

Anforderungen, die von Unternehmen in der Entwicklung beachtet werden muss. Hinzu kommt, dass die Definition von KI in Art. 3 derart weit ist, dass auch herkömmliche Software erfasst wird.

Dass der KI-VO-E den gewichtigen Bereich Verkehr und Mobilität aus dem Anwendungsbereich in Art. 2 Abs. 2 ausnimmt, erscheint gerechtfertigt, weil die ausgenommenen Bereiche bereits über detaillierte Regelungsmechanismen für den Marktzugang und die Marktüberwachung verfügen. Sie weisen bestimmte strukturelle Merkmale auf, wie etwa ein Typgenehmigungsverfahren oder eine Zertifizierung, technische Anforderungen zur Erreichung einer Produktkonformität sowie spätere Marktüberwachungsmechanismen.

Trotz der Ausnahme aus dem Anwendungsbereich bleiben die jeweiligen Sektoren im Bereich Verkehr und Mobilität von der geplanten Verordnung betroffen, denn die dortigen Rechtsakte werden nach in Kraft treten der KI-VO überarbeitet und auf das in der KI-VO festgelegte Schutzniveau und die dortigen Anforderungen angepasst. Dies gilt insoweit für Hochrisiko-KI-Systeme. Hinsichtlich verbotener KI-

Praktiken und KI-Systemen mit geringem Risiko ist zu konstatieren, dass die künftige KI-VO unmittelbar gilt und die Ausnahme vom Anwendungsbereich diese beiden KI-Formen nicht umfasst.

Insofern sollten sich alle Akteure im Bereich Verkehr und Mobilität in das Gesetzgebungsverfahren einbringen und bereits frühzeitig die im KI-VO-E genannten Anforderungen beachten und entsprechende Managementsysteme etablieren, damit die KI-Systeme die Anforderungen erfüllen.

Auch wenn die kommende KI-VO für Hochrisiko-KI-Systeme in den ausgenommenen Sektoren nicht unmittelbar gilt, werden die dortigen Anforderungen dennoch in die jeweiligen Rechtsakte der Sektoren integriert. Der Schein trügt also, denn die Ausnahme vom KI-VO-E ist nur deshalb vorgesehen, damit die Anforderungen in den jeweiligen Sektoren unmittelbar in das bestehende Regelungsregime integriert werden. Die Frage ist daher nicht, ob die Anforderungen kommen, sondern wann. Für Hersteller und beteiligte Akteure im Bereich Verkehr und Mobilität bleibt es daher weiterhin spannend.

# Verletzung rechtlichen Gehörs durch unterbliebene Bescheidung eines Verwertungswiderspruchs?

zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.8.2021 – IV 2 – Ws 13+14/21 OWi, IV – 2 RBs 136/21

OStA Thomas Merz, Hamm\*

## 1. Einführung

Spätestens seit der grundlegenden Entscheidung des BVerfG vom 12.11.2020<sup>1</sup>, mit dem dieses den grundsätzlichen Anspruch des Betroffenen auf Zugang zu sich nicht bei den Akten befindlichen, aber an anderer Stelle vorhandenen Informationen bejaht hat, gehört es zum Standardrepertoire der Verteidigung in Bußgeldsachen, der Verwertung des Ergebnisses der dem Bußgeldverfahren zu Grunde liegenden Geschwindigkeitsmessung mit der Begründung zu widersprechen, das Messgerät habe die für eine Überprüfung der Messung erforderlichen Rohmessdaten nicht gespeichert bzw. der Verteidigung sei der Zugang zu den von ihr begehrten Informationen weder durch die Bußgeldbehörde noch durch das Gericht gewährt worden, so dass hierdurch der Anspruch des Betroffenen auf ein faires Verfahren verletzt werde mit der Folge, dass das Ergebnis der Geschwindigkeitsmessung einem Verwertungsverbot unterliege. Die Notwendigkeit der Erhebung eines solchen Verwertungswiderspruchs geht dabei auf die ständige Rechtsprechung des BGH zurück, wonach sich der verteidigte oder entsprechend belehrte Betroffene dann nicht mehr auf ein Verwertungsverbot berufen kann, wenn er nicht zuvor der Verwertung des Beweismittels spätestens bis zum Zeitpunkt der möglichen Erklärung gemäß § 257 Abs. 1 StPO zu Protokoll der Hauptverhandlung widersprochen hat.<sup>2</sup> Unterlässt die Verteidigung hingegen einen solchen Verwertungswiderspruch, ist sie im Revisions- bzw.

