie innehabe, bemesse sich nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens (BGH, Beschl. v. 9.1.2019 – 2 StR 288/18, NSTZ 2019, 726, 727).

Gemessen daran habe – so der BGH – der Geschädigte hier zum Zeitpunkt der Mitnahme des Mobiltelefons durch den Angeklagten keinen Gewahrsam gehabt. Der Geschädigte sei nicht am Ort des Geschehens und so tatsächlich nicht in der Lage gewesen, auf das im öffentlichen Raum liegende Mobiltelefon einzuwirken. Vielmehr habe der Angeklagte ungehindert das Mobiltelefon an sich nehmen können. Zwar kann der Gewahrsam in gelockerter Form fortbestehen, etwa dann, wenn der Gewahrsamsinhaber durch eine Täuschung veranlasst scheinbar kurzfristig einen Gegenstand an den Täter übergebe (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 1 StR 402/16, BGHR StGB § 242 Abs. 1, Wegnahme 16; BGH, Beschl. v. 24.4.2018 – 5 StR 606/17; BGH, Beschl. v. 13.11.2019 – 3 StR 342/19) oder eine räumliche Entfernung vorliege, wenn beispielsweise ein Landwirt Geräte auf dem Feld zurücklässt (BGHSt 16, 271, 273; vgl. auch Schönke/Schröder/Bosch, StGB, 30. Aufl., § 242 Rn 26; SSW-Kudlich, StGB, 4. Aufl., § 242 Rn 19). Anderes gelte jedoch, wenn der Gegenstand – wie hier – in einem öffentlichen, mithin für jede Person zugänglichen Bereich liege und der ortsabwesende Geschädigte nicht in der Lage sei, auf die Sache einzuwirken und so die Sachherrschaft gemäß seinem Willen auszuüben.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Annahme von (Fund-)Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB durch den BGH ist m.E. zutreffend. Die deshalb erforderliche Änderung des Schuldspruches des angefochtenen Urteils des LG hat dem Angeklagten aber in der Sache nichts gebracht. Der BGH ist davon ausgegangen, dass das LG angesichts der von ihm aufgeführten Strafzumessungserwägungen bei zutreffender rechtlicher Bewertung eine noch mildere Strafe verhängt hätte.

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

LG: Diebstahl

BGH: Fundunterschlagung

Gewahrsam des Geschädigten?

Nur Schuldspruchänderung

Haftung des Steuerschuldners der Tabaksteuer

1. Im Haftungsrecht nach der AO gilt der Grundsatz, dass sich Steuerschuldnerschaft und Haftung gegenseitig ausschließen.

2. Wer als Besitzer von in Deutschland un versteuerten Zigaretten zur Entrichtung der Tabaksteuer nach § 23 Abs. 1 S. 2 TabStG verpflichtet ist, kann für diese Steuer nicht zugleich durch Haftungsbescheid nach § 71 AO in Anspruch genommen werden. (Leitsatz des Gerichts)

BFH, Urt. v. 23.6.2020 – VII R 56/18

I. Sachverhalt

Der Kläger erwarb insgesamt 26.000 un versteuerte Zigaretten aus Weißrussland. Dabei war zunächst nicht aufklärbar, ob diese direkt aus dem Drittstaat nach Deutschland eingeführt worden oder aus dem steuerrechtlich freien Verkehr eines anderen EU-Mitgliedstaats auf dem Landweg nach Deutschland verbracht worden waren. Im weiteren Verlauf der Ermittlungen konnte aber eine Einfuhr aus dem Drittstaat über den See- oder Luftweg nach Deutschland ausgeschlossen werden, so dass der Kläger Steuerschuldner gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 TabStG für die anfallende deutsche Tabaksteuer war.

Mit Haftungsbescheid v. 15.6.2016 nahm ihn das Hauptzollamt für die nicht entrichtete Tabaksteuer in Höhe von 4.024,80 EUR in Anspruch, nachdem die Person, die dem Kläger die Zigaretten verkauft hatte, nicht ermittelbar war. Dabei ging die Zollbehörde davon aus, dass der Kläger sich der Steuerhhelei nach § 374 AO schuldig gemacht habe. Die Tabaksteuer war dabei entweder durch Überführen in den steuerrechtlich freien Verkehr oder durch das erstmals zu gewerblichen Zwecken Im-Besitz-Halten entstanden (§ 23 Abs. 1 S. 1 TabStG).

II. Entscheidung

Da der Kläger bereits nach § 23 Abs. 1 S. 2 TabStG Steuerschuldner ist, kann er nicht gleichzeitig Haftungsschuldner gemäß § 71 AO sein (BFH, Beschl. v. 11.7.2001 – VII R 29/99, BFH/NV 2002, 305; BFH, Beschl. v. 24.10.2017 – VII B 99/17, BFH/NV 2018, 933).

Insofern enthält § 71 AO, so der BFH, das un geschriebene Tatbestandsmerkmal, dass niemand gleichzeitig Steuer- und Haftungsschuldner sein kann (Rüsken, in: Klein, AO, Komm., 15. Aufl. 2020, § 71 Rn 1). Dies werde auch durch die Entstehungsgeschichte des § 71 AO bestätigt, der dem bisherigen § 112 RAO entspreche und bei welchem dieser Grundsatz auch gegolten habe (BT-Drucks VI/1982, S. 120). Dass die Haftungsnorm des § 70 AO demgegenüber den speziellen Zusatz enthalte, dass diese Haftung nicht greife, wenn Steuerschuldnerschaft besteht, spreche nicht gegen diese Auslegung des § 71 AO, da dieser Zusatz bei § 70 AO nur klarstellende Bedeutung habe. Auch könne nicht § 7 Abs. 8 S. 3 Versicherungsteuergesetz ins Feld geführt werden, wonach die Inanspruchnahme eines Haftenden mittels Steuerbescheid oder mittels Haftungsbescheid zulässig sei, da es sich bei dieser Gesetzesformulierung um ein Versehen des Gesetzgebers handle.

