

**Editorial**

---

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,

in der vorliegenden etwas umfangreicheren März-Ausgabe 2018 stellt Ihnen der Kollege Christian Lorenz aus Berlin zunächst die Rechtsprechung des BGH zur Notwehr (§ 32 StGB) vor, ein „Elfmeter“ für die Verteidigung.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie dann einer der seltenen Entscheidungen des BVerfG zu § 11a StPO und eine weitere Entscheidung des BGH zur sog. legendierten Durchsuchung.

Aus dem materiellen Teil weise ich auf das fahrlässige Handeltreiben mit Betäubungsmitteln hin. Das OLG Düsseldorf nimmt dann noch einmal zu den Anforderungen an eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) Stellung.

Im gebührenrechtlichen Teil stellen wir Ihnen schließlich die „Fernabsatz-Entscheidung“ des BGH vor.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

**Inhalt**

---

**StRR-kompakt**.....2

**Praxisforum**

Rechtsprechungsübersicht zur Notwehr – „Elfmeter“ für die Verteidigung ..... 5

**Rechtsprechungsreport**

**Verfahrensrecht**

Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis beim BVerfG ... 14  
Fahrzeugdurchsuchung ohne richterliche Anordnung ..... 15  
Sachverhandlung nach Unterbrechung der Hauptverhandlung..... 17  
Freiwillige Mitwirkung an neurologisch-physiologischem Test ..... 19  
Nachträgliche Pflichtverteidigerbestellung..... 21

**StGB/Nebengebiete**

Fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ..... 22  
Verteidigungsverhalten und Strafzumessung..... 25  
Verfolgungsverjährung bei Umsatzsteuerhinterziehung .. 26  
Kriterien für die Annahme von Vorsatz bei der Trunkenheitsfahrt ..... 28

**Anwaltsvergütung**

Anwaltsvertrag als Fernabsatzgeschäft..... 29



### Durchsuchung der Geschäftsräume einer GmbH wegen Insolvenzverschleppung

Eine Durchsuchung (§ 102 StPO) ist unverhältnismäßig, wenn naheliegende grundrechtsschonendere Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare Gründe unterbleiben oder zurückgestellt werden und die Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des im jeweiligen Verfahrensabschnitt bestehenden Tatverdachts steht. Es kann daher geboten sein, dass die Ermittlungsbehörden die Finanzlage einer GmbH, deren Geschäftsführer Insolvenzverschleppung vorgeworfen wird, durch Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis und in die offenzulegenden, über den Bundesanzeiger zugänglichen Jahresabschlüsse sowie durch Rückgriff auf die Kontenumsätze über die BaFin und die kontenführenden Kreditinstitute aufklären.

BVerfG, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 BvR 2993/14

### Fluchtgefahr: Widerruf von Strafaussetzung zur Bewährung

Der Widerruf von Strafaussetzung zur Bewährung ist zur Begründung von Fluchtgefahr i.S.v. § 112 Abs. 1 Nr. 2 StPO nur ergänzend heranzuziehen.

OLG Dresden, Beschl. v. 11.12.2017 – 1 Ws 326/17

### Haftrecht: Beschleunigungsgebot

Das besondere Beschleunigungsgebot in Haftsachen beansprucht auch nach Erlass eines erstinstanzlichen Urteils weiterhin Geltung, wobei sich der Maßstab zugunsten des Gewichtes des staatlichen Strafanspruchs verschiebt (§ 120 StPO). Auch nach einer erstinstanzlichen Verurteilung ist das Beschleunigungsgebot durch eine fehlerhafte, vom Angeklagten nicht zu vertretende und vermeidbare Verfahrensverzögerung verletzt, wenn nach Eingang der Akten beim Berufungsgericht trotz des Rechtes des Angeklagten, sich durch einen Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens vertreten zu lassen, ein sachlicher Grund für eine Terminierung erst nach Ablauf von sieben Monaten nicht erkennbar ist.

OLG Celle, Beschl. v. 12.1.2018 – 1 Ws 3/18

### Komplettspiegelung von Datenträgern: Wegfall der Beweisbedeutung vor der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Datenbeschlagnahme

Jedenfalls in Fällen der Komplettspiegelung von Datenträgern (hier: „Datensicherung“ der internen Festplatte eines Notebooks und einer weiteren externen Festplatte) steht ein so weitreichender Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Raum, dass die Rechtmäßigkeit der Datenbeschlagnahme auch nach deren Erledigung durch Löschung der Daten entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gerichtlich überprüfbar ist. An der für Beschlagnahmeanordnungen nach § 94 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO erforderlichen Beweisbedeutung fehlt es, sobald mit hinreichender Sicherheit abzusehen ist, dass es zu keinem Gerichtsverfahren gegen den Beschuldigten oder gegen mit ihm bzw. dem beschlagnahmten Gegenstand in Verbindung zu bringende Dritte kommen wird.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 22.12.2017 – 18 Qs 49/17

### Unterbrechungsfrist: Sachverhandlung

Auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen kann eine Förderung des Verfahrens in der Sache i.S.d. § 119 StPO liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist,

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

## **StRR-Kompakt**

---

durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene sonstige Förderung des Verfahrens infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden kann.

BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 3 StR 262/17

### **Entfernung des Angeklagten: Unterrichtung**

War der Angeklagte gem. § 247a StPO von der Hauptverhandlung ausgeschlossen, hat ihn der Vorsitzende, sobald der Angeklagte wieder anwesend ist, vom wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist. Die durch § 247 StPO ermöglichte Verhandlung ohne den Angeklagten und seine hierdurch behinderte Verteidigung sind nur hinzunehmen bei Unterrichtung über das in seiner Abwesenheit Geschehene, bevor weitere Verfahrenshandlungen erfolgen. Das gilt auch, wenn die in seiner Abwesenheit durchgeführte Vernehmung nur unterbrochen war.

BGH, Beschl. v. 25.1.2018 – 5 StR 543/17

### **Nebenkläger: Rechtsmittel**

Nach § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird. Das gilt auch, wenn der Nebenkläger nicht die Anwendung eines Qualifikationstatbestandes begehrt, sondern lediglich die einer anderen – hinsichtlich der Mindeststrafe höheren – Strafzumessungsvorschrift.

BGH, Beschl. v. 9.1.2018 – 3 StR 587/17

### **Prozesskostenhilfe: Bewilligungsvoraussetzungen**

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erfolgt für jeden Rechtszug gesondert (§ 404 Abs. 5 StPO, § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO); dies erfordert in jeder Instanz erneut die Prüfung und deshalb die Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers, der sich insoweit grundsätzlich des vorgeschriebenen Vordrucks, § 117 Abs. 4 ZPO, zu bedienen hat. Dabei kann in der Revisionsinstanz eine Bezugnahme auf die vor dem Landgericht dargelegten wirtschaftlichen Voraussetzungen verbunden mit der Versicherung, dass sich die Verhältnisse nicht verändert haben, ausreichen (vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 190).

BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 347/17

### **Berufungsverwerfung: Ausbleiben des Angeklagten**

Die Verwerfung der Berufung gem. § 329 Abs. 1 S. 1 StPO ist nicht zulässig, wenn die Angeklagte zuvor gem. § 233 StPO von ihrer Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen entbunden war. Dann kann allenfalls noch eine Entscheidung nach § 329 Abs. 2 StPO ergehen.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 3.2.2016 – 1 Ss 27/16

### **Bestellung von Betäubungsmitteln im Online-Shop**

Auch derjenige, der im Internet, z.B. über einen Online-Shop, aus dem Ausland heraus die Lieferung von Betäubungsmitteln in das Inland andient, kann noch

Rechtsmittelverfahren

StGB – Allgemeiner Teil

angestiftet werden, da die Internetpräsentation lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, eine sog. invitatio ad offerendum, darstellt (§ 26 StGB).

BGH, Urt. v. 25.10.2017 – 1 StR 146/17

### Entziehung der Fahrerlaubnis: Fremdschaden

Für die Berechnung des bedeutenden Schadens bei der Frage der Regelentziehung gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB kommt es nicht auf den Brutto-, sondern den Netto-Reparaturkostenbetrag an. Auch Verbringungskosten des beschädigten Fahrzeugs sind nicht einzurechnen.

LG Aachen, Beschl. v. 13.11.2017 – 66 Qs 10/16

### Körperverletzung: Beschneidung eines Kindes

Wird ein Angeklagter nach einer rechtswidrigen Beschneidung eines Kindes wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt, hat das Tatgericht im Rahmen der Strafzumessung regelmäßig das Ausmaß der konkreten Verletzung und die Auswirkungen der Tat auf das geschädigte Kind aufzuklären (§§ 46, 223 StGB; § 1631d BGB).

OLG Hamm, Urt. v. 21.11.2017 – 5 RVs 125/17

### Terminsgebühr: Bemessung

Die Zeitstufen, die bezüglich des Pflichtverteidigers festgelegt sind, geben Hilfestellung bei der Bemessung der Terminsgebühr für die Einordnung im Gebührenrahmen.

OLG Bamberg, Beschl. v. 6.2.2018 – 1 Ws 51/18

### Nachtraganklage: Grundgebühr

Bei der Erhebung einer Nachtragsanklage und deren Einbeziehung in ein laufendes Verfahren handelt es sich um einen selbstständigen Rechtsfall im Sinne der Nr. 4100 VV RVG, mithin um eine selbstständige Angelegenheit im Sinne des § 15 RVG.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2017 – 2 Ws 136/17

### Selbstständiges Verfallsverfahren: Grundgebühr, Verfahrensgebühr, Terminsgebühr

Im selbstständigen Verfallsverfahren entsteht für den Vertreter des Verfallsbeteiligten im Bußgeldverfahren nach Teil 5 VV RVG nur die Gebühr Nr. 5116 VV RVG.

LG Koblenz, Beschl. v. 28.1.2018 – 9 Qs 59/17 und 9 Qs 60/17

### Vergütungsfestsetzung: zukünftige Zahlungen

Eine Versicherung, zukünftige Zahlungseingänge unverzüglich anzuzeigen, ist für den Vergütungsfestsetzungsantrag vom Gesetz nicht vorgesehen. § 55 Abs. 5 Satz 4 RVG bestimmt lediglich, dass Zahlungen, die der Rechtsanwalt nach der Antragstellung erhalten hat, unverzüglich anzuzeigen sind.

AG Braunschweig, Beschl. v. 1.2.2018 – 6 Ds 558 Js 32017/16

Strafzumessung

Anwaltsvergütung

### Rechtsprechungsübersicht zur Notwehr – „Elfmeter“ für die Verteidigung

RA Christian Lorenz, Berlin

Jeder Verteidiger dürfte sich über eine Sachverhaltskonstellation freuen, in der die eingehende Prüfung einer Notwehrlage für den Mandanten erfolgversprechend erscheint, eröffnet der Rechtfertigungsgrund der Notwehr doch die Aussicht auf einen Freispruch bzw. eine Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts. Eine belegbare Verteidigung in Notwehr bringt die mittlere der drei Säulen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ohne Wenn und Aber zu Fall. Anders als bei vielen anderen Verteidigungsaspekten, z.B. bei der Frage der Schuldfähigkeit, ist hier kein Raum für Zwischentöne, entweder die Tat war durch Notwehr gerechtfertigt oder sie war es nicht.

Diese Rechtsprechungsübersicht gibt einen Überblick über die in jüngerer Vergangenheit ergangene Rechtsprechung zur Notwehr und soll den Blick des Verteidigers auf bestimmte Problemfelder lenken. Berücksichtigung fand die Rechtsprechung aus den Jahren 2014 bis 2017.

#### I. Allgemeines

Notwehr nach § 32 Abs. 1 StGB ist ein Rechtfertigungsgrund, der sich auf den Grundsatz stützt, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche (Fischer, StGB, § 32 Rn 2). Die Notwehrhandlung verteidigt damit nicht nur das konkret angegriffene Rechtsgut, sondern dient auch zugleich der Bewährung der Rechtsordnung (BGHSt 24, 356, 359). Für die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr gilt der Zweifelsatz (BGHSt 10, 373 f., NStZ 2005, 85 f.).

#### II. Einzelne Tatbestandsvoraussetzungen

##### 1. Gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff

Die Tatbestandsmerkmale des Angriffs und dessen Rechtswidrigkeit scheinen in der Rechtsprechungspraxis keine Rolle zu spielen. Ganz anders sieht es bei der Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs aus, hierzu finden sich im Berichtszeitraum zahlreiche Entscheidungen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Angriff gegenwärtig, wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben einer Abwehrhandlung entweder deren Erfolg in Frage gestellt wäre oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste (BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1; 5 StR 404/06).

a) In seiner Entscheidung vom 13.9.2017 hatte sich der 2. Strafsenat des BGH mit folgendem Sachverhalt auseinanderzusetzen (2 StR 188/17):

Der Angeklagte, selbst Jäger, der sich in einer depressiven Phase befand, hatte sich mit seiner Pistole in den Wald begeben, um sich dort das Leben zu nehmen. Auf einem Waldweg ließ er sich nieder, schlief ein und wurde von dem späteren Opfer unsanft durch einen Tritt geweckt. Es entwickelte sich zunächst ein Handgemenge, bis der Geschädigte sich mit den Worten „Na, warte du mal“ zu seinem Auto begab, um seine – zu diesem Zeitpunkt ungeladene – Jagdflinte zu holen. Der Angeklagte bekam es mit der Angst zu tun und sprühte dem Geschädigten zunächst Pfefferspray ins Gesicht. Hiervon unbeeindruckt drehte sich der Geschädigte, sein Gewehr in Hüfthöhe haltend, zum Angeklagten herum. Dieser schoss aus ca. 4 Metern zweimal auf den Geschädigten und traf diesen am Oberarm. Auch hiervon war der Geschädig-

Schutz einzelner Rechtsgüter und der Rechtsordnung insgesamt

Tatbestandsvoraussetzung der Gegenwärtigkeit in der Praxis höchst relevant

Jäger gg. Jäger

te nicht merklich beeinträchtigt und hantierte weiter an seiner Flinte. Hierauf gab der Angeklagte einen weiteren Warnschuss in die Luft ab. Der Geschädigte reagierte auch hierauf nicht. Der Angeklagte fürchtete nunmehr, dass es dem Geschädigten alsbald gelänge, sein Gewehr zu laden, und gab einen gezielten Schuss auf dessen Oberkörper ab. Der Geschädigte ging nun zu Boden und verstarb kurze Zeit später.

