

## SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede

Juniorprofessor für deutsches und  
europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.

Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,  
LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz  
Eidam, LLM (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur  
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.  
Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);

Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-  
gen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann,  
Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank

Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; RA  
Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof.

Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA  
Markus Rübenstahl, mag. iur. (Flick  
Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law  
School Hamburg); RA Dr. Hellen  
Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Greifswald);  
RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg)

und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.  
Zürich)

## Publikationen

Prof. Dr. *Petra Wittig*, LMU München – Zur Auslegung eines missglückten Tatbestandes (Anm. zu BGH HRRS 2011 Nr. 1039) S. 63

RA Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – Insolvenzstrafrechtliche Besonderheiten für Akteure auf dem Finanz- und Kapitalmarkt S. 68

RA *Andreas Lickleder* und RAin *Anja Sturm*, München/Berlin – Ist für das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a Abs. 2 StPO ein Gerichtsbeschluss erforderlich? (Bespr. zu BGH HRRS 2011 Nr. 1041) S. 74

Prof. Dr. *Dennis Bock*, Jena – Zur Strafbarkeit des Tragens von (modifizierten) Kutten durch Mitglieder verbotener Motorradclubs S. 83

RAin und FAin StR *Andreas Groß-Börling*, Wuppertal – Verspieltes Vertrauen? Kommentar zur Vorladung einzelner Richter vor das Präsidium des BGH S. 89

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

## Entscheidungen

EGMR **Rechtswidrige Inhaftierungen während des G8-Gipfels (Schwabe ua vs Deutschland)**

BVerfG **Meinungsfreiheit bei rechtsgerichteter Polemik**

BGH **Hells Angels Fall – Reichweite der Notwehr und Irrtümer**

BGH **Mehrfache Korrektur des Rücktrittshorizonts beim Versuch**

BGHSt **Teilweise Zerstörung eines zu gewerblichen Zwecken genutzten Gebäudes von Gewicht**

BGHSt **Einordnung einer kriminellen Vereinigung als in- oder ausländische bzw. als solche innerhalb oder außerhalb der EU**

BGH **Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Raub- und Erpressungsdelikten**

BGH **Recht auf den gesetzlichen Richter und doppelter Senatsvorsitz**

BGH **Kein Zwang zum Zwischenrechtsbehelf bei Verstoß gegen § 250 StPO**

BGH **Kein Verwertungsverbot bei früherer Entbindung eines Arztes von seiner Schweigepflicht**

BGH **Zweifel am Beweisverbot zugunsten des Mitbeschuldigten bei Zeugnisverweigerungsrechten eines Angehörigen**

BGH **Widerruf der Verteidigungszustimmung zur Verlesung von Vernehmungprotokollen und zusätzlich mitschreibender Richter**

Die Ausgabe umfasst 90 Entscheidungen.

# HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche  
Rechtsprechung zum Strafrecht  
<http://www.hrr-strafrecht.de>

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede  
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

13. Jahrgang, Februar 2012, Ausgabe **2**

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 92. EGMR Nr. 8080/08 und 8577/08 (5. Kammer) – Urteil vom 1. Dezember 2011 (Schwabe und M.G. gegen Deutschland)

Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit sowie der Versammlungsfreiheit durch Inhaftierungen im Zusammenhang mit dem G8-Gipfel von Heiligendamm (Unterbindungsgewahrsam und Schutzpflichten des Staates; Gefangenenbefreiung; Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung; Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde bei begründetem Anlass zu der Annahme, dass die Begehung einer konkreten Straftat verhindert werden muss; Rechtmäßigkeit; Auslegung mehrdeutiger Meinungsäußerungen; Verhältnismäßigkeit: mildere Maßnahmen); Individualbeschwerde (Erschöpfung des nationalen Rechtsweges: Recht auf Frei-

heit der Person und Recht auf Entschädigung einer unrechtmäßigen Freiheitsentziehung).

Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 EMRK; Art. 11 EMRK; § 120 StGB; § 112 StPO; § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV; Art. 5 GG; Art. 8 GG

1. Für einen gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK legitimen Eingriff in das Recht auf Freiheit und Sicherheit muss der Staat eine konkrete und spezifische Gefahr der Begehung einer Straftat vorweisen können. Dies betrifft insbesondere den Ort, die Zeit und die Opfer der möglichen Tat. Der Zweck des Eingriffs muss zudem darin liegen, den Inhaftierten einer zuständigen Gerichtsbehörde zuzuführen.

2. Für einen gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK legitimen Eingriff muss der Staat die Durchsetzung einer tatsäch-

lich vorhandenen und spezifischen Pflicht des Betroffenen bezwecken. Ein Strafzweck darf dem Eingriff nicht beizumessen sein. Eine allgemeine Pflicht, das (Straf-)Recht zu wahren, genügt für Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK nicht.

3. Die EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten, durch ihre Behörden angemessene Schritte im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu unternehmen, um Straftaten zu verhindern, von deren bevorstehender Begehung der Staat Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Diese Pflicht erlaubt dem Staat aber nicht, den Schutz durch eine Verletzung der Konventionsrechte zu verwirklichen. Dies gilt insbesondere für Art. 5 EMRK.

4. Einzelfall der Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit durch eine mehrtägige Inhaftierung, mit der – im Kontext von Inhaftierungen anderer Demonstrationsteilnehmer – das Vorzeigen der Transparente „free all now“ und „freedom for all prisoners“ auf einer erneuten Demonstration verhindert werden sollte.

5. Die Versammlungsfreiheit des Art. 11 EMRK ist auch darauf gerichtet, die Äußerung persönlicher Meinungen im Sinne des Art. 10 EMRK zu ermöglichen. Rügt ein Beschwerdeführer, dass er durch den Staat daran gehindert worden sei, seine Meinung zur Inhaftierung von Demonstrationsteilnehmern gemeinsam mit anderen auf einer Demonstration äußern zu dürfen, ist Grundlage der Überprüfung Art. 11 EMRK, der hier aber auch im Lichte des Schutzes der Äußerungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK betrachtet werden muss.

6. Allein der Umstand, dass die Sicherheitskräfte eines G8-Gipfels auch die Teilnahme gewaltbereiter Personen erwarten, nimmt friedlichen Organisatoren und Teilnehmern einer Demonstration nicht den Schutz der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK.

7. Einzelfall der Verletzung der Versammlungsfreiheit durch die Vereitelung einer Demonstrationsteilnahme, bei der – im Kontext von Inhaftierungen anderer Demonstrationsteilnehmer – die Transparente „free all now“ und „freedom for all prisoners“ gezeigt werden sollten.

**94. BVerfG 1 BvR 2150/08 (Erster Senat) – Beschluss vom 4. November 2009 (BVerwG)**

Ausnahmen von der Meinungsfreiheit ohne allgemeines Gesetz (immanente Grundrechtsschranke; propagandistisches Gutheißen der totalitären, nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; Lex-Wundsiedel; Rudolf Heß); Bestimmtheitsgebot; Störung des öffentlichen Friedens; Versammlungsverbot.

Art. 5 GG; Art. 8 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 4 StGB; § 15 Abs. 1 VersG

1. § 130 Abs. 4 StGB greift in den Schutzbereich der von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit ein, indem er die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft mit Strafe bedroht; denn auch Äußerungen, die die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes in Frage stellen, sind nicht von vornherein vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgenommen.

2. Beschränkungen der Meinungsfreiheit sind nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG grundsätzlich nur auf der Grundlage eines allgemeinen Gesetzes zulässig. Das Grundgesetz garantiert damit ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen. Unter die allgemeinen Gesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG fallen Vorschriften nicht, wenn sie ein von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien gerichtetes Verbot beinhalten.

3. Der mit § 130 Abs. 4 StGB verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit ist nicht unmittelbar auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG gerechtfertigt, weil es sich bei der Strafnorm nicht um ein allgemeines Gesetz handelt. Die Strafdrohung ist vielmehr ausschließlich auf Äußerungen in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt und erfasst nicht generell die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime.

4. Gleichwohl verstößt § 130 Abs. 4 StGB nicht gegen das Grundgesetz. Dieses wurde gerade als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes geschaffen. Deshalb ist Art. 5 GG eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts immanent, soweit es um Normen geht, die die propagandistische Gutheißen der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft beschränken. Zulässig ist demnach allerdings keine inhaltliche Begrenzung der Meinungsfreiheit, sondern nur eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende, einem legitimen Zweck – wie hier dem Schutz des öffentlichen Friedens – dienende Einschränkung.

5. § 130 Abs. 4 StGB ist auch hinreichend bestimmt i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG. Der Tatbestand der Strafnorm ist auch hinsichtlich des Tatbestandsmerkmal der Störung des öffentlichen Friedens ausreichend konturiert, zumal er durch die weiteren, für sich genommen bereits hinreichend bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen der Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft in der Öffentlichkeit oder in einer Versammlung eingegrenzt wird.

6. Der Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB setzt konkret voraus, dass der Nationalsozialismus als historisch real gewordene Gewalt- und Willkürherrschaft gutgeheißen wird. Er kann auch in Form einer glorifizierenden Ehrung einer historischen Person verwirklicht werden, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass diese als Symbolfigur für die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft als solche steht.

7. Das auf § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB gestützte Verbot einer geplanten Versammlung unter freiem Himmel zu dem Thema „Gedenken an Rudolf Heß“ unterliegt demnach keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn mit ihr eine Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft verbunden wäre.

**93. BVerfG 1 BvR 917/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. November 2011 (OLG Stuttgart / AG Hechingen)**

Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Meinungsfreiheit; Tatsachenbehauptung; Werturteil; Wechselwirkungslehre; Polemik; Rechtsgutverletzung; Georg Elser-Flugblatt).

Art. 5 Abs. 1 GG; § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 27 StGB

1. Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst Meinungen im Sinne durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägter Äußerungen sowie Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen und nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind.

2. Zu den allgemeinen Gesetzen, in denen die Meinungsfreiheit ihre Schranken findet, gehört auch § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB, der die öffentliche Verunglimpfung des Staates unter Strafe stellt. Bei der Anwendung eines derartigen grundrechtseinschränkenden Gesetzes ist dieses seinerseits dahingehend einschränkend auszulegen, dass der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit Rechnung getragen wird (sog. Wechselwirkung). Untersagt werden dürfen demnach nur Meinungen, die die Schwelle zu einer sich abzeichnenden Rechtsgutverletzung überschreiten.

3. Bei der Auslegung von Staatsschutznormen ist zu berücksichtigen, dass Art. 5 Abs. 1 GG gerade ein besonderes Schutzbedürfnis der Machtkritik anerkennt, so dass bei einer bloßen Polemik noch keine Strafbarkeit angenommen werden darf, auch wenn diese noch so verfehlt erscheint. Da dem Staat kein grundrechtlich geschützter Ehrenschatz zukommt, hat er grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten.

4. Die Schwelle zur Rechtsgutverletzung ist im Bereich des Staatsschutzes erst überschritten, wenn aufgrund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der Bestand oder die Funktionsfähigkeit des Staates oder seiner Einrichtungen beeinträchtigt oder der öffentliche Friede gefährdet ist. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Bundesrepublik Deutschland jegliche Legitimation abgesprochen und dazu aufgerufen wird, sie zu ersetzen.

5. Ein Flugblatt, das sich kritisch gegen ein an den Anschlag Georg Elzers auf Adolf Hitler im Münchener Bürgerbräukeller erinnerndes Theaterstück wendet, unterfällt dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wenn ihm bei einer Gesamtwürdigung naheliegenderweise die Aussage entnommen werden kann, die Theateraufführung dränge die Zuschauer zu Unrecht zu einer Verehrung Georg Elzers.

6. Ein derartiges Flugblatt überschreitet die Schwelle einer Rechtsgutverletzung nicht, wenn es überwiegend das zugrunde liegende historische Geschehen wertet, auch wenn dabei der herrschenden Wertung im System der Bundesrepublik entgegengetreten wird, solange dieses System nur in politischen Einzelaspekten wie etwa dem „K(r)ampf gegen Rechts“ kritisiert und nicht insgesamt in Frage gestellt wird.

**95. BVerfG 1 BvR 3048/11 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Frankfurt)**

Pressefreiheit bei der Bildberichterstattung über Strafverfahren (sitzungspolizeiliche Anordnung; Abbildung; Anonymisierung; „Verpixelung“; Persönlichkeitsschutz; Wahrheitsfindung; Sicherheitsinteresse); einstweilige Anordnung (Folgenabwägung); Umsatzsteuerhinterziehung.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; § 176 GVG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 370 AO

1. Eine sitzungspolizeiliche Anordnung § 176 GVG, wonach Angeklagte, Zeugen und Nebenkläger in einem Strafverfahren im Rahmen der Presseberichterstattung nur anonymisiert („verpixelt“) abgebildet werden dürfen, greift in die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Pressefreiheit ein. Beim Erlass einer solchen Anordnung hat der Vorsitzende der Bedeutung der Pressefreiheit Rechnung zu tragen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

2. Bei der Folgenabwägung im Rahmen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG ist das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an einer authentischen Berichterstattung in Form nicht anonymisierte Abbildungen des Angeklagten insbesondere der Unschuldsvermutung, dem Interesse an einer ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung und der Sicherheit des Angeklagten gegenüberzustellen.

3. Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass mit der Anordnung der Anonymisierung eine bebilderte Berichterstattung aus dem Sitzungssaal nicht generell ausgeschlossen wird, sondern in weitem Umfang gestattet bleibt, so dass dem öffentlichen Informationsinteresse und den Belangen der Pressefreiheit weitgehend Rechnung getragen ist.

4. Die Unschuldsvermutung kann einer Veröffentlichung nicht anonymisierter Bilder nur noch in eingeschränktem Umfang entgegengehalten werden, wenn ein Angeklagter die ihm vorgeworfenen Taten bereits gestanden hat.

5. Der mit der Anordnung der Anonymisierung verbundene Eingriff in die Pressefreiheit ist zu rechtfertigen, wenn eine Veröffentlichung nicht anonymisierter Bilder die Sicherheit des Angeklagten gefährden würde, etwa weil nicht auszuschließen ist, dass im Hintergrund der Taten eine größere, international agierende verbrecherische Organisation steht und es im Umfeld des Angeklagten bereits zu Gewalthandlungen und Bedrohungen gekommen ist. Dies kann selbst dann gelten, wenn der Angeklagte sich in Untersuchungshaft befindet.

**96. BVerfG 2 BvR 68/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (OLG München / LG Traunstein)**

Freiheitsgrundrecht (Richtervorbehalt im Maßregelvollzug; Einfluss und Verhalten Dritter; psychiatrisches Krankenhaus; Aussetzung zur Bewährung; sozialer Empfangsraum); Rechtswegerschöpfung; Anhörungsrüge.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 454a Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

1. Zur Erschöpfung des Rechtsweges i. S. d. § 90 Abs. 2 BVerfGG ist eine nach dem jeweiligen Verfahrensrecht statthafte Anhörungsgrüße immer dann zu erheben, wenn sie bei objektiver Betrachtung nicht aussichtslos ist. Dies gilt auch, soweit der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde zwar keinen Verstoß gegen das von Art 103 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf rechtliches Gehör rügt, die Anhörungsgrüße aber zur Korrektur der sonst gerügten Grundrechtsverstöße – wie etwa eines Verstoßes gegen das Freiheitsgrundrecht – führen kann.

2. Das Freiheitsgrundrecht unterliegt nach Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG nur der Einschränkung durch den Richter. Dieser darf sich bei der Ausführung und Kontrolle einer freiheitsbeschränkenden Entscheidung zwar der Mithilfe privater Dritter bedienen. Er darf die Entscheidung einem von ihm nicht steuer- oder kontrollierbaren Dritten jedoch nicht überantworten oder sie allein von dessen Urteil abhängig machen.

3. Vor dem Hintergrund des Freiheitsgrundrechts unterliegt es verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Aussetzung einer Unterbringung im Maßregelvollzug zur Bewährung vom Verhalten Dritter abhängig gemacht wird, etwa indem dem Betroffenen die Auflage erteilt wird, in einem bestimmten Männerwohnheim zu wohnen, welches jedoch zur Aufnahme nicht bereit ist. Die Gerichte haben in derartigen Fällen bestehende Alternativen zur Schaffung eines geordneten und strukturierten sozialen Empfangsraums auszuloten.

4. Wendet sich ein im Maßregelvollzug Untergebrachter mit dem Argument gegen die Versagung der Aussetzung seiner Unterbringung, die Aussetzung hätte nicht von der Aufnahmebereitschaft eines Wohnheims abhängig gemacht werden dürfen, so liegt ein Gehörsverstoß nahe, wenn die Gerichte sich weder mit diesem Argument, noch mit bestehenden Aufnahmealternativen auseinandergesetzt haben.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**153. BGH 2 StR 375/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Koblenz)**

Notwehr und Erlaubnistatbestandsirrtum bei einem sich bedroht fühlenden Mitglied der Hells Angels und einem verdeckten Einsatz der Polizei (Totschlag; Tatbestandsirrtum; Erforderlichkeit: Warnschuss; Durchsuchung; Verhältnismäßigkeit); versuchte räuberische Erpressung (Vermögensschutz und Prostitution: ungesicherte Erwerbsaussichten; versuchte Nötigung; Rücktritt: kein fehlgeschlagener Versuch); Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

§ 212 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB; § 17 StGB; § 253 StGB, § 255 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 102 StPO

1. Eine Notwehrlage kann bei einem Polizeieinsatz gegen den Täter nur vorliegen, wenn er in seiner konkreten Gestalt nicht rechtmäßig war. Gegen die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung kann es dabei sprechen, wenn diese entgegen der §§ 102 ff. StPO nicht offen durchgeführt wird. § 164 StPO erlaubt ein Einschreiten nur gegen eine tatsächlich vorliegende oder konkret bevorstehende Störung der Durchsuchung. Ob präventiv-polizeirechtliche Regeln das Verfahren der strafprozessualen Durchsuchung abändern können, ist fraglich.

2. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, dann ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss sich nicht mit der

Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist. Das gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe. Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

3. Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. In der Regel ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz zwar gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. Die Notwendigkeit eines Warnschusses kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den Angriff endgültig abzuwehren. Ein Warnschuss ist im Übrigen auch nicht erforderlich, wenn dieser nur zu einer weiteren Eskalation führen würde. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich ein Verteidiger nicht einlassen.

4. Der Erlaubnistatbestandsirrtum führt entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld. Zur Anwendung auf den Fall einer nächtlichen, nicht offen gelegten Durchsuchung durch die Polizei,

während der der Wohnungsinhaber durch die Tür auf die eindringende Person schießt.

5. Geschütztes Rechtsgut der §§ 253, 255 StGB ist das Vermögen. Versuchte räuberische Erpressung liegt nur vor, wenn der Tatentschluss des Angeklagten darauf gerichtet gewesen wäre, dem Vermögen des Opfers einen Nachteil zuzufügen. Der Verlust einer bloßen ungesicherten Aussicht eines Geschäftsabschlusses kann grundsätzlich noch nicht als Vermögensschaden angesehen werden. Erwerbs- und Gewinnaussichten können nur ausnahmsweise Vermögensbestandteil sein, wenn sie so verdichtet sind, dass ihnen der Rechtsverkehr bereits einen wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit einiger Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen. Die Standposition als Prostituierte ist in diesem Sinne kein von § 253 StGB geschützter Vermögensbestandteil.