III. Bedeutung für die Praxis

Der BFH sieht zwar das Praxisproblem, dass sich oftmals der Weg der un versteuerten Zigaretten ins Inland nicht rekonstruieren lasse und die Steuerschuld tatbestände des § 21 TabStG bei Einfuhr aus einem Drittland und bei der Verbringung aus einem

Erwerb von 26.000 un versteuerten Zigaretten

Inanspruchnahme wegen der Tabaksteuer

Haftungsschuldner nach § 71 AO?

Praxisproblem gesehen, aber ...

anderen EU-Staat gemäß § 23 TabStG auseinanderfallen, sieht aber trotzdem keine Veranlassung, davon abzugehen, dass Haftung im Steuerrecht das Entstehen-Müssen für eine fremde Steuerschuld bedeutet (vgl. Halaczinsky, Die Haftung im Steuerrecht, 4. Aufl. 2013, Rn 2). Insofern hat die Vorinstanz – das FG Hamburg, Urt. v. 13.9.2018 – 4 K 121/17, EFG 2019, S. 1 –, die sich für eine Anwendung des § 71 AO im Fall ausgesprochen hat, auch das sich solchermaßen ergebende Dilemma wie folgt richtig beschrieben: „Sähe man dies anders, könnte der Zweck der Haftung – die Sicherung der Zahlung der Steuerschuld – nur noch schwer erreicht werden, wenn die Steuerbehörde – wie im vorliegenden Fall – bei Erlass des Bescheids nicht genau wissen kann, ob die Besitzerin der Zigaretten, die statt der unbekanntem Schmuggler herangezogen werden soll, Steuerschuldnerin oder Haftende ist.“ Insofern ist die Entscheidung des BFH im sich dem Steuerstrafverfahren anschließenden Steuerverwaltungsverfahren bei Eintreibung der hinterzogenen Steuer von Relevanz.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Ordnungswidrigkeitenrecht

Einsichtsrecht in nicht bei der Bußgeldakte befindliche Messunterlagen

1. Aus dem Recht auf ein faires Verfahren kann sich im Zusammenhang mit einer standardisierten Messung im Straßenverkehr ein Anspruch des Betroffenen auf Zugang zu nicht bei der Bußgeldakte befindlichen, aber bei der Verfolgungsbehörde vorhandenen und zum Zwecke der Ermittlungen entstandenen bestimmten Informationen, hier der sog. „Rohmessdaten“ einer konkreten Einzelmessung, ergeben (Anschluss an BVerfG, Beschl. v. 12.11.2020 – 2 BvR 1616/18).

2. Demgegenüber wird durch die bloße Versagung der Einsichtnahme bzw. die Ablehnung der Überlassung nicht zu den Bußgeldakten gelangter sog. „Rohmessdaten“ das rechtliche Gehör des Betroffenen (Art. 103 Abs. 1 GG) regelmäßig nicht verletzt (Festhaltung u.a. an BayObLG, Beschl. v. 9.12.2019 – 202 ObOWi 1955/19 und KG, Beschl. v. 2.4.2019 – 122 Ss 43/19).

3. Ein Anspruch des Betroffenen und seiner Verteidigung auf Einsichtnahme und Überlassung der (digitalen) Daten der gesamten Messreihe besteht nicht (u.a. Anschluss an OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.5.2020 – 1 OWi 2 SsBs 94/19 = zfs 2020, 413 und 27.10.2020 – 1 OWi 2 Ss Bs 103/20. (Leitsätze des Gerichts)

BayObLG, Beschl. v. 4.1.2021 – 202 ObOWi 1532/20

I. Sachverhalt

Dem Betroffenen wurde eine Geschwindigkeitsüberschreitung um 40 km/h (innerorts) vorgeworfen. Die Messung erfolgte mit dem Gerät PoliScan Speed. Er wurde zu einer Geldbuße von 320 EUR und einem Fahrverbot von einem Monat verurteilt. Im verwaltungsbehördlichen Verfahren hatte er den Antrag gestellt, ihm die Messdatei samt Dateitoken und Passwort mit den Messbildern der gesamten Messreihe vom Tattag zur Verfügung zu stellen, weil anderenfalls keine sachgerechte Überprüfung der Ordnungsgemäßheit der Messung durch den vom Betroffenen zu beauftragenden Sachverständigen möglich sei. Die Behörde lehnte den Antrag ebenso ab wie später

Messung mit PoliScan Speed

das AG den ihm gegenüber nochmals gestellten Antrag, weil sich die genannten Dokumente nicht bei der Akte befanden. In der Hauptverhandlung stellte die Verteidigung einen „Beweisantrag“ auf Beziehung und Herausgabe „sämtlicher“ Rohmessdaten sowie der digitalen Falldatensätze, der Statistik-Datei im Case-List u.a. Der Beweisantrag wurde zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde rügt der Betroffene die Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren und des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Das BayObLG, und zwar der Senat in der Besetzung mit drei Richtern (§ 80a Abs. 3 OWiG), hat der Rechtsbeschwerde stattgegeben und die Sache an das AG zurückverwiesen.