Der BGH bejahte die Gegenwärtigkeit des Angriffs, auch wenn der Geschädigte noch mit dem Laden seiner Waffe beschäftigt und somit noch nicht schussbereit gewesen sei. Denn ein Angriff i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB beginne, wenn der Angreifer unmittelbar zu diesem ansetze, also mit einem Verhalten, das unmittelbar in die eigentliche Verletzungshandlung umschlagen solle. Der BGH bringt damit zum Ausdruck, dass diese Gefahrenlage nicht erst bei einem unmittelbaren Ansetzen i.S.v. § 22 StGB (Versuch) eintrete, sondern dies bei einem vorsätzlichen Angriff bereits der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage sein könne (vgl. hierzu auch BGH, 4 StR 35/17; NStZ 2017, 271 f.)

Entscheidend für die Beurteilung der Gefahr ist dabei die objektive Sachlage, nicht die Befürchtung des Angegriffenen. Daher stehe der Umstand, dass die Flinte des Geschädigten ungeladen war, der Annahme eines gegenwärtigen Angriffs nicht entgegen. Ausweislich der Urteilsfeststellungen hatte der Geschädigte die Waffe ergriffen und hantierte daran, um auf den Angeklagten zu schießen, wobei die Schussbereitschaft innerhalb weniger Sekunden hätte hergestellt werden können.

b) Mit einer ähnlichen Konstellation befasste sich der 4. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 7.6.2017 (4 StR 197/17; NStZ-RR 2017, 270 f.), wobei hier bereits eine (geringfügige) Rechtsgutsverletzung eingetreten war und weitere zu befürchten standen.

Dem Angeklagten war bei einem Festzeltbesuch von einer Gruppe anderer Besucher – tatsächlich unzutreffenderweise – die Entwendung eines Handys vorgeworfen worden. Der Geschädigte forderte den Angeklagten wütend auf, stehenzubleiben. Einer der Begleiter griff dem Angeklagten ins Gesicht, dieser wich zurück und flüchtete aus dem Festzelt. Hierbei wurde er vom Geschädigten und mehreren Begleitern verfolgt und gestellt. Der Geschädigte kündigte dem Angeklagten an, ihn nunmehr zu durchsuchen. Die erneute Flucht des Angeklagten unterband der Geschädigte durch Festhalten an der Schulter. Der Angeklagte zog hierauf einen scharfen Gegenstand, fügte dem Geschädigten zwei Schnittwunden an der Brust zu und flüchtete anschließend.

Der BGH entschied, dass nach den landgerichtlichen Feststellungen ein rechtswidriger Angriff nicht auszuschließen sei. Gegenwärtig könne auch ein Verhalten sein, das zwar noch kein Recht verletze, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen könne und deshalb ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlichen, nicht mehr hinnehmbaren Risiken aussetzen würde. Habe der Angreifer bereits eine Verletzungshandlung begangen, dauere der Angriff so lange an, wie eine Wiederholung und damit ein erneutes Umschlagen in eine Verletzung unmittelbar zu befürchten ist. Dabei komme es auf die objektive Sachlage an. Entscheidend seien daher nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer (neuerlichen oder unverändert fortdauernden) Rechtsgutverletzung. Dem Angeklagten drohte zu dem Zeitpunkt, als er sich zum Einsatz des Schneidwerkzeugs entschloss, eine Verletzung seiner rechtlich geschützten Interessen. Er musste weder hinnehmen, dass der – sich in Begleitung weiterer Personen befindliche – Nebenkläger ihn, wie angekündigt, durchsuchen,

Gegenwärtigkeit umfasst insb. Gefahrenlage direkt vor dem Angriff

Objektive Sachlage vs. subjektive Befürchtungen des Angegriffenen

Unterbinden der Flucht als gegenwärtiger Angriff

Angriff liegt auch vor, wenn eine Wiederholung vorangegangener Verletzung droht

noch dass dieser ihn deshalb durch Festhalten am Verlassen des Festgeländes hindern wollte.

c) In der vorstehenden Entscheidung zitiert der 4. Strafsenat eine jüngere Entscheidung des 1. Strafsenats vom 21.3.2016 (1 StR 486/16; JA 2017, 629 ff.), in der ebenfalls die Frage der Gegenwärtigkeit behandelt wird.

Im dortigen Fall bestand die Besonderheit allerdings darin, dass das LG nicht klären konnte, ob in dem – länger andauernden – Geschehen zum Tatzeitpunkt tatsächlich ein Angriff gegen den Angeklagten unmittelbar bevorstand. Es sei nicht zu beanstanden, dass das LG unter Anwendung des Zweifelssatzes, der auch für Feststellungen zur Notwehr gilt, von der dem Angeklagten günstigsten Möglichkeit ausging und der rechtlichen Bewertung eine objektiv bestehende Notwehrlage zugrunde legte (vgl. auch BGH StV 2005, 85 ff. = StraFo 2004, 423).

d) Relativ revisionsträchtig scheinen auch unvollständige tatrichterliche Feststellungen zur objektiven Sachlage bei der Gegenwärtigkeit des Angriffs zu sein. Hierbei kommt es, wie oben bereits erläutert, nicht auf die subjektiven Befürchtungen des Angegriffenen an, sondern auf die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer Rechtsgutverletzung.

So hob der 4. Strafsenat des BGH ein Urteil auf, in dem das LG eine Notwehrlage verneint hatte, weil der Angeklagte nach seinen eigenen Angaben lediglich damit gerechnet hatte, vom Geschädigten angegriffen zu werden, also selbst nicht von einem unmittelbar bevorstehenden Angriff auf ihn ausging. Das LG hatte keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, welche Absichten der Nebenkläger im Tatzeitpunkt hatte. In den Urteilsgründen wurde lediglich mitgeteilt, wie der Angeklagte dessen Äußerung „Komm, wir gehen vor die Tür“ gedeutet hat und dass er deshalb Angst vor einer körperlichen Auseinandersetzung hatte. Dass der Nebenkläger vor der Haustür gegenüber dem Angeklagten übergriffig werden wollte und von ihm deshalb eine Gefahr für die Rechtsgüter des Angeklagten ausging, die sofortige Abwehrhandlungen erforderlich machte, war nach Auffassung des BGH nach den Feststellungen auch nicht so fernliegend, dass konkrete Feststellungen hierzu entbehrlich waren (BGH 4 StR 635/16; StraFo 2017, 115).

### 2. Erforderlichkeit der Verteidigung

Eine in einer Notwehrlage verübte Tat ist gemäß § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht.

a) Die Rechtsprechung bedient sich zur Beurteilung der Frage, ob die Verteidigungshandlung geeignet und erforderlich i.e.S. war, seit längerem des prägnanten Begriffs der „objektiven Kampfplage“. Der Rahmen der erforderlichen Verteidigung wird demnach von den gesamten Umständen der objektiven Kampfplage bestimmt, namentlich vom konkreten Ablauf von Angriff und Abwehr, von Stärke und Gefährlichkeit des Angreifers und den Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen (BGH 4 StR 635/16; StraFo 2017, 115).

Grundsätzlich darf also der Angegriffene in der konkreten Gefahrenlage zu dem Mittel greifen, das die sofortige Beendigung des Angriffs am ehesten erwarten lässt. Es muss sich hierbei aber um das relativ mildeste Mittel der Abwehr handeln, das dem Angegriffenen zur Verfügung steht, wobei sich der Angegriffene nicht auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang einlassen muss.

Zweifelssatz gilt auch für die Voraussetzungen der Notwehr

Tatrichterliche Feststellungen zu den Absichten des Angreifers erforderlich

Entscheidend ist die „objektive Kampfplage“

Relativ mildestes Mittel erforderlich

b) Problematisch sind hierbei Fälle, in denen Schusswaffen oder vergleichbare lebensgefährliche Gegenstände eingesetzt werden. Hierbei geht die ständige Rechtsprechung davon aus, dass der Einsatz lebensgefährlicher Waffen nicht von vornherein ausgeschlossen ist, grundsätzlich aber zunächst deren Einsatz anzudrohen ist, sofern dies nach der Kampflege möglich und erfolgversprechend ist und nicht nur zu einer weiteren Eskalation führen würde. Reicht dies nicht aus, soll versucht werden, weniger gefährdete Körperteile zu treffen. Ob diese weniger drastischen Verteidigungen ausreichend sind, hängt von der Kampflege ab, wie sie sich aus der Ex-ante-Sicht eines objektiven Dritten darstellt.

In dem oben (vgl. II.1.a) bei der Gegenwärtigkeit des Angriffs bereits geschilderten Fall der beiden Jäger hatte der Angeklagte diese für den Schusswaffeneinsatz von der Rechtsprechung geforderte Abschätzung geradezu lehrbuchmäßig durchgesetzt, indem er zunächst Pfefferspray einsetzte, dann dem Gegner in den Oberarm schoss, anschließend einen weiteren Warnschuss abgab und erst mit dem gezielten Schuss in den Oberkörper die tödliche Verletzung verursachte. Angesichts seiner Befürchtung, der Geschädigte werde auf ihn schießen, blieb dem Angeklagten keine Zeit zur ausreichenden Abschätzung des schwer kalkulierbaren Risikos, so der BGH. Bei dieser zugespitzten Situation der unmittelbar gegen ihn gerichteten Waffe ist nicht ersichtlich, dass die Abgabe eines weiteren Warnschusses die Beendigung des Angriffs hätte erwarten lassen. Vielmehr bot nur die sofortige Schussabgabe durch den Angeklagten die sichere Gewähr, einen potenziell tödlichen Schuss des Geschädigten zu unterbinden. Unter diesen Umständen war es nicht zu beanstanden, dass das LG zu der Auffassung gelangt ist, dem Angeklagten hätten in der konkreten Situation zur Abwehr der drohenden Gefahr weniger gefährliche, aber gleichermaßen zuverlässige Verteidigungsmittel nicht zur Verfügung gestanden.

c) Als nicht erforderlich erachtete der 3. Strafsenat in seinem Beschl. v. 21.7.2015 hingegen die Verteidigung im folgenden Fall (BGH, 3 StR 84/15; StRR 2/2016, 13 f. = NStZ 2015, 303):

Der Geschädigte lag mit einem Nachbarn in seiner Kleingartenkolonie seit langem im Streit. Am Tattag stieg der Geschädigte über den Zaun auf das Grundstück des Angeklagten und schlug mit einer Holzlatte auf dessen Rasenmäher ein, die Holzlatte zerbrach hierbei. Der Angeklagte trat mit einem Kleinkalibergewehr im Anschlag auf den Geschädigten zu und forderte ihn zum Verlassen des Grundstücks auf. Der Geschädigte rief weitere Nachbarn zur Hilfe und hielt das verbliebene Stück der Holzlatte zur Abwehr vor sich. Daraufhin gab der Angeklagte einen tödlichen Schuss auf den Geschädigten ab.

Der 3. Strafsenat bestätigte die Entscheidung der Schwurgerichtskammer, wonach die Verteidigung in ihrer konkreten Art in diesem Fall nicht erforderlich gewesen sei. Der Rahmen der erforderlichen Verteidigung werde maßgeblich durch die Stärke und die Gefährlichkeit des Angreifers und durch die Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen bestimmt. Angesichts der „konkreten Kampflege“ – der Nachbar hatte lediglich noch einen Holzstummel in der Hand; der Angeklagte (jünger und kräftig) hatte sein Gewehr in Vorhalte; der geringe Abstand zwischen den Kontrahenten ermöglichte einen sicheren Schuss auf weniger gefährliche Körperregionen – war die Würdigung des LG, der Angeklagte habe nicht sofort auf die Brust des Opfers schießen dürfen, nicht zu beanstanden.

d) Mit dem lebensgefährlichen Messereinsatz gegen einen unbewaffneten Angreifer hatte sich der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 8.6.2016 auseinandersetzen (BGH 5 Str 564/15; NStZ 2017, 276 f.).

Einsatz lebensgefährlicher Gegenstände und Schusswaffen

In der Regel vorherige Androhung des Schusswaffeneinsatzes erforderlich

Kleinkalibergewehr gg. Holzlatte

Schuss in weniger gefährliche Körperregionen möglich



Der Angeklagte wurde von einem alkoholisierten Mitbewohner in einem Obdachlosenheim angegriffen und durch Schläge verletzt. Obwohl er sich mehrfach in andere Räume flüchten und telefonisch die Polizei alarmieren konnte, setzte der Angreifer immer wieder nach und schlug den Angeklagten erst mit dem Kopf gegen eine Glasscheibe, nach erneuter Flucht wurde der Angeklagte erneut vom Geschädigten ergriffen, mehrfach geschlagen und anschließend mit starkem Druck mit dem Kopf gegen ein Glasfenster gedrückt. Der Angeklagte schlug ziellos um sich, weil er befürchtete, das Glas würde unter dem Druck zerbersten. In dieser Situation ergriff der Angeklagte ein herumliegendes Messer und stach mehrfach auf den Geschädigten ein, der daraufhin den Kopf des Angeklagten losließ, jedoch noch mehrere Schläge gegen Hals und Brust des Angeklagten führen konnte. Der Geschädigte wurde umgehend medizinisch versorgt und überlebte die Stichverletzungen.