### 102. BGH 3 StR 337/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Hildesheim)

Rücktritt vom Versuch (umgekehrte und mehrfache Korrektur des Rücktrittshorizonts; Anforderungen an die Urteilsgründe: Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe und missverständliche Ausführungen); versuchter Mord.

§ 24 Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO

1. Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont. Bei einem Tötungsdelikt liegt demgemäß ein unbeendeter Versuch vor, bei dem allein der Abbruch der begonnenen Tathandlung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch führt, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend. Ein beendeter Tötungsversuch, bei dem er für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch den Tod des Opfers durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich darum zumindest freiwillig und ernsthaft bemühen muss, ist hingegen anzunehmen, wenn der Täter den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

2. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdeliktes ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Rechnet der Täter dagegen zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang, so liegt eine umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts vor, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall ist ein beendeter Versuch gegeben, wenn sich die Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dieser ändert.

3. Möglich ist auch eine nochmalige Korrektur des Rücktrittshorizonts, die zum Vorliegen eines beendeten Versuchs führen kann. Dies gilt, wenn noch immer ein enger

zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der Tat und dem Wechsel des Vorstellungsbildes gegeben ist. So kann es insbesondere in einer nur einminütigen und ohne wesentliche Zwischenakte ablaufenden dynamischen Geschehen liegen.

4. Im Rahmen der danach erforderlich Abgrenzung ist es bedenklich, wenn das Tatgericht zum Vorstellungsbild des Angeklagten ausführt, dass der Angeklagte eine bestimmte, entscheidungserhebliche Beobachtung zum Zustand seines Opfers nur wahrgenommen haben „müsse“. Entscheidend ist nicht, was der Angeklagte wahrnehmen oder womit er rechnen musste, sondern das, was er tatsächlich wahrnahm und welche Folgerungen er daraus zog. Dem widersprechende Erwägungen sind zumindest missverständlich und können im Einzelfall sogar einen durchgreifenden Rechtsfehler in der Beweiswürdigung begründen.

### 131. BGH 1 StR 400/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Beweiswürdigung zum bedingten Tötungsvorsatz (mehrfache gefährliche Tritte gegen Kopf eines rechtsradikalen „Spezialisten für Körperverletzungen“; erforderliche Gesamtwürdigung; Willenselement); Rücktritt vom unbeendeten Versuch durch Tataufgabe.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB; § 24 StGB

1. Das Willenselement des bedingten Vorsatzes ist bei Tötungsdelikten dann gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet. Dabei genügt für eine vorsätzliche Tatbegehung, dass der Täter den konkreten Erfolgseintritt akzeptiert und er sich innerlich mit ihm abgefunden hat, mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben. Hatte der Täter dagegen begründeten Anlass darauf zu vertrauen und vertraute er darauf, es werde nicht zum Erfolgseintritt kommen, kann bedingter Vorsatz nicht angenommen werden.

2. Bei der Prüfung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, muss sowohl das Wissens- als auch das Willenselement im Rahmen einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Dabei liegt zwar die Annahme einer Billigung des Todes des Opfers nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt. Allein aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt oder die Gefährlichkeit des Verhaltens kann aber nicht ohne Berücksichtigung etwaiger sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebender Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das Willenselement des Vorsatzes gegeben ist.

3. Tritt der Angeklagte in kurzem, zeitlichen Abstand mehrfach gegen den Kopf des Opfers, dürfen die einzelnen Tritte bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes nicht nur isoliert gewürdigt werden.

4. Von einem unbeendeten Versuch kann der Täter durch bloßes Nichtweiterhandeln zurücktreten. Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter nach der letzten Ausfüh-

rungshandlung nach seinem Kenntnisstand nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs rechnet, und sei es auch nur in Verkennung der durch seine Handlung verursachten Gefährdung des Opfers, und die Vollendung aus seiner Sicht noch möglich ist.

**176. BGH 4 StR 554/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Saarbrücken)**

Voraussetzungen der Anstiftung zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anstiftervorsatz).

§ 26 StGB; § 30 BtMG; § 15 StGB

Als Anstifter ist nach § 26 StGB tätergleich zu bestrafen, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. Dabei ist bedingter Vorsatz ausreichend (BGHSt 2, 279, 281; 44, 99, 101). Eine Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln begeht deshalb, wer einen anderen durch Einwirkung auf dessen Entschlussbildung dazu veranlasst, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge auf das Bundesgebiet zu verbringen und dabei zumindest in dem Bewusstsein handelt, dass sein Verhalten diese von ihm gebilligten Wirkungen haben kann.

**135. BGH 1 StR 533/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG München I)**

Bedingter Tötungsvorsatz (Feststellungen); unbeendeter und beendeter Versuch (Aufgabe weiterer Gewalttätigkeiten).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 24 StGB

Allein der Verzicht darauf, durch weitere Gewalttätigkeit den auch schon auf Grund der bisherigen Gewaltanwendung für möglich gehaltenen Tod auf jeden Fall herbeizuführen, kann die Annahme eines Rücktritts durch bloßes Nicht-weiter-Handeln (Rücktritt vom unbeendeten Versuch) nicht begründen.

**146. BGH 2 StR 172/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Darmstadt)**

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (Rechtsbegriff; Beurteilungsspielraum; Bewertungsspielraum; schwere andere seelische Abartigkeit; Indiz des Leistungsvermögens).

§ 21 StGB

1. Bei der Frage, ob sich ein medizinisch-psychiatrischer Befund in der Tatsituation „erheblich“ auf das Leistungsvermögen im Sinne des § 21 StGB ausgewirkt hat, handelt es sich um einen Rechtsbegriff, über dessen Voraussetzungen nach ständiger Rechtsprechung das

Gericht in eigener Verantwortung und ohne Bindung an die Ausführungen des Sachverständigen zu entscheiden hat (BGHSt 49, 45, 53). Die Beurteilung setzt eine Gesamtwürdigung des Gerichts voraus (vgl. nur BGHSt 43, 77), die darauf einzugehen hat, ob der Täter motivatorischen und situativen Tatanreizen wesentlich weniger Widerstand entgegensetzen konnte als ein Durchschnittsbürger. Dabei ist dem Tatrichter grundsätzlich ein weiter Beurteilungs- und Wertungsspielraum eingeräumt. Hierbei muss besonders geprüft werden, ob sich eine festgestellte schwere seelische Abartigkeit auf die konkret abzuurteilende Tat erheblich schuld mindernd ausgewirkt hat.

2. Ein ungestörtes Leistungsverhalten allein ist kein ausreichender Beweis für ein intaktes Hemmungsvermögen (BGHR StGB § 21 Seelische Abartigkeit 14).

**170. BGH 4 StR 514/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Bochum)**

Konkurrenzen beim uneigentlichen Organisationsdelikt.

§ 53 StGB; § 52 StGB; § 263 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Eine darüber hinaus gegebene organisatorische Einbindung des Täters in das betrügerische Geschäftsunternehmen ist in diesen Fällen nicht geeignet, die Einzeldelikte der Tatserie rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen.

2. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 161. BGH 4 StR 344/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG München II)

BGHSt; Brandstiftung (teilweise Zerstörung eines zu gewerblichen Zwecken genutzten Gebäudes); Zerstörung von Bauwerken; Sachbeschädigung.

§ 306 Abs. 1 Fall 2 StGB; § 22 StGB; § 303 StGB

1. Auch die teilweise Zerstörung eines zu gewerblichen Zwecken genutzten Gebäudes erfordert eine solche von Gewicht. Sie liegt wie im Fall der teilweisen Zerstörung eines Wohngebäudes regelmäßig erst dann vor, wenn das Gebäude für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen oder wenn ein für die ganze Sache zwecknötiger Teil unbrauchbar gemacht wird, ferner dann, wenn einzelne Bestandteile des Gebäudes, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, wie etwa eine einzelne Abteilung des Gebäudes, gänzlich vernichtet werden (im Anschluss an Senatsurteil vom 12. September 2002 – 4 StR 165/02, BGHSt 48, 14). (BGHSt)

2. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der teilweisen Zerstörung bei den Brandstiftungsdelikten soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Auslegung der gleichlautenden Tatbestandsfassung in den §§ 305, 305a StGB orientieren. (Bearbeiter)

3. Zur Anwendung auf die Zerstörung einer Teeküche. (Bearbeiter)

### 97. BGH 3 StR 231/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München I)

BGHSt; kriminelle Vereinigung (inländische; ausländische; geografische Zuordnung; Schwerpunkt der Organisationsstruktur; „Diebe im Gesetz“); Wahlfeststellung; Verfolgungsermächtigung; gewerbsmäßige Bandenhehlerei.

§ 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 259 StGB; § 260 StGB

1. Zur Einordnung einer kriminellen Vereinigung als in- oder ausländische bzw. als solche innerhalb oder außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. (BGHSt)

2. Eine Vereinigung im Sinne der §§ 129 ff. StGB setzt einen auf gewisse Dauer angelegten, freiwilligen organisatorischen Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen. (Bearbeiter)

3. Mit Blick auf die Unterschiedlichkeit und Komplexität der bei Vereinigungen anzutreffenden Fallgestaltungen ist die geographische Zuordnung einer Vereinigung von einer an den konkreten Einzelfallumständen orientierten Gesamtbetrachtung abhängig zu machen. (Bearbeiter)

4. Als wesentliches Zuordnungskriterium ist der Schwerpunkt der Organisationsstruktur anzusehen. Anhaltspunkt dafür kann die Konzentration personeller und/oder sachlicher Ressourcen sein. Ferner ist in den Blick zu nehmen, wo nach den Strukturen der Vereinigung deren Gruppenwille gebildet wird. Schließlich kann das eigentliche Aktionsfeld Bedeutung erlangen. (Bearbeiter)

### 101. BGH 3 StR 318/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Oldenburg)

Ausschluss des Angeklagten (Abwesenheit bei Entscheidung über die Entlassung eines Zeugen); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses (Voraussetzungen des Anvertrautseins); sexuelle Nötigung.

§ 247 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 174c Abs. 1 StGB; § 179 StGB

1. Das Anvertrautsein gemäß § 174c Abs. 1 StGB setzt weder das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer voraus noch kommt es darauf an, ob das Verhältnis auf Initiative des Patienten, Täters oder eines Dritten begründet wurde. Ebenso ist unerheblich, ob die entsprechenden Tätigkeiten innerhalb von geschlossenen Einrichtungen, in der ambulanten Versorgung oder im Rahmen häuslicher Betreuung wahrgenommen werden. Ohne Belang ist zudem, ob tatsächlich eine behandlungsbedürftige Krankheit oder eine Behinderung vorliegt, sofern nur die betroffene Person subjektiv eine Behandlungs- der Beratungsbedürftigkeit empfindet.

2. Das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis muss auch nicht von einer solchen – zumindest beabsichtigten – Intensität und Dauer sein, dass eine Abhängigkeit entstehen kann, die es dem Opfer zusätzlich, d.h. über die mit einem derartigen Verhältnis allgemein verbundene Unterordnung unter die Autorität des Täters und die damit einhergehende psychische Hemmung, erschwert, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu entwickeln und zu betätigen. Es ist ausreichend, wenn das Opfer eine fürsorgerische Tätigkeit des Täters entgegennimmt.

3. Nach der durch den Großen Senat für Strafsachen (BGHSt 55, 87) bestätigten Rechtsprechung des Bundes-

gerichtshofs gehört die Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen nicht mehr zu seiner Vernehmung im Sinne des § 247 StPO, sondern bildet einen selbständigen Verfahrensabschnitt und regelmäßig einen „wesentlichen Teil“ der Hauptverhandlung. Der Angeklagte, dessen Entfernung aus dem Sitzungssaal für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen angeordnet war, muss daher zur Verhandlung über die Entlassung der Zeugin wieder zugelassen werden.

4. Der im Protokoll enthaltene Vermerk, die Entlassung der Zeugin sei „im allseitigen Einverständnis“ geschehen, kann das Einverständnis eines in diesem Moment abwesenden Angeklagten, auf weitere Fragen zu verzichten zu wollen, auch nach einer vorherigen Unterrichtung über den wesentlichen Aussageinhalt der Zeugenvernehmung nicht belegen.

**172. BGH 4 StR 522/11 – Beschluss vom 22. November 2011 (LG Augsburg)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Pervertierung; Schädigungsvorsatz; konkrete Gefahr: Begriff des Beinaheunfalls; Ausfallschrittfall).

§ 315b Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Senats setzt die Strafbarkeit nach § 315b Abs. 1 StGB bei einem sog. verkehrsfeindlichen Inneneingriff voraus, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzukommt, dass es der Täter mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht. Erst dann liegt eine – über den Tatbestand des § 315c StGB hinausgehende und davon abzugrenzende – verkehrstypische „Pervertierung“ eines Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen „Eingriff“ in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB.

2. Ferner erfordert ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, dass durch eine der in den Nummern 1 bis 3 des § 315b Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder einer fremden Sache von bedeutendem Wert verdichtet hat. Dabei muss die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.

3. Ein sog. Beinahe-Unfall ist ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, „das sei noch einmal gut gegangen“.

4. Dem ist jeweils nicht schon deshalb entsprochen, wenn der Angeklagte zunächst mit Vollgas anfuhr, er jedoch in einer Entfernung von eineinhalb bis zwei Meter vor dem Zeugen anhielt. Dies gilt auch dann, wenn er

anschließend erneut Vollgas ab, die Kupplung schleifen ließ und sich ruckelnd auf den Zeugen zubewegte, um ihn dazu zu bewegen, aus dem Weg zu gehen, woraufhin der Zeuge einen Ausfallschritt zur Seite machte.

**147. BGH 2 StR 287/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Aachen)**

Versuchte und vollendete besonders schwere Brandstiftung (Inbrandsetzen; gemischt-genutzte Gebäude; wesentliche Gebäudeteile; konkrete Gefahr für die Gesundheit eines anderen Menschen).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB

1. Zwar genügt es für ein vollendetes Inbrandsetzen gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn in einem teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude solche Gebäudeteile selbständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind (BGHR StGB § 306a Abs. 1 Nr. 1 Vollendung 1). Inventar, eine außen angebrachte Markise und eine Innenverkleidung oberhalb eines Schaufensters sind aber keine wesentlichen Gebäudeteile. Das Schmelzen eines Fensterrahmens aus Metall ist ebenfalls kein des Inbrandsetzens dar.

2. Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Alternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann vollendet ist, wenn zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist (BGH, Beschluss vom 10. Mai 2011 – 4 StR 659/10). Verschmutzungen sind einem teilweisen Zerstören der Räume noch nicht gleichzustellen, soweit sie keine nachhaltige Verrußung darstellen, die umfangreiche Renovierungsarbeiten in den Wohnräumen erforderlich machen.

3. Ist das „Gebäude“ im Sinne von § 306a Abs. 2 StGB im Einzelfall zugleich ein „Wohngebäude“, müssen zur Vollendung des Auffangtatbestands nicht notwendigerweise Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. Es genügt, wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann, dies aber nur dann, wenn durch die typischen Folgen der Brandlegung, wie Rauch- und Rußentwicklung, eine konkrete Gefährdung der Gesundheit eines Menschen verursacht wurde (BGHSt 56, 94, 96). Voraussetzung für die Annahme einer konkreten Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung ist der Eintritt einer kritischen Situation, in der es praktisch nur noch vom Zufall abhängt, ob sich die Gefahr realisiert.

**168. BGH 4 StR 477/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011**

Beweisanforderungen bei einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit (Straßenverkehrsgefährdung; Fahren im fahruntüchtigen Zustand).

§ 315c StGB; § 316 StGB; § 261 StPO

1. Anders als bei Alkohol kann der Nachweis einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a., § 316 StGB auch weiterhin nicht allein durch einen bestimmten Blutwirkstoffbefund geführt werden. Gesicherte Erfahrungswerte, die es erlauben würden, bei Blutwirkstoffkonzentrationen oberhalb eines bestimmten Grenzwertes ohne Weiteres auf eine rauschmittelbedingte Fahrunsicherheit zu schließen, bestehen nach wie vor nicht (BGHSt 44, 219, 222; BGH StV 2009, 359, 360). Es bedarf daher neben dem positiven Blutwirkstoffbefund noch weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen, die im konkreten Einzelfall belegen, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des betreffenden Kraftfahrzeugführers soweit herabgesetzt war, dass er nicht mehr fähig gewesen ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern (BGH NZV 2008, 528, 529). Das ohne eine phänomengebundene Schilderung mitgeteilte Erscheinungsbild des Angeklagten („leicht beeinflusst“) reicht dazu nicht aus.

2. Die Empfehlungen der Gemeinsamen Arbeitsgruppe für Grenzwertfragen und Qualitätskontrolle bezeichnen lediglich Messwerte, die mindestens erreicht sein müssen, damit eine Blutwirkstoffkonzentration bei Anwendung der Richtlinien der Gesellschaft für Toxikologische und Forensische Chemie als qualitativ sicher nachgewiesen und quantitativ richtig bestimmt gelten kann (sog. Analytische Grenzwerte). Da diese Grenzwerte keine Aussage über eine Dosis-Blutkonzentrations-Wirkungs-Beziehung enthalten, lässt ihre Überschreitung für sich genommen noch keinen zuverlässigen Rückschluss auf eine im konkreten Fall gegebene, eine Strafbarkeit nach § 316 StGB begründende rauschmittelbedingte Fahrunsicherheit zu.

**180. BGH 4 StR 606/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Dortmund)**

Hehlerei (Bereichungsabsicht und Kauf zum Marktpreis); Tat im prozessualen Sinne (Nämlichkeit der Tat); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

§ 259 StGB; § 264 StPO; § 54 StGB; § 55 StGB

1. Eine Strafbarkeit wegen Hehlerei setzt voraus, dass der Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung in der Absicht gehandelt hat, sich oder einen Dritten zu bereichern, d.h. einen Vermögensvorteil zu erlangen oder dem Dritten zu verschaffen. Hierfür genügt grundsätzlich der Ankauf zum – vom Täter als solchem erkannten – Marktpreis nicht; auch wenn sich der Täter, wie er weiß, eine vergleichbare Sache ebenso günstig und ebenso leicht auf einwandfreie Weise hätte verschaffen können, fehlt es an der Bereicherungsabsicht.

2. Anderes kann gelten, wenn der Angeklagte den Tatgegenstand in der Absicht gewinnbringender Weiterveräußerung erworben hat.

**104. BGH 3 StR 359/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Oldenburg)**

Sexuelle Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Ausnutzungsbewusstsein).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 16 StGB

1. Der Tatbestand der sexuellen Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB) setzt voraus, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert wäre. Hierfür kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände an, die in den äußeren Gegebenheiten, in der Person des Opfers oder des Täters vorliegen.

2. Neben den äußeren Umständen, wie etwa der Einsamkeit des Tatortes und dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten, kann auch die individuelle Fähigkeit des Opfers, in der konkreten Situation mögliche Einwirkungen abzuwehren, wie zum Beispiel eine stark herabgesetzte Widerstandsfähigkeit aufgrund geistiger oder körperlicher Behinderung, von Bedeutung sein.