Rechtsbeschwerdeverfahren mit der Rüge der unzulässigen Verwertung des Beweismittels präkludiert. Soweit die Verteidigung einen solchen Verwertungswiderspruch erhebt, stellt sich für das Gericht die Frage, wie es mit einem solchen Widerspruch umgehen soll. Will die Verteidigung für den Fall, dass das Gericht das beanstandete Beweismittel trotz des erhobenen Widerspruchs verwertet und damit seinem Urteil zugrunde gelegt hat, dies im Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren rügen, so kann dies – da es sich bei der Frage, ob ein Verwertungsverbot besteht, um eine solche des Verfahrensrechts handelt<sup>3</sup> – nur mittels der Erhebung einer den Vorgaben des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO entsprechenden Verfahrensrüge geschehen. Im Bußgeldverfahren findet diese Rügemöglichkeit in den Fällen, in denen der Betroffene lediglich zu einer Geldbuße bis zu einer Höhe von 100 EUR verurteilt worden ist und in denen mit Blick auf die Höhe des Bußgeldes die Rechtsbeschwerde daher der Zulassung (§ 80 Abs. 1 OWiG) bedarf, gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG eine Einschränkung. Denn nach dieser Vorschrift kommt im Falle der Verurteilung zu einer Geldbuße bis zu 100 EUR die

\* Der Verfasser ist Dezernent bei der Generalstaatsanwaltschaft Hamm und dort ua mit der Bearbeitung von Revisions- und Rechtsbeschwerdeverfahren befasst.

1 SVR 2021, 152 mAnm Krumm = NZV 2021, 41 mAnm Krenberger.

2 Grundlegend: BGH, NStZ 1992, 294; ebenso: BGH, NStZ 2018, 737; BayObLG, BeckRS 2021, 34056; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 4715; BeckRS 2022, 8826; vgl. näher BeckOK, StPO/Eschelbach, § 257 Rn. 20 ff.

3 BGH, NStZ 2019, 107.

Zulassung der Rechtsbeschwerde ausschließlich zur Fortbildung des materiellen Rechts oder wegen der Versagung rechtlichen Gehörs in Betracht. Mit der Rüge der Verletzung formellen Rechts kann der Betroffene daher – soweit er nicht die Versagung rechtlichen Gehörs rügt – im Zulassungsverfahren bis zu einer Geldbuße von 100 EUR nicht gehört werden.<sup>4</sup> Dies hat zur Folge, dass in diesen Fällen vielfach – allerdings oftmals vergeblich – versucht wird, die Rüge, mit der in der Sache ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht werden soll, in das Gewand einer Gehörsrüge zu kleiden.

## 2. Entscheidung des OLG Düsseldorf

Dem zu besprechenden Beschluss des OLG Düsseldorf<sup>5</sup> lag ein Urteil des AG Duisburg zu Grunde, mit dem der Betroffene wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße von 84 EUR verurteilt worden ist. Der Verteidiger des Betroffenen hatte in der Hauptverhandlung vor dem AG Duisburg der Verwertung des der Geschwindigkeitsmessung zu Grunde liegenden Messwertes mit der Begründung widersprochen, die Messung sei wegen fehlender Messdaten nicht nachprüfbar. Das AG Duisburg hatte sich weder in der Hauptverhandlung noch in dem Urteil zu der Frage, ob das geltend gemachte Beweisverwertungsverbot vorliege, verhalten. Diesen Aspekt hat der Betroffene unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Versagung rechtlichen Gehörs gerügt. Damit hatte er bei dem OLG Düsseldorf Erfolg. Das OLG Düsseldorf hat mit dem zu besprechenden Beschluss die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wegen der Versagung rechtlichen Gehörs zugelassen, das vorbezeichnete Urteil des AG Duisburg aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das AG Duisburg zurückverwiesen. Zur Begründung hat der Bußgeldsenat in Gestalt des Einzelrichters (§ 80a Abs. 1 OWiG)<sup>6</sup> ausgeführt, der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) bedeute, dass dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden müsse, sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen und dass das Gericht seine Ausführungen zur Kenntnis nehmen und in seine Erwägungen einbeziehen müsse. Dies gelte auch für den Fall des Widerspruchs bzgl. der Verwertung eines Beweisergebnisses; falls der Betroffene einen solchen Widerspruch erkläre, müsse das Gericht diesen zur Kenntnis nehmen und sich zu ihm äußern. Es dürfe den Widerspruch nicht übergehen. Obwohl der Betroffene der Verwertung der Geschwindigkeitsmessung widersprochen und dies im Einzelnen begründet habe, sei dieser Widerspruch zu keinem Zeitpunkt beschieden worden, und zwar weder in der Hauptverhandlung noch im Urteil. Das Gericht habe sich zu dem Widerspruch überhaupt nicht geäußert. Allein der im Urteil enthaltene Hinweis, die Messung sei mit einem standardisierten Messverfahren durchgeführt worden, genüge insoweit nicht, da der Widerspruch nicht damit begründet worden sei, es handele sich nicht um ein standardisiertes Messverfahren, sondern mit der Erwägung, die Messung sei wegen fehlender Daten nicht überprüfbar. Ob der nicht beschiedene Widerspruch sachlich begründet sei, sei für die Verletzung des rechtlichen Gehörs unerheblich.

## 3. Bewertung

Während die Wertung des OLG Düsseldorf, das Gericht müsse den Verwertungswiderspruch des Betroffenen zur Kenntnis nehmen und im Rahmen der zu treffenden Entscheidung erwägen, sofort auf Zustimmung stößt, gilt dies nicht automatisch hinsichtlich der Aussage, das Gericht müsse sich hierzu auch äußern. Vielmehr versteht es sich jedenfalls nicht von selbst, dass aus der sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden Verpflichtung des Gerichts, den Vortrag des Betroffenen im Rahmen seiner Entscheidung zu erwägen, automatisch die Verpflichtung folgt, diese Erwägungen dem Betroffenen bzw. seiner Verteidigung entweder vor Erlass des Urteils mitzuteilen bzw. diese spätestens im Urteil schriftlich niederzulegen. Ob die Schlussfolgerung des OLG Düsseldorf, aus der Verpflichtung, das Vorbringen des Betroffenen zu erwägen, folge stets die Pflicht, sich hierzu (ausdrücklich) zu äußern, rechtlich überzeugend ist, soll daher im Folgenden untersucht werden.