II. Entscheidung

1. Das Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren sei verletzt, soweit der Verteidigung trotz ihrer Anträge die digitale Messdatei (einschließlich der Rohmessdaten) der verfahrensgegenständlichen Messung nicht zur Verfügung gestellt worden ist. An dieser Kehrtwende in der Rspr. des BayObLG (vgl. VRR 5/2020, 20) dürfte nach der zutreffenden und eindeutigen Entscheidung des BVerfG v. 12.11.2020 – 2 BvR 1616/18 kein Weg mehr vorbeigeführt haben.

2. Sodann lehnt das BayObLG jedoch ein Recht auf Einsichtnahme und Überlassung der gesamten Messreihe vom Tattag ab (III. 3. des Beschlusses). Die Rechtsbeschwerde sei unzulässig, weil ein sachlicher Zusammenhang mit dem Tatvorwurf nicht dargetan sei. Aus der Betrachtung der gesamten Messreihe könnten keine für die Beurteilung der Verlässlichkeit der den Betroffenen betreffenden Messung relevanten Erkenntnisse hergeleitet werden (vgl. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.5.2020 – 1 OWi 2 SsBs 94/19, zfs 2020, 413 u.a.). Das habe die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) in einer Stellungnahme „überzeugend dargelegt“.

3. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liege neben der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht vor. Der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG sei nicht berührt, wenn es um die Zugänglichmachung von Informationen gehe, die dem Gericht nicht vorliegen und die es sich selbst erst verschaffen müsste.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Das BVerfG hat in seinem Kammerbeschluss vom 12.11.2020 (2 BvR 1616/18, VRR 1/2021, 4 ff.) unmissverständlich im Sinne der schon zuvor herrschenden Auffassung (vgl. im Einzelnen Burhoff/Niehaus, in: Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 6. Aufl. 2021, Stichwort „Akteneinsicht, Umfang, Messunterlagen“ m.w.N.) entschieden, dass der Betroffene ein Recht auf Waffengleichheit mit den Verfolgungsbehörden hat und deshalb das Recht auf möglichst frühzeitigen und umfassenden (!) Zugang zu Beweismitteln und Ermittlungsvorgängen hat, ohne die er seine Rechte nicht wirkungsvoll wahrnehmen könnte. Diese für die Praxis bedeutsame Klarstellung in der bekannten, schon seit nahezu einem Jahrzehnt währenden Kontroverse um das Einsichtsrecht des Betroffenen vollzieht das BayObLG lediglich hinsichtlich der Messdaten der den Verurteilten betreffenden Messung nach (entgegen seinem Beschluss VRR 5/2020, 20).

2. Sodann folgen jedoch Ausführungen des BayObLG, die dem Beschluss des BVerfG vom 12.11.2020 erkennbar widersprechen dürften und das dem Betroffenen zuerkannte Einsichtsrecht zu entwerten drohen, indem sich das BayObLG auf den Standpunkt stellt, das Einsichtsrecht des Betroffenen erstrecke sich nicht auf die Messdaten des gesamten Tattages (somit auch auf Falldatensätze Dritter), sondern sei auf die konkrete Einzelmessung des Betroffenen beschränkt. Das folge daraus,

Einsichtsrecht in die Messunterlagen – BVerfG v. 12.11.2020 – 2 BvR 1616/18

Kein Anspruch auf sämtliche Messdaten vom Tattag

Keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Recht auf Informationsparität

Das Trauerspiel geht weiter

dass aus den Daten der gesamten Messreihe keine für die Beurteilung der den Betroffenen betreffenden Messung relevanten Erkenntnisse herzuleiten seien.

Das BVerfG hat hingegen in seinem Beschluss vom 12.11.2020 ebenso eindeutig wie zutreffend ausgeführt, dass das Gericht im Fall der Anwendung standardisierter Messverfahren zwar nicht verpflichtet ist, von Amts wegen Ermittlungen zur Richtigkeit der Messung anzustellen. Es muss aber dem Betroffenen durch Zurverfügungstellung der Messunterlagen ermöglichen, selbst die Richtigkeit der Messung zu hinterfragen – und zwar ohne dass es darauf ankommt, „ob die Bußgeldbehörde oder das Gericht die in Rede stehenden Informationen für erforderlich erachtet“ (a.a.O., Rn 57). Ebendies hat das BVerfG schon in seiner „Spurenakten“-Entscheidung eindeutig formuliert, auf die der Beschluss vom 12.11.2020 zu Recht Bezug nimmt (vgl. auch Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 541, 542; BVerfGE 63, 45, 67): „Hierdurch werden seine Verteidigungsmöglichkeiten erweitert, da er selbst nach Entlastungsmomenten suchen kann, die zwar fernliegen mögen, aber nicht schlechthin auszuschließen sind.“ Wie das BVerfG in seinem Beschluss vom 12.11.2020 ausdrücklich ausführt, kann die Verteidigung deshalb „grundsätzlich jeder auch bloß theoretischen Aufklärungschance nachgehen“ (a.a.O., Rn 57). Hingegen obliegt es weder den Gerichten noch sind sie dazu befugt, das Einsichtnahmerecht des Betroffenen mit der Begründung einzuschränken, dass das Gericht (oder gar die PTB) meint, dass der Betroffene der Einsichtnahme in die begehrten Unterlagen und Dateien nicht bedürfe, weil sich daraus – nach Auffassung des Gerichts – nichts Relevantes ergeben werde. Weder mit den zitierten Ausführungen des BVerfG in seinem Beschluss vom 12.11.2020 noch mit den genannten Grundsätzen der Spurenakten-Entscheidung des BVerfG setzt sich das BayObLG – obwohl es die Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auf den Senat übertragen hat – auch nur auseinander.