3. Die spezifische Schutzlosigkeit gegenüber nötigen Gewalteinwirkungen des Täters muss ferner eine Zwangswirkung auf das Opfer dahin entfalten, dass es solche Einwirkungen fürchtet und im Hinblick hierauf einen – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet.

4. Schließlich muss der Täter das Ausgeliefertsein des Opfers dazu ausnutzen, dieses zur Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu nötigen. Dies bedeutet, dass er die tatsächlichen Voraussetzungen der Schutzlosigkeit auch als Bedingung für das Erreichen seiner sexuellen Handlungen erkennen muss, so dass der subjektive Tatbestand zumindest bedingten Vorsatz dahin voraussetzt, dass das Opfer in die sexuellen Handlungen nicht einwilligt und dass es gerade wegen seiner Schutzlosigkeit auf einen grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, das Opfer also die Handlungen nur wegen seiner Schutzlosigkeit vornimmt oder geschehen lässt.

**165. BGH 4 StR 453/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Besonders schwerer Fall des Betruges (Anlagebetrug; Regelbeispiele; Vermögensverlust großen Ausmaßes; Gefahr der Vermögensschädigung für eine große Anzahl von Personen).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1; Nr. 2 Alt. 1 StGB

1. Das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB bezieht sich nicht auf den erlangten Vorteil des Täters, sondern allein auf die Vermögenseinbuße beim Opfer. Das Ausmaß der Vermögenseinbuße ist daher auch bei Betrugsserien, die nach den Kriterien der rechtlichen oder natürlichen Handlungseinheit eine Tat bilden, opferbezogen zu bestimmen. Eine Addition der Einzelschäden kommt nur in Betracht, wenn sie dasselbe Opfer betreffen (BGH NStZ 2011, 401, 402).

2. Für das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB muss sich die Vorstellung des Täters auf die fortgesetzte Begehung mehrerer rechtlich selbständiger Betrugstaten richten.

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 148. BGH 2 StR 305/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Gießen)

Formelle und materielle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung nach der Weitergeltungsanordnung des BVerfG (Meistbegünstigungsprinzip; Vertrauensschutz; Gesetzlichkeitsprinzip; Anwendung auf Raub- und Erpressungsdelikte).

§ 66 Abs. 1 StGB a.F.; Art. 316e Abs. 2 EGStGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 249 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 252 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1. Die Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts bildet in der Übergangszeit die Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen in das Freiheitsrecht des Angeklagten. Sie tritt dabei vorläufig an die Stelle eines Gesetzes im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Satz 3, 104 Abs. 1 GG und enthält eine außerordentliche Eingriffsermächtigung, die eng auszulegen ist. Während der Dauer der Weitergeltung von § 66 Abs. 1 StGB muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung um einen verfassungswidrigen Eingriff in das Freiheitsrecht handelt. Der hohe Wert dieses Grundrechts beschränkt das übergangsweise zulässige Eingriffsspektrum. Danach dürfen Eingriffe nur soweit reichen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten. Die Sicherungsverwahrung darf derzeit nur nach Maßgabe einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird ihre Anordnung in der Regel nur verhältnismäßig sein, „wenn eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder in dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist“ (BVerfG aaO). Danach sind erhöhte Anforderungen sowohl an die Konkretisierung der Rückfallprognose als auch an den Wert der gefährdeten Rechtsgüter zu stellen.

2. Im Hinblick auf die Eigenschaft der Maßregel als Sicherungsmittel kommt es bei der auf den Einzelfall bezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, anders als bei der gesetzgeberischen Vorbewertung durch den Katalog tauglicher Vor- und Anlasstaten, prinzipiell nicht auf die Bezeichnung des Straftatbestands an, dessen Verletzung für die Zukunft droht, auch nicht auf den durch gesetzliche Straffrahmen im Voraus gewichteten Schuldumfang, sondern auf die Bedeutung des vor Rückfalltatens des Angeklagten zu schützenden Rechtsguts, ferner auf den Grad der Wahrscheinlichkeit einer künftigen Rechtsgutsverletzung und gegebenenfalls auf die mögliche Verletzungsintensität.

3. Der Staat hat die Aufgabe, die Rechtsgüter potentieller Tatopfer vor Verletzungen durch Straftaten zu schützen. Je existentieller die betroffenen Güter für den Einzelnen

sind, desto intensiver muss der staatliche Schutz vor Beeinträchtigungen sein. Für die Anwendung des § 66 StGB sind aufgrund der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts als zu schützende Rechtsgüter das Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und die sexuelle Selbstbestimmung potenzieller Tatopfer (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) von Bedeutung. Die Gewichtung dieser Rechtsgüter durch das Bundesverfassungsgericht ist bei der strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Maßregelungsanordnung in der Übergangszeit zu beachten.

4. Danach reichen etwa Betäubungsmitteldelikte regelmäßig nicht als Maßregelanlass aus; andererseits genügen schwerer sexueller Missbrauch von Kindern oder Vergewaltigung (vgl. BGH, Urteil vom 4. August 2011 – 3 StR 175/11). Raubdelikte im Sinne des zwanzigsten Abschnitts des Strafgesetzbuchs (vgl. § 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.) können schwere Gewalttaten im Sinne der Weitergeltungsanordnung sein. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Einfacher Raub oder räuberische Erpressung unter Anwendung von physischer Gewalt gegen Personen, schwerer oder besonders schwerer Raub sowie schwere oder besonders schwere räuberische Erpressung unter Anwendung von physischer Gewalt oder Einsatz objektiv gefährlicher Tatmittel zählen unzweifelhaft zu den „schweren Gewalttaten“. Werden dagegen zur Tatbegehung ausschließlich Drohungen ausgesprochen, die der Täter tatsächlich nicht realisieren will, und ist angesichts objektiv ungefährlicher Tatmittel keinesfalls mit einer Gewalteskalation zu rechnen, die Leib oder Leben von Opfern konkret gefährdet, dann wird durch zukünftige Taten kein Rechtsgut bedroht, dessen Schutz die Anwendung der verfassungswidrigen Norm auch in der Übergangszeit rechtfertigen könnte. Verbrechen nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB stellen, wenn aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit allein der Einsatz objektiv ungefährlicher Scheinwaffen zu erwarten ist, für sich genommen in der Regel keine ausreichend schweren Prognosestaten für die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund der Weitergeltungsanordnung dar.

#### 109. BGH 3 StR 378/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Täters); Doppelverwertungsverbot beim gewerbsmäßigen Einschleusen von Ausländern (Gewinnstreben); Absehen vom Verfall (obligatorische Erörterung bei prekären wirtschaftlichen Verhältnissen; Verbrauchen).

§ 46 StGB; § 96 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 73c StGB

1. Eine an den anerkannten Strafzwecken ausgerichtete Strafzumessung ist jedenfalls bei Straftaten von einigem

Gewicht ohne Würdigung der persönlichen Verhältnisse des Täters in der Regel nicht möglich. Es bedeutet daher einen Sachmangel, wenn der Tatrichter bei der Strafzumessung die persönlichen Verhältnisse des Täters außer Acht lässt.

2. Die persönlichen Verhältnisse des Täters sind unabhängig von ihren Auswirkungen auf die Tatbegehung bei der Beurteilung der Frage heranzuziehen, welche Wirkungen die Strafe voraussichtlich haben wird.

**158. BGH 2 StR 502/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Bonn)**

Körperverletzung mit Todesfolge (Provokation im Sinne des § 213 StGB: Ohrfeige; Minder schwerer Fall: Affekt und Alkoholintoxikation).

§ 223 StGB; § 227 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB

1. Liegen die Voraussetzungen des § 213 StGB vor, muss die Strafe im Fall des § 227 StGB zwingend nach § 227 Abs. 2 StGB gemildert werden (BGHSt 25, 222; BGH NStZ-RR 2000, 80). Eine Ohrfeige stellt nicht stets einen Fall des § 213 StGB dar.

2. Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten auch bei § 227 Abs. 2 StGB nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn und soweit sie gerade Ausdruck des die erhebliche Minderung seiner Schuldfähigkeit begründenden geistig-seelischen Zustandes des Angeklagten ist (BGH NStZ 1997, 592 mN). Für eine strafscharfende Verwertung der Handlungsintensität verbleibt zwar durchaus Raum nach dem Maß der geminderten Schuld; jedoch muss das Urteil erkennen lassen, dass sich der

Tatrichter dieser Problematik bewusst war und ihr Rechnung getragen hat (BGH NStZ-RR 2003, 104 mN).

**118. BGH 5 StR 422/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Lübeck)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; länger währende Straffreiheit).

§ 63 StGB

1. Die außerordentlich beschwerende Maßregel der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus setzt eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades voraus, dass von dem Betroffenen in Zukunft rechtswidrige Taten von Erheblichkeit zu erwarten sind; die bloße Möglichkeit genügt dementsprechend nicht.

2. Länger währende Straffreiheit ist als gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten heranzuziehen.

**107. BGH 3 StR 375/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Mönchengladbach)**

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung der Art der Tatausführung).

§ 46 StGB; § 21 StGB

Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nur dann strafscharfend zur Last gelegt werden, wenn sie vorwerfbar ist, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht zu vertretenen geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**150. BGH 2 StR 346/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (BGH)**

Recht auf den gesetzlichen Richter (ordnungsgemäße Gerichtsbesetzung bei Vergabe eines doppelten Senatsvorsitzes; materielle Gewährleistung einer tatsächlichen Unabhängigkeit und normativ legitim zu erwartende Leistungsfähigkeit: sachgerechte Ausübung der Leitungsfunktion durch den Vorsitzenden).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 21e GVG; § 21f Abs. 2 GVG

1. Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann ab 1. Januar 2012 dem 2. Strafsenat als Vorsitzender zugewiesen ist, steht mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Einklang. Er führt zu einer nicht ordnungsgemäßen Besetzung des Senats.

2. Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung von Amts wegen zu prüfen und darüber in eigener Verantwortung zu ent-

scheiden. Dies gilt unabhängig vom Vorliegen eines Besetzungseinwands von Verfahrensbeteiligten. Auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verbindlichkeit von Geschäftsverteilungsplänen steht dem nicht entgegen.

3. Die Verteilung der richterlichen Aufgaben liegt zwar im pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums, dem dabei ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt ist. Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit seinen Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden hat.

4. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG stellt auch materielle Anforderungen an den gesetzlichen Richter. Nur der neutrale, unparteiliche und unabhängige Richter ist gesetzlicher Richter im Sinne der Verfassungsnorm. Herausragende Bedeutung kommt dabei der durch Art. 97 GG geschützten Unabhängigkeit des Richters zu. Sie fordert auch

Minimalbedingungen für die freie Ausübung der richterlichen Tätigkeit. So wenig ein Richter durch Maßnahmen der Geschäftsverteilung aus seinem Amt verdrängt werden darf, so wenig darf er mit unerfüllbaren Aufgaben beauftragt werden, indem ihm ein Pensum auferlegt wird, das sich in sachgerechter Weise nicht mehr erledigen lässt. Eine sichere oder auch nur in Kauf genommene dauerhafte Überlastung eines Richters beeinträchtigt die gleichmäßige Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs der Rechtssuchenden. Sie stellt die Unabhängigkeit des Richters bei der Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben in Frage.

5. Kern der Tätigkeit der Strafsenate des BGH ist die rechtliche Überprüfung schriftlicher, oft umfangreicher Urteilsgründe anhand ebenfalls schriftlicher Revisionschriftsätze. Diese Aufgabe kann sachgerecht nur erfüllt werden, wenn die in den sog. „Senatsheften“ – die mitunter viele hundert Seiten umfassen können – enthaltenen Revisionsunterlagen sorgfältig durchgearbeitet werden. All dies kann dem Vorsitzenden nicht durch den Vortrag eines – unter Umständen weniger erfahrenen – Berichterstatters vermittelt werden.

6. Der Vorsitzende eines Strafsenats des BGH leitet die Beratung, er stellt die Fragen und sammelt die Stimmen (§ 194 Abs. 1 GVG). Er übernimmt in der Regel keine eigenen Berichterstattungen und beschränkt sich regelmäßig – ohne besondere Gestaltung in einzelnen Verfahren – darauf, durch die Leitung von Beratung und Hauptverhandlung die Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Senats sicherzustellen. Die Begleitung und Kontrolle des Berichterstatters durch den Vorsitzenden erweist sich als notwendig, um einen grundrechtlich garantierten effektiven Rechtsschutz durch den erforderlichen substanziellen Zugriff auf die inmitten stehenden Rechtsfragen sicherzustellen.

**173. BGH 4 StR 523/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Flensburg)**

Gesetzlicher Richter (ordnungsgemäße Besetzung bei Übernahme zweier Strafsenate durch den Senatsvorsitzenden).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 21f GVG; § 160a StPO

1. Der Senat ist mit dem Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann trotz dessen Übernahme des 2. Strafsenats vorschriftsmäßig besetzt, auch wenn im Kollisionsfall die Tätigkeit im 2. Strafsenat vorgeht. Das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Absatz 1 Satz 2 GG) ist gewahrt.

2. Ein Fall der Divergenz zu der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 – liegt nicht vor, weil der 2. Strafsenat in einem späteren Urteil vom gleichen Tag – 2 StR 482/11 – diese Rechtsprechung aufgegeben hat.

**99. BGH 3 StR 315/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)**

Mündlichkeitsprinzip; Inbegriff der Hauptverhandlung; Verlesung eines psychiatrischen Behandlungsberichts;

Anordnung des Vorsitzenden (Antrag auf Entscheidung der Kammer; Rüge der Verletzung zwingenden Rechts).  
§ 238 StPO; § 261 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 256 StPO

1. Ein Antrag nach § 238 Abs. 2 StPO auf Entscheidung der gesamten Kammer ist nicht Voraussetzung dafür, dass ein Verstoß gegen § 250 StPO mit der Revision zulässig geltend gemacht werden kann.

2. Bedarf eine Maßnahme in der Hauptverhandlung von vornherein eines Gerichtsbeschlusses, so ist – falls der Vorsitzende die Maßnahme gleichwohl allein anordnet – schon der Anwendungsbereich des § 238 Abs. 1 StPO nicht eröffnet. Es besteht demgemäß kein Anlass für ein Verfahren nach § 238 Abs. 2 StPO. Dieses kann damit auch nicht Voraussetzung einer zulässigen Rüge im Revisionsverfahren sein.

3. Die Verletzung zwingenden Rechts oder das Unterlassen unverzichtbarer Maßnahmen durch den Vorsitzenden kann ein Revisionsführer auch dann rügen, wenn er in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht nach § 238 Abs. 2 StPO vorgegangen ist.

4. Da es bei der Entscheidung des Vorsitzenden über die Zulässigkeit der Verlesung nach § 256 Abs. 1 StPO allein darum geht, die gegebenen Verfahrenstatsachen unter die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm zu subsumieren, handelt sich insoweit um die Anwendung zwingenden Rechts. Daher ist ein Verstoß auch dann revisibel, wenn nicht gemäß § 238 Abs. 2 StPO auf Entscheidung der Kammer angetragen wurde.

5. Zwar ist dem Vorsitzenden im Falle des Vorliegens der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verlesung gem. § 256 Abs. 1 StPO bei der Entscheidung über die Verlesung ein Ermessensspielraum eröffnet. Dies ändert jedoch an der Verzichtbarkeit des Antrags nach § 238 Abs. 2 StPO nichts, soweit die Revision lediglich rügt, dass schon die – keinen Ermessensspielraum eröffnenden – Voraussetzungen der Norm nicht vorgelegen hätten, und nicht die Ausübung des Ermessens durch den Vorsitzenden angreift.

5. Der Senat lässt offen, ob er sich dem Ansatz des 1. Strafsenats anzuschließen vermöchte, wonach die Verletzung eines Rechts, auf das der Angeklagte nach seinem Belieben verzichten kann, mit der Revision nur rügbar ist, wenn der Angeklagte zuvor nach § 238 Abs. 2 StPO auf eine Entscheidung des gesamten Spruchkörpers angetragen hat.

**136. BGH 1 StR 547/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG München I)**

Reichweite des Verwertungsverbots gemäß § 252 StPO bei Berufsheimnisträgern (Widerruf der Entbindung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht); Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Verletzung des Konfrontationsrecht des Angeklagten.

§ 252 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Zwar ist die Vorschrift des § 252 StPO grundsätzlich auch auf Berufsheimnisträger i.S.v. § 53 StPO angewend-

bar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, an der der Senat festhält, darf aber der Ermittlungsrichter über den Inhalt der Aussage eines gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Arztes vernommen werden, die dieser vor dem Ermittlungsrichter gemacht hat, wenn der Arzt bei dieser Aussage gemäß § 53 Abs. 2 StPO von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war (BGHSt 18, 146; BGH StV 1997, 233).

2. Durch das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO wird der Berufsheimnisträger geschützt und nicht diejenige Person, die ihn von der Schweigepflicht entbinden kann. Ihr Recht beschränkt sich darauf, darüber zu entscheiden, ob sie den Berufsheimnisträger von der Schweigepflicht entbindet oder nicht. Sie hat indes keinen Anspruch darauf, dass der Berufsheimnisträger die Aussage verweigert und das Gericht nicht verwertet, was er gleichwohl ausgesagt hat (BGHSt 18, 146, 147).

3. Macht der zunächst von der Schweigepflicht entbundene Berufsheimnisträger im Ermittlungsverfahren seine Angaben nicht vor einem Ermittlungsrichter, sondern im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung, führt dies ebenfalls nicht zum Vorliegen eines Verwertungsverbots gemäß § 252 StPO. Die Verwertbarkeit der Angaben der Vernehmungsperson ergibt sich im Fall der Vernehmung einer jedenfalls zu diesem Zeitpunkt von der Schweigepflicht entbundenen Person nicht erst aus der besonderen Bedeutung der richterlichen gegenüber einer sonstigen Vernehmung.

4. Eine Rüge der Verletzung des Konfrontationsrechts ist gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig, wenn sie sich lediglich auf die Behauptung einer Verletzung des Konfrontationsrechts beschränkt und weder Angaben zum Inhalt der Vernehmung noch dazu enthält, ob der Angeklagte oder die Verteidigung von dem Vernehmungstermin unterrichtet waren, wann sie vom Inhalt der Vernehmung Kenntnis erlangt haben und ob sie zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens die Gelegenheit hatten, den Zeugen zu befragen oder befragen zu lassen. Insbesondere ist ein Versuch, eine Befragung des Zeugen zu erwirken, mitzuteilen. Es ist mitzuteilen, welche über die vom Vernehmenden gestellten hinausgehenden weiteren Fragen dem Zeugen hätten gestellt werden sollen.

#### **169. BGH 4 StR 500/11 – Urteil vom 8. Dezember 2011 (LG Essen)**

Unterbliebene Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Verwertungsverbot bei Bedeutung für den Mitangeklagten); Hehlerei (Ankaufen; Sichverschaffen).