### a) Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs

Zunächst soll grundlegend dargestellt werden, welchen Schutzzweck der aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs für die Verfahrensbeteiligten verfolgt und wo die Grenzen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu ziehen sind, um sodann die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen für die Beurteilung des vorliegenden Falls zu erörtern.

#### aa) Schutzzweck des Art. 103 Abs. 1 GG

Der in Art. 103 Abs. 1 GG normierte Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs soll den Betroffenen in mehrfacher Hinsicht schützen.

Zum einen soll der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleisten, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, vor Gericht Anträge zu stellen und aus seiner Sicht entscheidungserhebliche Ausführungen zu machen. Der letztgenannte Aspekt umfasst dabei nicht nur Tatsachenvortrag, sondern soll dem Betroffenen bzw. seiner Verteidigung auch Gelegenheit bieten, sich durch entsprechende Rechtsausführungen zur Rechtslage zu äußern.<sup>7</sup> Spiegelbildlich hierzu trifft das Gericht die Pflicht, entsprechende Anträge bzw. Ausführungen des Betroffenen bzw. seiner Verteidigung zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.<sup>8</sup>

Zudem soll sichergestellt werden, dass das Gericht seine Entscheidung ausschließlich auf Umstände bzw. Beweismittel stützt, zu denen sich der Betroffene äußern konnte. Es soll

4 OLG Hamburg BeckRS 2021, 5464; BeckOK OWiG/Bär § 80 Rn. 34.

5 OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.8.2021 – IV 2 – Ws 13/14/21 OWi, IV – 2 RBs 136/21, abrufbar unter <https://verkehrsrecht.gfu.com/2021/12/olg-duesseldorf-widerspruch-gegen-beweisverwertung-ist-vom-gericht-zu-verbessern/>.

6 Da gemäß § 80a Abs. 3 S. 1 OWiG die Übertragung auf den Bußgeldsenat in der Besetzung mit drei Richtern nur dann erfolgt, wenn es geboten ist, das Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nachzuprüfen, verbleibt es in den Fällen, in denen die Zulassung wegen der Versagung rechtlichen Gehörs erfolgt, bei der Zuständigkeit des Einzelrichters, vgl. BGH BeckRS 2004, 10695.

7 BVerfG BeckRS 1992, 2294.

8 BVerfG NStZ-RR 2021, 115; BeckRS 2019, 16042; OLG Karlsruhe BeckRS 2018, 15878; Meyer-Goßner/Schmitt StPO Einl. Rn. 23; ausführlich: BeckOK GG/Radtke GG Art. 103 Rn. 11 ff.

also verhindert werden, dass das Gericht Beweismittel, die ausschließlich ihm, nicht jedoch dem Betroffenen bekannt sind, bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt.<sup>9</sup>

Schließlich soll der Betroffene vor Überraschungsentscheidungen geschützt werden. Eine solche (verbotene) Überraschungsentscheidung liegt dabei dann vor, wenn das Gericht einen bis zu seiner Entscheidung nicht erörterten rechtlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht und damit dem Verfahren eine Wende gegeben hat, mit welcher der davon betroffene Verfahrensbeteiligte nach dem bis zu diesem Zeitpunkt gegebenen Verlauf des Verfahrens nicht zu rechnen brauchte.<sup>10</sup>

#### bb) Grenzen des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs

Aus diesen Schutzzwecken, insbesondere aus der Verpflichtung des Gerichts, den Vortrag des Betroffenen im Rahmen der zu treffenden Entscheidung zu erwägen, folgt verfassungsrechtlich jedoch keine in jedem Fall bestehende Verpflichtung des Gerichts, sich in den Entscheidungsgründen des Urteils oder auch im Vorfeld mit jedem Vorbringen des Betroffenen ausdrücklich zu befassen.<sup>11</sup> Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen des Betroffenen auch tatsächlich zur Kenntnis genommen und im Rahmen der zu treffenden Entscheidung in Erwägung gezogen hat, so dass es eines tatsächlichen Nachweises dieses Umstandes in Form einer schriftlichen Erörterung im Regelfall nicht bedarf.<sup>12</sup> Dementsprechend wird der Umstand, dass das Gericht das Vorbringen des Betroffenen nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern auch bei seiner Entscheidung in Erwägung gezogen hat, nicht allein durch den Umstand widerlegt, dass dieses in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich erörtert bzw. in anderer Form beschieden worden ist.<sup>13</sup>

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls – diese sind im Rahmen einer entsprechenden Verfahrensrüge durch den Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen<sup>14</sup> – ergibt, dass das Gericht den Vortrag des Betroffenen entweder bereits nicht zur Kenntnis genommen oder jedenfalls nicht erwogen hat. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags des Betroffenen zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht eingeht, soweit dieser Tatsachenvortrag nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstanziert war.<sup>15</sup>