Die Schwurgerichtskammer hatte die Verteidigung als nicht erforderlich erachtet, da der Angeklagte vor dem Messereinsatz zunächst mildere Mittel hätte anwenden können und müssen. Der BGH führte zunächst aus, dass grundsätzlich vor dem lebensgefährlichen Messereinsatz ein solcher zunächst hätte angedroht werden müssen. Angesichts der Unkalkulierbarkeit des Risikos einer ungeeigneten Verteidigungshandlung durften aber an die vom Angeklagten in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung über eine vorherige Androhung des Messereinsatzes oder eine weniger gefährliche Stichführung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Das LG habe schon nicht erkennbar berücksichtigt, dass der Angeklagte mit seinem „panischen“ Umsichschlagen zunächst tatsächlich eine den Nebenkläger weniger gefährdende Abwehrhandlung vorgenommen hatte, die aber erfolglos blieb. Sie veranlasste den Nebenkläger vielmehr, den Kopf des Angeklagten noch stärker gegen die Scheibe zu drücken. Aufgrund dessen befand sich der Angeklagte in einer höchst bedrängten Lage; eine weitere Eskalation des Geschehens war auch unter Berücksichtigung des Vorgeschehens bei einer erneut ungeeigneten Verteidigungshandlung objektiv zu befürchten. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt, mit dem Messer zu drohen oder zunächst in weniger sensible Körperbereiche des Nebenklägers zu stechen, werde dieser Situation nicht gerecht. Dass der Nebenkläger schon zweimal ohne Gegenwehr des Angeklagten von ihm abgelassen habe und der Nebenkläger gewusst habe, dass jederzeit mit dem Eintreffen der Polizei zu rechnen gewesen sei, ändere hieran nichts.

e) Ebenfalls der 5. Strafsenat des BGH hob im Berichtszeitraum ein Urteil auf, in dem das LG hinsichtlich der Anforderungen an die erforderliche Verteidigung einen zu strengen Maßstab angelegt hatte (BGH, 5 StR 138/16; NStZ 2016, 593 f. = StraFo 2016, 421 f.).

Im Verlauf eines überfallartigen Geschehens hatte der Angreifer, nachdem er zunächst mehrere heftige Schläge gegen den Angeklagten geführt hatte, dessen Kopf in den „Schwitzkasten“ genommen, wodurch der Angeklagte Atemnot erlitt. In dieser Position rangen die beiden weiter miteinander, der Angeklagte wurde zudem mit Kniestößen attackiert. Der Angeklagte ertastete ein im Hosenbund des Angreifers steckendes Küchenmesser, zog es heraus und fügte dem Geschädigten aus der Position des „Schwitzkastens“ heraus mehrere Messerstiche in Hals und Oberkörper zu. Erst nach diesen Stichen, von denen zwei todesursächlich waren, ließ der Geschädigte von ihm ab.

Der BGH führte hierzu aus, dass Stiche in die Beine nicht zwingend dazu führen müssen, dass das Tatopfer den Griff um den Hals des Angeklagten gelockert hätte. Eine Verletzung am Bein hätte grundsätzlich einer weiteren Umklammerung des Angeklagten mit dem rechten Arm nicht entgegengestanden. Da die Beine des

Messereinsatz gegen unbewaffneten Angreifer

Unkalkulierbares Risiko einer schwächeren Verteidigung?

Messereinsatz gg. „Schwitzkasten“

Messereinsatz gegen Bein oder Arm in der konkreten Kampflage weniger erfolgversprechend

Geschädigten zudem in Bewegung waren, erscheint es eher fernliegend, dass der Angeklagte darauf vertrauen konnte, den Angreifer in einer Weise in ein Bein zu stechen, die diesen zur Lockerung des Griffs veranlasst hätte. Unklar sei, ob dem Angeklagten in seiner Position ein koordinierter Stich in die Extremitäten überhaupt möglich gewesen wäre. Eine erfolgversprechende Verteidigung mit einem Messer setze dagegen typischerweise die Ausnutzung des Überraschungsmoments und den sofortigen Einsatz gegen zentrale Körperregionen des Angreifers voraus. Anderenfalls müsse zumindest ein mit dem Messer ungeübter Verteidiger damit rechnen, dass zurückhaltend geführte Stiche den Angreifer in Ermangelung ausreichender (Sofort-) Wirkung unbeeindruckt lassen würden. Der ultimative Charakter des lebensgefährlichen Waffeneinsatzes verpflichte den Verteidiger nicht dazu, mit seiner Zurückhaltung entgegen den allgemeinen Prinzipien des Notwehrrechts bis zur Selbstgefährdung zu gehen (vgl. MüKo/Erb, 2. Aufl., § 32 Rn 167 m.w.N., 168).

Dass der Angeklagte nicht nur einmal, sondern mehrfach auf Hals und Oberkörper eingestochen habe, überschreite die Grenzen der Erforderlichkeit nicht, so der BGH. Die vom LG implizierte These, der Angeklagte hätte zunächst die Wirkung eines ersten lebensgefährlichen Stiches abwarten müssen, bevor er mit dem Messer weiter gegen den Angreifer vorging, gehe fehl. Unter Berücksichtigung der situativen Hektik und seiner durch akute Atemnot gekennzeichneten Lage durfte der Angeklagte mehrfach auf seinen aggressiven Kontrahenten in Oberkörper- und Halsbereich einstechen, und zwar so lange, bis dieser den Griff um den Hals lockerte. Gerade in zugespitzten Situationen sei eine schnelle Wiederholung der Abwehrmaßnahme zur Verteidigung vielfach erforderlich. Bei Messerstichen sei es kein seltenes Phänomen, dass der Angreifer selbst nach Eintritt schwerer Verletzungen noch mehrere Sekunden voll aktionsfähig bleibt, in denen er dem Verteidiger seinerseits gravierende Verletzungen zufügen könne. Um dieses naheliegende und nicht hinnehmbare Risiko auszuschalten und eine insgesamt ausreichende Effektivität der Verteidigung sicherzustellen, müsse man dem in unmittelbarer Bedrängnis befindlichen Verteidiger jedenfalls bei Angriffen gegen den Hals regelmäßig gestatten, ohne zwischenzeitliches Innehalten mehrere schnell aufeinanderfolgende Stiche anzubringen.

f) Ebenfalls die Frage der „objektiven Kampflege“ behandelt die Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 28.10.2015 (5 StR 397/15).

Dort hatte ein Lkw-Fahrer den Angeklagten nach einem Trinkgelage in dessen Schlafkoje im Lkw angegriffen. Dem Angeklagten gelang es zunächst, den Angreifer aus dem Wagen zu schubsen und einen erneuten Angriff mit einem Schlag mit einer leeren Bierflasche gegen den Kopf des Angreifers abzuwehren. Da dieser nicht von ihm ablassen wollte, ergriff der Angeklagte eine Eisenstange, trat außerhalb des Lkw vor den Geschädigten und forderte ihn auf, sich zu entfernen. Der Geschädigte griff ihn erneut an, verletzte den Angeklagten nicht unwesentlich, beide gingen zu Boden. Nach dem Aufrappeln beider schlug der Angeklagte zweimal mit der Eisenstange auf den Kopf des Geschädigten. Dieser brach zusammen, konnte aber gerettet werden.

Der BGH hob das landgerichtliche Urteil auf und wies für die neue Verhandlung darauf hin, dass die Ansicht des LG, der Angeklagte habe anstelle der lebensgefährlichen Schläge auf den Kopf zunächst gegen weniger empfindliche Körperteile vorgehen müssen, weswegen das gewählte nicht das relativ mildeste Mittel gewesen sei, ebenfalls rechtliche Bedenken entgegenstünden. Das LG habe zu klären, aus welchem Grund bei Schlägen gegen den Rumpf oder die Extremitäten des Geschädigten sicher mit einer endgültigen Beendigung des Angriffs zu rechnen gewesen sein könnte. Hiergegen könnte sprechen, dass sich der Geschädigte unter anderem durch einen Schlag mit einer Bierflasche gegen den Kopf und die durch den Ange-

Schnelle Wiederholung der Abwehrmaßnahme erforderlich zur endgültigen Abwehr

Eisenstange gg. Fäuste

Mildere Verteidigung genauso erfolgversprechend?

klagten vor dem beiderseitigen Niederstürzen offen geführte Eisenstange von weiteren Angriffshandlungen nicht hatte abhalten lassen.

### 3. Gebotenheit der Verteidigung

Eröffnet die vorstehend dargestellte Rechtsprechung zur Erforderlichkeit dem Täter einen weiten Spielraum, so erfährt dieser Spielraum durch die Gebotenheit der Notwehr im Einzelfall sozialetisch begründete Einschränkungen (Fischer, a.a.O., Rn 36). Diese Einschränkungen können sich beispielsweise aus einem unerträglichen Missverhältnis zwischen dem angegriffenen Rechtsgut und der durch die Verteidigung drohenden Verletzung, aus Notwehrprovokation oder aus sozialem Näheverhältnis oder verwandtschaftlichen Beziehungen ergeben.

a) Mit gleich zwei dieser sozialetisch begründeten Einschränkungen erforderlicher Verteidigung war der BGH in seinem Urt. v. 1.6.2016 befasst (BGH, 1 StR 597/15, NStZ-RR 2016, 272 ff.).

Zwischen dem Angeklagten und seinem Bruder, dem später Getöteten, war es zeitlebens zu heftigen, auch körperlichen, Auseinandersetzungen gekommen. Zumeist gingen diese vom körperlich klar überlegenen Bruder aus, dessen Charakter von stark cholерischen Zügen geprägt war. Am Tatabend misshandelte der Bruder den Angeklagten mit ca. 20 Faustschlägen. Eine Nachbarin trennte die beiden. Der Angeklagte forderte seinen Bruder auf, die Wohnung zu verlassen, wozu dieser sich auch anschickte, ohne dass es zu weiteren Tötlichkeiten kam. Der Angeklagte ergriff zwei Ziermesser aus einem Regal und folgte seinem Bruder mit einem gewissen Abstand bis zur Treppe, da er sichergehen wollte, dass dieser tatsächlich das Haus verließ. Als dieser den Angeklagten mit den Messern hinter sich erblickte, geriet er erneut in Zorn und brachte zum Ausdruck, dass er das Haus nun nicht mehr freiwillig verlassen würde. In Erinnerung an die massiven Schläge im Wohnzimmer stach der Angeklagte nunmehr aus Angst um sein Leben und in der Absicht, sich zu verteidigen, viermal auf den Oberkörper seines Bruders ein, der hierdurch tödlich verletzt wurde. Das LG sah die Messerstiche als gerechtfertigt an.

Der BGH hob das Urteil wegen durchgreifender Mängel bei der Beweiswürdigung auf, merkte aber ergänzend an, dass die Notwehr in diesem Fall eingeschränkt gewesen sein könnte.

Zum einen könnte eine Notwehrprovokation vorgelegen haben. Der BGH führt aus: Wer durch ein sozialetisch zu beanstandendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, auch wenn er ihn nicht beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten zur Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt. Der Angeklagte war seinem Bruder mit Messern in den Händen gefolgt, obwohl die vorherige Auseinandersetzung bereits beendet war und sich der Bruder, der sich bereits wieder beruhigt hatte, auf dem Weg zum Ausgang befand. Es hätte deshalb ergänzender Feststellungen und Erörterungen bedurft, ob der Angeklagte mit dem Verfolgen des Bruders mit Messern den Anschein eines bevorstehenden, von ihm ausgehenden Angriffs erweckt hatte und damit sein Notwehrrecht aus sozialetischen Gründen eingeschränkt war, so dass er hätte versuchen müssen, dem Angriff seines Bruders auszuweichen.

Ebenfalls zu einer Einschränkung des Notwehrrechts konnte das zwischen dem Angeklagten und seinem Bruder bestehende persönliche Näheverhältnis führen. Bei

Tödlicher Messereinsatz unter Brüdern

Notwehrprovokation führt zu Vorrang der Schutzwehr

Notwehrein-schränkung wegen enger Verwandtschaft

einer solchen engen familiären und persönlichen Beziehung dürfen lebensgefährliche Verteidigungsmittel nicht ohne Weiteres angewendet werden, wenn der Angreifer unbewaffnet ist und statt einer Trutzwehr auch eine Schutzwehr möglich ist.

b) Mit einem Näheverhältnis anderer Art (hier: Wohngemeinschaft) befasste sich der 2. Strafsenat in seinem Ur. v. 12.4.2016 (2 StR 523/15, NStZ 2015, 526 f.).

Der Angeklagte und der Geschädigte teilten sich ein Zimmer in einer Obdachlosenunterkunft. Am Tatabend kam es wegen eines Streits um Drogen zu Gewalttätigkeiten des Geschädigten gegen den Angeklagten, in deren Verlauf dieser ein Messer ergriff und dieses dem Geschädigten zunächst drohend entgegenhielt. Als dieser seine Schläge fortsetzte, stach ihn der Angeklagte zunächst in den Arm. Da der Geschädigte weiter auf ihn einschlug, versetzte der Angeklagte ihm zwei ungezielte Stiche in den Oberkörper. Der Geschädigte wurde dank sofortiger medizinischer Hilfe gerettet.

Zur Erforderlichkeit im engeren Sinne merkte der BGH kurz an, dass die Erforderlichkeit nicht etwa deswegen entfalle, weil der Angeklagte durch Verlassen des Zimmers hätte fliehen können, denn nach dem Rechtsbewährungsprinzip des Notwehrrechts („Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“) entfällt dieses Recht nicht wegen der Möglichkeit einer Flucht vor dem Angreifer.

Hinsichtlich der Gebotenheit des Messereinsatzes sah der BGH die Urteilsgründe als rechtsfehlerhaft an, denn ein soziales Näheverhältnis wie eine Wohngemeinschaft führe nicht allgemein zu einer Beschränkung des Notwehrrechts (vgl. Fischer, a.a.O. § 32 Rn 37). Selbst eine Garantienstellung aufgrund einer rasch auflösbaren Gemeinschaft hätte nämlich jedenfalls sowohl den Angreifer als auch den Verteidiger zur Rücksichtnahme verpflichtet. Die Fallgruppe der besonderen persönlichen Beziehungen, die zu einer sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts führen, sei auf Fälle einer engen familiären oder eheähnlichen Verbundenheit zu beschränken (vgl. Schönke/Schröder/Perron, § 32 Rn 53). Der Nebenkläger war zur Tatzeit nicht für den Angeklagten erkennbar schuldunfähig, so dass der Angeklagte auch nicht aus diesem Grund zur Zurückhaltung verpflichtet war. Der BGH ließ offen, ob eine lediglich verminderte Schuldfähigkeit des Angreifers ein ausreichender Grund zur Annahme einer sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts des Angegriffenen sein könne, denn eine anhaltende Serie von Schlägen hätte der Angeklagte keinesfalls unbegrenzt hinnehmen müssen.

c) Der 1. Strafsenat bestätigte im Verfahren 1 StR 486/16 (JA 2016, 629 ff.) ein freisprechendes Urteil, in dem das LG eine Notwehreinschränkung aufgrund von sozial-ethisch zu missbilligendem Vorverhalten des Angeklagten verneint hatte.