§ 52 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO; § 259 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in einem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte der Angehörige eines Beschuldigten im Hinblick auf die Zwangslage, in der er sich befindet, das Zeugnis in vollem Umfang verweigern, wenn die Aussage auch seinen Angehörigen betrifft. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass in irgendeinem Verfahrensabschnitt, also auch im Ermittlungsverfahren, ein gegen die mehreren Beschuldigten gerichtetes zusammenhängendes ein-

heitliches Verfahren in Bezug auf dieselbe Tat im Sinne des historischen Geschehens anhängig war (BGHSt 32, 25, 29; 34, 138, 141). Für diesen Zusammenhang im Sinne einer prozessualen Gemeinsamkeit reicht die Gleichzeitigkeit der Ermittlungen im Sinne eines bloß faktisch gemeinsamen Vorgangs nicht aus. Sie kann nur durch eine ausdrückliche Willensentscheidung der Staatsanwaltschaft begründet werden (BGHSt 34, 215, 217). Das Zeugnisverweigerungsrecht erlischt grundsätzlich erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des gegen den Mitbeschuldigten gerichteten Verfahrens oder mit dessen Tod (BGHSt 54, 1, 4 m.w.N.).

2. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der als Zeuge vernommene Angehörige eines früheren Mitbeschuldigten damals ebenfalls Mitbeschuldigter war.

3. Unterbleibt die Belehrung entgegen § 52 Abs. 3 StPO und ist dieser Verfahrensverstöß auch nicht anderweitig geheilt worden ist, besteht für die zeugenschaftlichen Angaben grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot.

4. Die Tatmodalität des Ankaufens im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB setzt in objektiver Hinsicht das Einvernehmen zwischen Vortäter und Hehler im Sinne einer vertraglichen Vereinbarung sowie die Übertragung der Verfügungsgewalt an den jeweiligen Gegenständen voraus.

#### **121. BGH 5 StR 434/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Hamburg)**

Zeugnisverweigerungsrecht (Verfahren gegen einen Verwandten); Beweisverwertungsverbot bei mangelnder Belehrung; Begünstigung eines Mitbeschuldigten im Wege eines Rechtsreflexes).

§ 52 StPO

1. Der Senat deutet Zweifel an der bisherigen Rechtsprechung an, wonach ein Zeuge hinsichtlich aller Beschuldigter zur Verweigerung des Zeugnisses gemäß § 52 Abs. 1 StPO berechtigt und hierüber auch zu belehren ist, wenn sich ein einheitliches Verfahren gegen mehrere Beschuldigte richtet oder gerichtet hat und der Zeuge jedenfalls zu einem von ihnen in einem von § 52 Abs. 1 StPO erfassten Angehörigenverhältnis steht, sofern der Sachverhalt, zu dem er aussagen soll, auch seinen Angehörigen betrifft.

2. Stattdessen könnte das Zeugnisverweigerungsrecht nach nicht tragender Überlegung des Senats auch nur so lange Bestand haben, wie sich das Verfahren im Zeitpunkt der Entscheidung über das Verweigerungsrecht noch gegen einen angehörigen Angeklagten richtet und nicht – davon gelöst – lediglich als Rechtsreflex auch Nichtangehörige begünstigt.

#### **145. BGH 2 StR 112/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Darmstadt)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz bei der Zeugenvernehmung (Verlesung von Vernehmungsprotokollen; Widerruf der Zustimmung der Verteidigung); Inbegriff der Hauptverhandlung (Mitschriften unzuständiger Richter der entscheidenden Strafkammer).

§ 249 Abs. 2 StPO; § 250 StPO; § 251 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 261 StPO

1. Es bleibt offen, ob die Zustimmung der Verteidigung zur Verlesung von Vernehmungsprotokollen nach der Anordnung der Beweiserhebung aber noch vor der Verlesung widerrufen werden kann. Denn das Landgericht hat die Niederschriften dieser Vernehmungen im Urteil nicht verwertet, so dass der Senat jedenfalls ausschließen kann, dass das Urteil auf dem gerügten Verfahrensfehler beruht.

2. Das Vorgehen, eine zwar der Strafkammer, nicht aber dem erkennenden Spruchkörper angehörende Richterin „zur Entlastung“ des Berichterstatters „ebenfalls mitschreiben“ zu lassen, erscheint unter dem Blickwinkel eines möglichen Verstoßes gegen § 261 StPO nicht unbedenklich. Die Anfertigung von Mitschriften gemäß § 261 StPO obliegt allein den Mitgliedern des erkennenden Gerichts und kann nicht auf Dritte delegiert werden.

**163. BGH 4 StR 430/11 – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Beweisantrag bei selbst geladenen Zeugen der Verteidigung (präsenes Beweismittel; Alternativitätsrüge; Darlegungsanforderungen).

§ 245 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 38 StPO; § 220 StPO

1. Ein Angeklagter kann die Vorladung von Beweispersonen im Sinne des § 245 Abs. 2 Satz 1 StPO gemäß §§ 220, 38 StPO nur mit Hilfe eines Gerichtsvollziehers bewirken (BGH NStZ 1981, 401). Er hat die förmliche Ladung nachzuweisen, wenn diese nicht aktenkundig ist. Die Einhaltung der Ladungsform gemäß § 38 StPO erübrigt sich nicht dadurch, dass die Verteidigung einen nach § 245 Abs. 2 Satz 1 StPO ohnehin erforderlichen Beweisantrag stellt.

2. Eine zulässige Verfahrensrüge setzt gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO voraus, dass der behauptete Verstoß gegen formelles Recht so konkret und bestimmt vorgetragen wird, dass keine Zweifel verbleiben, welche Verfahrensvorschrift verletzt sein und anhand welcher Norm der gerügte Verstoß geprüft werden soll. Dies gilt namentlich dann, wenn zwei Vorschriften inmitten stehen, die ähnliche Regelungen enthalten, sich aber im entscheidungserheblichen Punkt doch unterscheiden: § 245 Abs. 2 Satz 3 StPO erlaubt die Ablehnung eines Beweisantrags – soweit hier von Interesse – nur, wenn zwischen der Beweistatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Zusammenhang besteht; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO lässt hingegen Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen genügen.

**98. BGH 3 StR 284/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Antrag auf ein anthropologisches Identitätsgutachten; völlig ungeeignetes Beweismittel; Klärung im Freibeweis); Verwertungsverbot nach nicht verstandener Belehrung (Beweiserfordernis; mögliche psychotische Störung).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher

gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erreichen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste.

2. Wird eine Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt, so kommt völlige Ungeeignetheit in Betracht, wenn es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf. Umgekehrt ist ein Sachverständiger nicht schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr schon dann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können.

3. Ob eine sachverständige Begutachtung auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben geeignet ist, kann und muss der Tatrichter in Zweifelsfällen im Wege des Freibeweises – etwa durch eine Befragung des Sachverständigen zu den von ihm für eine Begutachtung benötigten Anknüpfungstatsachen – klären.

4. Soll ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht werden, weil der Angeklagte eine Aussage nur gemacht habe, da er eine Belehrung bei seiner polizeilichen Vernehmung wegen einer akuten psychotischen Störung nicht verstanden habe, muss dieser Umstand sicher festgestellt werden. Dem Beschluss des Bundesgerichtshofs 1 StR 454/06 vom 8. November 2006 (BGHR StPO § 136 Belehrung 14) liegt entgegen Stimmen in der Literatur kein anderer rechtlicher Maßstab zugrunde.

**157. BGH 2 StR 483/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Köln)**

Unzulässig erhobene Rüge der nicht ordnungsgemäßen Besetzung (Durchführung einer Schöffenwahl).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 42 GVG

Werden Schöffen anhand einer Vorschlagsliste nach ihrer Platzziffer im Wege eines Abzählverfahrens bzw. in rasmäßigen Schritten übernommen, muss die Verfahrensrüge, die jenes Verfahren als Verstoß gegen § 42 GVG beanstandet, darlegen, dass die Schöffen des Verfahrens von diesem Wahlverfahren betroffen sind, falls die Schöffen die beanstandeten Platzziffern nicht aufweisen. Zudem muss die Revision mitteilen, ob der Wahlausschuss einen Willen dahingehend gebildet hat, dass die im Wege einer (möglicherweise) auf einem Abzählmuster basierenden Vorauswahl ermittelten Personen als Schöffen gewählt sein sollten.

**164. BGH 4 StR 430/11 – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung von Anwaltsverschulden bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Wiedereinset-

zungsantrags: Unterschrift eines nicht mandatierten Rechtsanwalts, Mehrfachverteidigung; Darlegung des Zeitpunkts des Wegfalls des Hindernisses).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StPO; § 146 StPO

1. Innerhalb der Wochenfrist des § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO muss der Antragsteller auch Angaben über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses machen. Entscheidend für den Fristbeginn ist der Zeitpunkt der Kenntnissnahme durch den Angeklagten.

2. Jedenfalls in den Fällen, in denen wie hier die Wahrung der Frist des § 45 Abs. 1 StPO nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags, dass der Antragsteller mitteilt, wann das Hindernis, das der Fristwahrung entgegensteht, weggefallen ist (BGHR StPO § 45 Abs. 2 Tatsachenvortrag 7). Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre (BGH, Beschluss vom 4. August 2010 – 2 StR 365/10).

3. Ein Pflichtverteidiger kann seine Befugnisse nicht auf einen von ihm bevollmächtigten, mit ihm in Bürogemeinschaft verbundenen und für einen Mitangeklagten als Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalt wirksam übertragen (BGHR StPO § 349 Abs. 1 Einlegungsmangel 2 m.w.N., BGH NStZ 1995, 356 f.).

#### **175. BGH 4 StR 553/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Saarbrücken)**

Wirksamer Eröffnungsbeschluss (Unterschriften; Mitwirkung aller Berufsrichter; Verfahrenshindernis); un-

zulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 44 StPO; § 203 StPO

Ein Eröffnungsbeschluss ist unwirksam, wenn er nicht von der im Gesetz vorgeschriebenen Anzahl an Richtern erlassen wurde. Hierbei kommt es aber nicht auf die Zahl der Unterschriften, sondern auf die Zahl der Richter an, die bei der Beschlussfassung mitgewirkt haben (BGHSt 10, 278, 279). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Er ist hieran auch nicht durch die im Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. September 2011 (3 StR 280/11) als entgegenstehend zitierte Rechtsprechung gehindert. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in späteren Entscheidungen eine etwaige entgegenstehende frühere Rechtsprechung aus dem Jahr 1977 aufgegeben (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 34). Der 4. Strafsenat hält an einer etwaigen entgegenstehenden Rechtsprechung nicht fest.

#### **124. BGH 5 StR 471/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Itzehoe)**

Adhäsionsverfahren; Feststellungsanspruch (Haftungsquote).

§ 406 StPO

Steht im Raum, dass der Adhäsionskläger einen Teil des ihm entstandenen Schadens selbst zu tragen hat, so muss auch bei einem Feststellungsausspruch im Rahmen des Adhäsionsverfahrens gemäß § 256 Abs. 1 ZPO eine entsprechende Quote festgestellt werden. Zudem ist auszusprechen, zu welchem Bruchteil die Schadensersatzpflicht besteht.

## Rechtsprechung

### V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

#### **120. BGH 5 StR 425/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Berlin)**

Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Bewertungseinheit; Strafzumessung).

§ 95 AMG; § 52 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

1. Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bewertungseinheit im Betäubungsmittelstrafrecht gilt für die gleichgelagerte Konstellation des Inverkehrbringens von Arzneimitteln entsprechend.

2. Danach ist aufgrund Bewertungseinheit eine einheitliche Tat anzunehmen, wenn ein und derselbe Güterumsatz Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist. Dies kann auch gegeben sein, wenn verschiedenartige Präparate Gegenstand der zu beurteilenden Geschäfte sind, etwa wenn diese „im Gesamtpaket“ erworben werden.

3. Die Annahme einer Bewertungseinheit setzt allerdings konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass bestimmte Einzelverkäufe aus einer einheitlich erworbenen Gesamtmenge herrühren. Eine lediglich willkürliche Zusammenfassung ohne ausreichende Anhaltspunkte kommt nicht in Betracht; auch der Zweifelssatz gebietet in solchen Fällen nicht die Annahme einer einheitlichen Tat.

4. Das Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AMG umfasst zwar das „Bodybuilding“ und generell den Freizeitsport. Jedenfalls vorrangiges Schutzgut dieser Bestimmungen ist die Gesundheit. Im Rahmen der konkreten Strafzumessung wäre aber zu bedenken sein, ob die Dopingmittel – über die Selbstgefährdung des Einnehmenden hinaus – auch zu Wettkampfpurposen bestimmt

waren, wodurch die Chancengleichheit und Fairness im Sport, unter Umständen auch Belange von möglichen Konkurrenten beeinträchtigt sein könnten. Zudem ist es im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen, wenn nur ein Teil der vom Angeklagten vertriebenen Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sinne des § 6a AMG gedient haben.

**113. BGH 5 StR 122/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Dresden)**

Verletzung der Buchführungspflicht; Bankrott; Interessentheorie.

§ 283 StGB; § 283b StGB

Der Senat neigt nicht tragend dazu, die von der Rechtsprechung namentlich für Vermögensverschiebungen in der unternehmerischen Krise entwickelte Interessentheorie jedenfalls auf Buchführungs- und Bilanzdelikte (§ 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 8, § 283b StGB) nicht anzuwenden.

**132. BGH 1 StR 459/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG München II)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Scheinrechnungen; besonders schwerer Fall); angemessene Rechtsfolge (eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 14c Abs. 2 Satz 3 UStG; § 354 Abs. 1a StPO

1. Bei der Umsatzsteuerhinterziehung sind etwaige Rechnungsberichtigungen bei Scheinrechnungen im Fall des § 14c Abs. 2 Satz 3 UStG nicht für den Schuldumfang zu berücksichtigen, soweit eine Berichtigung des Steuerbetrages nur möglich gewesen wäre, wenn die Gefährdung des Steueraufkommens beseitigt worden wäre.

2. Das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO liegt bei Verkürzungsbeträgen unter 50.000 Euro nicht vor.

**171. BGH 4 StR 517/11 – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (LG Essen)**

Anforderungen an die Feststellungen bei Betäubungsmittelhandel (Einfuhr von Betäubungsmitteln; Wirkstoffmenge; bloße Vermutungen; Amphetaminzubereitung; mögliches Falsifikat); Erörterungsmangel zur Aufklärungshilfe.

§ 261 StPO; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 1 Abs. 1 BtMG; Anlage III zum BtMG; § 31 BtMG

1. Grundsätzlich ist der Tatrichter bei seiner Beweiswürdigung frei (§ 261 StPO); von ihm gezogene Schlussfolgerungen müssen nur möglich, nicht aber zwingend sein. Getroffene Feststellungen sind aber rechtsfehlerhaft, wenn sie sich von einer festen Tatsachengrundlage sehr entfernen, dass sie letztlich bloße Vermutungen sind und deshalb keine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit mehr für ihre Richtigkeit besteht.

2. Anwendung auf einen Fall, in dem die als Amphetamin angekaufte Substanz vom Abnehmer des Rauschgifts beanstandet und dabei eine vollständige Neulieferung oder eine Rückzahlung des gesamten Kaufpreises verlangt wurde.

3. Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden maßgeblich durch die Wirkstoffkonzentration und die Wirkstoffmenge bestimmt. Hierzu bedarf es deshalb konkreter Feststellungen. Dabei ist es in der Regel erforderlich, den Wirkstoffgehalt in Gewichtsprozenten anzugeben oder als Gewichtsmenge zu bezeichnen. Beschreibungen wie gute, mittlere, durchschnittliche oder schlechte Qualität sind nur dann hinreichend aussagekräftig, wenn sich den Urteilsgründen oder allgemeinem Erfahrungswissen ein Bezugsrahmen entnehmen lässt, der die Ableitung eines bestimmten Mindestwirkstoffanteils zweifelsfrei ermöglicht. Stehen die tatgegenständlichen Betäubungsmittel für eine Untersuchung nicht mehr zur Verfügung, muss das Tatgericht unter Berücksichtigung der anderen ausreichend sicher festgestellten Umstände (Herkunft, Preis, Handelsstufe, Beurteilung durch die Tatbeteiligten, Begutachtungen in Parallelverfahren etc.) die Wirkstoffkonzentration – notfalls unter Anwendung des Zweifelssatzes – durch eine Schätzung festlegen.

**159. BGH 2 StR 505/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Erfurt)**

Beihilfe zum Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Förderung).

§ 30 BtMG; § 27 StGB

Die bloße Kenntnis von der Begehung der Tat und deren Billigung ohne einen die Tat objektiv fördernden Beitrag reicht nicht aus, um die Annahme von Beihilfe zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar schon ein bloßes „Dabeisein“ die Tatbegehung im Sinne aktiven Tuns fördern oder erleichtern (vgl. BGH StV 1982, 517; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Unterlassen 3). In derartigen Fällen bedarf es aber sorgfältiger und genauer Feststellungen darüber, dass und wodurch die Tatbegehung in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert wurde, und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war (BGH NStZ 1993, 233 und 385).

**167. BGH 4 StR 472/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Detmold)**

Strafzumessung bei Betäubungsmittelhandel (Wirkstoffmenge; Rechtsgut der Gesundheit der Allgemeinheit); Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (unzureichende Bezugnahme auf das Hauptverhandlungsprotokoll; Verständigung).

§ 46 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO

Im Hinblick auf das durch die Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes geschützte Rechtsgut der Gesundheit der Allgemeinheit kommt in Fällen des unerlaubten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) der Gesamtmenge des Wirkstoffs bezogen auf die einfache nicht geringe Menge für die Beurteilung der Schwere der Tat und für die Strafzumessung wesentliche Bedeutung zu. Das Gewicht des Angriffs auf das geschützte Rechtsgut drückt sich gerade in dem Vielfachen der nicht geringen Menge des Betäubungsmittels aus und stellt daher regelmäßig einen bestimmenden Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO dar.

# Zur Auslegung eines missglückten Tatbestandes – Die neue Rechtsprechung des BGH zu § 266a Abs. 2 StGB und deren Folgen für § 266a Abs. 1 StGB

Anmerkung zum Beschluss des BGH 1 StR 295/11 = HRRS 2011 Nr. 1039

Von Prof. Dr. Petra Wittig, LMU München

## I. Einleitung

Mit Wirkung zum 1. 8. 2004 wurde § 266a Abs. 2 StGB durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 23. 7. 2004<sup>1</sup> neu gefasst. Er stellt das Vorenthalten von Beiträgen des Arbeitgebers zur Sozialversicherung unter Strafe. Damit sollten vor allem Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die bis dahin vor allem bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen in den Fällen des Beitragsbetruges gegeben waren (BGH HRRS 2011 Nr. 1039, Rn. 12).<sup>2</sup> Bereits damals gab es Zweifel, ob es sich bei § 266a Abs. 2 StGB um eine wirklich gezielte Regelung handelte, weil sich dieser von seiner Tatbestandsstruktur an § 370 AO anlehnt, aber dennoch mit dem Begriff des Vorenthaltes auf § 266a Abs. 1 StGB Bezug nimmt.<sup>3</sup> Der zu besprechende Beschluss des BGH, dem illegale Beschäftigungsverhältnisse bei sogenannten Druckerkolonnen zugrunde lagen, zeigt, dass diese Zweifel berechtigt sind.