Soweit es sich um bei dem in Frage stehenden Vortrag um Rechtsausführungen handelt, folgt aus dem Anspruch des Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich keine Verpflichtung des Gerichts, mit den Verfahrensbeteiligten auf Grundlage der Ausführungen des Betroffenen zur Rechtslage ein Rechtsgespräch zu führen oder in diesem Zusammenhang auf seine Rechtsauffassung hinzuweisen.<sup>16</sup> Dementsprechend ist es nur in besonderen Fällen geboten, den Betroffenen auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbe-

teiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Hierfür genügt es allerdings nicht, dass die Rechtslage ggf. schwierig ist. Denn auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, muss ein Verfahrensbeteiligter grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen.<sup>17</sup>

#### cc) Folgerungen

Aus dem Vorstehenden folgt, dass der vom OLG Düsseldorf angenommene Automatismus, wonach sich das Gericht nach Kenntnisnahme des Vorbringens des Betroffenen in jedem Fall auch ausdrücklich zu diesem äußern muss, jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht besteht und daher aus dem Anspruch des Betroffenen auf ein faires Verfahren nicht in jedem Fall die Verpflichtung des Gerichts folgt, sich entweder bereits in der Hauptverhandlung oder spätestens im Urteil zu von dem Betroffenen bzw. seiner Verteidigung geäußerten Rechtsauffassungen ausdrücklich im Sinne einer rechtlichen Bewertung zu erklären.

#### b) Anspruch auf Erteilung eines Zwischenbescheids in der Hauptverhandlung?

Macht der Betroffene in der Hauptverhandlung hinsichtlich eines bestimmten Beweismittels ein Verwertungsverbot geltend, geht die – verfassungsrechtlich gebilligte<sup>18</sup> – höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass dem Betroffenen ein Anspruch auf einen gerichtlichen Zwischenbescheid, in dem das Gericht zu der Frage des Vorliegens des geltend gemachten Beweisverwertungsverbots Stellung nimmt, nicht zusteht.<sup>19</sup> Allerdings wurde dieser Aspekt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang im Wesentlichen unter dem rechtlichen Aspekt des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG) betrachtet. Jedoch führt eine rechtliche Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs des Betroffenen auf die Gewährung rechtlichen Gehörs zu keinem anderen Ergebnis.<sup>20</sup>

Zunächst ist festzustellen, dass in der StPO die Erteilung eines Zwischenbescheids hinsichtlich eines erhobenen Verwertungswiderspruches nicht vorgesehen ist.<sup>21</sup> Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass es sich bei einem solchen Verwertungswiderspruch um keinen Antrag handelt, der – soweit ihm nicht gefolgt wird – eine entsprechende Bescheidungspflicht des Gerichts auslöst.<sup>22</sup>

Auch stellt die Erhebung eines Verwertungswiderspruchs regelmäßig keine Fallgestaltung dar, die eine entsprechende

