



Hanseatisches Oberlandesgericht

1. Strafsenat

Beschluss

1 Rev 31/22

1 Ss 118/22

705 Ns 39/22

943 Ds 1/22

6002 Js 1137/21

In der Strafsache
gegen

Verteidiger: Rechtsanwalt Dr. Ebrahim-Nesbat

hat der 1. Strafsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg am 8. März
2023 durch

den Vorsitzenden Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Sommer,

den Richter
am Oberlandesgericht

Brauer,

die Richterin
am Amtsgericht

Dr. Schuchardt

beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde des Angeklagten wird der Beschluss des Landgerichts Hamburg, Kleine Strafkammer 5, vom 25. August 2022 aufgehoben.

Dem Angeklagten wird auf seine Kosten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungshauptverhandlung vom 7. Juni 2022 gewährt.

2. Die Staatskasse trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen.

3. Das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kleine Strafkammer 5, vom 7. Juni 2022 und die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten sind gegenstandslos.

Gründe:

I.

Mit Urteil des Amtsgerichts Hamburg-St. Georg vom 18. Februar 2022 wurde der Angeklagte wegen Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen verurteilt. Die dagegen von dem Angeklagten eingelegte Berufung verwarf das Landgericht mit Urteil vom 7. Juni 2022 nach § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO, weil der Angeklagte ungeachtet der erfolgten öffentlichen Zustellung der Ladung unentschuldig der Berufungsverhandlung ausgeblieben und auch nicht zulässigerweise vertreten worden sei. Das Urteil wurde dem Angeklagten über seinen Verteidiger (wirksam) am 4. November 2022 zugestellt.

Mit am 25. Juni 2022 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz seines Verteidigers hat der Angeklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und für den Fall der Verwerfung des Wiedereinsetzungsantrages Revision gegen das Urteil vom 7. Juni 2022 eingelegt. Den Wiedereinsetzungsantrag hat das Landgericht mit Beschluss vom 29. August 2022 verworfen. Der Beschluss wurde dem Angeklagten über seinen Verteidiger am 13. September 2022 zugestellt. Mit ebenfalls am 13. September 2022 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz seines Verteidigers hat der Angeklagte gegen den Beschluss sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat mit Zuschrift vom 19. Dezember 2022 beantragt, die sofortige Beschwerde des Angeklagten gegen den Beschluss des Landgerichts vom 29. August 2022 und die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 7. Juni 2022 zu verwerfen.

II.

Die gemäß § 46 Abs. 3 StPO statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde gegen den die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ablehnenden Beschluss des Landgerichts vom 29. August 2022 ist begründet.

Dem Angeklagten ist nach § 329 Abs. 3, § 44 S. 1 und 2 StPO die Wiedereinsetzung zu gewähren. Er ist vor der öffentlichen Zustellung der Terminladung nicht, wie es § 35a Satz 2 StPO erfordert, über die Rechtsfolgen des § 40 Abs. 3 StPO belehrt worden.

1. Die Tatsache, dass dem Angeklagten die nach § 35a Satz 2 StPO erforderliche Belehrung nicht erteilt wurde, ergibt sich bereits aus der negativen Beweiskraft des amtsgerichtlichen Sitzungsprotokolls (§ 274 StPO). Die Belehrung gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung und nimmt an der Beweiskraft des Protokolls teil (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. 2022, § 35a Rn. 8; LK-Graalmann-Scheerer, StPO 2016, 27. Aufl., § 35a Rn. 29).

In dem amtsgerichtlichen Sitzungsprotokoll vom 22. Februar 2022 ist nach der Urteilsverkündung lediglich vermerkt: „Es erfolgte Belehrung über die zulässigen Rechtsmittel.“ Dies belegt allein, dass dem Angeklagten mündlich die nach § 35a Satz 1 StPO erforderliche Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde. Dass die Belehrung nach § 35a Satz 2 StPO erfolgte, ergibt sich daraus nicht.

Die in § 35a Satz 2 StPO vorgesehene Belehrung über die Rechtsfolgen des § 40 Abs. 3 StPO betrifft kein Rechtsmittel, sondern die erleichterten Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung in dem Verfahren über eine vom Angeklagten eingelegte Berufung. Es handelt sich daher trotz der - insoweit missverständlichen - Überschrift des § 35a StPO nicht um eine Rechtsmittelbelehrung, sondern um eine zusätzliche Belehrung aufgrund einer Sondervorschrift (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20. Juni 2020 – III -2 WS 125/20, 2 Ws 125/20 – m.w.N., „juris“; OLG Brandenburg NSTZ 2018, 117).

Der in dem Sitzungsprotokoll enthaltene Vermerk „Es erfolgte Belehrung über die zulässigen Rechtsmittel.“ beweist daher nicht, dass dem Angeklagten auch die nach § 35a Satz 2 StPO erforderliche Belehrung über die Rechtsfolgen des § 40 Abs. 3 StPO erteilt wurde. Vielmehr gilt gemäß § 274 StPO die Nichterteilung der zusätzlichen Belehrung über die erleichterten Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung als erwiesen.