Die Entscheidung befasst sich vor allem mit § 266a Abs. 2 StGB, hat aber auch weitergehend Auswirkungen auf die Auslegung des in der Rechtspraxis wichtigeren § 266a Abs. 1 StGB, der die Strafbarkeit für das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen regelt. Die hierbei angesprochenen Rechtsfragen werden vom BGH (wieder einmal) in einem obiter dictum behandelt. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob auch bei § 266a Abs. 2 StGB die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung zum Fälligkeitszeitpunkt den Tatbestand ausschließt. Der BGH urteilt insoweit, dass bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen, die den Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB erfüllen, die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung – anders als im originären Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB – regelmäßig nicht tatbestandsausschließend wirkt.

In der Rechtsprechung zu § 266a Abs. 1 StGB ist eine solche tatbestandsausschließende Wirkung der Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung dagegen grundsätzlich

anerkannt. Allerdings wird vielfach eine Strafbarkeit wegen eines schuldhaften Vorverhaltens nach den Grundsätzen der sog. *omissio libera in causa* gegeben sein.<sup>4</sup> Begründet wird der Tatbestandsausschluss bei Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung mit dem Charakter des § 266a Abs. 1 StGB als echtes Unterlassungsdelikt.<sup>5</sup> Die Literatur stimmt dieser Rechtsprechung im Ansatz zu, auch wenn die Anwendung der vorgenannten Grundsätze durch die Rechtsprechung auf konkrete Fallkonstellationen nicht immer Zustimmung findet.<sup>6</sup> Der BGH überträgt nun die zu § 266a Abs. 2 StGB entwickelten Grundsätze zu den Auswirkungen der Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung auch auf den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB. Dies führt in der Tendenz zu einer Strafbarkeitserweiterung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung.<sup>7</sup> Im Folgenden (II) möchte ich zunächst die Ansicht des BGH, dass die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung den Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB nicht ausschließt, kritisch hinterfragen. Dies setzt eine Analyse der Deliktsnatur und Tatbestandsstruktur des § 266a Abs. 2 StGB voraus. Anschließend (III) möchte ich erörtern, ob sich die zur Auslegung des § 266a Abs. 2 StGB entwickelten Grundsätze auf § 266a Abs. 1 StGB übertragen lassen. Die weiteren in der Entscheidung angesprochenen Rechtsfragen zur Feststellung eines sozial- und

<sup>4</sup> Vgl. BGHSt 47, 318, 320; BGH NJW 2002, 1122, 1123.

<sup>5</sup> BGHSt 47, 318, 320. Dass ein solches schuldhaftes Vorverhalten regelmäßig vorliegen wird, betont der BGH auch in dem hier besprochenen Beschluss (Rn. 10).

<sup>6</sup> Dies betrifft insbesondere die sog. Vorrangrechtsprechung. Danach soll auch die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch die Erfüllung anderer Zahlungspflichten im Sinne der Grundsätze über die *omissio libera in causa* pflichtwidrig sein (BGHSt 47, 318, 321; 48, 307, 311; krit. z. B. Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 266a Rn. 16). Kritisiert wird zudem, dass diese Rechtsprechung auch auf eine Insolvenzsituation anwendbar sein soll und lediglich während der Insolvenzantragsfrist gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO die Regelung des § 64 GmbHG die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen ausnahmsweise rechtfertigen soll (BGHSt 48, 307, 310; krit. z. B. Radtke in: Münchner Kommentar, StGB, 1. Aufl. 2003 ff., § 266a Rn. 41; Rönnau NJW 2004, 976, 980 f.).

<sup>7</sup> So zutreffend Bittmann NJW 2011, 3048, 3048.

<sup>1</sup> BGBl. I 2004, 1842.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 15/2573, S. 28.

<sup>3</sup> Rönnau/Kirch-Heim wistra 2005, 321, 321 f.

lohnsteuerpflichtigen Arbeitsverhältnisses sowie zur Darstellung der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge durch das Tatgericht sind, da die bisherige Rechtsprechung lediglich bestätigend, nicht Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen.

## II. Zur Auslegung des § 266a Abs. 2 StGB

### 1. Zur Deliktsnatur und Tatbestandsstruktur des § 266a Abs. 2 StGB

§ 266a Abs. 2 StGB setzt tatbestandlich voraus, dass der Arbeitgeber entweder durch aktives Tun (§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder durch Unterlassen (§ 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB) die ihm gem. § 28a SGB IV auferlegten Erklärungspflichten verletzt und dadurch der Einzugsstelle (§ 28i Abs. 1 S. 1 SGB IV) Beiträge vorenthält. § 266a Abs. 2 StGB enthält also im Gegensatz zu § 266a Abs. 1 StGB über die Nichtzahlung (also das Vorenthalten) des Sozialversicherungsbeitrags hinausgehende Unrechtselemente; das Vorenthalten muss – so der BGH (Rn. 6) – also Folge der in § 266a Abs. 2 StGB beschriebenen Tathandlungen sein. Daraus schließt der BGH, dass das Merkmal Vorenthalten anders als im Rahmen des § 266a Abs. 1 StGB nicht die Tathandlung darstellt (Rn. 6). Wenn aber das Merkmal Vorenthalten nicht die Tathandlung darstellt (sondern vielmehr die Verletzung der Erklärungspflichten), dann umschreibt es den tatbestandlichen Erfolg. Es handelt sich bei dieser Sicht also um ein Erfolgsdelikt, was der BGH für § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB auch noch einmal ausdrücklich bekräftigt (Rn. 6).

Die hier aufgeworfene Frage, ob es sich bei dem Tatbestandsmerkmal Vorenthalten i. S. d. § 266a Abs. 2 StGB um die gesetzliche Beschreibung des Taterfolgs oder aber der Tathandlung handelt, wird eher selten ausdrücklich thematisiert. *Lackner/Kühl*<sup>8</sup> und *Fischer*<sup>9</sup> bezeichnen das Vorenthalten als den tatbestandlichen Erfolg des § 266a Abs. 2 StGB. Für *Gribbohm* handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, die Bezeichnung als echtes Unterlassungsdelikt sei „ungenau“.<sup>10</sup> Nach *Bittmann*, der insoweit dem BGH zustimmt, ist Tathandlung lediglich die sozialrechtliche Meldung, nicht aber das Vorenthalten.<sup>11</sup> Für *Rönnau/Kirch-Heim* ist der Begriff des Vorenthaltes in § 266a Abs. 1 StGB und § 266a Abs. 2 StGB einheitlich zu bestimmen; jedenfalls handele es sich bei § 266a Abs. 2 StGB um ein Erfolgsdelikt und nicht etwa um ein reines Tätigkeitsdelikt (§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB) bzw. ein echtes Unterlassungsdelikt (§ 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB).<sup>12</sup> Sie verweisen hierfür zu Recht auf den Wortlaut des § 266a Abs. 2 StGB („und dadurch“), was auf einen Kausalzusammenhang hindeute, der ein spezifisches Merkmal der Erfolgsdelikte sei.<sup>13</sup> Dagegen findet sich in der

Literatur die Ansicht, dass das Vorenthalten auch bei § 266a Abs. 2 StGB die Tathandlung umschreibt.<sup>14</sup> Gleichzeitig wird jedoch vorausgesetzt, dass das Vorenthalten die kausale oder zumindest funktionale Folge der Tathandlungen des § 266a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB ist.<sup>15</sup> Nach dem juristischen Sprachgebrauch umschreiben aber Kategorien wie Kausalität und auch Funktionalität eine Beziehung zwischen Tathandlungen und Taterfolg, nicht aber zwischen verschiedenen Tathandlungen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich hieran wie bei anderen Vorschriften orientiert hat.<sup>16</sup> Für eine Interpretation des Vorenthaltes als den Taterfolg umschreibendes Tatbestandsmerkmal spricht auch die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber als Parallelvorschrift zu § 370 Abs. 1 AO.<sup>17</sup> Hier besteht Einigkeit, dass die Verletzung der Erklärungspflichten gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 AO die Tathandlungen darstellt, während die Merkmale Steuerverkürzung bzw. Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils (§ 370 Abs. 4 AO) den tatbestandlichen Erfolg umschreiben.<sup>18</sup> Dem BGH ist also zuzustimmen, dass Vorenthalten bei § 266a Abs. 2 StGB den tatbestandlichen Erfolg umschreibt und es sich deshalb um ein Erfolgsdelikt handelt.

Nach § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB ist das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen dann tatbestandsmäßig, wenn der Arbeitgeber gegenüber der Einzugsstelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben macht. Es handelt sich hierbei um ein Begehungsdelikt. Der Tatbestand des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist demgegenüber erfüllt, wenn der Arbeitgeber die Einzugsstelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen pflichtwidrig in Unkenntnis lässt. Hierbei handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt (Rn. 6).<sup>19</sup> Diese Qualifizierung als echtes Unterlassungsdelikt widerspricht nicht der Einordnung als Erfolgsdelikt, da nach zutreffender Ansicht auch echte Unterlassungsdelikte einen Erfolg aufweisen können.<sup>20</sup> Insoweit ist die Einschätzung von *Wiedner* zutreffend, wonach es sich bei § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB um ein Unterlassungsdelikt mit erfolgsbezogenen Elementen handelt.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Satzger/Schmitt/Widmaier/Saliger, StGB, 1. Aufl. (2009), § 266a Rn. 21.

<sup>15</sup> So z. B. auch *SSW/Saliger* (Fn. 14), § 266a Rn. 21, der dann in diesem Zusammenhang von einem „Vorenhaltungserfolg“ in Anführungszeichen spricht. Auch nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Vorenthalten die „Folge“ der Tathandlungen sein (BR-Drucksache 04/155 S. 75). Zu den Voraussetzungen an den Zusammenhang zwischen den Tathandlungen und dem Taterfolg siehe aber auch nachstehend II 3.

<sup>16</sup> *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 103, § 11 Rn. 1.

<sup>17</sup> Vgl. BR-Drucksache 04/155, S. 76.

<sup>18</sup> Siehe nur *MüKo/Schmitz/Wulf* (Fn. 6), § 370 AO Rn. 1. Dies ist logisch allerdings nicht zwingend, denn es ist zumindest denkbar, dass ein Kausalzusammenhang zwischen zwei Tathandlungen besteht.

<sup>19</sup> Siehe auch *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 21.

<sup>20</sup> So überzeugend *Roxin*, AT II, 1. Aufl. (2003), § 31 Rn. 22; siehe aber *BGHSt* 14, 280, 282, der die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Unterlassungsdelikt anhand der Abgrenzung tätigkeits- und erfolgsbezogen vornimmt.

<sup>21</sup> *GJW/Wiedner* (Fn. 12), § 266a Rn. 56.

<sup>8</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 266a Rn. 11.

<sup>9</sup> *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 21 b.

<sup>10</sup> *Gribbohm* in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. (1996), § 266a Rn. 65.

<sup>11</sup> *Bittmann* NJW 2011, 3048, 3048.

<sup>12</sup> *Rönnau/Kirch-Heim* wistra 2005, 321, 323; siehe auch *Graf/Jäger/Wittig/Wiedner*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. (2011), § 266a Rn. 30, 64.

<sup>13</sup> *Rönnau/Kirch-Heim* wistra 2005, 321, 323 mit Hinweis auf *Roxin*, AT I, 3. Aufl. (1997), § 10 Rn. 103.

## 2. Begriff des Vorenthaltens bei § 266a Abs. 2 StGB

Der BGH verzichtet darauf, den Begriff des Vorenthaltens ausdrücklich zu definieren. Allerdings deuten seine Ausführungen zum erforderlichen Zusammenhang zwischen den Tathandlungen und dem Vorenthalten darauf hin, dass auch er wie die ganz überwiegende Meinung das Nichtbezahlen der Beiträge als Taterfolg (auch) des § 266a Abs. 2 StGB ansieht. Vorenthalten ist mit anderen Worten dann gegeben, wenn die Schuld am Fälligkeitszeitpunkt (§ 23 Abs. 1 SGB IV) nicht bezahlt wird.<sup>22</sup> Damit wird der Begriff des Vorenthaltens gerade nicht in Anlehnung an § 370 Abs. 4 S. 1 AO bestimmt, der regelt, dass der Verkürzungserfolg bereits dann eintritt, wenn die Steuern nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Eine Anlehnung an § 370 AO würde bedeuten, dass auch derjenige sich strafbar macht, der die Beiträge zwar fristgemäß zahlt, aber keinen Beitragsnachweis (§ 28f Abs. 3 SGB IV) erbringt, da dieser als vorläufige Festsetzung der Beitragsschuld angesehen werden kann.<sup>23</sup> Außerdem enthält § 266a StGB anders als § 370 AO gerade keine entsprechende Legaldefinition des Vorenhaltungserfolges, so dass bei einem derartigen Verständnis auch Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG bestünden.<sup>24</sup>

## 3. Kausalität im Rahmen des § 266a Abs. 2 StGB

Der BGH führt weiter aus, dass zwischen den Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB und dem Vorenthalten als deren Folge keine „strikte äquivalente Kausalität“ in dem Sinne erforderlich sei, dass der Arbeitgeber ohne die Tathandlungen (also bei ordnungsgemäßen Angaben) die Beiträge rechtzeitig gezahlt haben müsste (Rn. 7). Wie bei § 370 AO, an dem sich der Gesetzgeber orientiert habe, reiche ein „funktionaler Zusammenhang“ aus (Rn. 7).<sup>25</sup> Die Befürworter einer solchen Auslegung des § 266a Abs. 2 StGB berufen sich auch darauf, dass sich eine Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie kaum nachweisen lasse und § 266a Abs. 2 StGB damit leer laufen würde.<sup>26</sup> Allerdings findet sich weder in dem Beschluss des BGH noch in der Literatur eine hinreichende Definition des funktionalen Zusammenhangs. Nach *Wiedner*, auf den der BGH insoweit verweist, soll ein funktionaler Zusammenhang ab dem Fälligkeitszeitpunkt gegeben sein, der dem Zeitpunkt einer hypothetisch ordnungsgemäßen Mitteilung folgt.<sup>27</sup> Da gerade auch das Vorenthalten durch die Nichtzahlung der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt definiert wird, wird damit keine über das Vorliegen der Tathandlung und des Taterfolges hinausgehende Voraussetzung der Tatbestandserfüllung formuliert. Das Gesetz setzt aber nach seinem eindeutigen Wortlaut

(„dadurch“) gerade voraus, dass der Taterfolg eine Folge der Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB ist. Der Tatbestand verlangt also mehr als das Vorliegen der Tathandlungen bzw. des Taterfolges. Auch in der Literatur zu § 370 AO, auf den der BGH insoweit verweist, vermisst man eine Definition des funktionalen Zusammenhangs, die sich auf § 266a Abs. 2 StGB übertragen ließe. Vielmehr wird bei § 370 AO überwiegend davon ausgegangen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen den Tathandlungen und dem Steuerhinterziehungserfolg erforderlich sei.<sup>28</sup> Es fehlt also an einer brauchbaren Definition des funktionalen Zusammenhangs. Im Hinblick auch auf den Gesetzeswortlaut ist es deshalb vorzugswürdig, auch für § 266a Abs. 2 StGB (wie in vergleichbar formulierten Vorschriften, z. B. §§ 315, 315b, 315c StGB<sup>29</sup> einen Kausalzusammenhang i. S. d. Äquivalenztheorie zu verlangen.

In der Literatur versucht man die Beweisschwierigkeiten dadurch zu umgehen, dass für das Vorenthalten ein verfügungsähnliches Verhalten der Einzugsstelle gefordert wird.<sup>30</sup> Nach *Rönnau/Kirch-Heim* ist weitergehend auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem eine hypothetische Vollstreckung (Vollstreckung bei Erfüllung sämtlicher Erklärungsspflichten) stattgefunden hätte.<sup>31</sup> In der Tat ist dieser Ansicht insoweit zuzustimmen, dass sich damit auf der Grundlage der herkömmlichen Kausalitätslehre das Vorliegen von Kausalität feststellen lässt. Jedoch wird hier für die Kausalitätsfeststellung nicht auf den gesetzlich vorausgesetzten Erfolg, die Nichtzahlung der Beiträge (den Tatbestandserfolg), sondern auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt. Dies erscheint nicht schlüssig.<sup>32</sup>

Nach hiesiger Ansicht ist es deshalb vorzugswürdig, zwischen den Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB und dem Taterfolg der Nichtzahlung der Beiträge am Fälligkeitstag einen Kausalzusammenhang i. S. d. Äquivalenztheorie tatbestandlich vorzusetzen.

## 4. Konsequenzen für die Strafbarkeit bei Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung

Die Literatur ist bisher davon ausgegangen, dass die Einschränkungen des Tatbestandes hinsichtlich der Möglichkeit der Beitragsentrichtung auch für § 266a Abs. 2 StGB gelten, da dieser wie § 266a Abs. 1 StGB das Bestehen einer Zahlungspflicht voraussetze.<sup>33</sup> Dieser Interpretation wird zunächst der Boden entzogen, wenn das

<sup>22</sup> MüKo/Radtke (Fn. 6), § 266a Rn. 25; *Rönnau/Kirch-Heim wistra* 2005, 321, 325.

<sup>23</sup> Ablehnend deshalb *Spatschek DStR* 2005, 129, 134; *Rönnau/Kirch-Heim wistra* 2005, 321, 325.

<sup>24</sup> *Rönnau/Kirch-Heim wistra* 2005, 321, 325.

<sup>25</sup> So der BGH unter Berufung auf *GJW/Wiedner* (Fn. 12), § 266a Rn. 64.

<sup>26</sup> *GJW/Wiedner* (Fn. 12), § 266a Rn. 64.

<sup>27</sup> *GJW/Wiedner* (Fn. 12), § 266a Rn. 64.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Seer*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 20. Aufl. (2010), § 23 Rn. 34; *GJW/Rolletschke* (Fn. 12), § 370 AO Rn. 222.

<sup>29</sup> Zu § 315b StGB vgl. nur *Leipziger Kommentar/König*, 12. Aufl. (2005), § 315 b Rn. 83; zu § 315 c StGB *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 315c Rn. 27.

<sup>30</sup> *Schönke/Schröder/Perron, StGB*, 28. Aufl. (2010), § 266a Rn. 11h; *MüKo/Radtke* (Fn. 6), § 266a Rn. 54; *SSW/Saliger* (Fn. 14), § 266a Rn. 21.

<sup>31</sup> *Rönnau/Kirch-Heim wistra* 2005, 321, 325 f.

<sup>32</sup> Denkbar wäre allerdings, bereits den Taterfolg anders als die Nichtzahlung der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt zu definieren. Diesen Weg gehen aber auch *Rönnau/Kirch-Heim* wie gesehen (Fn. 22) nicht.

<sup>33</sup> Siehe z. B. *SSW/Saliger* (Fn. 14), § 266a Rn. 21; *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 21 b.

Vorenthalten in beiden Tathandlungsalternativen nicht die Tathandlung, sondern den Taterfolg umschreibt. Das Vorenthalten muss lediglich Folge der Verletzung der Erklärungspflichten sein. Andere Umstände wie z. B. die Unmöglichkeit der Beitragszahlung sind für das Vorliegen des tatbestandlichen Erfolgs des Vorenthaltes unerheblich und zwar unabhängig davon, welche der Tathandlungsalternativen des § 266a Abs. 2 StGB in Betracht kommen.