9 BVerfG NJW 1983, 1043; BeckOK OWiG/Bär OWiG § 80 Rn. 19.

10 OLG Hamm BeckRS 2016, 20864; OLG Jena BeckRS 2007, 18120.

11 BVerfG NStZ-RR 2021, 115; BeckRS 2019, 16042; BeckRS 2017, 101033.

12 BVerfG NStZ-RR 2021, 115; BeckRS 2017, 101033.

13 BeckOK GG/Radtke GG Art. 103 Rn. 14; BVerfG BeckRS 2017, 101033.

14 KG Beschl. v. 7.1.1998 – 2 Ss 333/97 – 3 Ws (B) 695/97, juris; KK-OWiG/Hadamitzky OWiG § 80 Rn. 41.

15 BVerfG NStZ-RR 2021, 115; BeckRS 2017, 112183; OLG Frankfurt BeckRS 2021, 10873.

16 BVerfG BeckRS 1992, 2294; OLG Hamm BeckRS 2016, 20864; OLG Jena BeckRS 2007, 18120.

17 BVerfG BeckRS 1992, 2294.

18 BVerfG, BeckRS 2009, 140731.

19 BGH NStZ 2007, 719; BeckRS 2010, 27978; NJW 2021, 479.

20 So auch BGH BeckRS 2022, 5306; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 2799.

21 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

22 OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 2799.

Erklärung des Gerichts im Sinne eines rechtlichen Hinweises zwingend erforderlich machen würde, weil auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter mit der rechtlichen Bewertung des Gerichts, ein Beweisverwertungsverbot liege nicht vor, im Sinne einer verbotenen Überraschungsentscheidung nicht rechnen musste. Die Obliegenheit des Betroffenen, der Verwertung eines bestimmten Beweismittels in der Hauptverhandlung zu widersprechen, soll dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, dem geltend gemachten Verfahrensfehler im Wege des Freibeweises nachzugehen, damit das Gericht die Frage des Verwertungsverbots eingehend prüfen und ggf. Abhilfe schaffen kann.<sup>23</sup> Dementsprechend hat der Betroffene bzw. seine Verteidigung die Möglichkeit, sich über das Bestehen des geltend gemachten Beweisverwertungsverbots auf Grundlage der Beweisaufnahme über das Verwertungsverbot ein eigenes Bild zu machen, so dass es dem Betroffenen bzw. seiner Verteidigung auch ohne Weiteres möglich ist, sich auf dieser Grundlage hinsichtlich der zu wählenden Verteidigungsstrategie auf das weitere Verfahren einzustellen, ohne dass eine verbotene Überraschungsentscheidung droht.<sup>24</sup> Insbesondere aus dem Umstand, dass das Gericht hinsichtlich der dem geltend gemachten Beweisverwertungsverbots zugrunde liegenden Tatsachen keine Beweisaufnahme durchführt bzw. eine freibeweisliche Klärung herbeiführt, kann der Betroffene bzw. seine Verteidigung regelmäßig den Schluss ziehen, dass das Gericht zur Klärung dieser Tatsachen keine Veranlassung sieht, was dafür spricht, dass es das geltend gemachte Beweisverwertungsverbot einschließlich seiner Begründung für nicht durchgreifend erachtet. Dies gilt umso mehr, wenn das betroffene Beweismittel erst nach Erhebung des Widerspruchs in die Hauptverhandlung eingeführt wird. Denn dies lässt für den Betroffenen bzw. seine Verteidigung nur den Schluss zu, dass das Gericht das betroffene Beweismittel auch unter Berücksichtigung des erhobenen Widerspruchs und dessen Begründung verwerten will, so dass sich die Verteidigung auch insoweit ohne Weiteres auf das weitere Verfahren einstellen kann, ohne dass die rechtliche Bewertung des Gerichts für die Verfahrensbeteiligten unvorhergesehen im Sinne einer verbotenen Überraschungsentscheidung ist.<sup>25</sup> Ergänzend ist anzumerken, dass es eine für die Verteidigung auch außerhalb der Frage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbots typische Problematik des Strafverfahrens ist, dass für diese eine gewisse Unsicherheit darüber herrscht, welchen Beweiswert das Gericht einem bestimmten Beweismittel zumisst.<sup>26</sup> Hiermit muss die Verteidigung indes in jedem Strafverfahren umgehen können mit der Folge, dass sie alle möglichen Ergebnisse ihrem weiteren Vorgehen zugrunde legen muss.

Im hier vorliegenden konkreten Fall kommt noch hinzu, dass das AG Duisburg die Begründung des Verwertungswiderspruchs, die Messung sei wegen fehlender Daten nicht überprüfbar, trotz des Umstandes, dass es sich hierbei um den Kern der Einwendungen gegen die erfolgte Messung gehandelt haben dürfte, seinem Rechtsstandpunkt nach für rechtlich unerheblich halten durfte, so dass auch unter diesem Aspekt eine ausdrückliche Erörterung dieses rechtlichen Gesichtspunkts in der Hauptverhandlung im Rahmen eines Zwischenbescheides nicht geboten war. Denn es entspricht einhelliger Auffassung der OLG,<sup>27</sup> die allesamt der

Entscheidung des VerfGH des Saarlands<sup>28</sup> zu Recht<sup>29</sup> entgegengetreten sind, dass ein Messvorgang nicht rekonstruierbar sein muss und die Verwertbarkeit des Messergebnisses daher nicht von der nachträglichen Überprüfbarkeit anhand gespeicherter Messdaten abhängt. Diese in zahlreichen Fachzeitschriften sowie den gängigen Rechtsprechungsdateien veröffentlichte Rechtsprechung ist dem mit der Bearbeitung von Verkehrsordnungswidrigkeiten befassten Verteidiger regelmäßig bekannt, so dass er damit rechnen muss, dass das Gericht seinen Verwertungswiderspruch einschließlich der dazu abgegebenen Begründung auf Grundlage dieser obergerichtlichen Rechtsprechung für nicht durchgreifend erachten wird. Bereits vor diesem Hintergrund erschließt sich daher nicht, warum das AG Duisburg den Verteidiger auf diese ihm ohnehin bekannte Rechtsprechung im Rahmen eines Zwischenbescheides hätte hinweisen sollen. Eine Überraschungsentscheidung kann jedenfalls vor diesem Hintergrund ausgeschlossen werden.

Schließlich ist die Erörterung der Rechtsfrage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbot in der Hauptverhandlung – sei es, dass sich das Gericht im Rahmen eines Rechtsgesprächs oder eines rechtlichen Hinweises zu der Frage des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots äußert, sei es durch die Erteilung eines schriftlich abgefassten Zwischenbescheides – auch deshalb nicht geboten, weil eine solche Vorgehensweise die Gefahr der Kollision mit dem aus § 261 StPO folgenden Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung in sich birgt.