Stattdessen beschränkt sich das Gericht auf die Behauptung, es sei ein „sachlicher Zusammenhang mit dem Tatvorwurf“ nicht hinreichend dargetan. Dies dürfte den o.g. vom BVerfG zutreffend formulierten Grundsätzen widersprechen. Denn lediglich zur Vermeidung von „Rechtsmissbrauch“ (a.a.O., Rn 56) hat das BVerfG im Anschluss an die zitierten Grundsätze ausgeführt, dass das Einsichtsrecht nicht zu einer „uferlosen Ausforschung“ berechtige. Die begehrten Informationen müssen deshalb zum einen „in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Ordnungswidrigkeitenvorwurf stehen und zum anderen erkennbar eine Relevanz für die Verteidigung aufweisen“ (a.a.O., Rn 57). Das ist hinsichtlich der Messdaten des gesamten Tattages indes erkennbar der Fall. Dementsprechend beschränkt das BVerfG das Einsichtsrecht auch ausdrücklich nicht (wie das BayObLG) auf die Messdaten der konkreten Einzelmessung des Betroffenen, was anderenfalls nahe gelegen hätte.

Denn der vom Betroffenen zu beauftragende Sachverständige wird die Daten des gesamten Messtages etwa verwenden können (und dieser Daten gerade bedürfen), um die Richtigkeit der Messung des Betroffenen auf ihre Plausibilität überprüfen zu können oder aber gerade Zweifel daran zu belegen. Eben darum geht es bei der Gewährung des Einsichtsrechts, denn nach den Grundsätzen über das standardisierte Messverfahren muss der Betroffene nicht die Richtigkeit der Messung widerlegen, sondern zur Stellung eines Beweisantrags, dem das Gericht dann nachzugehen hat, konkrete Anhaltspunkte für eine unzutreffende Messung vortragen. Durch die Beschränkung auf die Daten der konkreten Einzelmessung des Betroffenen wird dem Betroffenen diese Möglichkeit durch Vergleich mit den übrigen Messungen des Tattages genommen. Das widerspricht dem oben dargelegten Gewährleistungsgehalt des aus dem Recht auf ein faires Verfahren resultierenden Einsichtsrechts des Betroffenen.

Welche Daten die Verteidigung zur Überprüfung benötigt, bestimmt (im Rahmen äußerster Grenzen) die Verteidigung

Sachlicher Zusammenhang zum Tatvorwurf

Erforderlich für Überprüfung der Messung

3. Fazit: Das BayObLG hat den bedeutsamen Beschluss des BVerfG vom 12.11.2020 nur zu einem Teil nachvollzogen und will im übrigen offenbar an der bisherigen „anachronistisch wirkenden Blockadehaltung“ (vgl. Cierniak/Niehaus NStZ 2014, 527; Deutscher StRR 7/2018, 23 [„Trauerspiel“]) festhalten. Das ist – nachdem das BVerfG mit seinem Beschluss die Grundlage für eine Handhabung in der Praxis geschaffen hat, die sowohl die Belange der Praxis als auch die Rechte des Betroffenen hinreichend berücksichtigt – zu bedauern. Die Verteidigung wird in diesen Fällen weiterhin um das Recht des Betroffenen kämpfen müssen, die Ordnungsgemäßheit der Messung mittels standardisierter Messverfahren eigeninitiativ überprüfen zu können.

RiLG Dr. Holger Niehaus, Düsseldorf

Haftrecht

Neuer Haftbefehl nach Aufhebung eines außer Vollzug gesetzten früheren Haftbefehls

1. Die Vorgaben des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO sind auch anzuwenden, wenn ein früherer, außer Vollzug gesetzter Haftbefehl aufgehoben worden ist und im Zuge der Anklageerhebung ein neuer Haftbefehl erlassen werden soll.

2. Zu den Anforderungen an das Vorliegen „neu hervorgetretener Umstände“ und der notwendigen Begründungstiefe einschlägiger Haftentscheidungen. (Leitsätze des Verfassers)

BVerfG, Beschl. v. 17.12.2020 – 2 BvR 1787/20

I. Sachverhalt

Das AG erließ gegen den Beschwerdeführer am 11.10.2016 Haftbefehl. Am 28.11.2016 wurde der Haftbefehl unter Auflagen außer Vollzug gesetzt. Noch im Ermittlungsverfahren wurde der Haftbefehl am 23.10.2017 aufgehoben. Mit Erhebung der Anklage am 6.4.2020 hat die StA den Erlass eines Haftbefehls beantragt, den das LG mit Fluchtgefahr angesichts der Straferwartung begründet hat, obwohl der Beschwerdeführer sich nach dem ersten Haftbefehl aus dem Ausland nach Deutschland begeben hatte. LG und OLG haben die Haftbeschwerden verworfen. Auf die Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG den Beschluss des OLG aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen.

II. Entscheidung

Die angefochtenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit Art. 104 GG. Bei der Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft sei das Spannungsverhältnis zwischen dem in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleisteten Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit und den unabwiesbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung zu beachten. Ist ein Haftbefehl einmal unangefochten außer Vollzug gesetzt worden, so sei jede neue haftrechtliche Entscheidung, die den Wegfall der Haftverschonung zur Folge hat, aufgrund des Gewichts der grundrechtlich geschützten Verfahrensgarantie des § 116 Abs. 4 StPO nur unter den einschränkenden Voraussetzungen dieser Norm möglich. § 116 Abs. 4 StPO komme auch dann zur Anwendung, wenn ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl aufgehoben wird und in der Folge ein neuer Haftbefehl erlassen und in Vollzug gesetzt wird. Die einzelnen Widerrufsgründe seien wegen der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsgrund-

Fazit

Neuer Haftbefehl nach Erhebung der Anklage

Anwendbarkeit des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

rechts eng auszulegen. Insbesondere bei der Auslegung des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO (Erforderlichkeit der Verhaftung wegen neu hinzugetretener Tatsachen) seien strenge Maßstäbe anzusetzen.