Aber auch das Vorliegen der Tathandlungen des § 266a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB wird durch die Unmöglichkeit der Beitragszahlung bei Fälligkeit nicht tatbestandlich ausgeschlossen. Bei § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB ergibt sich dies schon daraus, dass es sich um ein Begehungsdelikt handelt, bei dem die Möglichkeit der Handlungsvornahme nicht Tatbestandsvoraussetzung ist. Aber auch § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB, obwohl echtes Unterlassungsdelikt, setzt nicht voraus, dass dem Arbeitgeber die rechtzeitige Beitragszahlung möglich ist. Denn Tathandlung ist hier allein das Unterlassen der sozialrechtlichen Meldung. Ob diese aber dem Arbeitgeber möglich ist, ist von der Möglichkeit der Beitragsentrichtung bei Fälligkeit unabhängig.<sup>34,35</sup>

Auch die Argumentation, dass die Unmöglichkeit den Tatbestand ausschließt, weil § 266a Abs. 2 StGB ebenfalls das Bestehen einer Zahlungspflicht voraussetzt<sup>36</sup>, überzeugt nicht. Denn die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung lässt den Zahlungsanspruch nach materiellem Sozialversicherungsrecht, der insoweit für das Strafrecht maßgeblich ist<sup>37</sup>, nicht entfallen.

Dennoch wirkt sich die Unmöglichkeit der Beitragszahlung zum Fälligkeitszeitpunkt auf die Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 2 StGB aus, allerdings nicht hinsichtlich des Vorliegens der Tathandlungen oder des Taterfolgs, sondern hinsichtlich der Kausalität. Denn wenn feststeht, dass auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Erklärungspflichten der Arbeitgeberbeitrag aufgrund der Illiquidität des Arbeitgebers nicht rechtzeitig hätte entrichtet werden können, fehlt es an der Kausalität zwischen den Tathandlungen und dem Taterfolg.<sup>38</sup> Eine Strafbarkeit

<sup>34</sup> Ebenso *Bittmann* NJW 2011, 3048, 3049.

<sup>35</sup> Dass die Unmöglichkeit der Beitragszahlung weder das Vorliegen der Tathandlungen noch des tatbestandlichen Erfolges ausschließt, gilt dann für legale und illegale Beschäftigungsverhältnisse gleichermaßen.

<sup>36</sup> SSW/*Saliger* (Fn. 14), § 266a Rn. 21.

<sup>37</sup> Zur Sozialrechtsakzessorietät siehe nur *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 266a Rn. 9 a; siehe auch BGHSt 47, 318; 51, 124.

<sup>38</sup> Müller-Gugenberger, Bieneck/*Heitmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2006), § 36 Rn. 42 ff. Auch nach *Rönnau/Kirch-Heim* wistra 2005, 321, 326 ist bei Illiquidität des Schuldners zum Zeitpunkt der hypothetischen Vollstreckung der Tatbestand nicht vollendet, da in diesen Fällen die Beitragssumme der Einzugsstelle auch dann nicht zugeflossen wäre, wenn die Erklärungspflichten ordnungsgemäß erfüllt worden wären. So im Ergebnis auch *GJW/Wiedner* (Fn. 12), § 266a Rn. 65, obwohl dieser wie der BGH nur einen funktionalen Zusammenhang zwischen den Tathandlungen und dem Taterfolg fordert. Müller-Gugenberger, Bieneck/*Thul*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2011), § 36 Rn. 227 ff. hält zwar „Kausalitätsprüfungen“ für „insoweit nicht veranlasst“ und lässt die Nichtzahlung im Fälligkeitszeitpunkt genügen, bejaht aber zumindest

lässt sich dann wegen der Tatbestandsstruktur des § 266a Abs. 2 StGB auch nicht nach den Grundsätzen der *omissio libera in causa* kaum begründen.<sup>39</sup> Denn diese Konstruktion findet nicht bei der Kausalitätsprüfung Anwendung, sondern wurde für die Fälle fehlender Handlungsmöglichkeit auf der Ebene des tatbestandsmäßigen Verhaltens im Rahmen der Unterlassungsdelikte entwickelt.

## 5. Fazit

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, dass bei § 266a Abs. 2 StGB das Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge den tatbestandlichen Erfolg umschreibt. Tathandlungen sind allein die in § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB als Begehungsdelikt und in § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB als echtes Unterlassungsdelikt beschriebenen Verletzungen der Erklärungspflicht. Wenn dem Arbeitgeber aufgrund von Illiquidität die rechtzeitige Beitragsentrichtung unmöglich ist, wirkt sich dies weder auf das Vorliegen der Tathandlungen noch des Taterfolges aus.

Dennoch ist der Tatbestand nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber darlegt, dass er z. B. wegen Illiquidität auch ohne Verletzung der Erklärungspflichten die Arbeitgeberbeiträge nicht zum Fälligkeitszeitpunkt gezahlt hätte. Es fehlt hier an der Kausalität i. S. d. Äquivalenztheorie. Der Versuch des BGH, mit Hinweis auf § 370 AO einen funktionalen Zusammenhang ausreichen zu lassen, muss wegen des Wortlauts des § 266a Abs. 2 StGB, der unterschiedlichen Tatbestandsstruktur des § 370 AO und der mangelnden Bestimmbarkeit eines solchen Zusammenhangs als gescheitert angesehen werden.

## III. Zu den Konsequenzen für die Auslegung des § 266a Abs. 1 StGB

Nachdem der BGH – nach der hier vertretenen Ansicht unzutreffend – festgestellt hat, dass bei § 266a Abs. 2 StGB die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung den Tatbestand regelmäßig nicht ausschließt, zieht er hieraus nun Konsequenzen für das echte Unterlassungsdelikt<sup>40</sup> § 266a Abs. 1 StGB: Soweit der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB ebenfalls durch betrugsähnliche, in § 266a Abs. 2 StGB beschriebene Tathandlungen verwirklicht und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden, sollen die für echte Unterlassungsdelikte geltenden allgemeinen Grundsätze keine Anwendungen finden (Rn. 10). Begründet wird dies mit dem Willen des Gesetzgebers, beide Absätze in der Praxis einheitlich anzuwenden, was auch „im Hinblick auf den über das schlichte Nichtzahlen der angemeldeten Sozialversiche-

dann einen Tatbestandsausschluss, „wenn dem zur Nichtzahlung bereits entschlossenen Arbeitgeber die fristgerechte Beitragszahlung durch objektiv unvorhergesehene Illiquidität im Beschäftigungsmonat zusätzlich überraschend unmöglich wird“.

<sup>39</sup> So zutreffend Müller-Gugenberger, Bieneck/*Heitmann* (Fn. 38), § 36 Rn. 44.

<sup>40</sup> Dass es sich bei § 266a Abs. 1 StGB um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, ist ganz h. M., siehe nur BGHSt 47, 318, 320; BGH NStZ 2007, 218, 220; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 266a Rn. 7 m. w. N.

rungsbeiträge hinausgehenden Unrechtsgehalt der Taten geboten“ sei (Rn. 10).

Damit erkennt der BGH an, dass bei § 266a Abs. 1 StGB (außerhalb der Fälle der *omissio libera in causa*) die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Entrichtung der Arbeitgeberbeiträge tatbestandsausschließende Wirkung hat, schränkt dies aber für die Fälle ein, in denen der Arbeitgeber den Tatbestand durch betrugsähnliche Handlungen verwirklicht. Das bedeutet, dass, wenn der Täter unrichtige oder unvollständige Angaben i. S. d. § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB macht, eine Anwendbarkeit der vorstehenden Grundsätze ausscheidet, da dann ein Begehungsdelikt vorliegen soll. Beim pflichtwidrigen In-Unkenntnis-Lassen i. S. d. § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB soll sich das Erfordernis der Handlungsmöglichkeit des Arbeitgebers nur auf die Erfüllung der Meldepflichten beziehen.

Das bedeutet, dass bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung nicht nur bei § 266a Abs. 2 StGB, sondern auch bei § 266a Abs. 1 StGB regelmäßig keine tatbestandsausschließende Wirkung entfalten soll. Auch wenn sich in der Praxis wenig ändern wird, da in den meisten Fällen der Unmöglichkeit ohnehin eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der *omissio libera in causa* gegeben sein wird, ist diese Auslegung des BGH dogmatisch fragwürdig.

Bei § 266a Abs. 1 StGB besteht weitgehend Einigkeit, dass die Tathandlung im Vorenthalten der gem. § 23 Abs. 1 SGB IV fälligen Arbeitnehmeranteile besteht.<sup>41</sup> Das Vorenthalten setzt dabei keine über die Nichtzahlung der Beiträge hinausgehende Täuschungs- oder Verschleierungsaktivitäten voraus.<sup>42</sup> Ein Vorenthalten liegt vor, wenn die Beiträge bei Fälligkeit nicht gegenüber der Einzugsstelle abgeführt werden<sup>43</sup>, also bei „schlichter“ Nichtzahlung bei Fälligkeit<sup>44</sup>. Damit wird Vorenthalten im Sinne der Nichterfüllung einer Pflicht verstanden.<sup>45</sup> Zahlt der Arbeitgeber nicht rechtzeitig, hat dies regelmäßig zur Folge, dass die Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt nicht abgeführt sind, woran vereinzelt Definitionen des Vorenthalten anknüpfen.<sup>46</sup> Unterschiede ergeben sich z. B. dann, wenn ein Dritter die Leistung erbringt.<sup>47</sup> Bei einer solchen Sicht enthält § 266 a Abs. 1 StGB durch die Stichtagsbezogenheit damit „zumindest Elemente eines Erfolgsdelikts“.<sup>48</sup>

Definiert man wie die wohl h. M. das Vorenthalten als Pflichtverletzung und damit als rein tätigkeitsbezogenes echtes Unterlassungsdelikt, dann lässt sich die Auffas-

sung des BGH dogmatisch nicht begründen, denn dann ist die Möglichkeit der Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Aber auch wenn man Erfolgselemente bei der Definition des Vorenthalten einbezieht, bleibt es dabei, dass der Tatbestand lediglich voraussetzt, dass aufgrund der Nichterfüllung der Abführungspflicht die Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt nicht abgeführt sind. Tathandlung bleibt auch bei einer solchen Sicht die Nichterfüllung der Abführungspflicht, so dass auch hier die Möglichkeit der Erfüllung ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist.

Auch der Hinweis auf den erhöhten Unrechtsgehalt betrugsähnlicher Begehungsweisen vermag eine solche strafbarkeitserweiternde Interpretation – dem Täter bleibt dann auch bei § 266a Abs. 1 StGB die Berufung auf die fehlenden Handlungsmöglichkeit versagt – nicht zu begründen. Der Gesetzgeber hat bei § 266a Abs. 1 StGB gerade darauf verzichtet, über die Nichtzahlung hinausgehende Unrechtselemente aufzunehmen, was der BGH in der zu besprechenden Entscheidung auch implizit anerkennt (Rn. 6). Es überzeugt nicht, diese Unrechtselemente nun in § 266a Abs. 1 StGB hineinzulesen, daraus einen erhöhten Unrechtsgehalt zu schließen, um eine Gleichsetzung mit § 266a Abs. 2 StGB mit strafbarkeitserweiternder Tendenz zu rechtfertigen. Dies ist gerade auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich.

## IV. Zusammenfassung

Zu § 266a Abs. 1 StGB ist im Ergebnis festzuhalten, dass die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung grundsätzlich den Tatbestand ausschließt. Dies ergibt sich daraus, dass Tathandlung des § 266a Abs. 1 StGB lediglich die Nichterfüllung der Abführungspflicht ist. Ein betrugsähnliches Verhalten wird gerade nicht vorausgesetzt. Ein anderer Wille des Gesetzgebers kann hier nicht entscheidend sein, da er keinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat.<sup>49</sup> Dass eine Strafbarkeit nach der Rechtsprechung nach den Grundsätzen der *omissio libera in causa* meist gegeben sein wird, steht auf einem anderen Blatt.

Bei § 266a Abs. 2 StGB ist der Umstand, dass dem Täter die rechtzeitige Zahlung unmöglich ist, bei der Kausalitätsprüfung zu berücksichtigen. Dies wird im Ergebnis vielfach zu einem Tatbestandsausschluss führen.

Der Entscheidung des BGH kann deshalb gerade in den wesentlichen Aussagen nicht zugestimmt werden. Dass dies vor allem bei § 266a Abs. 2 StGB in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, lässt sich nur durch eine Reform des § 266a StGB verändern.<sup>50</sup> Damit könnte auch das unbefriedigende Ergebnis vermieden werden, dass der Begriff des Vorenthalten in § 266a Abs. 1 StGB und § 266a Abs. 2 StGB nicht deckungsgleich ist. De lege lata aber ist dies auch im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip hinzunehmen.

<sup>41</sup> Vgl. nur Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 10; SSW/Saliger (Fn. 14), § 266a Rn. 9.

<sup>42</sup> Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 10.

<sup>43</sup> BT-Drucksache 10/318, S. 26; BGHZ 144, 311, 314 = BGH NStZ 2001, 91, 92; GJW/Wiedner (Fn. 12), § 266a Rn. 30; Beck'scher Online-Kommentar StGB/Wittig, 17. Edition (2011), § 266a Rn. 12 m. w. N.

<sup>44</sup> Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 13.

<sup>45</sup> BGHZ 144, 311, 314 = BGH NStZ 2011, 91, 92.

<sup>46</sup> BGH NJW 1992, 717, 718; SSW/Saliger (Fn. 14), § 266a Rn. 15.

<sup>47</sup> Ob in diesem Fall der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB erfüllt ist, ist umstritten, verneinend z. B. GJW/Wiedner (Fn. 12), § 266a Rn. 35; Rönna/Kirch-Heim wistra 2005, 321, 323; bejahend Lackner/Kühl (Fn. 8), § 266a Rn. 7.

<sup>48</sup> GJW/Wiedner (Fn. 12), § 266a Rn. 30.

<sup>49</sup> Bittmann NJW 2011, 3048, 3048 merkt kritisch an, dass sich hier der BGH zwar auf den gesetzgeberischen Willen, nicht aber auf das Gesetz berufen kann. Methodisch handele es sich um die Erfindung einer „willensgeltungsver-schaffenden Extension“.

<sup>50</sup> Hierzu bereits Rönna/Kirch-Heim wistra 2005, 321, 326 f.

# Insolvenzstrafrechtliche Besonderheiten für Akteure auf dem Finanz- und Kapitalmarkt

Von Rechtsanwalt Dr. Carsten Wegner, Berlin

*In verschiedenen Gesetzen befinden sich sanktionsrechtliche Regelungen, die Fehlverhaltensweisen in der wirtschaftlichen Krise – Überschuldung oder (drohende) Zahlungsunfähigkeit – sanktionieren. Für auf dem Finanz- und Kapitalmarkt tätige Personen oder Unternehmen werden die allgemeinen Regeln der Insolvenzordnung (InsO) modifiziert durch das Gesetz über das Kreditwesen (KWG), das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) und das Investmentgesetz (InvG). Die dortigen Regelungen sind allerdings so widersprüchlich, dass sie das gesamte strafrechtliche Normgefüge zur Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) in Frage stellen können.*

## I. Insolvenzstraftaten im Strafgesetzbuch (StGB)

Der Begriff »Insolvenzstrafrecht« ist zunächst mit dem Strafgesetzbuch (StGB) verbunden. Im 24. Abschnitt des StGB sind vier verschiedene Insolvenzstraftaten geregelt. Fünf Paragrafen drohen für zahlreiche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch eines – nicht nur, aber regelmäßig – Unternehmens strafrechtliche Sanktionen an. Kernvorschrift des Insolvenzstrafrechts ist § 283 StGB (Bankrott). Hier sind in acht Nummern Bankrotthandlungen des in einer wirtschaftlichen Krise befindlichen Unternehmers ausgeführt, die einen vermögensrechtlichen oder einen buchhalterischen bzw. bilanziellen Bezug haben. Daran anknüpfend verschärft 283a StGB (Besonders schwerer Fall des Bankrotts) die Strafdrohung für einige besonders gravierende Tathandlungen. § 283b StGB (Verletzung der Buchführungspflicht) stellt Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten unter Strafe. § 283c StGB (Gläubigerbegünstigung) hebt die Strafwürdigkeit der ungegerechtfertigten Begünstigung einzelner Gläubiger hervor. Schließlich stellt § 283d StGB (Schuldnerbegünstigung) Eingriffe Dritter in die Insolvenzmasse unter Strafe.<sup>1</sup>

## II. Insolvenzstraftaten in der Insolvenzordnung (InsO)

Neben den von §§ 283 ff. StGB erfassten Vermögensverschiebungen und handelsrechtlichen Buchführungsverstößen kommt es im Umfeld der unternehmerischen

Krise und des Zusammenbruchs nicht selten zu einer weiteren typischen Verhaltensweise, die eine eigenständige strafrechtliche Relevanz aufweist: Aus den unterschiedlichsten Motiven versuchen Geschäftsverantwortliche, das Ende der unternehmerischen Tätigkeit und den Bestand der Gesellschaft hinauszuzögern. Sowohl die Interessen der Altgläubiger und (möglicher) Neugläubiger an einer ordnungsgemäßen insolvenzrechtlichen Abwicklung und einem größtmöglichen Zugriff auf Vermögenswerte als auch die Interessen der beschäftigten Arbeitnehmer an einer organisierten Neustrukturierung bleiben unter Umständen auf der Strecke.

Wegen einer hierin liegenden »Insolvenzverschleppung« ist strafbar, wer als organschaftlicher Vertreter (Geschäftsführer, Vorstand etc.) oder Abwickler einer juristischen Person nicht ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Unternehmens einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt (§ 15a Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 S. 1 Insolvenzordnung). Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis (§ 15a Abs. 3 InsO).<sup>2</sup>

## III. Insolvenzstraftaten im Kreditwesengesetz (KWG)

Eine Sonderregelung für den Tatvorwurf der Insolvenzverschleppung gibt es im Kreditwesengesetz (KWG), das sich nach § 1 S. 1 an Kreditinstitute richtet, d.h. an Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Wird

<sup>1</sup> Näher dazu Wegner in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012), Teil 7, Kapitel 1.

<sup>2</sup> Näher dazu Wegner (Fn. 1), Teil 7, Kapitel 2.

ein Institut oder eine nach § 10a Abs. 3 S. 6 oder 7 KWG als übergeordnetes Unternehmen geltende Finanzholding-Gesellschaft zahlungsunfähig oder tritt Überschuldung ein, so haben die Geschäftsleiter dies der Bundesanstalt unter Beifügung aussagefähiger Unterlagen unverzüglich anzuzeigen (§ 46b Abs. 1 S. 1 KWG). Eine solche Anzeige ist auch dann vorzunehmen, wenn das Institut voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (drohende Zahlungsunfähigkeit).

Soweit die vom KWG erfassten Personen nach anderen Rechtsvorschriften<sup>3</sup> verpflichtet sind, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (s.o., § 15a Abs. 1 – 3 InsO), tritt an die Stelle der Antragspflicht die Anzeigepflicht nach § 46b Abs. 1 S. 1 KWG. Die – allgemein verbindliche – Regelung des § 15a ist damit für Akteure auf dem Finanz- und Kapitalmarkt ausdrücklich suspendiert.