Aus diesem Grundsatz folgt, dass das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung entscheidet. Dementsprechend bildet die Grundlage der Überzeugungsbildung der Inbegriff der Hauptverhandlung, da erst die durchgeführte Hauptverhandlung das Gericht in die Lage versetzt, sich nach Würdigung aller für und gegen den Betroffenen sprechenden Umstände die volle persönliche Überzeugung von seiner Schuld zu bilden.<sup>30</sup> Daher erfolgt die abschließende Beweiswürdigung zur Schuld- und Strafrage für die Urteilsfällung erst nach vollständiger Durchführung der Beweisaufnahme, also am Ende der Hauptverhandlung im Rahmen der Schlussberatung.<sup>31</sup> Es versteht sich von selbst, dass in dieser abschließenden Beweiswürdigung Beweismittel bzw. Beweisergebnisse, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, keine Berücksichtigung finden dürfen. Indes stellt die Annahme eines Beweisverwertungsverbots – da dem Strafverfahren ein allgemein geltender

23 BGH NJW 2018, 2279; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 2799.

24 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

25 OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 2799.

26 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

27 OLG Oldenburg BeckRS 2019, 20646; OLG Stuttgart BeckRS 2019, 25824; OLG Köln BeckRS 2019, 23786; KG, BeckRS 2019, 26469; OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 28177 u. BeckRS 2020, 29; OLG Hamm BeckRS 2019, 38847; Beschluss vom 10.12.2019 – III-4 RBs 394/19, juris u. BeckRS 2020, 550; BayObLG, BeckRS 2019; OLG Dresden BeckRS 2019, 37019 u. BeckRS 2020, 32036; OLG Schleswig BeckRS 2019, 33009; OLG Brandenburg BeckRS 2020, 23 u. BeckRS 2020, 4369; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 5104; OLG Düsseldorf Beschl. v. 10.3.2020 – 2 RBs 30/20, juris u. BeckRS 2022, 2799; BeckRS 2022, 4715; OLG Bremen Beschl. v. 3.4.2020 – 1 SsRs 50/19, juris u. BeckRS 2020, 5935; OLG Jena BeckRS 2020, 24234.

28 VerfGH Saarland NZV 2019, 414.

29 Vgl. dazu auch Peuker NZV 2019, 443; Krenberger NZV 2019, 414; Hartmann SVR 2019, 351; Merz SVR 2020, 408 u. 444.

30 MüKoStPO/Miebach StPO § 261 Rn. 1.

31 BeckOK StPO/Eschelbach StPO § 261 Rn. 23.

Grundsatz, dem zufolge jeder Rechtsverstoß ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist – eine Ausnahme dar, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Die Frage, ob aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art und des Gewichtes des Verstoßes unter Abwägung der widerstrebenden Interessen zu beantworten.<sup>32</sup> Diese allgemeinen strafprozessualen Grundsätze sind über § 46 Abs. 1 OWiG auch im Bußgeldverfahren sinngemäß anwendbar.<sup>33</sup> Die somit durchzuführende Abwägung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls wird dem Gericht jedoch regelmäßig erst nach vollständig durchgeführter Beweisaufnahme möglich sein, da erst dann abschließend beurteilt werden kann, mit welchem Gewicht die im Rahmen der erforderlichen Abwägung einzustellenden Umstände zu berücksichtigen sind. Würde man demgegenüber das Gericht schon zu einem früheren Zeitpunkt zur Abgabe einer verbindlichen Einschätzung über das Bestehen eines Beweisverwertungsverbots verpflichten, würde dies dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung und umfassender Beweiswürdigung zuwiderlaufen.<sup>34</sup> Denn es ist durchaus denkbar, dass – nachdem das Gericht eine entsprechende rechtliche Einschätzung abgegeben hat – im Rahmen der weiteren Beweisaufnahme Tatsachen oder Umstände zutage treten, die geeignet sind, die erforderliche Abwägung im Sinne einer Verneinung eines bestehenden Beweisverwertungsverbot zu beeinflussen. Solche Veränderungen der Beweislage könnte das Gericht dann jedoch, nachdem es sich verbindlich zu der Frage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbotes geäußert hat, nicht mehr berücksichtigen.<sup>35</sup> Mit Blick auf den Umstand, dass sich auch das vorbezeichnete Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung und umfassender Beweiswürdigung – nicht zuletzt auch im Interesse des Betroffenen, da eine entsprechende Änderung der Bewertung auch zu seinen Gunsten möglich ist – als Ausprägung des Grundsatzes des fairen Verfahrens darstellt<sup>36</sup> und der Grundsatz der freien und umfassenden Beweiswürdigung auch dem Schutz des Anspruchs des Betroffenen auf rechtliches Gehör dient,<sup>37</sup> ist eine frühzeitige Festlegung des Gerichts hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der Annahme eines bestehenden Beweisverwertungsverbot weder verfassungsrechtlich geboten noch aus den vorstehenden Gründen praktikabel. Vielmehr ist die rechtliche Wertung, ob ein Beweisverwertungsverbot besteht, regelmäßig der Schlussberatung bzw. – soweit der Einzelrichter entscheidet – der abschließenden Beweiswürdigung vorbehalten.<sup>38</sup>

### c) Erörterungspflicht im Urteil?

Hinsichtlich der Frage, ob sich aus dem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs eine Verpflichtung des Gerichts ergibt, die Frage des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbot im Urteil zu erörtern, ist zunächst anzumerken, dass – da das Urteil am Ende der durchgeführten Hauptverhandlung, in der der Betroffene die Möglichkeit hatte, in seinem letzten Wort die aus seiner Sicht maßgeblichen Umstände für die Beurteilung der Schuld- und Straffrage (nochmals) hervorzuheben bzw. sein Verteidiger Gelegenheit hatte, (auch) zu Rechtsfragen umfassend Stellung

zu nehmen, steht – eine entsprechende Erörterungspflicht jedenfalls nicht damit begründet werden kann, dass hierdurch verhindert werden soll, dass die Entscheidung für die Verfahrensbeteiligten unerwartet bzw. überraschend ist, weil das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Denn nach Urteilsverkündung ist es den Verfahrensbeteiligten rechtlich ohnehin verwehrt, weitere Anträge zu stellen bzw. Ausführungen zu machen, um hierdurch noch auf das (bereits ergangene) Urteil Einfluss zu nehmen. Hierfür stehen nunmehr die gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel zur Verfügung.