Dort waren aus unklarem Anlass der Angeklagte und der Nebenkläger in Streit geraten, in dessen Verlauf der Angeklagte den Nebenkläger als „Wichser“ bezeichnete. Im Rahmen der plötzlich auch körperlich geführten Auseinandersetzung wurde der Angeklagte durch einen Schlag mit einer Flasche am Kopf verletzt. Der Angeklagte zog sein Klappmesser hervor, öffnete dieses und verletzte den ihn weiterhin mit dem abgebrochenen Flaschenhals bedrohenden Nebenkläger am Arm.

Eine beleidigende Äußerung in der konkreten Situation führe nicht zu einer Einschränkung des Notwehrrechts gegenüber dem mittels eines abgebrochenen Flaschenhalses unmittelbar drohenden Angriff, bestätigte der BGH. Denn zumutbare Möglichkeiten, dem Angriff auszuweichen oder sich zurückhaltender zu verteidigen, waren nach der Tatsachengrundlage, wonach es sich um ein in Sekundenbruchteilen ablaufendes Geschehen ohne Gelegenheit zum Nachdenken für den Angeklagten gehandelt hat, nicht erkennbar.

Rechtsbewährungsprinzip

Wohngemeinschaft begründet kein notwehreinschränkendes Näheverhältnis

Vorherige Beleidigung führt nicht zur Notwehreinschränkung

### 4. Weitere Voraussetzungen der Notwehr

Zu den übrigen Problemstellungen für die Prüfung einer Notwehrlage (u.a. Verteidigungswille, Irrtümer) fanden sich im hier dargestellten Zeitraum keine erwähnenswerten Entscheidungen mit einer Ausnahme, die wiederum auch fast alle bereits genannten Voraussetzungen (einschließlich Verteidigungswille, Notwehrüberschreitung gem. § 33 StGB) behandelte und daher zum Abschluss dieser Rechtsprechungsübersicht stark verkürzt dargestellt werden soll (BGH, 3 StR 199/15; NStZ 2016, 333 f. = JR 2016, 123 ff.).

Der später Getötete und drei Mittäter überfielen den Angeklagten in seinem Haus, setzten ihn auf einen Stuhl und forderten ihn unter Bedrohung mit einer Softair-Pistole zur Herausgabe von Wertgegenständen auf. Bei der Durchsuchung des Hauses wurde die Alarmanlage ausgelöst, woraufhin die Täter fluchtartig des Haus verließen. Der Angeklagte ergriff eine scharfe und geladene Pistole, die er lange vorher in der Stuhllehne versteckt hatte. Der später Getötete, der – von diesem unbemerkt – das Portemonnaie des Angeklagten eingesteckt hatte, zwängte sich als vierter durch den Türspalt. Der Angeklagte hatte inzwischen die Waffe ergriffen und war den Raubtätern nachgegangen. Als er meinte, einen Schuss gehört zu haben, war er der Auffassung, nunmehr ebenfalls schießen zu dürfen. Tatsächlich war kein Schuss abgegeben oder von einem der Raubtäter auch nur eine Waffe auf den Angeklagten gerichtet worden. Dieser gab aus dem Zwischenflur heraus ohne vorherige Androhung des Schusswaffengebrauchs oder einen Warnschuss vier Schüsse in Körperhöhe in Richtung der weiterhin in Panik fliehenden Raubtäter ab, wodurch einer der Täter tödlich getroffen wurde.

Der 3. Strafsenat bestätigte die Entscheidung des LG, das eine Rechtfertigung durch Notwehr verneint hatte (BGH, 3 StR 199/15; NStZ 2016, 333 f. = JR 2016, 123 ff.).

Ein Notwehrrecht wegen eines gegenwärtigen Angriffs der Raubtäter auf Leib und Leben des Angeklagten komme nicht in Betracht, denn das LG habe gerade nicht feststellen können, dass tatsächlich ein Schuss auf den Angeklagten abgegeben worden sei.

Die Ablehnung eines Notwehrrechts wegen des tatsächlich entwendeten Portemonnaies war auch nicht rechtsfehlerhaft, weil das Verteidigungsverhalten auch von einem Verteidigungswillen getragen sein müsse, was hier aus mehreren Gründen nicht der Fall gewesen sei. Der Angeklagte ging im Tatzeitpunkt davon aus, die Raubtäter hätten keine Beute erlangt, hatte also keine Kenntnis von der Notwehrlage. Zudem gab er die Schüsse auch nicht ab, um sein Eigentum zu verteidigen; allein handlungsleitendes Motiv war vielmehr Angst um sein Leben nach dem vermeintlichen Schuss. Der Angeklagte handelte auch nicht mit dem erforderlichen Willen, sein Hausrecht gegen einen gegenwärtigen Angriff der Raubtäter darauf zu verteidigen. Ursächlich für die Schüsse war allein die Angst des Angeklagten um sein Leben wegen des vermeintlichen Schusses sowie sein Wunsch, den Angreifern zu verdeutlichen, dass sie nicht zurückkehren sollten.

Zu Recht hatte das LG auch das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums verneint, der gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB die Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat hätte entfallen lassen können. In einem solchen Erlaubnistatbestandsirrtum befindet sich, wer irrig Umstände annimmt, die – wenn sie vorlägen – einen anerkannten Rechtfertigungsgrund darstellen würden. Der Angeklagte nahm nämlich nicht an, sich in einer Lage zu befinden, aufgrund derer sein Handeln durch Notwehr hätte gerechtfertigt sein können. Dem Angeklagten war im Moment der Schussabgabe bewusst, dass ein (weiterer) Angriff der flüchtenden Raubtäter nicht unmittelbar bevorstand und diese

Tödlicher Schuss auf flüchtende Angreifer

Gegenwärtiger Angriff

Kein Verteidigungswille

Kein Erlaubnistatbestandsirrtum

keine Waffe auf ihn richteten. Weil er erkannte, dass ein weiterer Schuss nicht abgegeben werden würde, dauerte der (angenommene) Angriff aus seiner Sicht auch nicht mehr fort.

## Rechtsprechungsreport

---

### Verfahrensrecht

#### Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis beim BVerfG

Die Rechtfertigung des mit § 111a Abs. 1 S. 1 StPO verbundenen Grundrechtseingriffs setzt eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür voraus, dass dem Täter später gem. § 69 StGB die Fahrerlaubnis entzogen werden wird. Das Gericht darf sich dieser Prognose nicht mit dem Hinweis auf eine etwaige spätere Hauptverhandlung entziehen, sondern muss auf der Basis des Standes der Ermittlungen in die Prüfung der Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 und 2 StGB eintreten. (Leitsatz des Verfassers)

*BVerfG, Beschl. v. 8.11.2017 – 2 BvR 2129/16*

#### I. Sachverhalt

Auf Antrag der StA hatte das AG mit Beschl. v. 8.8.2016 gemäß § 111a StPO die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis der Beschuldigten angeordnet. Nach den polizeilichen Ermittlungen habe die Beschuldigte am 23.4.2016 in Hamburg mit ihrem Pkw einen Verkehrsunfall verursacht und sich von der Unfallstelle entfernt, obwohl sie den Unfall bemerkt und zumindest damit gerechnet habe, dass ein nicht unerheblicher Fremdsachschaden verursacht worden sei. Dieser betrage 1.616,59 Eur. Die dagegen dann später eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das BVerfG führt aus: Zwar habe das LG hinsichtlich des Vorliegens einer Ausnahme von der Vermutung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ausgeführt, dass „diese im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu treffende Entscheidung einer etwaigen amtsgerichtlichen Hauptverhandlung mit einem Eindruck von Geschehen und Person der Beschuldigten“ vorbehalten bleiben müsse. Wäre diese Formulierung dahin zu verstehen, dass das LG die Frage offenlassen, also selbst keine Entscheidung über das Vorliegen der Regelvermutung treffen wollte, bestünden dagegen durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken. Denn wenn die Rechtfertigung des mit § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO verbundenen Grundrechtseingriffs eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür voraussetzt, dass dem Täter die Fahrerlaubnis entzogen werden wird, kann sich das Gericht dieser Prognose nicht mit dem Hinweis auf eine etwaige spätere Hauptverhandlung entziehen. Es muss vielmehr auf Basis des gegenwärtigen Standes der Ermittlungen in die Prüfung der Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 und 2 StGB eintreten (vgl. nur Bruns, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 111a Rn 3 ff.; Harrendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, § 111a Rn 4, jeweils m.w.N.).

Die kritisierten Ausführungen sind indes nach Auffassung des BVerfG nicht in dem dargestellten Sinn zu interpretieren. Nach dem Gesamtzusammenhang wollte das LG mit seiner Formulierung vielmehr zum Ausdruck bringen, dass es die genannten Umstände erwogen, aber derzeit nicht als ausreichend angesehen hat, um die

Vorläufige Entziehung

Frage darf nicht offen bleiben

Gesamtzusammenhang

gesetzliche Regelvermutung des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB zu widerlegen, und lediglich die abschließende Entscheidung der Hauptverhandlung mit ihren besseren Erkenntnismöglichkeiten vorbehalten bleiben muss. Dafür, dass dem LG bewusst war, dass es die Frage anhand der Sachlage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung prüfen muss, spricht insbesondere, dass es in unmittelbarem textlichem Zusammenhang auch geprüft hat, ob der aktuelle Zeitablauf eine Ausnahme von der Regelvermutung begründen könnte.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Entscheidungen des BVerfG zu § 111a StPO sind rar, was sicherlich mit daran liegt, dass die Mandanten wegen des Zeitverlustes den Weg nach Karlsruhe scheuen. Und diese Gefahr der Verfassungsbeschwerde – nämlich Zeitverlust – dokumentiert der Beschluss anschaulich: Entziehung der Fahrerlaubnis durch das AG am 8.8.2016, Entscheidung des BVerfG am 8.11.2017, also nach 15 Monaten. In der Zwischenzeit dürfte im Verfahren nichts passiert sein. Das muss man sich als Verteidiger gut überlegen.

2. Im Übrigen bringt die Entscheidung für die Praxis nichts wesentlich Neues. Sie schreibt aber noch einmal fest, dass das über die vorläufige Entziehung nach § 111a StPO entscheidende Gericht sich nicht auf die „spätere Hauptverhandlung“ zurückziehen darf, sondern selbst prüfen und entscheiden muss, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung eine Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass dem Beschuldigten später nach § 69 StGB die Fahrerlaubnis entzogen werden wird. Gerade da liegt ggf. auch die Gefahr von Rechtsmitteln gegen die Entziehungsentscheidung, weil damit häufig ein landgerichtliches Präjudiz geschaffen wird.

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

### Fahrzeugdurchsuchung ohne richterliche Anordnung

Besteht der Anfangsverdacht einer Straftat, ist die zollrechtliche Durchsuchung nach § 10 Abs. 3 ZollVG zur Gefahrenabwehr zulässig und sind die dabei gefundenen Beweismittel im Strafverfahren verwertbar, wenn die Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO vorliegen und ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss erlassen hätte (Anschluss an BGHSt 62, 123 = NJW 2017, 3173 m. Bespr. Mitsch, 3124 = StRR 10/2017, 11 [Deutscher]). (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Urt. v. 15.11.2017 – 2 StR 128/17

### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten aufgrund der Annahme eines Beweisverwertungsverbots freigesprochen. Aufgrund von Ermittlungen war bekannt geworden, dass der Angeklagte, dessen Mobiltelefon überwacht wurde, als „Profikurier“ für einen Drogenlieferanten tätig war und eine Drogenfahrt bevorstand. Der zuständige Zollbeamte entschied, eine zollrechtliche Kontrolle gem. § 10 Abs. 3 ZollVG zu veranlassen. Er wusste, dass für eine Durchsuchung des Fahrzeugs grundsätzlich ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss einzuholen ist. Ziel seines Vorgehens war es, das Rauschgift aus dem Verkehr zu ziehen, ohne gleichzeitig Hintergrundermittlungen gegen die Bande offenlegen zu müssen. Bei der Durchsuchung durch Zollbeamte, die selbst von den Hintergrundermittlungen gegen die Rauschgiftbande keine Kenntnis

Zeitverlust

Kein Verweis auf Hauptverhandlung

Beweisverwertungsverbot  
angenommen

hatten, wurden in dem vom Angeklagten geführten Fahrzeug rund 500 Gramm Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 328 Gramm Kokainhydrochlorid gefunden. Die Revision der StA war erfolgreich.

### II. Entscheidung

Die Auffassung des LG, hinsichtlich des am Tatort im Fahrzeug des Angeklagten aufgefundenen Kokains bestehe ein Beweisverwertungsverbot, halte rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Untersuchung des Motorraums des Fahrzeugs ohne vorherige richterliche Anordnung sei zumindest nach dem Zollrecht zulässig, die gefundenen Beweismittel wären gemäß § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO verwertbar gewesen. Sowohl das Anhalten des Fahrzeugs des Angeklagten als auch die zum Auffinden der Betäubungsmittel führende Prüfung des Motorraums sei nach § 10 ZollVG gerechtfertigt. Zum Zeitpunkt der Maßnahme hätten alle Voraussetzungen dieser zollrechtlichen Ermächtigungsgrundlage vorgelegen. Einer vorherigen richterlichen Anordnung bedürfe es nach dieser Vorschrift nicht. Der zollrechtlichen Rechtmäßigkeit der Maßnahme stehe nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeuguntersuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte. Es bestehe kein Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht, vielmehr stünden Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Zielrichtung gleichberechtigt nebeneinander (BGHSt 62, 123 = NJW 2017, 3173 m. Bespr. Mitsch, 3124 = StRR 10/2017, 11 [Deutscher]).