Die neu hervorgetretenen Umstände i.S.d. § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO müssten sich jeweils auf die Haftgründe beziehen. Nicht herangezogen werden dürften Umstände des Verdachtsgrades, denn der dringende Tatverdacht ist bereits Grundvoraussetzung für den Erlass und die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls. Auch der Abschluss des Ermittlungsverfahrens durch die Anklageerhebung als solcher genüge demnach für eine erneute Inhaftierung nicht. Wirken sich die neu hervorgetretenen Tatsachen aber nicht nur auf den Verdachtsgrad, sondern auch auf einen Haftgrund aus – etwa erhöhte Fluchtgefahr infolge einer nachteiligen Veränderung der Beweislage –, könnten sie ggfs. eine erneute Inhaftierung des Beschuldigten rechtfertigen. Beziehen sich solche Umstände auf die Straferwartung, rechtfertigten sie die Wiederinvollzugsetzung dann, wenn sie zu einer Straferwartung führen, die von der Prognose des Haftrichters zum Zeitpunkt der Außervollzugsetzung erheblich zum Nachteil des Beschuldigten abweicht und sich nach einer Abwägung und Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass sich die Fluchtgefahr durch die Abweichung ganz wesentlich erhöht. Stand dem Beschuldigten aber die Möglichkeit einer für ihn nachteiligen Änderung der Prognose während der Außervollzugsetzung des Haftbefehls stets vor Augen und kam er gleichwohl allen Auflagen beanstandungsfrei nach, setze sich insoweit der vom Beschuldigten auf der Grundlage des Verschonungsbeschlusses gesetzte Vertrauenstatbestand im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung durch.

Die Anwendung des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO fordere nachvollziehbare Feststellungen dazu, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausging. Auch Entscheidungen über die Wiederinvollzugsetzung eines Haftbefehls unterlägen insofern – ebenso wie Haftfortdauerentscheidungen – einer erhöhten Begründungstiefe. Geboten seien aktuelle Ausführungen zu dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit. Weder LG noch OLG hätten in der gebotenen Begründungstiefe dargelegt, weshalb nach dem beanstandungsfreien Verlauf der Haftverschonung für die Dauer eines Jahres und dem Ablauf weiterer zweieinhalb Jahre, in denen der zuvor außer Vollzug gesetzte Haftbefehl aufgehoben war, neu hervorgetretene Umstände den Erlass eines Haftbefehls und zusätzlich dessen Invollzugsetzung erforderlich gemacht haben. Auch soweit das LG sich auf weitere Gesichtspunkte (Erhöhung der Schadenssumme sowie Erhöhung der Anzahl der einzelnen Tathandlungen, derer der Beschwerdeführer dringend verdächtig ist) bezieht, die das OLG als neu hervorgetretene Umstände im Sinne dieser Vorschrift einordnet, genüge die Argumentation beider Gerichte den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe nicht. Insbesondere hätten LG und OLG darauf eingehen müssen, von welcher Straferwartung der Beschwerdeführer ursprünglich ausging. Denn schon das AG habe für den ursprünglichen, später aufgehobenen Haftbefehl eine mögliche Erhöhung der Schadenssumme – und damit implizit auch die Erhöhung der Anzahl der einzelnen Tathandlungen – im ursprünglichen Haftbefehl tragend für die Begründung der Fluchtgefahr herangezogen. Auch soweit LG und OLG ihre Entscheidungen auf eine Intensivierung der Auslandskontakte des Beschwerdeführers gestützt haben, würden sie den dargelegten Begründungsanforderungen nicht gerecht. Schließlich setzten sich die Fachgerichte nicht mit hinreichender Begründungstiefe mit der Frage auseinander, ob statt

Neu hervorgetretene Umstände

Notwendige Begründungstiefe

einer Invollzugsetzung des erneuten Haftbefehls nicht mildere Mittel zur Verfahrenssicherung in Betracht kommen. Die Annahme prozesstaktischen Wohlverhaltens bedürfe einer gründlichen Erörterung aller Besonderheiten des Einzelfalls.

III. Bedeutung für die Praxis

Erneut musste sich das BVerfG mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Untersuchungshaft befassen, hier mit den Anforderungen an die „neu hervorgetretenen Tatsachen“ gem. § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO (früher BVerfG StV 2006, 26; 2007, 84; 2008, 25; 2013, 94). Auch wenn grundsätzlich Einigkeit darüber besteht, dass die Schwelle für die Wiederinvollzugsetzung hierbei hoch ist (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 116 Rn 28 m.N.), belegt der vorliegende Fall exemplarisch, dass die Praxis diese Vorgaben nicht immer einhält. Das BVerfG hat überzeugend dargelegt, dass strenge Maßstäbe gelten und hohe Anforderungen an die Begründungstiefe von gerichtlichen Entscheidungen zu stellen sind. Auch kann es keinen Unterschied machen, ob es um die Wiederinvollzugsetzung geht oder um den Neuerlass eines Haftbefehls nach Aufhebung eines früheren, außer Vollzug gesetzten Haftbefehls. Für Verteidiger ist insbesondere hilfreich, dass das BVerfG Richtlinien für die Bewertung typischer Kriterien aufstellt wie etwa der Verschärfung der Straferwartung seit Erlass des ursprünglichen Haftbefehls oder des Verhaltens des Beschuldigten während der Haftverschonung. Vor allem die bloße Erhebung der Anklage genügt für sich allein nicht für eine durchgreifende Änderung der Umstände.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Anwaltsvergütung