Dementsprechend könnte eine entsprechende Erörterungspflicht im Urteil lediglich zum Beleg des Umstandes dienen, dass das Gericht den Vortrag des Betroffenen zur Kenntnis genommen und im Rahmen seiner Entscheidung erwogen hat. Zu einem solchen schriftlichen Beleg ist das Gericht jedoch – wie oben bereits dargelegt – nicht in jedem Fall verpflichtet, so dass aus einer unterbliebenen Erörterung der Frage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbot gerade nicht darauf geschlossen werden kann, das Gericht habe diesen rechtlichen Aspekt entweder bereits nicht zur Kenntnis genommen oder jedenfalls im Rahmen der Entscheidung nicht erwogen. Vielmehr wäre eine solche Schlussfolgerung – wie oben dargelegt – nur dann zulässig, wenn sich dies aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergibt.

Das es an solchen besonderen Umständen des Einzelfalls in der hier vorliegenden Fallkonstellation in jedem Falle fehlt, ergibt sich aus der Tatsache, dass es ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung entspricht, dass das Gericht im Rahmen der Urteilsabfassung nicht gehalten ist, verfahrensrechtliche Fragen bzw. Vorgänge – hierzu gehören insbesondere die Umstände, die nach Ansicht des Betroffenen das geltend gemachte Verwertungsverbot begründen sollen sowie die Rechtsfrage, ob sich aus diesen Umständen ein Verwertungsverbot ergibt – im Urteil zu erörtern.<sup>39</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH sind entsprechende Ausführungen zur Vermeidung der Überfrachtung der schriftlichen Urteilsgründe regelmäßig sogar tunlichst zu unterlassen.<sup>40</sup> Insbesondere bedarf es solcher Ausführungen nicht zur Gewährleistung der revisions- bzw. rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung eines solchen Urteils. Denn die maßgeblichen Verfahrenstatsachen für die Bewertung, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, hat der Revisionsführer dem Revisionsgericht im Rahmen der zu erhebenden Verfahrensrüge zu unterbreiten, so dass es entsprechender Ausführungen hierzu im Urteil bereits deshalb nicht bedarf. Besteht aber verfahrensrechtlich keine Verpflichtung des Gerichts zur Erörterung eines Beweisverwertungsverbot bzw. der einem

32 BVerfG NJW 2011, 2783 mwN.

33 BVerfG NJW 2011, 2783.

34 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

35 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

36 BVerfG BeckRS 2009, 140731.

37 MüKoStPO/Miebach StPO § 261 Rn. 1.

38 BGH NStZ 2021, 246.

39 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 267 Rn. 1; BeckOK StPO/Peglau, 42. Ed., StPO § 267 Rn. 14; KK-StPO/Kuckein/Barthel StPO § 267 Rn. 2a; MüKo StPO/Wenske, StPO § 267 Rn. 79; speziell zu Beweisverwertungsverboten: BGH BeckRS 2018, 23173; NStZ-RR 2018, 113.

40 BGH NStZ-RR 2018, 113.

solchen Verbot zugrunde liegenden Verfahrenstatsachen, ist es sogar untunlich, solche Erörterungen in die Urteilsgründe aufzunehmen, kann der Umstand, dass das Gericht diesen Vorgaben gerecht wird, sich also rechtskonform verhält, in keinem denkbaren Fall als Beleg dafür dienen, es habe das entsprechende Vorbringen des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis genommen und im Rahmen seiner Entscheidung nicht erwogen. Dementsprechend kann der Umstand, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, sich in den Urteilsgründen zur Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln zu äußern, auch keinen Gehörsverstoß begründen.<sup>41</sup>

#### 4. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Gericht auch unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht verpflichtet ist, sich entweder bereits in der Hauptverhandlung durch einen entsprechenden rechtlichen Hinweis oder einen schriftlichen Zwischenbescheid oder in den Urteilsgründen zu der Frage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbotes zu äußern. Dementsprechend kann eine unterbliebene Äußerung in der Hauptverhandlung bzw. im Urteil entgegen der Auffassung des

OLG Düsseldorf einen Gehörsverstoß nicht begründen. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 22.2.2022,<sup>42</sup> mit der ein entsprechender Gehörsverstoß verneint worden ist, legt nahe, dass es sich bei der hier zu besprechenden Entscheidung um eine einmalige „Entgleisung“ des zur Entscheidung berufenen Einzelrichters gehandelt haben dürfte,<sup>43</sup> mit der dieser dem AG Duisburg allerdings die Durchführung einer überflüssigen erneuten Hauptverhandlung beschert hat. Spätestens mit der Entscheidung des BGH vom 2.3.2022<sup>44</sup> ist jedenfalls höchstrichterlich geklärt, dass das Gericht weder zur Erteilung eines Zwischenbescheids noch zu der Erörterung der Verwertungsfrage in den Urteilsgründen verpflichtet ist und durch ein entsprechendes Unterlassen eine Verletzung rechtlichen Gehörs nicht bewirkt wird.