2. Das Fehlen der Belehrung nach § 35a Satz 2 StPO führt im vorliegenden Fall dazu, dass dem Angeklagten wegen der Versäumung der Berufungshauptverhandlung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist.

a) Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die Erteilung der nach § 35a Satz 2 StPO erforderlichen Belehrung Zulässigkeitsvoraussetzung für die öffentliche Zustellung nach § 40 Abs. 3 StPO sei, mithin das Unterlassen dieser Belehrung bereits zur Unwirksamkeit der öffentlichen Zustellung der Ladung führe (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2009, 26997; NStZ 2018, 117; 118; SK-Weßlau/Singelstein, StPO, 5. Aufl., § 35a Rdn. 16; LK-Graalman-Scheerer a.a.O. § 35a Rdn. 25). Bei Unwirksamkeit der Ladung sei der Angeklagte zu Unrecht als säumig behandelt worden, so dass ihm in entsprechender Anwendung des § 329 Abs. 7 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sei (vgl. zur analogen Anwendung des § 329 Abs. 7 StPO: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23. Feb. 2021 – 2 RVs 5/21; 2 Ws 22-23/21 – BeckRS 2021, 2629; OLG Hamburg NStZ-RR 2001, 302; OLG Köln NStZ-RR 2002, 142; OLG Brandenburg BeckRS 2011, 8101; OLG Hamm NStZ 1982, 521; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 329 Rdn. 41 m.w.N.).

b) Nach anderer Auffassung berührt das Unterlassen der nach § 35a Satz 2 StPO erforderlichen Belehrung nicht die Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung der Ladung. Vielmehr habe die Korrektur in gleicher Weise wie auch sonst bei unterbliebenen Belehrungen durch die Anwendung des § 44 Satz 2 StPO, d.h. die gesetzliche Vermutung der unverschuldeten Säumnis, zu erfolgen (vgl. OLG Frankfurt NStZ 1988, 376; OLG Hamm NStZ 2014, 421, 422; KMR-Ziegler a.a.O. § 40 Rdn. 18; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. § 35a Rdn. 13 u. 16).

c) Vorliegend kann der Meinungsstreit dahinstehen, da dem Angeklagten nach beiden Auffassungen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungshauptverhandlung zu gewähren ist. Ein praktischer Unterschied der Ansichten ergibt sich unter Berücksichtigung der Kausalität nur dann, wenn der Angeklagte die erleichterten Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung und deren Rechtsfolge kennt und daher des Schutzes durch die Belehrungspflicht nach § 35a Satz 2 StPO nicht bedarf (OLG Düsseldorf a.a.O., OLG Brandenburg NStZ 2018, 117, 118). Für eine solche Kenntnis bestehen hier indes keine Anhaltspunkte.

d) Die zusätzliche Belehrung nach § 35a Satz 2 StPO war im vorliegenden Fall nicht entbehrlich. Ohne Rückgriff auf die erleichterten Voraussetzungen des § 40 Abs. 3 StPO kam die öffentliche Zustellung der Ladung vorliegend nicht in Betracht. Der Angeklagte war zwar ohne festen Wohnsitz aus der Haft entlassen worden. Auch hatte der Verteidiger keinen Kontakt zu ihm. Unabhängig davon, ob das Landgericht tatsächlich – was sich aus der Akte nicht ergibt – erfolglos eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt vorgenommen hatte, standen hinsichtlich der Erreichbarkeit des Angeklagten jedoch weitere Ermittlungsansätze zur Verfügung, die vor einer öffentlichen Zustellung nach § 40 Abs. 1 StPO abzuklären gewesen wären (Abfrage, ob sich der bereits mehrfach in Haft befundene Anklagte im Zeitpunkt der Ladung abermals in Haft befand, Auskunft der Ausländerbehörde).

3. Da dem Angeklagten bereits wegen fehlender Belehrung nach § 35a Satz 2 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungshauptverhandlung vom 7. Juni 2022 zu gewähren ist, kommt es nicht mehr darauf an, dass im vorliegenden Fall die Ausführung der öffentlichen Zustellung wegen Fehlens des nach § 186 Abs. 2 Satz 4 ZPO n.F. (§ 186 Abs. 2 Satz 5 ZPO a.F.) vorgeschriebenen Hinweises mangelhaft war (vgl. dazu OLG Nürnberg, Beschl. v. 9. Aug. 2021 – 3 Ws 684/21 – Rn. 28, NStZ-RR 2022, 24-25, „juris“; OLG Stuttgart, Beschl. v. 5. Feb. 2007 – 5 Ws 291/06 – „juris“; vgl. auch: KG, Beschl. v. 19. Sept. 2011 – (2) 1 Ss 361/11 (53/11) – Rn. 8, „juris“; OLG Stuttgart, Beschl. v. 5. Feb. 2007 – 5 Ws 291/06 – „juris“; OLG Dresden, Beschl. v. 24. Mai 2006 – 1 SS 104/06 – Rn. 12 [fehlendes Aktenzeichen] m.w.N., „juris“; Schultzky in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 186 Rn. 7, 9).

III.

Die Kosten- und Auslagenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 7 StPO und § 467 Abs. 1 StPO in entsprechender Anwendung.

IV.

Aufgrund der gewährten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungshauptverhandlung sind das mit der Revision angefochtene Verwerfungsurteil und damit auch die Revision selbst gegenstandslos. Einer ausdrücklichen Urteilsaufhebung bedarf es indes nicht (Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O., § 329 Rn. 44; OLG Hamm, Beschluss v. 3. Nov. 2016 – 4 RVs 52/16 – BeckRS 2016, 20262).

Sommer

Brauer

Schuchardt

Ausgefertigt

W. Sommer *J. Brauer*

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