Rückforderung eines Vorschusses

- 1. Ein geleisteter Vorschuss für entstandene Auslagen eines Pflichtverteidigers ist zurückzufordern, wenn sich herausstellt, dass dieser zu Unrecht gezahlt wurde.**
- 2. Die Rückforderung eines gezahlten Vorschusses wegen entstandener Fahrtkosten ist auch dann veranlasst, wenn die Feststellung, dass ein Auslagenerstattungsanspruch nicht besteht, allein auf einer geänderten rechtlichen Beurteilung der Angemessenheit der Fahrtkosten beruht.**
- 3. Die Rückforderung eines zu Unrecht gezahlten Vorschusses darf dergestalt durchgesetzt werden, dass der Betrag von einer anderweitig veranlassenen Vorschusszahlung in derselben Sache in Abzug gebracht wird. (Leitsätze des Gerichts)**

OLG Celle, Beschl. v. 14.5.2020 – 4 StS 2/20

I. Sachverhalt

Der Rechtsanwalt ist Pflichtverteidiger in einem beim OLG Celle anhängigen Strafverfahren mit dem Vorwurf der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung u.a. In diesem hatte der Senat mit Beschluss vom 20.11.2019 auf eine Erinnerung des Rechtsanwalts gegen die Ablehnung der Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 5,60 EUR für Aufwendungen für eine Taxifahrt vom Hotel ... in Celle zum Gerichtsgebäude entschieden, dass solche Taxikosten nicht erstattungsfähig seien, weil die Strecke von etwa 800 m Fußweg, der auf angelegten, breiten Wegen ohne

Überzeugend

Hindernisse und durch den Schlossgarten abseits des Durchgangsverkehrs führt, leichthin zu Fuß zurückgelegt werden könne und es zumutbar sei, diesen Weg zu laufen. Die Kostenbeamtin des OLG hat daraufhin im Rahmen früherer Vorschusszahlungen bereits berücksichtigte Taxikosten in Höhe von insgesamt 222 EUR von einer weiteren Vorschusszahlung in Abzug gebracht. Hiergegen wendet sich der Rechtsanwalt mit einer Erinnerung gemäß § 56 RVG. Er macht geltend, wegen eines Fersensporns und einer akuten Lumbalgie sei er im betreffenden Zeitraum letztlich „nahezu vollständig bewegungsunfähig“ gewesen. Die Taxifahrten seien durchgeführt worden, wenn und weil „die individuelle Beschwerdesituation unerträglich“ für ihn gewesen sei. Mit seiner Erinnerung hat der Rechtsanwalt diverse Unterlagen, namentlich ärztliche Verordnungen physiotherapeutischer Behandlungen („manuelle Therapie“) und Rechnungen über durchgeführte derartige physiotherapeutische Behandlungen vorgelegt. Die Erinnerung hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des OLG hat die Kostenbeamtin zu Recht die Erstattungsfähigkeit der Taxikosten verneint und daher eine weitere Vorschusszahlung um die im Rahmen früherer Vorschusszahlungen zu Unrecht erstatteten Taxikosten gekürzt. Bei diesen Taxikosten handele es sich auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Rechtsanwalts zu eigenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht um angemessene Fahrtkosten im Sinne von Nr. 7004 VV RVG. Zunächst sei daran festzuhalten, dass generell den Verteidigern, die im Hotel ... in Celle logieren, ohne Weiteres abverlangt werden könne, den kurzen und schönen Fußweg vom Hotel zum Gerichtsgebäude am Schlossplatz in Celle zu Fuß zurückzulegen, und zwar unabhängig von der jeweiligen Witterung. Zwar zeigen die vom Rechtsanwalt vorgelegten Unterlagen, dass er im Jahr 2019 unter einer „ansatztendinösen Plantaraponeurose“ (Februar 2019) beziehungsweise „Lumbalgie“ (August 2019) litt und ihm daher jeweils eine physiotherapeutische Behandlung („manuelle Therapie“) verordnet worden sei. Doch lasse sich den Unterlagen nicht in Ansätzen der geltend gemachte Schweregrad der Beeinträchtigungen („letztendlich nahezu vollständige Bewegungsunfähigkeit“) entnehmen. Vielmehr spreche schon die ärztliche Therapieempfehlung („manuelle Therapie“) gegen eine derartige Massivität der Beeinträchtigung. Die Unterlagen zeigen – womit, so das OLG ausdrücklich: „die Beschwerden von Rechtsanwalt ... nicht marginalisiert werden sollen“ – kein Krankheitsbild auf, das der Bewältigung einer kurzen Fußstrecke entgegenstünde. Ganz im Gegenteil sei leichte (Fort-)Bewegung bei den – mit der im Februar 2019 diagnostizierten „Plantaraneurose“ in keinem erkennbaren Zusammenhang stehenden – Rückenschmerzen, unter denen der Rechtsanwalt im August 2019 gelitten habe, bekanntermaßen geradezu indiziert, um das lange Sitzen an Hauptverhandlungstagen zu kompensieren. Hinzu komme, dass der Senat weder im Gerichtssaal noch im Umfeld des Gerichtsgebäudes massive Bewegungseinschränkungen des Rechtsanwalts wahrgenommen hätte. Bei den geltend gemachten Beeinträchtigungen wäre zu erwarten gewesen, dass der Rechtsanwalt während der Mittagspausen im Gerichtsgebäude verblieben wäre, möglicherweise sogar um eine Liegemöglichkeit im Sanitätsraum gebeten hätte. Das sei aber – wie Erkundigungen des Senats ergeben hätten – nicht der Fall. Vielmehr hätte sich auch der Rechtsanwalt – wie alle anderen Verteidiger – in den Mittagspausen regelmäßig in die Celler Altstadt begeben und habe damit Strecken fußläufig zurückgelegt, die nicht wesentlich kürzer gewesen seien als der Fußweg zwischen Hotel und Gericht. Gegen die vorgetragene massive Bewegungseinschränkung spreche auch, dass der Rechtsanwalt – von zwei Hauptverhandlungstagen abgesehen – ausweislich der geltend gemachten Taxikosten jeweils nur die Fahrt vom Hotel zum Gericht, nicht aber