41 BGH BeckRS 2022,5306.

42 OLG Düsseldorf BeckRS 2022,2799.

43 Auch wenn der Einzelrichter in der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 22.2.2022 insoweit in entscheidungserheblicher Weise von der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 16.8.2021 abgewichen ist, bedurfte es einer Vorlage an den BGH gemäß § 121 Abs. 2 GVG nicht, da es sich insoweit um einen Fall der sog. Innendivergenz (hier sogar innerhalb desselben Senats) handelt, der von § 121 Abs. 2 GVG nicht erfasst wird, so dass eine entsprechende Vorlagepflicht nicht besteht, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt StPO GVG § 121 Rn. 9; KK-StPO/Feilcke GVG § 121 Rn. 21; BeckOK GVG/Huber GVG § 121 Rn. 4.

44 BGH BeckRS 2022, 5306.

# Selbstfahrervermietfahrzeug oder Werkstattersatzwagen?

## Eine Übersicht zu möglichen Auswirkungen auf die Erstattungs-fähigkeit von Mietwagenkosten

Rechtsassessor Rüdiger Balke, Koblenz

Da Reparaturwerkstätte Geschädigten nach einem Verkehrsunfall immer häufiger ein „Rundum-Sorglos-Paket“ anbieten, welches die Beauftragung eines Sachverständigen, ggf. die Mandatierung eines Rechtsanwaltes, die Reparatur des Unfallwagens und schließlich auch die zur Verfügungstellung eines Leihwagens während der Reparaturzeit beinhaltet, stellt sich die Frage, ob es für die Erstattung von Mietwagenkosten eine Rolle spielt, ob es sich bei dem vermieteten Fahrzeug um ein sog. Selbstfahrervermietfahrzeug oder um einen Werkstattersatz- oder Vorfühswagen<sup>1</sup> handelt.<sup>2</sup>

### 1. Unterschied zwischen Selbstfahrervermietfahrzeug und Werkstattersatzwagen

Ein unbefangener Geschädigter kennt die Unterschiede zwischen einem Selbstfahrervermietfahrzeug und einem Werkstattersatzwagen bei Abschluss eines Mietvertrages in der Regel nicht.<sup>3</sup>

Selbstfahrervermietfahrzeuge sind nach § 13 Abs. 2 S. 2 Fahrzeug-Zulassungsverordnung Fahrzeuge, die ohne Gestellung eines Fahrers gewerbsmäßig vermietet werden. Ein als Selbstfahrervermietfahrzeug zugelassener Mietwagen hat im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Fahrzeug umfangreichere und kostenintensivere Zulassungsaufgaben zu erfüllen. So

muss ein Selbstfahrervermietfahrzeug einer gewerbsmäßigen Autovermietung über einen geeichten Tacho verfügen und zB einmal jährlich zur Hauptuntersuchung vorgeführt werden. Außerdem ist ein spezieller Versicherungstarif nachzuweisen, der teurer als bei gewöhnlichen Fahrzeugen ist, weil die Vielzahl unbestimmter Benutzer sowohl für die Kfz-Haftpflicht- als auch für die Kaskoversicherung ein höheres Risiko darstellt.<sup>4</sup> Außerdem sind Mietfahrzeuge von gewerblichen Autovermietern mit weiteren preisbildenden Faktoren belastet, wie zB allgemeine Geschäftskosten (Unkosten für Personal und Miete oder Pacht, Werbungskosten)<sup>5</sup> oder einer erhöhten Abschreibung der Fahrzeuge, weil sich die Benutzung durch viele unterschiedliche Fahrer negativ auf den Wiederverkaufspreis<sup>6</sup> der Fahrzeuge auswirkt.

Diese preisbildenden Faktoren entfallen bei einem nichtkonzessionierten Werkstattersatz- oder Vorfühswagen, der auf

1 Siehe AG Burg Urt. v. 20.12.2018 – 3 C 253/18, juris, Rn. 3.

2 Siehe dazu auch Ziegenhardt NJW-Spezial 2020, 201.

3 So LG Aschaffenburg Urt. v. 25.3.2021 – 22 S 2/19, BeckRS 2021, 41266, Rn. 10.

4 OLG Dresden NJW-RR 2021, 98, Rn. 31; LG Gera, r+s 2022, 51 mAnm Stobbe; AG Freiberg, Urt. v. 6.1.2020 – 5 C 78/19, BeckRS 2020, 3936, Rn. 15; AG Starnberg Urt. v. 25.7.2018 – 4 C 521/18, BeckRS 2018, 51138; AG München Urt. v. 24.7.2017 – 343 C 5987/17, BeckRS 2017, 159586 Rn. 13.

5 Siehe AG München Urt. v. 24.7.2017 – 343 C 5987/17, Rn. 13.

6 Vgl. AG Würzburg Urt. v. 4.4.2019 – 17 C 2881/18, BeckRS 2019, 22610; AG Starnberg Urt. v. 25.7.2018 – 4 C 521/18; AG Augsburg Urt. v. 11.12.2017 – 73 C 4023/17, BeckRS 2017, 141710.