Die aufgrund der gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Untersuchung des Motorraums gewonnenen Erkenntnisse hätten nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO gegen den Angeklagten im Strafverfahren verwendet werden dürfen. Die Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO seien vorliegend gegeben, da die Erkenntnisse aus der Untersuchung des Motorraums zur Aufklärung einer „schweren Straftat“ im Sinne des § 100a Abs. 2 Nr. 7 StPO dienen, aufgrund derer eine Durchsuchung nach der StPO ohne Weiteres hätte angeordnet werden dürfen. Dem stehe nicht entgegen, dass die zollrechtliche Kontrolle des Fahrzeugs nach § 10 ZollVG – anders als eine Durchsuchung nach §§ 102, 105 StPO – ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss zulässig ist. Entscheidend sei, dass – wie es hier der Fall ist – ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss erlassen hätte (BGHSt a.a.O.). Eine den Rückgriff auf hypothetische Erwägungen hindernde rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme sei nicht gegeben. Der Zollbeamte ordnete die Maßnahme zwar an, um eine Offenlegung des Ermittlungsverfahrens und der laufenden Überwachungsmaßnahmen zu verhindern, aus Sicht der ausführenden Zollbeamten sollte die Durchsuchung des Fahrzeugs vor Ort jedoch verhindern, dass Betäubungsmittel in das Bundesgebiet eingeführt und in Umlauf gebracht werden. Durch die Maßnahme wurde damit jedenfalls auch der Zweck der Gefahrenabwehr verfolgt. Dafür, dass die zollrechtliche Maßnahme nur deshalb gewählt wurde, weil eine vergleichbare Maßnahme nach der StPO nicht möglich wäre, z.B. weil die Annahme bestanden hätte, dass ein Ermittlungsrichter einen nach der Strafprozessordnung erforderlichen Beschluss aus einem anderen Grund nicht erlassen hätte, bestünden keine Anhaltspunkte.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das vorliegende Urteil schließt nahtlos an die jüngst ergangene Entscheidung dieses Senats (BGHSt 62, 123 = NJW 2017, 3173 m. Bespr. Mitsch 3124 = StRR 10/2017, 11

Zollrechtlich zulässig

Kein Beweisverwertungsverbot

Weiter Spielraum für Verfolgungsorgane



[Deutscher]) zur Zulässigkeit legendierter Polizeikontrollen an. Beide Entscheidungen geben den Verfolgungsorganen einen bedenklich weiten Spielraum bei der Wahl zwischen Durchführung von Durchsuchung von Fahrzeugen zur Gefahrenabwehr ohne erforderliche richterliche Anordnung und der Aufklärung von Straftaten, die in der Regel einer solchen Anordnung bedürfen (zur Durchsuchung eines Fahrzeugs nach StPO auch BGH NStZ 2016, 551 m. Anm. Schneider = StRR 6/2016,11 [Hillenbrand]; StV 2016, 539 = StRR 7/2016, 11 [Burhoff]). Es besteht die Gefahr, dass auch bei der Straftatenermittlung zunächst der leichtere Weg gewählt und der Vorgang später durch die Behauptung einer Absicht jedenfalls auch zur Gefahrenabwehr „gesund gebetet“ wird. Immerhin sieht der 2. Senat diese Umgehungsmöglichkeit und verlangt in beiden Entscheidungen, dass auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO möglich gewesen wäre und ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss erlassen hätte. Das ist zumindest ein Lichtblick und gibt dem Verteidiger im Einzelfall einen Aufhänger, seinen Widerspruch gegen die Verwertung entsprechend zu begründen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Sachverhandlung nach Unterbrechung der Hauptverhandlung

Auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen kann eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 3 StR 262/17*

#### I. Sachverhalt

Der BGH hatte über folgenden Verfahrensablauf zu entscheiden: Der fünfte Tag der Hauptverhandlung am LG fand am 19.12.2016 statt. Nach der Vernehmung u.a. von Zeugen wurde sie unterbrochen und bestimmt, dass sie am 4.1.2017 fortgesetzt werden solle. An diesem Tag erhielten zunächst die Verteidiger Abschriften des Prozesskostenhilfeantrags der Zeugin Ka. Außerdem wurde festgestellt, dass die nicht erschienene Zeugin A. ordnungsgemäß zu dem Termin geladen worden war. Sodann wurde die Hauptverhandlung für 40 Minuten unterbrochen. Anschließend wurde der Vertreterin der Staatsanwaltschaft ebenfalls eine Abschrift des Prozesskostenhilfeantrags der Zeugin Ka. übergeben sowie ein Vermerk der Geschäftsstelle vom gleichen Tag bezüglich der Zeugin A. verlesen. Danach hatte die Polizeistation L. in der Zwischenzeit telefonisch mitgeteilt, dass die Zeugin zu Hause angetroffen werden konnte. Sie habe sich dahin geäußert, ihre fünf Kinder seien alle in der Kinderkrippe und müssten um 12.00 Uhr abgeholt werden. Dies habe sie in einem Anruf beim LG kundgetan. Ein solcher Anruf sei allerdings auf der Geschäftsstelle der Strafkammer nicht entgegengenommen worden. Nachdem die Verteidiger erklärt hatten, zu dem Prozesskostenhilfeantrag keine Stellung zu nehmen, und für den Fall der Bewilligung ebenfalls die Gewährung von Prozesskostenhilfe und die Beiordnung für das Adhäsionsverfahren beantragt hatten, wurde die Hauptverhandlung erneut unterbrochen und bestimmt, dass sie am 17.1.2017 fortgesetzt werden solle. Zu diesem Termin solle die Zeugin A. polizeilich vorgeführt werden. Am 17.1.2017 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt und dabei u.a. die Zeugin A. vernommen, die Beweisaufnahme geschlossen sowie das angefochtene Urteil verkündet. Die Revision des Angeklagten hat die Verfahrensrüge erhoben und geltend gemacht, am 4.1.2017 sei nicht zur Sache verhandelt worden, weil das Verfahren nicht ausreichend gefördert worden sei.

Zeugin nicht erschienen,  
Verhandlung u.a. über  
Vorführung

Deshalb sei dieser Termin bei der Berechnung der Unterbrechungsfristen des § 229 StPO nicht zu berücksichtigen. Folglich sei die Hauptverhandlung länger als drei Wochen unterbrochen gewesen und habe von neuem begonnen werden müssen.

### II. Entscheidung

Der BGH hat das anders gesehen: Er geht von einer Sachverhandlung i.S. des § 229 StPO aus, da auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen könne, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann (vgl. BGH StRR 6/2016, 14 m.w.N.). Dies gelte insbesondere dann, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene sonstige Förderung des Verfahrens infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden könne. Denn es seien regelmäßig Situationen vorstellbar, in denen eine Hauptverhandlung aufgrund solcher Geschehnisse nur in wesentlich geringerem Umfang als geplant, möglicherweise sogar nur durch eine Entscheidung über die Unterbrechung des Verfahrens nach § 228 StPO gefördert werden kann. Dies sei zum Beispiel dann der Fall, wenn der Angeklagte ohne vorherige Ankündigung nicht zum Termin erscheine oder unmittelbar nach Terminsbeginn plötzlich feststelle, dass er aufgrund einer Erkrankung der weiteren Verhandlung nicht weiter folgen könne, wenn für einen Hauptverhandlungstermin nur ein Zeuge geladen wurde und dieser überraschend ausbleibt oder wenn die Verfahrensbeteiligten aufgrund etwa von der Staatsanwaltschaft kurzfristig überlassener Unterlagen, wie etwa Sachverständigen-gutachten oder Ermittlungsberichte, nicht in der Lage sind, sich auf die weitere Beweisaufnahme vorzubereiten. Würde in diesen – für das Gericht jeweils unvorhersehbaren – Fallgestaltungen die Entscheidung über die Unterbrechung einer Hauptverhandlung nicht zur Fristwahrung ausreichen, hätte dies zur Folge, dass mit der Verhandlung neu begonnen werden müsste (§ 229 Abs. 4 Satz 1 StPO). Dies stünde aber weder mit der Verfahrensökonomie noch mit dem Anspruch des Angeklagten auf einen zügigen Abschluss des Verfahrens in Einklang (noch offen gelassen in BGH a.a.O.).

Nach diesen Maßstäben sei hier – so der BGH – im Zusammenhang mit den Geschehnissen betreffend die Zeugin A. in genügender Weise zur Sache verhandelt worden. Die Strafkammer ließ ermitteln, weshalb die für das Gericht unvorhersehbar nicht erschienene Zeugin A. der Hauptverhandlung ferngeblieben war und führte das Ergebnis dieser Ermittlungen in die Hauptverhandlung ein. Sodann bestimmte sie einen Fortsetzungstermin, zu dem die Zeugin vorgeführt werden sollte. Damit wurde unter Berücksichtigung der Situation, die durch das unerwartete Ausbleiben der Zeugin entstanden war, die Sache ausreichend auf den abschließenden Urteilsspruch hin gefördert. Mehr war in der konkreten Lage – zumal vor dem Hintergrund der ersichtlich kurz vor dem Abschluss stehenden Beweisaufnahme – nicht erforderlich; das LG sei insbesondere nicht gehalten gewesen, die Beweisaufnahme etwa mit einem weiteren, ursprünglich für diesen Termin nicht vorgesehenen Inhalt fortzusetzen, der mit Blick auf das später zu fällende Urteil von möglicherweise zu vernachlässigender Bedeutung war, nur um auf diese Weise und damit unter Umständen rein formal die vermeintlichen Anforderungen des § 229 Abs. 1, 4 Satz 1 StPO zu erfüllen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Im BGH-Beschl. v. 30.6.2015 – 3 StR 202/15 (StRR 6/2016, 14) hatte der 3. Strafsenat noch offen gelassen, ob er der vom 1. Strafsenat vertretenen Auffassung, dass die Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO auch dann gewahrt ist, wenn die für

Verhandlung über die Verfahrensfragen reichte aus

Mehr war nicht erforderlich

Drei Fälle – zwei Lösungen

den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene weitere Förderung des Verfahrens in der Sache infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden kann (so der 1. Strafsenat des BGH im Beschl. v. 5. 11. 2008 – 1 StR 583/08, StRR 2009, 223), folgen will. Nun hat er sich dieser Auffassung angeschlossen, obwohl sich nicht auf den ersten Blick erschließt, wo die Unterschiede in den Sachverhalten liegen. In der Entscheidung des 1. Strafsenats v. 5.11.2008 hatte das Gericht zunächst einem mit veränderter Sachlage begründeten Unterbrechungsantrag des Verteidigers entsprechen müssen. Im Beschluss des 3. Strafsenats vom 3.6.2015 war das LG auch ausschließlich infolge der Erkrankung der geladenen Zeugin daran gehindert gewesen, die Beweisaufnahme wie vorgesehen fortzusetzen. Davon unterscheidet sich der jetzt entschiedene Sachverhalt kaum. Im Beschluss v. 3.6.2015 war auch noch eine restriktive Auslegung des § 229 StPO propagiert worden. Diese scheint den BGH nun im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz weniger zu interessieren. Jedenfalls wird sich die Praxis, auch die der Verteidigung, auf die neue/geänderte Rechtsprechung einstellen müssen.

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

### Freiwillige Mitwirkung an neurologisch-physiologischem Test

Wird ein Beschuldigter im Rahmen einer Verkehrskontrolle angehalten, ohne dass zuvor ein Fahrfehler festgestellt werden konnte, so begründet eine freiwillige Mitwirkung an einem neurologisch-physiologischen Test zur Überprüfung seiner Fahrtüchtigkeit in der Annahme, sich auf diese Weise sowohl be- als auch entlasten zu können, jedenfalls dann keine verbotene Einflussnahme auf den Willen im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO, wenn anhand der gesamten Fallumstände die Möglichkeit der Abstandnahme von einem Ordnungswidrigkeitenverfahren bestand. (Leitsatz des Gerichts)

*OLG Celle, Beschl. v. 30.11.2017 – 1 Ss 61/17*

#### I. Sachverhalt

Das AG hat den Angeklagten wegen fahrlässigen Fahrens unter Einwirkung berauschender Mittel verurteilt. Auf die dagegen eingelegte Berufung der Staatsanwaltschaft hat das LG den Angeklagten unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr verurteilt. Der Angeklagte war im Rahmen einer Verkehrskontrolle angehalten worden, ohne dass er zuvor durch seine Fahrweise aufgefallen war. Anlässe waren vielmehr die Überprüfung der Winterbereifung sowie der Umstand, dass die Fahrzeugscheiben nur teilweise von einer Schneebedeckung befreit worden waren. Dem kontrollierenden Beamten fielen beim Angeklagten gerötete Bindehäute sowie geweitete Pupillen, ein leichter Alkoholgeruch und ein leichtes Schwanken beim Verlassen des Fahrzeugs auf. Der freiwillige Atemalkoholtest ergab jedoch keinen positiven Befund. Einen Urintest lehnte der Angeklagte ab, woraufhin der Beamte den Angeklagten unter Hinweis auf seine freiwillige Teilnahme zur Ausführung mehrerer motorischer Tests aufforderte. Als Grund hierfür gab er gegenüber dem Angeklagten an, dass dieser sich durch diese Tests sowohl be- als auch entlasten könne. Zu diesem Zeitpunkt hegte der kontrollierende Beamte noch keinen Verdacht der Verwirklichung einer Straftat, sondern nur einer Ordnungswidrigkeit. Ergebnis des Tests waren diverse Auffälligkeiten wie verzögerte Lichtreaktion der Pupillen, starkes Lidflattern und Gleichgewichtsstörungen, woraufhin der Beamte dem Angeklagten den Verdacht einer Straftat nach § 316 StGB eröffnete und ihn nach Maßgabe des § 136 Abs. 1 StPO belehrte. Auf seine

Verkehrskontrolle ohne Fahrauffälligkeit

Revision hat das OLG das Urteil wegen einer erfolgreichen Verfahrensrüge des Verstoßes gegen § 265 StPO mit Ausnahme der Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen aufgehoben und insoweit die Sache zurückverwiesen.