Auch der insolvenzrechtliche Pflichtenkreis nach dem KWG ist mit einer Strafandrohung verknüpft. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 46b Abs. 1 S. 1 KWG eine Anzeige – vergleichbar § 15a Abs. 4 InsO – »nicht«, »nicht richtig«, »nicht vollständig« oder »nicht rechtzeitig« erstattet (§ 55 Abs. 1 KWG). Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (§ 55 Abs. 2 KWG).<sup>4</sup> Die Sanktionsvorschrift verdrängt damit ebenfalls die allgemeine strafrechtliche Regelung in § 15a InsO.

#### IV. Insolvenzstraftaten im Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)

Eine dem KWG vergleichbare Regelung enthält das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG): Wird ein Institut zahlungsunfähig oder tritt Überschuldung ein, so haben die Geschäftsleiter dies der Bundesanstalt unter Beifügung aussagefähiger Unterlagen unverzüglich anzuzeigen; die Geschäftsleiter haben eine solche Anzeige unter Beifügung entsprechender Unterlagen auch dann vorzunehmen, wenn das Institut voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 16 Abs. 4 S. 1 ZAG). Soweit diese Personen nach anderen Rechtsvorschriften verpflichtet sind, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, tritt – vergleichbar der Systematik im KWG – an die Stelle der Antragspflicht die o.a. Anzeigepflicht (§ 16 Abs. 4 S. 2 ZAG). Die korrespondierende Strafvorschrift befindet sich in § 31 Abs. 1, Nr. 3, Abs. 2 ZAG.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Die Plural-Formulierung („Regelungen“) geht seit der Reform der Insolvenzverschleppung durch das MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026), im Rahmen derer die spezialgesetzlichen Sondervorschriften im AktG, GmbHG, GenG etc. gestrichen wurden und in § 15a InsO eine einheitliche Norm geschaffen wurde, fehl.

<sup>4</sup> Näher dazu siehe die Kommentierung von Wegner in: Beck/Samm/Kokemoor, KWG (Loseblattwerk), 139. ErgLfg. (2009).

<sup>5</sup> Näher zu den Sanktionsvorschriften des ZAG s. Wegner wistra 2012, 7 ff.

#### V. Insolvenzstraftaten im Investmentgesetz (InvG)

Eine weitere – und vorerst letzte – Modifikation hat die insolvenzstrafrechtliche Systematik im Investmentgesetz (InvG) erfahren. Investmentvermögen sind Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenständen im Sinne des § 2 Abs. 4 angelegt sind (§ 1 S. 2 InvG). Nach 19k InvG findet auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder der drohenden Zahlungsunfähigkeit einer Kapitalanlagegesellschaft § 46b Abs. 1 KWG entsprechende Anwendung. Nach § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 19k InvG i.V.m. mit § 46b Abs. 1 S. 1 KWG eine Anzeige »nicht«, »nicht richtig«, »nicht vollständig« oder »nicht rechtzeitig« erstattet. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 50.000 EUR geahndet werden (§ 143 Abs. 5 InvG).

#### VI. Zwischenergebnis: Nicht näher begründete Ungleichbehandlung

Worin die unterschiedliche Behandlung der insolvenzrechtlichen Thematik in KWG/ZAG einerseits (Straftat) und InvG andererseits (Ordnungswidrigkeit) gründet, die alle drei Sachverhalte für auf dem Finanz- und Kapitalmarkt agierende Strukturen erfassen, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen.<sup>6</sup> Dabei sind die Unterschiede zwischen einer Straftat (InsO, KWG, ZAG<sup>7</sup>) und einer Ordnungswidrigkeit (InvG) erheblich: a) So führen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu verschiedenartigen Rechtsfolgen: Als einzige Hauptrechtsfolge kann für Ordnungswidrigkeiten eine »Geldbuße« verhängt werden (§ 1 Abs. 1 OWiG). Freiheitsstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung ermöglicht nur das (Kriminal-)Strafrecht (§§ 38 f., 61 ff. StGB). Ist die finanzielle Sanktion nicht einbringbar, so droht das OWiG allein eine Erzwingungshaft an, die die Zeit von sechs Wochen nicht überschreiten darf und sofort aufzuheben ist, wenn der Betroffene seiner Zahlungspflicht nachkommt (§§ 96, 97 OWiG). Das (Kriminal-)Strafrecht droht demgegenüber eine Ersatzfreiheitsstrafe an (§ 43 StGB).

<sup>6</sup> Z.B. zum InvG, BT-Drucks. 16/5576, S. 244.

<sup>7</sup> Als (Kriminal-)Straftat erfasst sind entsprechende Sachverhalte auch für Versicherungsunternehmen (§ 141 VAG) und Krankenkassen (§ 307a SGB V): (1) Wer als Mitglied des Vorstands, als Hauptbevollmächtigter (§ 106 Abs. 3) oder als Liquidator eines Versicherungsunternehmens oder eines Pensionsfonds (§ 112 Abs. 1 Satz 1) entgegen § 88 Abs. 2, auch in Verbindung mit § 113 Abs. 1 oder § 121a Abs. 1 Satz 1, es unterlässt, der Aufsichtsbehörde die dort vorgeschriebene Anzeige zu machen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. bzw. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 171b Absatz 2 Satz 1 die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig anzeigt. (2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, dass die Geldbuße regelmäßig nicht in das Bundeszentralregister eingetragen wird (§§ 3, 4, 10 BZRG), d.h. ihr fehlt stigmatisierende Registerwirkung der Strafe und der Makel, ggf. als »vorbestraft« zu gelten.

Verfahrensrechtlich kommt hinzu, dass für die Verfolgung und für die Ahndung als erste Entscheidungsinstantz die Verwaltungsbehörden zuständig sind (vgl. § 35 OWiG), während die Ermittlung von Straftaten der Staatsanwaltschaft obliegt (§§ 152, 160 f., 172 StPO) und die Verhängung von Kriminalstrafen den Gerichten zugewiesen ist (Art. 92 GG).

b) In der Wissenschaft wird intensiv diskutiert, ob sich die Unterscheidung zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht durch Unterschiede in der sachlichen Gewichtung erklären lässt. Dieser Ansatz erscheint zwar vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts eher zweifelhaft, er bietet vorliegend aber ohnehin keine hinreichende Begründung dafür, warum der Verstoß gegen ein- und dieselbe Norm (§ 46b KWG) in der Rechtsfolge einmal als Straftat (KWG) und einmal als Ordnungswidrigkeit (InvG) geahndet wird. Von einem durchgehenden Wesensunterschied – wie er verschiedentlich zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gesehen wird – wird man in den Fällen des § 55 KWG und des § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG gerade nicht sprechen können.<sup>8</sup>

Daran anknüpfend ist die unterschiedliche Struktur in KWG und InvG umso weniger nachzuvollziehen, als sich die maximal angedrohte (Finanz-)Sanktion auch in absoluten Zahlen erheblich unterscheidet und die maximale Geldbuße von 50.000 EUR nur einen Bruchteil dessen ausmacht, was strafrechtlich in finanzieller Hinsicht drohen kann (§ 40 StGB).

c) Es bedarf keiner besonderen Diskussion, dass es in einem Kernbereich dem Gesetzgeber nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung verwehrt ist, auf Normbrüche anders als mit Strafandrohung zu reagieren. Spiegelbildlich dazu ist es dem Gesetzgeber unbenommen, außerhalb dieser Kernzone eine einzelfallbezogene Entscheidung zu treffen, wie er Sachverhalte einordnet<sup>9</sup>, u.a. als Ordnungswidrigkeit.

Für die vorliegend zu führende Diskussion ergibt sich hieraus Folgendes: Dass der Vorwurf einer »Insolvenzver-

<sup>8</sup> Ein solcher Unterschied lässt sich insbesondere nicht mit der Erwägung begründen, das InvG erfasse Sondervermögen (vgl. § 30), die in der Insolvenz privilegiert sind, so dass den Betroffenen in der wirtschaftlichen Krise de facto gar kein Schaden drohe. Denn Anknüpfungspunkt der aufsichtsbehördlichen Antragspflicht nach § 19k InvG sowie der Sanktionsvorschrift sind nicht diese im InvG (auch) geregelten Sondervermögen, sondern die wirtschaftliche Situation der Kapitalanlagegesellschaft selbst, die in der Krise dadurch gekennzeichnet sein kann, dass keine Masse mehr für die Gläubiger vorhanden ist (vgl. § 38 Abs. 3 InvG) und diese mit ihren Forderungen ausfallen. Genau dies soll mit rechtzeitigen Insolvenzanträgen jedoch ganz allgemein vermieden werden.

<sup>9</sup> Bohnert in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. (2006), Einl. Rn. 86.

schleppung« nicht zwingend dem (kriminal-)strafrechtlichen Kernbereich zuzuordnen ist, liegt nahe und wird durch § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG bestätigt. Nichtsdestotrotz ist es ohne weiteres vertretbar, entsprechende Fehlverhaltensweisen auch mit Geld- oder Freiheitsstrafe zu ahnden, wie § 15a InsO und § 55 KWG zeigen; dem Gesetzgeber steht insoweit unzweifelhaft ein Gestaltungsspielraum zu. Unabhängig davon, wie man daher die Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vornimmt – etwa danach, ob ein bestimmtes Verhalten als »ethisch farblos« anzusehen ist<sup>10</sup> –, ist vorliegend nicht zu erkennen, wie die Ungleichbehandlung zwischen Instituten i.S.d. KWG und Strukturen nach dem InvG sachlich zu rechtfertigen sein soll. Ein Differenzierungsgrund – zumal von hinreichendem Gewicht – findet sich insbesondere nicht in den Gesetzgebungsmaterialien zum InvG.

## VII. Die »Insolvenzverschleppung« am Beispiel des KWG/InvG

Abschließend sei der Blick des vorliegenden Beitrags von der gesetzlichen Widersprüchlichkeit gelöst und der allgemeine Anwendungsbereich des § 55 KWG sowie des § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG in ihren Strukturen aufgezeigt, um zu beschreiben, worin die sanktionsrechtlichen Risiken im Einzelnen liegen. Auch aus dieser Darstellung der allgemeinen Grundlagen wird deutlich werden, dass die insolvenzrechtlichen Sachverhalte strukturell nicht so unterschiedlich sind, als dass eine unterschiedliche sanktionsrechtliche Behandlung angezeigt ist.

### 1. Überschuldung und ihre Feststellung

Sanktionsbewehrt ist gemäß § 55 KWG / § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG i.V.m. § 46b S. 1 KWG die schuldhaft unterlassene Anzeige der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eines Kreditinstituts an die BaFin. »Überschuldung« ist grundsätzlich gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, die Passiva der Bilanz also die Aktiva übersteigen (§ 19 Abs. 2 S. 1 InsO). Maßgeblich für das Strafrecht ist keine bilanzielle Überschuldung, sondern eine an rechtlichen Erwägungen ausgerichtete Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva. Im Ergebnis ist zu differenzieren zwischen einer rein rechnerischen Überschuldung (formelle Überschuldung) und einer Überschuldung im Rechtssinne (materielle Überschuldung).

Die Frage, ob eine strafrechtlich relevante Überschuldung eingetreten ist oder nicht, lässt sich nur durch die Gegenüberstellung von sämtlichen Aktiva und Passiva zu einem bestimmten Stichtag beantworten. Hierzu muss eine spezielle Überschuldungsbilanz erstellt werden (sog. Überschuldungsstatus). Es besteht nicht etwa eine widerlegbare Vermutung dafür, dass seit dem Eintritt der rechnerischen Überschuldung auch eine rechtliche Überschuldung vorlag, wenn das Unternehmen später zahlungsunfähig wird.

Die damit für das Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht maßgebliche Überschuldungsbilanz leitet sich als Son-

<sup>10</sup> BVerfGE 27, 18, 29 = NJW 1969, 1619, 1621.

derform der Handelsbilanz von dieser ab.<sup>11</sup> Nur in Ausnahmefällen dürfte aber der reguläre Bilanzstichtag mit dem Datum zusammenfallen, an dem sich die Frage einer möglichen Überschuldung des Unternehmens stellt, so dass beide Bilanzformen sowohl vom Ziel her als auch inhaltlich voneinander abweichen. Zweck der Handelsbilanz ist es, das Betriebsergebnis zu dokumentieren, das innerhalb des Bilanzzeitraums erzielt worden ist. Demgegenüber wird aus dem Überschuldungsstatus der Vermögensstand des Unternehmens deutlich; aus ihm lässt sich der „innere Wert“ des Unternehmens ablesen. Wegen dieser Unterschiede kann eine (normale) Jahresbilanz nie die an einen Überschuldungsstatus zu stellenden Anforderungen erfüllen.

## 2. Zahlungsunfähigkeit und ihre Feststellung

»Zahlungsunfähig« ist, wer nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 InsO). Nach – wengleich zweifelhafter – Ansicht des BGH ist es für die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit also nicht mehr erforderlich, dass die dem Schuldner obliegenden Zahlungspflichten im Wesentlichen und auf Dauer unerfüllt bleiben. Unbeachtlich ist ferner, ob der Gläubiger die Erfüllung ernsthaft einfordert.

Von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist die »Zahlungseinstellung«, die als nach außen dokumentiertes Anzeichen der Zahlungsunfähigkeit zu verstehen ist (vgl. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO). Beide Merkmale unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass letztere auch allein auf einem fehlenden Zahlungswillen des Unternehmers beruhen kann. Eine Zahlungseinstellung i.S.d. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO liegt also nicht nur vor, wenn der Schuldner für Dritte erkennbar und voraussichtlich auf Dauer aufhört, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, und dieses Vorgehen auf einem Mangel an Zahlungsmitteln beruht, sondern auch dann, wenn er – aus welchen Motiven auch immer – böswillig oder irrtumsbedingt seine Zahlungen einstellt und Ansprüche seiner Geschäftspartner bewusst nicht erfüllt, obwohl er nach seiner Vermögens- und Liquiditätslage hierzu in der Lage wäre.<sup>12</sup>

Abzugrenzen ist ferner die bloße »Zahlungsstockung«, die ebenfalls keinen Anzeigegrund i.S.d. § 46b darstellt und der deshalb keine strafrechtliche Relevanz zukommt. Eine Zahlungsstockung liegt vor, wenn der Schuldner erwarten kann, dass seine Liquiditätsprobleme nur vorübergehender Natur sind, sie also innerhalb eines überschaubaren zeitlichen Rahmens wieder verschwinden werden. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass eine bloße Zahlungsstockung anzunehmen ist, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen dem BGH drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamt-

verbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.<sup>13</sup> Dieser strengen – im Zivilrecht entwickelten – Rechtsprechung haben sich inzwischen auch die Strafsekte des BGH angeschlossen.<sup>14</sup>

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit fordert eine sorgfältige Auswertung der unternehmerischen Daten. Trotz des scheinbar klaren Wortlauts in § 17 Abs. 2 InsO treten – wie schon bei der Überschuldung – in der Praxis vielfältige Probleme auf, insbesondere wenn Prognosen über das weitere Schicksal des zu begutachtenden Unternehmens zu treffen sind. Wegen des für eine sog. Liquiditätsanalyse erforderlichen Aufwands an Zeit und Kosten wird insbesondere im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren regelmäßig erst einmal versucht, anhand sog. wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen festzustellen, ob das Unternehmen zahlungsunfähig ist oder nicht.<sup>15</sup> Darüber hinaus greifen die Strafverfolgungsbehörden aber auch – nicht immer zweifelsfrei (vgl. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO<sup>16</sup>) – auf Ergebnisse und Analysen der zivilgerichtlichen Insolvenzverfahren zurück.

## 3. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Ein weiteres zur Anzeige i.S.v. § 46b verpflichtendes Krisenmerkmal ist die drohende Zahlungsunfähigkeit, die durch die Insolvenzordnung seit dem 1.1.1999 ebenfalls legaldefiniert ist. Gemäß § 18 Abs. 2 InsO droht zahlungsunfähig zu werden, wer voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Der alsbaldige Eintritt der Zahlungsunfähigkeit muss wahrscheinlich sein. Der Begriff knüpft erkennbar an die Zahlungsunfähigkeit an, fügt aber ein weiteres prognostisches Element hinzu. Die Wahrscheinlichkeitsprognose stellt ab auf den letzten Fälligkeitszeitpunkt aller Verbindlichkeiten. Der Grad der Wahrscheinlichkeit muss umso höher sein, je länger der Prognosezeitraum ist. Zu berücksichtigen ist die gesamte finanzielle Entwicklung.

Abweichend von § 18 InsO differenziert § 46b Abs. 1 S. 1 KWG a. E. nicht zwischen den unterschiedlichen Gesellschaftsformen, sondern verpflichtet alle Institute zur Anzeige. Ob Verstöße von Instituten gegen die Anzeigepflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit auch strafrechtlich sanktioniert werden können, wird unterschied-

<sup>11</sup> Bieneck in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2011), § 76 Rn. 8.

<sup>12</sup> Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht (2004), § 11 Rdnr. 55 ff.

<sup>13</sup> BGHZ 163, 134 ff.

<sup>14</sup> Vgl. BGH wistra 2007, 312 ff. = HRRS 2007 Nr. 603.

<sup>15</sup> Näher dazu BGH wistra 2009, 117 ff. = HRRS 2008 Nr. 1119.

<sup>16</sup> Näher dazu Püschel, Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Konsequenzen für die Strafverteidigung in Insolvenzstrafsachen, in: Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (2009), S. 759 ff.

lich bewertet<sup>17</sup>; die Gesetzgebungsmaterialien bieten insoweit ein höchst unergiebiges Bild, während der Wortlaut der Strafnorm eindeutig zu sein scheint.

#### 4. Besonderheiten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes

Modifiziert worden ist das System der insolvenzrechtlichen Krisenmerkmale durch die Krise auf dem Finanzmarkt, die zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt hat. Dies hätte bei Unternehmen bzw. Instituten, die von diesen Verlusten besonders stark betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO und somit auch zu insolvenzstrafrechtlichen Risiken führen können. Denn hätten diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden können, wären die Geschäftsführer bzw. Vorstände nach dem bis zum 17.10.2008 geltenden Recht verpflichtet gewesen, unverzüglich, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser (rechnerischen) Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen bzw. die Überschuldung unverzüglich i.S.v. § 46b gegenüber der BaFin anzuzeigen. Bei einem entsprechenden Unterlassen hätten auch sanktionsrechtliche Risiken gedroht.

Da einer solchen insolvenz(straf-)rechtlichen Bewertung auch nicht hätte entgegengehalten werden können, dass für das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose besteht und sich eine Besserung („Turnaround“) bereits in wenigen Monaten abzeichnet, sah sich der Gesetzgeber gehalten, den Überschuldungsbegriff zu korrigieren. Seit dem 18. 10. 2008 sieht § 19 InsO i. d. f. des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG)<sup>18</sup> nunmehr (wieder) vor, dass eine Überschuldung (nur) vorliegt, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“. Die strenge Normstruktur, wie sie in verschiedenen Entscheidungen des BGH zum Ausdruck gekommen war<sup>19</sup>, ist damit hinfällig. Das prognostische Element (Fortführungsprognose) und das exekutorische Element (Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten) stehen seither gleichwertig nebeneinander. Dies führt dazu, dass eine – auch strafrechtlich relevante – Überschuldung dann nicht gegeben ist, wenn nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unternehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht.<sup>20</sup> In strafrechtlicher Hinsicht wird es sogar schon ausreichen müssen, dass eine solche Wahrscheinlichkeit nicht sicher ausgeschlossen werden kann.