Taxikosten

die Rückfahrt vom Gericht zum Hotel mit einem Taxi zurückgelegt habe. Es sei nicht ersichtlich, warum der Hinweg nicht zu Fuß zu bewältigen gewesen sein sollte, wohl aber der identische Rückweg. Zudem beträfen die streitgegenständlichen Taxikosten Taxifahrten ab Mai 2018, während ausweislich der vorgelegten medizinischen Unterlagen dem Rechtsanwalt (erst) im Februar 2019 eine physiotherapeutische Behandlung wegen einer „ansatztendinösen Plantaraponeurose“ verschrieben wurde. Zeitlich vor 2019 liegende (massive) körperliche Beeinträchtigungen ergäben sich jedenfalls aus den vorgelegten Unterlagen nicht. Schließlich weist das OLG darauf hin, dass der Rechtsanwalt zur Begründung seiner früheren Erinnerung gegen die Absetzung von Taxikosten ausschließlich darauf abgehoben hat, er könne wegen der zum Gerichtstermin mitzuführenden Unterlagen nicht darauf verwiesen werden, die Strecke zu Fuß zurückzulegen. Es wäre – so das OLG – jedoch zu erwarten gewesen, dass er schon damals auf massive gesundheitliche Beschwerden („nahezu vollständige Bewegungsunfähigkeit“) hingewiesen hätte, wenn tatsächlich Taxifahrten nur durchgeführt worden wären, weil und wenn „die individuelle Beschwerdesituation für den Unterzeichner unerträglich war“.

Die Rückforderung des zu Unrecht gezahlten Vorschusses war nach Auffassung des OLG statthaft und geboten, um eine Belastung der Staatskasse und – im Verurteilungsfalle – des Angeklagten mit nicht gerechtfertigten Kosten zu verhindern (vgl. allg. zur Statthaftigkeit einer Rückforderung Mayer/Kroiß/ Ebert, RVG, 7. Aufl. 2018, § 47 Rn 14 ff.; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 24. Aufl. 2019, § 47 Rn 10). Mit dieser Rückforderung habe die Kostenbeamtin nicht bis zur Festsetzung der Pflichtverteidigervergütung nach Verfahrensabschluss zuwarten müssen. Vielmehr könne eine berechtigte Rückforderung eines zu Unrecht gezahlten Vorschusses auch durch eine entsprechende Kürzung einer weiteren Vorschusszahlung bewirkt werden.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Eine m.E. für ein OLG unwürdige Entscheidung. Da streitet man sich in einem beim OLG (!) anhängigen erstinstanzlichen Verfahren wegen Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung u.a. mit offenbar mehreren Verteidigern mit einem Pflichtverteidiger über Taxikosten in Höhe von rund 225 EUR. Man fragt sich, was das angesichts der durch das Verfahren sicherlich bereits entstandenen und noch entstehenden Kosten soll. Dass diese einen erheblichen Umfang erreichen werden, kann man unterstellen. Rund 40 Hauptverhandlungstage waren ja offenbar schon durchgeführt worden. Weitere werden wahrscheinlich folgen. Und da muss man sich dann um einen solchen „Fliegenschiss“ streiten. Wenn Kostenbeamte und auch OLG-Senate nichts anderes zu tun haben, dürfte es mit der vielbeklagten Belastung der Gerichte nicht so weit her sein.

2. Diese Kritik ist m.E. unabhängig davon, ob der Verteidiger hier die Taxikosten zu Recht geltend gemacht hat. Mir erschließt sich im Übrigen auch nicht, warum die Frage von der Einschätzung des Kostenbeamten und des Senats abhängt. Allerdings scheint man beim OLG Celle ja über profunde medizinische Kenntnisse zu verfügen. Denn sonst könnte man dem Verteidiger nicht entgegenhalten: „Ganz im Gegenteil ist leichte (Fort-)Bewegung bei den – mit der im Februar 2019 diagnostizierten ‚Plantaraponeurose‘ in keinem erkennbaren Zusammenhang stehenden – Rückenschmerzen, unter denen Rechtsanwalt ... im August 2019 gelitten hat, bekanntermaßen geradezu indiziert, um das lange Sitzen an Hauptverhandlungstagen zu kompensieren.“ Dieser „Vorhalt“ ist in meinen Augen genauso unangebracht wie die „Erhebungen“ des Senats zur Frage der Bewältigung des Weges in die Mittagspause oder das Nichtinanspruchnehmen des Sanitätsraums. Und neben der Sache liegt m.E. auch der Hinweis

Rückforderungszeitpunkt

auf den „... schönen Fußweg vom Hotel zum Gerichtsgebäude am Schlossplatz in Celle“. Das ist eine Einschätzung des Senats bzw. der Senatsmitglieder, die m.E. für die zu entscheidende Frage ohne jede Bedeutung ist. Oder will man damit ausdrücken, dass die Taxikosten bei einem „nicht so schönen Fußweg“ – was ist eigentlich ein „schöner Fußweg“? – erstattet worden wären? Wie gesagt: Wenn der Senat nichts anderes zu tun hat ...