### II. Entscheidung

Die Verfahrensrüge, mit welcher die Revision unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von § 136a StPO, des fairen Verfahrens sowie des Nemo-tenetur-Grundsatzes die Verwertung der Ergebnisse rügt, die aufgrund seiner Mitwirkung an den motorischen Tests erlangt worden sind, erweise sich als unbegründet. Die Erkenntnisse aus der Überprüfung der physischen Verfassung im Rahmen der Verkehrskontrolle unterlägen keinem Verwertungsverbot. Es dürfe im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen. Die Entscheidungsfreiheit sei etwa dann verletzt, wenn die Strafverfolgungsbehörden Täuschungen anwenden, um Geständnisse oder andere belastende Angaben zu entlocken, die sie auf andere Weise nicht erlangen konnten (BGHSt 53, 294 = NJW 2009, 2463). Eine verbotene Täuschung i.S.d. § 136a StPO liege jedoch nicht in jeder Hervorrufung von falschen Vorstellungen. Der Begriff der Täuschung sei nach allgemeiner Ansicht zu weit gefasst und einschränkend auszulegen (BGHSt [GrS] 42, 139 = NJW 1996, 2940). Dabei sei stets der Bezug zur Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung sowie zu den anderen in der Vorschrift aufgeführten verbotenen Mitteln zu berücksichtigen. Eine verbotene Vernehmungsmethode liege erst dann nahe, wenn sie den Grad einer bewussten Täuschung oder Irreführung erreicht. Auch schließe die Vorschrift nicht jede List bei der Vernehmung aus, sondern verbiete nur solche Irreführungen, die bewusst darauf abzielen, die von § 136a StPO geschützte Aussagefreiheit zu beeinträchtigen (BGH NStZ 1997, 251).

Ausgehend von diesen Grundsätzen lasse sich die Aufforderung zur Mitwirkung an motorischen Test zur weiteren Überprüfung der physisch-psychischen Verfassung des Angeklagten nicht mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Miss-handlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose vergleichen. Sie stelle sich im vorliegenden Fall auch nicht als eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar. Vielmehr sei schon zweifelhaft, ob das Verhalten des kontrollierenden Polizeibeamten überhaupt eine unzutreffende Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Angeklagten beinhaltete. So bleibe offen, welches genaue Vorstellungsbild der kontrollierende Beamte bei der Aufforderung zur Mitwirkung an weiteren Test hatte. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Ablauf der Verkehrskontrolle belegten vielmehr, dass beim Angeklagten bereits Auffälligkeiten im äußeren Erscheinungs- und Gangbild vorhanden waren, die Anlass für eine weitere Überprüfung durch den kontrollierenden Beamten boten. Den Fallumständen lasse sich jedoch gerade nicht entnehmen, dass zum Zeitpunkt der verlangten Mitwirkung keine entlastende Wirkung mehr bezüglich eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens, sondern allenfalls eine Verdichtung der Indizienlage und gar weitergehende Belastung mit einem möglichen Strafvorwurf eintreten konnte. Vielmehr habe nach den Angaben des kontrollierenden Polizeibeamten durchaus die naheliegende Möglichkeit bestanden, dass ein weitgehend unauffälliger Testverlauf zu keinen weiteren prozessualen Maßnahmen geführt hätte. Obgleich der avisierten Mitwirkung des Angeklagten für etwaige weitergehende Maßnahmen in der zugrunde liegenden Konstellation ein erhebliches Gewicht zukam, lasse sich jedenfalls der von § 136a Abs. 1 StPO vorausgesetzte gezielten Einsatz eines unzulässigen Mittels nicht belegen. Eine bewusste Irreführung durch den Beamten ergebe sich nach den vorstehenden Ausführungen weder aus dem Revisionsvorbringen noch aus den

Grundlagen zur Täuschung bei  
§ 136a StPO

Hier keine einschlägige  
Täuschung

## Rechtsprechungsreport

Urteilsgründen. Insoweit verbleibende Zweifel wirkten sich aber bei Verfahrensrügen wie dem behaupteten Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO zulasten des Revisionsführers aus.

### III. Bedeutung für die Praxis

Motorische Tests wie hier durchgeführt gehören zum täglichen Geschäft von Polizeibeamten nach Fahrauffälligkeiten oder im Rahmen allgemeiner Verkehrskontrollen, wenn sich dabei wie hier Auffälligkeiten beim Fahrer selbst beobachten lassen. Gerade in den letztgenannten Fällen stellt sich die hier vom OLG allerdings nicht thematisierte Frage der rechtzeitigen Belehrung nach § 136 StPO. Hinsichtlich des Vorliegens einer Täuschung nach § 136a StPO wird man dem OLG schon wegen des wohl unzureichenden Revisionsvortrags zustimmen müssen, dass eine bewusste Irreführung nicht vorgelegen hat. Gleichwohl erweckt die Äußerung des OLG ein gewisses Unbehagen, zum Zeitpunkt der verlangten Mitwirkung habe die Möglichkeit einer entlastenden Wirkung bezüglich eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens bestanden und nicht lediglich die einer Verdichtung der Indizienlage und gar weitergehenden Belastung mit einem möglichen Strafvorwurf. Denn das beinhaltet die Aufforderung, der Angeklagte könne sich eventuell entlasten, wenn er auf sein Recht verzichtet, sich selbst nicht zum Beweismittel zu machen, so er denn nichts zu verbergen hat. Das berührt den Nemo-tenetur-Grundsatz. Eine Täuschung nach § 136a StPO ist das aber wohl noch nicht.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Nachträgliche Pflichtverteidigerbestellung

Wird ein rechtzeitig gestellter Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers trotz Entscheidungsreife vor der Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO nicht verbeschieden, sondern später zeitgleich mit der Einstellung abgelehnt, kommt ausnahmsweise eine rückwirkende Verteidigerbestellung in Betracht. (Leitsatz des Verfassers)

*LG Mühlhausen, Beschl. v. 1.12.2017 – 3 Qs 205/17*

#### I. Sachverhalt

Gegen den in anderer Sache Straffhaft verbüßenden Beschwerdeführer wurde eine neue Anklage zum Strafrichter erhoben. Unter Hinweis auf seine aus der Anklageschrift ersichtliche (und noch mehr als sechs Monate andauernde) Inhaftierung beantragte er die Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Dieser Antrag wurde zunächst nicht verbeschieden. Auf eine Erinnerung des Verteidigers erfolgte keine Reaktion.

Stattdessen stellte das AG das Verfahren – mehr als viereinhalb Monate nach Anklageerhebung – gem. § 154 Abs. 2 StPO ein. Zugleich lehnte es mit demselben Beschluss die Verteidigerbestellung ab, da „nunmehr“ die Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen. Die Beschwerdekammer hat die Entscheidung aufgehoben, soweit die Verteidigerbestellung abgelehnt wurde, und dem Beschwerdeführer nachträglich einen Pflichtverteidiger beigeordnet.

#### II. Entscheidung

Das LG führt zunächst aus, dass zwar die h.M. von der Unzulässigkeit einer nachträglichen Pflichtverteidigerbestellung ausgehe, dies aber nicht ausnahmslos gelten dürfe. Die im Falle einer Ablehnung der Beiordnung vorhandene Beschwerdemöglichkeit

Zwar, aber ...

Beiordnungsantrag nicht zeitnah verbeschieden

Dann Verfahrenseinstellung und Ablehnung des Antrags

Nachträgliche Verteidigerbestellung nicht ausnahmslos unzulässig

dürfe dem Angeklagten nicht dadurch entzogen werden, dass das Gericht schlicht untätig bleibt, obwohl der Beordnungsantrag rechtzeitig gestellt wird und entscheidungsreif ist. In solchen Fällen komme ausnahmsweise eine rückwirkende Beordnung in Betracht.

Vorliegend sei es dem AG schon anhand des Hinweises in der Anklageschrift ohne weiteres und sofort möglich gewesen, die Beordnungsvoraussetzungen zu prüfen. Zudem weist die Beschwerdekammer darauf hin, dass es auch ohne eine Inhaftierung des Angeklagten nicht zulässig sei, nach einem Beordnungsantrag den weiteren Verlauf des Verfahrens abzuwarten und erst an dessen Ende über den Antrag zu entscheiden. Ausschlaggebend sei vielmehr stets der Zeitpunkt der Antragstellung.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Unsitte, Anträge auf Beordnung eines Pflichtverteidigers in Verfahren, die „nach § 154 StPO riechen“, zunächst unbearbeitet liegen zu lassen, um ihnen schließlich mit der Einstellung des Verfahrens die Grundlage zu entziehen, ist immer noch weit verbreitet. Umso erfreulicher ist es, dass die Beschwerdekammer dieser Praxis mit der gebotenen Klarheit entgegengetreten ist.

Nach h.M. ist aber weiterhin auch bei einer unterbliebenen Verbescheidung des Beordnungsantrags von der Unzulässigkeit einer nachträglichen Bestellung auszugehen, da der Anspruch des Angeklagten auf eine effiziente Verteidigung nachträglich nicht mehr erlangt werden könne. Allerdings kann beim Übergehen eines deutlichen und unübersehbaren Beordnungsantrags eine konkludente Bestellung vorliegen, wenn das Gericht die Mitwirkung des Verteidigers ohne Hinweis auf ein eigenes Kostenrisiko zulässt (vgl. u.a. OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.2.2015 – 1 ARs 1/15; s. wegen weit. Nachw. Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 7. Aufl. 2015, Rn 3046).

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

### StGB/Nebengebiete

#### Fahrlässiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

1. Fahrlässig i.S.v. § 29 Abs. 4 BtMG treibt derjenige mit Betäubungsmitteln Handel, der bei fehlendem Vorsatz hinsichtlich der Betäubungsmittelleigenschaft eines Stoffs oder einer Zubereitung eine auf solche Objekte bezogene, eigennützige und auf Umsatz gerichtete Tätigkeit entfaltet, obwohl er nach den konkreten Umständen des Einzelfalls bei sorgfältigem Verhalten die Betäubungsmittelleigenschaft hätte erkennen können.

2. Welche darauf bezogenen Sorgfaltspflichten einzuhalten sind, bestimmt sich wesentlich anhand der einzelfallbezogenen zu beurteilenden Vorhersehbarkeit des Umstands, mit Betäubungsmitteln i.S.v. § 1 Abs. 1 BtMG tatbestandlich umzugehen. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urt. v. 20.9.2017 – 1 StR 64/17

#### I. Sachverhalt

Der Angeklagte lieferte einem befreundeten Zeugen mit synthetischen Cannabinoiden versetzte Kräutermischungen. Nach einiger Zeit zog sich der Zeuge aus dem zunächst gemeinsam betriebenen Handel zurück. Der Angeklagte recherchierte

Zuwarten mit der Entscheidung über den Beordnungsantrag unzulässig

Nachträgliche Beordnung nach h.M. aber weiterhin unzulässig

„Kräutermischungen“ verkauft

wöchentlich, ob die von ihm bestellten synthetischen Cannabinoide weiterhin legal waren. Ergaben sich Anzeichen dafür, dass von ihm bereits bestellte Substanzen in die Anlage II des Betäubungsmittelgesetzes aufgenommen werden würden, verwendete er diese nicht mehr im Vertrieb der Kräutermischungen. Es kam dennoch zu Veräußerungen von Kräutermischungen, die entgegen der Erwartung des Angeklagten nicht das zu den jeweiligen Verkaufszeitpunkten legale synthetische Cannabinoid MDMB-CHMINACA, sondern die Wirkstoffe AB-CHMINACA und 5F-AB-PINACA enthielten. Letztgenanntes hatte der Angeklagte K. zu keinem Zeitpunkt bei seinem Lieferanten und Erstgenanntes bereits seit Längerem nicht mehr bestellt. Das LG hat den Angeklagten insoweit freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft blieb erfolglos.

### II. Entscheidung

Der Senat legt zunächst eingehend dar, dass ein auch nur bedingt vorsätzliches Handeltreiben nicht vorliegt. Die Erwägungen, mit denen das LG auch ein fahrlässiges Handeltreiben gemäß § 29 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BtMG des Angeklagten verneint hat, hielten ebenfalls rechtlicher Prüfung stand. Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung des BGH fest, dass trotz der inhaltlichen Anforderungen an die Tathandlung des Handeltreibens, vor allem an das Element der Eigennützigkeit, fahrlässiges Handeltreiben phänomenologisch möglich und tatbestandlich von § 29 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfasst ist (BGHSt 35, 57, 58 f. = NJW 1988, 1333; BGH StraFo 2016, 37 f.). Eine Fallgestaltung wie die vorliegende, bei der allein die Eigenschaft des gehandelten Stoffs, im Handlungszeitpunkt Betäubungsmittel i.S.v. § 1 Abs. 1 BtMG zu sein, in Rede steht, zeige, dass die Eigennützigkeit eines Güterumsatzes auch bei fahrlässigem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gegeben sein kann.

Der BGH verstehe den nicht unmittelbar gesetzlich definierten Begriff der Fahrlässigkeit dahingehend, dass fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat. Ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, bestimme sich u.a. anhand der vom Täter in der konkreten Lebenssituation zu erbringenden Sorgfaltsanforderungen. Bei der fahrlässigen Verwirklichung von Straftatbeständen des Betäubungsmittelstrafrechts bezöge sich der Fahrlässigkeitsvorwurf und damit verbunden die zugrunde liegende Pflichtwidrigkeit notwendig auf den tatbestandlichen Umgang mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG. Fahrlässig im Sinne von § 29 Abs. 4 BtMG treibe dementsprechend derjenige mit Betäubungsmitteln Handel, der bei fehlendem Vorsatz hinsichtlich der Betäubungsmittelleigenschaft eines Stoffs (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) oder einer Zubereitung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 BtMG) eine auf solche Objekte bezogene, eigennützige und auf Umsatz gerichtete Tätigkeit entfaltet, obwohl er nach den konkreten Umständen des Einzelfalls bei sorgfältigem Verhalten die Betäubungsmittelleigenschaft hätte erkennen können. Welche darauf bezogenen Sorgfaltsanforderungen einzuhalten sind, bestimme sich wesentlich anhand der Vorhersehbarkeit des Umstands, mit einem Betäubungsmittel im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG tatbestandlich umzugehen. Maßgeblich sei damit grundsätzlich die Erkennbarkeit des Risikos tatbestandlichen Verhaltens unter den jeweils konkreten Umständen des Falles. Von diesen Grundsätzen sei auch die bisherige Rechtsprechung des BGH ausgegangen, indem etwa darauf abgestellt worden ist, dass ein am Handel Teilnehmender sich darum kümmern müsse, ob seine Stoffe Betäubungsmittel sind (BGH StraFo 2016, 37 f.). In einem die fahrlässige Einfuhr von Betäubungsmitteln betreffenden Fall habe der Senat ebenfalls bereits auf die Erkennbarkeit für die dortigen Angeklagten abgestellt, dass sich in dem von ihnen transportierten Koffer

Eigennützigkeit auch bei Fahrlässigkeit

Merkmale des fahrlässigen Handeltreibens

Betäubungsmittel befanden (BGH NStZ 1986, 462 f.). Die Erkennbarkeit des Risikos als Grundlage von Sorgfaltsanforderungen habe auch das LG zugrunde gelegt. Die aus den regelmäßig und in kurzen Zeitintervallen durchgeführten Recherchen des Angeklagten über die in Anlage II verzeichneten synthetischen Cannabinoide sowie aus dessen offenem Agieren mit Anmeldung des Gewerbes und Meldung gegenüber den Finanzbehörden gezogenen Schlüsse auf das Fehlen von Anlässen zu über das Getane hinausgehenden Maßnahmen zur Verhinderung des Handelstreibens mit in Anlage II erfassten Stoffen seien zumindest möglich. Auf der Grundlage der Feststellungen sowohl zu den tatsächlichen Umständen der Beschaffung der synthetischen Cannabinoide über den Lieferanten als auch des Vertriebs der durch den Angeklagten hergestellten Kräutermischungen hätten ihn vorliegend keine weitergehenden Sorgfaltspflichten getroffen.