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

Zusätzliche Verfahrensgebühren Nr. 4141 und Nr. 4142 VV RVG

1. Wird der Einspruch gegen den Strafbefehl nachträglich, nachdem der Einspruch zunächst auf die Höhe des Tagessatzes beschränkt war, insgesamt zurückgenommen, fällt die entstandene Gebühr Nr. 4141 Anm. 1 Nr. 4 VV RVG nicht weg.

2. Für die Einziehung des Führerscheinformulars entsteht die Gebühr Nr. 4142 VV RVG. (Leitsätze des Gerichts)

AG Freiburg, Urt. v. 6.11.2020 – 4 C 1193/20

I. Sachverhalt

Nach Abschluss des Verfahrens hat der Kläger gegenüber seiner Rechtsschutzversicherung die bei seinem Verteidiger entstandenen Gebühren Nr. 4141 VV RVG und die Nr. 4142 VV RVG geltend gemacht. Die Rechtsschutzversicherung hat die Zahlung abgelehnt. Der Kläger hatte mit seiner Klage beim AG Erfolg.

II. Entscheidung

Dem Kläger stehe – so das AG – die streitige Gebühr nach VV Nr. 4141 RVG zu. Durch die Rücknahme seines Einspruchs gegen den gegen ihn erlassenen Strafbefehl habe der Kläger daran mitgewirkt, dass eine Hauptverhandlung entbehrlich ist. Zum Zeitpunkt der Rücknahme sei ein Hauptverhandlungstermin nicht bestimmt gewesen, so dass die Ausschlussfrist des Abs. 1 Nr. 3 nicht greift. Dass zuvor ein Hauptverhandlungstermin angesetzt gewesen sei, vor Rücknahme des Einspruchs aber abgesetzt wurde, spiele keine Rolle. Insbesondere sei die Mitwirkung des Verteidigers an einer Verfahrensbeendigung nach § 411 Abs. 1 S. 3 StPO – Beschränkung des Einspruchs auf die Tagessatzhöhe mit Schriftsatz vom 14.5.2019 – nicht fristgebunden und habe damit die Verfahrensgebühr selbst ohne Rücknahme des Einspruchs ausgelöst (Nr. 4141 Abs. 1 Nr. 4 RVG). Dass danach eine Rücknahme des gesamten Einspruchs erfolgt sei, führe nicht zum Wegfall der Verfahrensgebühr.

Die Nr. 4142 VV RVG war mit der vom AG im Strafbefehl angeordneten Einziehung des Führerscheinformulars des Klägers – es handelte sich um eine Trunkenheitsfahrt – begründet worden. Das AG hat die die Gebühr zugesprochen. Die Einziehung des Führerscheinformulars falle unter den Anwendungsbereich dieser Norm (Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 24. Aufl., VV 4142 Rn 9).

III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung, die in beiden Punkten zutreffend ist, ist m.E. die erste gerichtliche Entscheidung, die sich zu der Frage der Nr. 4142 VV RVG in den Fällen verhält. Und das AG hat die Frage richtig entschieden. Interessant ist in dem Zusammenhang die Frage des Gegenstandswerts. Dazu hat sich das AG nicht geäußert, der Kollege, der

Klage gegen die Rechtsschutzversicherung

Zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4141 VV RVG

Zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG

Beide Fragen zutreffend entschieden

Rechtsprechungsreport

mir die Entscheidung übersandt hat, hat mir aber mitgeteilt, dass er 5.000 EUR als Regelgegenstandswert angesetzt hatte und das AG den auch zugrunde gelegt hat (so auch Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4142 Rn 49 m.w.N.).

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

Impressum

Herausgeber:

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

Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

Bezugspreis (jährlich):

119 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.



NEU



Jetzt Straf- und Bußgeldsachen gekonnt abrechnen – neu mit den Änderungen durch das KostRÄG 2021!

Am Ende eines jeden Mandats im Bereich Strafrecht steht die Rechnungsstellung. Hierbei sind größte Sorgfalt und vor allem tiefgehende und aktuelle Kenntnisse des RVG von Nöten, denn sonst entgeht Ihnen womöglich ein Teil Ihres Honorars. Oder aber Sie nutzen den Klassiker „RVG Straf- und Bußgeldsachen“, wie es viele Anwälte, Rechtspfleger und Richter schon seit Jahren tun.

In den handelsüblichen RVG-Kommentaren führen die Bereiche Straf- und Bußgeldsachen ein Nischendasein und werden oft nur kurz und knapp abgehandelt. Ganz anders machen es Burhoff und Volpert: Ihr unverzichtbares Standardwerk gibt auf rund 2.000 (!) Seiten praxisrelevante Antworten auf alle vergütungsrechtlichen Fragen in Straf- und Bußgeldsachen. So werden Abrechnungen in Straf- und Bußgeldsachen für Sie und Ihre Mitarbeiter einfacher und sind schneller erledigt.

Nicht nur die erschöpfende und ausschließliche Behandlung des RVG für Straf- und Bußgeldsachen macht dieses Buch so einzigartig. Auch sein Aufbau ist einmalig: Dank der Kombination von Kommentar und Handbuch profitieren Sie von den Vorteilen beider Welten – konsequent ausgerichtet auf Ihre praktischen Bedürfnisse.

RVG Straf- und Bußgeldsachen

Von RiOLG a.D.
RA Detlef Burhoff und
Dipl.-Rpfl. Joachim Volpert
6. Auflage 2021, ca. 2.000 Seiten,
gebunden, ca. 129,00 €
ISBN 978-3-7508-0005-2
Erscheint Ende März 2021