Ausgehend von dem am erkennbaren Ausmaß des Risikos, sich möglicherweise strafatbestandsmäßig zu verhalten, orientierten Fahrlässigkeitsmaßstab sei der Angeklagte wegen der konkreten Verhältnisse dieses Falls nicht rechtlich verpflichtet gewesen, die bezogenen synthetischen Cannabinoide vor deren Verwendung für die Herstellung der Kräutermischungen und vor dem Vertrieb des Endprodukts auf ihre chemische Zusammensetzung analysieren zu lassen. Allerdings komme für den Umgang mit möglicherweise Betäubungsmittelleigenschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG aufweisenden Stoffen eine solche Pflicht, Kontrollanalysen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, regelmäßig lediglich dann in Betracht, wenn es für den Betroffenen erkennbaren Anlass für die Möglichkeit gibt, mit Betäubungsmitteln in strafatbestandsmäßiger Weise umzugehen. Ein solcher Anlass liege etwa vor, wenn der Bezieher von ihm zum Weitervertrieb bestimmter Kräutermischungen sich auf die Auskunft seiner Bezugsquelle verlässt, die Mischungen enthielten weder synthetische noch pflanzliche Cannabinoide, obwohl dem Bezieher bekannt war, dass die von seinen Abnehmern bezweckte Verwendung gerade in der Verwendung als Ersatzrausmittel für Cannabis liegen soll (BGH StraFo 2016, 37, 38). Vorliegend habe der Angeklagte aber trotz seiner Kenntnis von der Verwendung der durch ihn selbst hergestellten Kräutermischungen darauf vertrauen dürfen, lediglich die von ihm bestellten, in den maßgeblichen Zeiträumen nicht als Betäubungsmittel im Sinne von § 1 Abs. 1 BtMG erfassten Cannabinoide zu erhalten und zu verwenden. Denn trotz eines dabei generell bestehenden Risikos, erwartungswidrig mit Betäubungsmitteln umzugehen, handele es sich so lange um eine nicht gesetzwidrige Tätigkeit, wie die betroffenen Stoffe durch den Ordnungsgeber nicht zu Betäubungsmitteln gemäß § 1 Abs. 1 BtMG bestimmt werden. Eine von konkreten Anlässen für erhöhte Sorgfalt losgelöste, durchgängige Pflicht zur Analyse der verwendeten Cannabinoide ließe sich nicht ohne Weiteres als verhältnismäßige Beschränkung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit bewerten. Beständen dagegen anders als im hier festgestellten Sachverhalt erkennbare Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit der Bezugsquelle der synthetischen Cannabinoide, könne eine bei Verletzung die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begründende Kontrollpflicht durch labortechnische Untersuchung bestehen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das für BGHSt vorgesehene Urteil fasst die Anforderungen an ein fahrlässiges Handelstreiben mit Betäubungsmitteln zusammen. Die Ausführungen am Ende zeigen allerdings auch, dass es sich hier wohl eher um einen für diesen Bereich untypischen Sachverhalt handeln dürfte. Aber auch im konkreten Fall erscheint die Beurteilung des 1. Senats nicht zwingend. Bereits seit Anfang des Jahrzehnts ist bekannt, dass synthetische Cannabinoide in der Handelsform von Kräutermischungen (sog. „legal highs“, bekannt etwa „Spice“) als Ersatz für Cannabis-Produkte angeboten und

Keine Kontrollanalysen erforderlich

Beurteilung der Fahrlässigkeit nicht zwingend



konsumiert werden. Wenngleich sich die Strafbarkeit des jeweils enthaltenen Wirkstoffs erst ab Aufnahme in Anlage II zu § 1 Abs. 2 BtMG ergibt, so werden auch zuvor Waren verkauft, die grundsätzlich gesundheitsgefährlich mit hohem Abhängigkeitspotenzial sind. Schon aus dieser erkennbaren Risikolage heraus hätte sich die Anforderung angeboten, regelmäßige Kontrollanalysen unabhängig von Anhaltspunkten für die Unzuverlässigkeit der Bezugsquelle durchzuführen. Das gilt umso mehr, da der Angeklagte hier nicht etwa lediglich vorverpackte „Kräutermischungen“ in den Handel gebracht hat, sondern diese selbst aus den gelieferten synthetischen Cannabinoiden hergestellt hat.

Der Senat hat den vom LG angenommenen und vom BGH noch nicht bestimmten Grenzwert der nicht geringen Menge von einem Gramm bei beiden Wirkstoffen nicht beanstandet. Das AG Bochum hat jüngst sachverständig beraten den Grenzwert von AB-CHMINACA auf 0,5 Gramm festgesetzt. Die weitere Entwicklung bleibt insofern abzuwarten.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Verteidigungsverhalten und Strafzumessung

Zeugen und Mittäter betreffende Angaben dürfen nur dann strafscharfend berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig die Grenzen angemessener Verteidigung überschreiten und Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Einstellung des Angeklagten zulassen. (Leitsatz des Gerichts)

*BGH, Beschl. v. 21.9.2017 – 1 StR 268/17*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes u.a. verurteilt. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Der BGH beanstandet die Ausführungen des LG im Rahmen der Strafzumessung. Das LG habe nämlich strafscharfend berücksichtigt, „dass der Angeklagte – trotz seines weitreichenden Geständnisses – in der Hauptverhandlung kaum eine Gelegenheit ungenutzt ließ, seine während des gesamten Prozesses in ihrer Rolle als Nebenklägerin persönlich anwesende Stieftochter als ‚wahre Täterin‘ hinzustellen und diese, ebenso wie seine Ehefrau und seinen Stiefsohn, zum Teil übel zu diffamieren“. Dies sei rechtsfehlerhaft, weil das LG dem Angeklagten zulässiges Verteidigungsverhalten strafscharfend angelastet habe. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH dürfen Zeugen und Mittäter betreffende Angaben nur dann strafscharfend berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig die Grenzen angemessener Verteidigung überschreiten und Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Einstellung des Angeklagten zulassen (vgl. BGH NStZ 2001, 419; StV 1999, 536 m.w.N.). Daher dürfen – so der BGH – auch Äußerungen über ein Tatopfer nur dann strafscharfend verwertet werden, wenn in ihnen eine über das Leugnen eigener Schuld hinausgehende Ehrverletzung des Tatopfers oder eine rechtsfeindliche Gesinnung gesehen werden könne (vgl. BGH NStZ 2010, 692 m.w.N.; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 46 Rn 53 f. m.w.N.). Das sei hier jedoch nicht tragfähig festgestellt. Zwar sei der Angeklagte nach der Wertung des LG die Nebenklägerin während der drei Hauptverhandlungstage in einer Weise angegangen, dass sein Einlassungsverhalten nicht mehr als durch die Wahrnehmung seiner prozessual und verfassungsrechtlich verbürgten Verteidigungsrechte gerechtfertigt angesehen werden könne. Diese Wertung werde jedoch von den in den

„Nicht geringe Menge“ bei AB-CHMINACA und 5F-AB-PINACA

Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs

Falsche Strafzumessungserwägungen

Urteilsgründen hierfür als Beleg angeführten Äußerungen des Angeklagten aus seiner „Erklärung zur Adhäsionsforderung“ nicht getragen. Vielmehr dienten alle dort angeführten Äußerungen des Angeklagten seiner Verteidigung im Hinblick auf das Zustandekommen der Taten. Damit seien unmittelbar strafzumessungsrelevante Tatsachen betroffen. Der Angeklagte habe sich dahin eingelassen, seine sexuellen Handlungen seien jeweils von der Nebenklägerin veranlasst gewesen; sie sei immer der aktivere Teil gewesen und habe ihn zum Teil auch erpresst. Wenn sich der Angeklagte aber gegen den Vorwurf, die Tathandlungen seien jeweils von ihm ausgegangen, obwohl die Nebenklägerin ihm mehrfach gesagt habe, dass sie das nicht möchte, mit der Behauptung verteidige, das seien alles „Lügengeschichten“ und er sei Opfer einer Intrige der Nebenklägerin und ihrer Mutter, seiner Ehefrau, so verlasse dies noch nicht den Bereich zulässiger Verteidigung. Auch soweit der Angeklagte Formulierungen verwendete, wie etwa, er sei völlig fassungslos, mit welcher Gefühlskälte die Nebenklägerin seinen Untergang geplant habe bzw. sie habe „ihren mörderischen Lügenteppich konsequent über alles ausgebreitet“, bezweckte er ersichtlich noch seine Verteidigung und habe noch nicht eindeutig den Bereich zulässiger Verteidigung verlassen. Darüber hinausgehende diffamierende Äußerungen des Angeklagten habe das LG nicht benannt. Damit habe es noch zulässiges Verteidigungsverhalten rechtsfehlerhaft strafscharfend gewertet.

### III. Bedeutung für die Praxis

Diese der Strafkammer erteilte Strafzumessungsrüge, mit der der BGH seine ständige Rechtsprechung bestätigt hat, hat dem Angeklagten in der Sache nichts gebracht. Denn der BGH hat sowohl die Einzelstrafen als auch die vom LG verhängte Gesamtfreiheitsstrafe trotz des Strafzumessungsfehlers als angemessen angesehen (§ 354 Abs. 1a Satz 1 StPO). Bei der Bewertung hat der Senat auf die Vielzahl der von dem Angeklagten zu Lasten der Nebenklägerin, seiner Stieftochter, begangenen Taten und die bei der Nebenklägerin eingetretenen Tatfolgen abgestellt. Die vom LG festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten sei auch unter Berücksichtigung der vom LG strafmildernd berücksichtigten Umstände angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO. Zu diesen Umständen zählen für den BGH insbesondere, dass der nicht vorbestrafte Angeklagte ein – allerdings freilich nicht von Reue und Schuldeinsicht getragenes – Geständnis abgelegt hat, mit einer Selbstanzeige die eigene strafrechtliche Verfolgung initiierte, dass die Taten im unteren Bereich denkbarer sexueller Handlungen anzusiedeln waren und dass das langjährig gefestigte soziale Leben des Angeklagten durch die Offenbarung der Taten und seine nach der Selbstanzeige erfolgte Inhaftierung vollständig zerbrochen ist.

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

### Verfolgungsverjährung bei Umsatzsteuerhinterziehung

1. Folgt das Finanzamt der unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung und liegt auch kein Fall eines Vorsteuerüberhangs bzw. einer Steuerherabsetzung gegenüber den Voranmeldungen vor, so ist bezüglich der damit gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO bewirkten Steuerhinterziehung Tatbeendigung bereits mit Einreichung der entsprechenden Umsatzsteuerjahreserklärung gegeben.

2. Für die Frage, ob das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO – Steuerhinterziehung großen Ausmaßes – erfüllt ist, gilt grundsätzlich eine Grenze von 50.000 EUR.

Trotz Strafzumessungsfehler  
Verwerfung

## Rechtsprechungsreport

3. Im Fall der einfachen Umsatzsteuerhinterziehung beträgt die Strafverfolgungsverjährung fünf Jahre (§ 369 Abs. 2 AO i.V.m. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB), im Fall des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO beträgt sie hingegen zehn Jahre.

4. Für die Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung nach § 78c Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 4 StGB ist erforderlich, dass aufgrund der bei den Straftaten befindlichen Unterlagen der Beschuldigte zumindest zum Zeitpunkt der entsprechenden Untersuchungshandlung hätte sicher individualisiert werden können. (Leitsätze des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 26.10.2017 – 1 StR 279/17*

### I. Sachverhalt

Als faktischer Geschäftsführer der X GmbH i.S.v. § 35 AO veranlasste der Angeklagte für die Jahre 2009 und 2010 Umsatzsteuererklärungen, in welchen die Umsatzsteuer im Jahr 2009 in Höhe von 46.133,51 EUR und im Jahr 2010 von 3.236.122,76 EUR verkürzt wurden. Dabei wurde die Erklärung für 2009 am 19.2.2010 und diejenige für 2010 am 16.3.2011 beim Finanzamt abgegeben. Das Finanzamt folgte jeweils den Erklärungen.

Im Ermittlungsverfahren wurde der Angeklagte anfangs nicht als Beschuldigter, sondern fiktive Personen als solche geführt. Insofern ergingen am 24.7.2013 und 29.7.2013 Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse gegenüber einer Bank, um Geschäftskonten der X GmbH zu überprüfen, ohne dass der Angeklagte als tatverdächtig galt. Des Weiteren wurden am 27.1.2015 die Wohn- und Geschäftsräume des Angeklagten durchsucht, wobei diese Durchsuchung auf §§ 103, 105 StPO gestützt wurde, weil der Angeklagte auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht als tatverdächtig angesehen wurde.

### II. Entscheidung

Bei der Hinterziehung der Umsatzsteuer 2009 handelt es sich um eine einfache Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, wohingegen es sich bei der Umsatzsteuerhinterziehung 2010 wegen der Überschreitung der Grenze von 50.000 EUR Verkürzungsvolumen um einen besonders schweren Fall nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO handelt – Steuerhinterziehung großen Ausmaßes (BGH NStZ-RR 2016, 107; NZWiSt 2016, 102).

Somit beträgt die Strafverfolgungsverjährung für die Umsatzsteuerhinterziehung 2009 gemäß § 369 Abs. 2 AO i.V.m. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre und für diejenige das Jahr 2010 betreffend nach § 376 Abs. 1 AO zehn Jahre.

Die für den Beginn der Strafverfolgungsverjährung ausschlaggebende Tatbeendigung ist bei Fälligkeitssteuern wie der Umsatzsteuer bei Taten nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und im Fall, dass die Finanzverwaltung der Steueranmeldung folgt, in dem Moment gegeben, in welchem die Erklärung beim Finanzamt eingereicht wird (vgl. § 167 Abs. 1 S. 1 AO).

Eine Unterbrechung der Verjährung ist im Fall der Umsatzsteuerhinterziehung 2009 mit keinem der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse gemäß § 78c S. 1 Nr. 4 StGB eingetreten. Dies hätte nämlich nach § 78c Abs. 4 StGB erfordert, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der Vornahme dieser Untersuchungshandlungen aufgrund von bei der Straftate befindlichen Unterlagen als Täter hätte identifiziert werden können.

Erhebliche Verkürzungsbeträge

Besonders schwerer Fall

Keine Unterbrechung

## Rechtsprechungsreport

Insofern war bei Anklageerhebung die Steuerhinterziehung 2009 verjährt, wohingegen die Umsatzsteuerhinterziehung 2010 noch verfolgbar war.

### III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH betont zu Recht, dass in den Fällen der Umsatzsteuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO für die Tatbeendigung auf die Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung abzustellen ist. Ist kein Steuerbescheid und auch keine Zustimmung nach § 168 S. 2 AO – Steuerherabsetzung bzw. Vorsteuerüberhang – erforderlich, tritt die Tatbeendigung mit Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung ein (Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 314). Hinsichtlich des Greifens des Regelbeispiels nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO bestätigt der BGH die Grenze von 50.000 EUR, was dann wegen der Norm des § 376 Abs. 1 AO Auswirkungen auf die Länge der Strafverfolgungsverjährung hat (Gehm, ZWH 2016, 96).

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

### Kriterien für die Annahme von Vorsatz bei der Trunkenheitsfahrt

Der Senat hält daran fest, dass bei einer Trunkenheitsfahrt die Vorsatzbeurteilung auf der Basis einer Feststellung und Gesamtwürdigung aller indiziell relevanten Umstände des Einzelfalles zu erfolgen hat. (Leitsatz des Verfassers)

*OLG Düsseldorf, Beschl. 8.6.2017 – 1 RVs 18/17*

#### I. Sachverhalt

Der Angeklagte war am Tattag gegen 1:26 Uhr mit zwei geparkten Pkw kollidiert und hatte anschließend seine Fahrt fortgesetzt. Eine um 2:25 Uhr entnommene Blutprobe hatte eine BAK von 2,21 Promille ergeben. Das LG war von Vorsatz hinsichtlich der Fahruntüchtigkeit bis zu dem Unfall ausgegangen und hatte das einerseits mit der Höhe der BAK und andererseits mit dem Entfernen von der Unfallstelle begründet. Das OLG hat nur Fahrlässigkeit angenommen.

#### II. Entscheidung

Der BGH hat in seinem Urt. v. 9.4.2015 (BGHSt 60, 227 = StRR 2015, 232 = VRR 6/2015, 13–14) zur Frage des Vorsatzes bei einer Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) in den Fällen des Vorliegens einer hohen BAK Stellung genommen. Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei einer hohen BAK lediglich um ein Indiz, das „zwar gewichtig“ sei, „aber im Einzelfall der ergänzenden Berücksichtigung anderer Beweisumstände bedürfe“ und für sich allein die tatrichterliche Überzeugung von einer vorsätzlichen Tatbegehung nur dann begründen könne, wenn „keine Besonderheiten vorliegen“.

Mit dieser Entscheidung hat sich das OLG Düsseldorf in seinem Beschl. v. 8.6.2017 auseinandergesetzt. Das OLG sieht auch nach dem Urteil des BGH v. 9.4.2015 (a.a.O.) eine hohe Blutalkoholkonzentration als gewichtiges Indiz für den Vorsatz an. Allein daraus könne aber nicht auf Vorsatz geschlossen werden. Es komme auf weitere Indizien an, etwa den Trinkverlauf, das Trinkende, die Alkoholgewöhnung des Täters, von ihm wahrgenommene Fahrfehler, sein Nachtatverhalten sowie mögliche Vorstrafen. Eine grundsätzliche Abkehr von der bisherigen Entscheidungspraxis habe der BGH insoweit nicht beabsichtigt. Dabei können – neben der Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit – insbesondere der Trinkverlauf und das Trinkende, die Alkohol-

Tatbeendigung

BAK von 2,21 Promille

BGHSt 60, 227

OLG Düsseldorf: Es bleibt alles beim Alten

gewöhnung des Täters, der Fahrtverlauf (etwa im Hinblick auf wahrgenommene Fahrfehler) und das Nachtatverhalten sowie das Vorhandensein oder aber Fehlen einschlägiger Vorstrafen von Bedeutung sein. Da – hier – (auch) das – für den Angeklagten aus seiner Sicht interessengerechte – Entfernen vom Unfallort keine tragfähigen Rückschlüsse auf den Vorsatz während der vorangegangenen Fahrt zulasse und außer der BAK keine weiteren Indizien ersichtlich seien, ist das OLG nur von Fahrlässigkeit ausgegangen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des OLG entspricht der Auffassung der Literatur zu der BGH-Entscheidung. Diese ist nämlich ganz überwiegend nicht im Sinne einer grundsätzlichen Abkehr von der bislang herrschenden Entscheidungspraxis verstanden worden (vgl. Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. 2016, § 316 StGB Rn 29 f.; König, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl. 2017, § 316 StGB Rn 76; ders., DAR 2015, 737, 740; Sandherr, NZV 15, 400, 402; Hagemeier, in: MüKo-StVR, 1. Aufl. 2016, § 316 Rn 20 ff.; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 316 Rn 45 f.)

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

### Anwaltsvergütung

#### Anwaltsvertrag als Fernabsatzgeschäft

1. Anwaltsverträge können den Regeln für den Fernabsatz unterfallen und als solche widerrufen werden.

2. Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem liegt regelmäßig nicht schon dann vor, wenn der Rechtsanwalt lediglich die technischen Möglichkeiten zum Abschluss eines Anwaltsvertrags im Fernabsatz wie Briefkasten, elektronische Postfächer und/oder Telefon- und Faxanschlüsse vorhält. (Leitsätze des Gerichts)

*BGH, Urt. v. 23.11.2017 – IX ZR 204/16*

#### I. Sachverhalt

Die Klägerin verlangte mit ihrer Klage von dem Beklagten Anwaltshonorar. Der Beklagte beteiligte sich an einer Fondsgesellschaft. Er hatte von einer Gesellschaft, der i.GmbH, am 22.1.2014 ein Schreiben erhalten, in dem diese ihre Dienste anbot und zur Rücksendung eines ausgefüllten Fragebogens und einer Vollmacht einlud. Dem Schreiben beigefügt war u.a. eine auf die Klägerin lautende Rechtsanwaltsvollmacht. Die Klägerin hatte der Gesellschaft Blankoformulare für eine Vielzahl von potentiellen, von der Gesellschaft zuwerbenden Mandanten zur Verfügung gestellt. Der Beklagte unterzeichnete die außergerichtliche Vollmacht und sandte sie zusammen mit den anderen von ihm vervollständigten Unterlagen an die Gesellschaft zurück. Diese übermittelte die Unterlagen der Klägerin, die ohne Kontaktaufnahme mit dem Beklagten mittels eines Serienbriefes dessen Ansprüche gegenüber der Fondsgesellschaft geltend machte. Nachdem die außergerichtliche Inanspruchnahme erfolglos geblieben war, forderte die Klägerin den Beklagten auf, eine weitere Vollmacht auf sie auszustellen, die auch die Prozessvertretung vorsah. Dies lehnte der Beklagte ab. Daraufhin stellte die Klägerin ihm ihre außergerichtlichen Tätigkeiten mit einer 1,3-Geschäftsgebühr in Rechnung. Der Beklagte wies die Forderung mit Schreiben vom 27.5.2014 und 30.6.2014 zurück. In seinem ersten Schreiben erklärte

Entspricht Literaturlauffassung

Akquise

er zugleich, vorsorglich mit sofortiger Wirkung die über die Gesellschaft erteilten Vollmachten zu widerrufen. Die Klage auf Zahlung des Anwaltshonorars hatte weder beim AG noch beim LG Erfolg. Der BGH hat die Revision gegen das LG-Urteil zurückgewiesen.

### II. Entscheidung

Dem geltend gemachten Zahlungsbegehren stehe – so der BGH – der vom Beklagten erklärte Widerruf nach §§ 312b, 312d Abs. 1 Satz 1, 355 BGB a.F. entgegen. Bei dem geschlossenen Anwaltsvertrag handelt es sich um einen sog. Fernabsatzvertrag. Von einem solchen Vertrag ist auszugehen, wenn der Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wird, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Anwaltsverträge sind Verträge über die Erbringung einer Dienstleistung i.S.v. § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Der gegenteiligen Auffassung, wonach die Anwendung des Fernabsatzrechts bei Anwaltsverträgen, bei denen eine persönliche Dienstleistung im Vordergrund stehe, allgemein nicht gerechtfertigt sei, könne nicht gefolgt werden. Der Begriff der Dienstleistung sei mit Blick auf den vom Fernabsatzrecht verfolgten Zweck und die unionsrechtliche Herkunft des Begriffs der Dienstleistungen weit auszulegen. Für die Anwendbarkeit des § 312b Abs. 1 BGB a.F. auf Anwaltsverträge sprechen auch Sinn und Zweck der verbraucherschützenden Regelungen für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz. Die Existenz und Zulässigkeit sog. „Anwalts- oder Steuerberater-Hotlines“, von „Telekanzleien“ oder die Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen über das Internet belege zudem, dass sich auch Rechtsanwälte für abzuschließende Beratungsverträge moderner Vertriebsformen unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln bedienen. Der Schutz der Verbraucher gebiete es, die Normen des Fernabsatzrechts insbesondere in diesen Fällen auch auf Anwaltsverträge zu erstrecken.

Zutreffend sei das LG davon ausgegangen, dass ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem vorliege, wenn der Unternehmer in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig Geschäfte im Fernabsatz zu bewältigen. Ausreichend sei die planmäßige Werbung eines Unternehmers mit dem Angebot telefonischer Bestellung und Zusendung der Ware. Demgegenüber genügt es nicht, dass der Unternehmer auf seiner Homepage lediglich Informationen (etwa über seine Waren bzw. seine Dienstleistungen und seine Kontaktdaten) zur Verfügung stellt. Ebenso wenig könne bei einem Rechtsanwalt ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem bejaht werden, wenn dieser lediglich die technischen Möglichkeiten zum Abschluss eines Anwaltsvertrags im Fernabsatz, etwa einen Briefkasten, elektronische Postfächer und/oder Telefon- und Faxanschlüsse vorhält, die auch sonst zur Bewältigung des Betriebs einer Anwaltskanzlei erforderlich sind.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Mit dieser Entscheidung hat der BGH die grundsätzliche Frage, ob Anwaltsverträge dem Fernabsatzrecht unterfallen, höchstrichterlich geklärt. Die Auffassung des BGH überrascht nach seiner „Immobilienmakler-Entscheidung“ nicht (vgl. dazu BGH NJW 2017, 1024). Ebenso wie der BGH haben in der Vergangenheit bereits einige AG entschieden (AG Offenbach, Urt. v. 9.10.2013 – 380 C 45/13; AG Düsseldorf AnwBl 2017, 92; AG Brandenburg NJW-RR 2018, 186 und AG Kleve, Urt. v. 18.5.2017 – 35 C 434/16), das AG Charlottenburg (NJW-RR 2016, 184) hat die Rechtslage

Widerruf nach §§ 312b, 312d Abs. 1 Satz 1, 355 BGB a.F.

Für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem

Grundsätzliche Frage entschieden

## Rechtsprechungsreport

---

anders gesehen (aus der Literatur Ernst, NJW 2014, 817; Bräuer, AnwBl 2015, 970; Härting, NJW 2016, 2937).

2. Allerdings: So dramatisch die Entscheidung auf den ersten Blick scheint, so relativiert der BGH sich gleich selbst. Zwar sind einerseits die Voraussetzungen für die Annahme eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems nicht hoch (so auch schon BGH NJW 2017, 1024), es reicht aber nicht allein ein z.B. per E-Mail zustande gekommener Anwaltsvertrag aus. Denn ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem liegt regelmäßig nicht schon dann vor, wenn der Rechtsanwalt lediglich die technischen Möglichkeiten zum Abschluss eines Anwaltsvertrags im Fernabsatz vorhält. „Gefährlich“ sind die Fälle der Mandatsakquise und Vertragsschluss ohne persönlichen Kontakt mittels Fernkommunikationsmittel (vgl. AG Offenbach, a.a.O. oder AG Brandenburg, a.a.O.). Plattformen zur Online-Scheidung, zur Akquisition von Mandaten in Verkehrssachen oder in Filesharing-Verfahren werden aber Schwierigkeiten bekommen.

3. Der Rechtsanwalt muss sich auf die Folgen aus dieser Rechtsprechung und die gebührenrechtlichen Auswirkungen, die in der Entscheidung des BGH deutlich werden, einstellen. Das ist einmal die Möglichkeit des Widerrufs nach § 355 BGB. Er wird daher den Mandanten umfassend über das ihm zustehende Widerrufsrecht informieren, um so Vergütungsausfällen zu begegnen (eingehend zum Widerruf El-Auwad, AnwBl 2017, 971).

Seit einigen Jahren wird in Rechtsprechung und Literatur die Frage diskutiert, ob für den Anwaltsvertrag die Regeln des Fernabsatzrechts gelten. Dazu hat vor kurzem der BGH betreffend § 312b Abs. 1 BGB a.F. Stellung genommen.

Ein allein durch E-Mail  
zustande gekommener  
Anwaltsvertrag reicht nicht

Umfassende Information/  
Belehrung des Mandanten

## Impressum

---

### Herausgeber:

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

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bezugspreis (jährlich):

112 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.