#### 5. Fehlende Krisenmeldung

Sanktioniert wird auf dem Finanz- und Kapitalmarkt, wer entgegen § 46b Abs. 1 S. 1 KWG eine Anzeige „nicht,

nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ erstattet. Für die Anzeige ist keine besondere Form vorgesehen. Sie dürfte jedoch – schon aus Nachweisgründen und weil „aussagekräftige Unterlagen“ beizufügen sind – regelmäßig schriftlich vorgenommen werden. Da der Inhalt und der Umfang der Anzeige nicht gesetzlich geregelt ist, entfällt eine Ahndbarkeit bereits dann, wenn der Anzeigepflichtige die BaFin bittet zu prüfen, ob diese den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen will.<sup>21</sup> Im Übrigen erscheint es im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheitsgebot) zweifelhaft, ob eine „nicht richtige“ oder „nicht vollständige“ Anzeige eine Sanktion nach sich ziehen kann, da der Begriff der „aussagekräftigen Unterlagen“ zu unbestimmt ist, als dass er eine sanktionsbewehrte Handlungspflicht normieren könnte.<sup>22</sup>

Gemäß § 46b Abs. 1 S. 1 KWG muss die Anzeige unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB) nach Kenntnis des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung vorgenommen werden. Eine dem § 15a Abs. 1 InsO entsprechende Frist, bis zu der spätestens die Anzeige zu erstatten ist und die einen gewissen Spielraum zur eigenverantwortlichen Beseitigung der wirtschaftlichen Schieflage einräumt, sehen KWG und InvG nicht vor, so dass die im Insolvenzrecht normierte 3-Wochenfrist auch nicht als maximal geltende Frist für die Anzeige heranzuziehen ist.<sup>23</sup> Dies bedeutet gleichzeitig, dass der Verpflichtete – anders als im Insolvenzrecht – auch nicht mehr mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmann prüfen kann, ob weniger einschneidende Maßnahmen wie z.B. eine Kapitalerhöhung, freiwillige Zuschüsse der Gesellschafter, Gläubigerverzichte oder die Veräußerung von Vermögenswerten geeignet sind, Schaden vom Unternehmen, seinen Gläubigern oder der Allgemeinheit abzuwenden, bevor er die Anzeige gegenüber der BaFin erstattet. Entsprechende Überlegungen sind – in Abstimmung mit der BaFin – (erst) in der Folgezeit anzustellen, hindern die Anzeige jedoch nicht. Damit entfällt auch der im Insolvenz(straf-)recht geführte Streit, ob für den Beginn der Antragsfrist die positive Kenntnis des Geschäftsführers von der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung maßgeblich sein soll oder eine objektive Betrachtung anzustellen ist.

Die Handlungspflicht kann auch mit Zustimmung der Gläubiger oder durch nachweisbare Sanierungsbemühungen nicht aufgehoben werden. Möglicherweise lassen sie jedoch einen – sich abzeichnenden – Insolvenzgrund entfallen, z. B. durch eine Stundung der Forderung während der Verhandlungen.

Im Insolvenzrecht ist umstritten, ob der Antrag eines Dritten auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verpflichtung der für das Unternehmen verantwortlich han-

<sup>17</sup> Vgl. Häberle in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze (Loseblattwerk), 185. ErgLfg. (2011), § 55 KWG Rn. 7 m.w.N.

<sup>18</sup> BGBl. I, S. 1982.

<sup>19</sup> Etwa BGH ZIP 2006, 2171.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 16/10600, S. 21.

<sup>21</sup> Vgl. Janssen in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., Teil 3 Kap. 10 T 2 Rn. 13.

<sup>22</sup> Zu recht kritisch daher auch Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, Rn. 535 f. zu § 15a InsO.

<sup>23</sup> Ebenso Knierim in: Wabnitz/Janovsky, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2007), Kap. 8 Rn. 347.

delnden Personen entfallen lässt.<sup>24</sup> Aufgrund der Sperrwirkung des § 46b Abs. 1 S. 4 KWG entfalten entsprechende Anträge bei Instituten jedoch keine rechtliche Wirkung, so dass sie losgelöst vom insolvenzrechtlichen o. a. Streit die Verpflichtung der Unternehmensverantwortlichen gegenüber der BaFin nicht aufheben können. Die Anzeigepflicht gegenüber der BaFin erlischt, wenn die (drohende) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beseitigt wurde. Die Beseitigung der wirtschaftlichen Krise nach Ablauf der Antragsfrist lässt aber die bereits eingetretene Ahndbarkeit nicht entfallen. Da den Verantwortlichen – anders als im Insolvenzrecht mit seiner auf maximal drei Wochen beschränkten Handlungsfrist – keine Sanierungsfrist verbleibt, sind unterlassene Anzeigen aus sanktionsrechtlicher Sicht per se risikogeeignet.

## VIII. Schlussbetrachtung

Das Insolvenzstrafrecht in StGB und InsO stellt ein gewachsenes, ausgereiftes System dar, um Fehlverhaltensweisen in der wirtschaftlichen Krise angemessen zu erfassen. Nicht recht nachvollziehbar ist es demgegenüber, warum das InvG insolvenzrechtliche Fehlverhaltensweisen nur als Ordnungswidrigkeit sanktioniert. Daran anknüpfend muss die Frage gestattet sein, ob es der einer Insolvenzstraftat nach § 55 KWG Beschuldigte hinnehmen muss, dass er mit einer Geld- oder gar Freiheitsstrafe geahndet wird, während der nach dem InvG Verantwortliche mit dem mildereren Mittel der Geldbuße davonkommt, obgleich beiden Delinquenten die identische Tathandlung zur Last gelegt (»nicht«, »nicht richtig«, »nicht vollständig« oder »nicht rechtzeitig«) und die Handlungspflicht aus ein- und derselben Norm hergeleitet wird (§ 46b KWG).

<sup>24</sup> Ablehnend BGH wistra 2009, 117 ff. = HRRS 2008 Nr. 1119 mit Anm. Beckemper HRRS 2009, 64 ff.; Wegner HRRS 2009, 32 ff.

Gelangt man im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung – zu der dieser Beitrag anregen soll – zu dem Ergebnis, dass hier eine sachwidrige Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gegeben ist, scheidet möglicherweise nicht nur eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 55 KWG aus. Denn stellt § 55 KWG eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber dem einer Tat nach § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG Verdächtigen dar, muss eine weitere Frage gestattet sein: Kann es im Hinblick auf § 15a Abs. 4 und 5 InsO zu rechtfertigen sein, eine Kriminalstrafe wegen Insolvenzverschleppung zu verhängen, wenn der Anwendungsbereich des § 15a InsO für auf dem Finanz- und Kapitalmarkt tätige Akteure nur aufgrund der ausdrücklich angeordneten Subsidiarität in § 46b Abs. 1 S. 2 KWG verschlossen ist, an sich aber alle unternehmerischen Strukturen erfasst?

Aber auch jenseits der verfassungsrechtlichen Diskussion sollte der Gesetzgeber prüfen, wie ein gelungenes insolvenzrechtliches Sanktionensystem de lege ferenda aussehen kann, d.h. er sollte sich gesetz- und rechtsformübergreifend entweder für das Strafrecht oder für das Ordnungswidrigkeitenrecht entscheiden; beides ist möglich. Allein würde eine solche Reform aber nichts daran ändern, dass – wenn man verfassungsrechtliche Bedenken gegen die aktuelle Systematik erhebt – sämtliche aktuell anhängigen sowie die bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung hinzutretenden Sachverhalte keiner kriminalstrafrechtlichen Sanktionierung zugeführt werden können. Strafverfolgungsbehörden mögen dies – so ist unschwer zu prognostizieren – als „praktisch nicht hinnehmbar“ oder gar „ausgeschlossen“ beklagen. Der Gesetzgeber hätte sich dieses Szenario aber selbst zuzuschreiben; es wäre auch von den Strafverfolgungsbehörden zu beachten.

# Ist für das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a Abs. 2 StPO ein Gerichtsbeschluss erforderlich?

Besprechung von BGH Beschl. v. 26.08.2011 – 1 StR 327/11 = HRRS 2011 Nr. 1041 = NJW 2011, 3382.

Von Rechtsanwalt Andreas Lickleder und Rechtsanwältin Anja Sturm, München/Berlin

## I. Einleitung

Mit der Einführung von §§ 247a und 255a StPO durch das Zeugenschutzgesetz (ZSchG), in Kraft getreten zum 01.12.1998<sup>1</sup>, wurde die Strafprozessordnung um das Vorführen einer Bild-Ton-Aufzeichnung als Ersatz einer Zeugenvernehmung erweitert. Das Ziel dieser Gesetzesänderung lautete, den (kindlichen) Zeugen vor den Belastungen einer Zeugeneinvernahme zu schützen und vor einer erneuten Konfrontation mit dem Beschuldigten zu bewahren. Der Einführung ging eine Auseinandersetzung zwischen Bundesrat und Bundestag über die materiellen Voraussetzungen des Abspielens voraus.<sup>2</sup> Die formellen Voraussetzungen, also wie die Aufzeichnung in die Hauptverhandlung einzubringen ist, wurden im Gesetzgebungsverfahren nicht weiter diskutiert. Nach einer Erwähnung dieser Fragestellung des 3. Strafsenates<sup>3</sup>, der aber mangels einer entsprechenden Verfahrensrüge die Streitfrage offen lassen konnte, liegt mit dem Beschluss des 1. Strafsenates vom 26.08.2011 – BGH 1 StR 327/11 = HRRS 2011 Nr. 1041 = NJW 2011, 3382 erstmals eine obergerichtliche Stellungnahme vor – der Vorsitzende kann die Einführung aufgrund der Sachleitungsbefugnis anordnen.

Dies vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Es ist weder mit der Systematik der Vorschriften über den Urkundsbeweis noch mit der Gesetzgebungsgeschichte des § 255a Abs. 2 StPO in Einklang zu bringen.

<sup>1</sup> BGBl. I, 1998, 820 ff.

<sup>2</sup> Der erste Gesetzesentwurf der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein stammt vom 07.03.2006, BR-Drs. 175/96.

<sup>3</sup> BGH 3 StR 185/03 = HRRS 2004 Nr. 275 = BGHSt 49, 72, 74 = NJW 2004, 1605.

## II. Voraussetzungen des §§ 168e, 255a Abs. 2 StPO

### 1. Herstellung einer Bild-Ton-Aufzeichnung

§ 255a Abs. 2 StPO setzt zunächst die Herstellung einer Bild-Ton-Aufzeichnung entsprechend den Vorgaben der §§ 168e, 58a Abs. 1 Nr. 1 StPO voraus. Diese Aufzeichnung muss persönlich von einem Richter durchgeführt worden sein.

### 2. Mitwirkung des Angeklagten und des Verteidigers

Dabei ist dem Angeklagten und seinem Verteidiger gem. § 168e StPO die Mitwirkung an dieser Vernehmung zu ermöglichen. Sie sind ordnungsgemäß zu laden, um die Möglichkeit der Fragestellung zu gewährleisten. Nur so wird die Einhaltung des Konfrontationsrechts des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 d EMRK gewährleistet.<sup>4</sup> Die Mitwirkung selbst ist hingegen nicht zwingend.

### 3. Verdacht bestimmter Straftaten / Tauglicher Zeuge: unter 18 Jahren

Grundsätzlich kommt jeder Zeuge in Betracht, der bei den abschließend genannten Straftaten (Sexualstraftaten sowie Straftaten gegen das Leben, Misshandlung von Schutzbefohlenen und bestimmte Straftaten gegen die persönliche Freiheit) vernommen werden kann. Primär geschützt wird der Zeuge, der Geschädigter ist und bei dem die Gefahr besteht, dass er durch eine Konfrontation mit dem Angeklagten erneut traumatisiert wird, daneben auch Tatzeugen von Taten, die dem Angeklagten vorgeworfen werden. Zeugen vom Hörensagen sind nicht zwingend von dem gesetzgeberischen Ziel erfasst, eine erneute Konfrontation mit dem Angeklagten zu vermei-

<sup>4</sup> Cornelius NSTz 2008, 244.

den; bei ihnen besteht keine Gefahr einer Sekundärviktimisierung.<sup>5</sup>

### III. Verfügung des Vorsitzenden im Rahmen der Sachleitungsbefugnis, § 238 Abs. 1 StPO oder Gerichtsbeschluss nach § 251 Abs. 4 StPO

#### 1. Wortlaut

Nach seinem Wortlaut erfordert § 255a Abs. 2 StPO – anders als die Parallelvorschriften der §§ 247, 247a, 251 Abs. 4 StPO – für das Abspielen der Aufzeichnung keinen Gerichtsbeschluss. Darauf weist bereits der 3. Strafsenat hin.<sup>6</sup> Der Vorsitzende „kann“ im Rahmen der Sachleitung die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung anordnen.<sup>7</sup> Auch der 1. Strafsenat<sup>8</sup> beschränkt sich mit einem Hinweis auf den abweichenden Wortlaut. Der Gesetzeswortlaut sei eindeutig: weder werde auf § 251 Abs. 4 StPO verwiesen noch fordere § 255a Abs. 2 StPO selbst einen Gerichtsbeschluss.

#### 2. Systematik

Dieses Ergebnis durchbricht den Regelungszusammenhang und die bisherige Systematik für die Verlesung von Urkunden.

##### a) Der Gerichtsbeschluss als Rechtfertigung der Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips:

Zunächst legt bereits die Systematik des Urkundsbeweises das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses nahe:<sup>9</sup>

##### aa) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz als verfahrensprägendes Prinzip

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist eine der wesentlichen Prozessmaximen deutschen Strafprozesses.<sup>10</sup> Er sichert die Qualität der Beweisaufnahme, indem er eine direkte und unvermittelte Wahrnehmung des Beweismittels durch die Gerichtspersonen in der Hauptverhandlung

garantiert.<sup>11</sup> Eine Abweichung von diesem Prinzip, das Grundlage für die Überzeugungsbildung jedes Richters ist, hat Ausnahmecharakter, der dem Kollegialgericht zu verdeutlichen ist.<sup>12</sup> Zwar ist nicht stets das nächstliegende Beweismittel heranzuziehen.<sup>13</sup> Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird aber nur bei besonderen Verfahrensinteressen durchbrochen, z.B. bei der besonderen Schutzbedürftigkeit Dritter bei § 247 StPO (Gesundheitsgefahren für Zeugen)<sup>14</sup> oder aus Gründen der Verfahrensökonomie, wenn die Funktionstüchtigkeit des Strafverfahrens erhalten werden soll (z.B. bei § 244 Abs. 5 S. 2 StPO<sup>15</sup> oder bei § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO<sup>16</sup>).

##### bb) Zweck und Inhalt des Gerichtsbeschlusses nach § 251 Abs. 4 S. 1 StPO

§ 251 Abs. 4 S. 1 StPO fordert für die Ersetzung einer Zeugenaussage durch die Verlesung einer Urkunde einen Gerichtsbeschluss. Die Entscheidung durch den gesamten Spruchkörper dient nicht nur der Unterrichtung der Verfahrensbeteiligten über den Grund der Verlesung und der eindeutigen Bestimmung des Umfangs der Verlesung.<sup>17</sup> Sie soll auch die Zuverlässigkeit der Beweisgewinnung sicherstellen und insbesondere den Schöffen im Hinblick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit den Ausnahmecharakter der Verlesung deutlich machen.<sup>18</sup> Ein Kollegialgericht, nicht der Vorsitzende allein, trägt durch eine gemeinsame Meinungsbildung sowie in seiner Gesamtheit die Verantwortung dafür, dass die Einschränkung der Unmittelbarkeit durch den Verzicht auf die Vernehmung des Zeugen hinnehmbar ist.<sup>19</sup>

##### cc) Erweiterung des Prinzips auf Bild-Ton-Aufnahmen in § 255a StPO

Dieser Grundsatz wird in § 255a Abs. 1 StPO für erwachsene Zeugen oder bei Strafverfahren wegen nicht in § 255a Abs. 2 StPO genannter Tatbestände durch die Anwendung des § 251 StPO auf das Abspielen von Bild-Ton-Aufzeichnungen erweitert. Hier ist stets ein Gerichtsbeschluss erforderlich.<sup>20</sup>

§ 255a Abs. 2 StPO ersetzt ebenso wie §§ 247a, 251 StPO eine an sich zwingende persönliche Vernehmung in der

<sup>5</sup> Meyer-Göfner, StPO, 54. Auflage (2011), § 255a Rn. 9; ebenso SK-StPO-Velten, 4. Auflage (2012), § 255a Rn. 16; KK-StPO/Diemer, 6. Auflage (2008) § 255a Rn. 7.

<sup>6</sup> BGH 3 StR 185/03 = HRRS 2004 Nr. 275 = BGHSt 49, 72, 74 = NJW 2004, 1605.

<sup>7</sup> So Meyer-Göfner (Fn. 5), § 255a Rn. 11; Schlothauer StV 1999, 49, ebenso Graf/Berg, StPO, 1. Auflage (2010), § 255a Rn. 15, Löwe-Rosenberg/Mosbacher, StPO, 26. Auflage (2010), § 255a Rn. 17; vgl. zur Entstehung dieser Auffassung auch SK-StPO-Velten (Fn. 5), § 255a Rn. 32.

<sup>8</sup> BGH 1 StR 327/11 = HRRS 2011 Nr. 1041 = NJW 2011, 3382 = StraFo 2011, 396 mit abl. Anm. Eisenberg StraFo 2011, 397.

<sup>9</sup> So auch Eisenberg StraFo 2011, 397, 398. Dort auch ausführlich zur reduzierten Beweiskraft einer Bild-Ton-Aufzeichnung gegenüber der Zeugenvernehmung.

<sup>10</sup> So schon BVerfG NJW 1953, 177; zuletzt z.B. BGH 4 StR 449/07 = HRRS 2008 Nr. 196 = BGHSt 52, 148 = NStZ 2008, 293.

<sup>11</sup> BGH 2 StR 78/10 = HRRS 2010 Nr. 601 = NStZ 2010, 649.

<sup>12</sup> BGH 4 StR 583/10 = HRRS 2011 Nr. 460 = NStZ 2011, 356; vgl. auch BVerfG NJW 2004, 2150. Ausführlich dazu Krüger NStZ 2011, 594.

<sup>13</sup> BGH 4 StR 345/06 = HRRS 2007 Nr. 623 = BGHSt 51, 280 = NJW 2007, 2341; Graf/Ganter (Fn. 7), § 250 Rn. 3.

<sup>14</sup> KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 247 Rn. 13.

<sup>15</sup> Graf/Bachler (Fn. 7), § 244 Rn. 111; hier ist auch – im Unterschied zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO – eine Beweisantizipation zulässig.

<sup>16</sup> BGH 4 StR 619/09 = HRRS 2010 Nr. 443 = NStZ 2010, 466.

<sup>17</sup> BGH 4 StR 604/05 = HRRS 2006 Nr. 485 = NStZ-RR 2007, 52; BGH 2 StR 78/10 = HRRS 2010 Nr. 601 = NStZ 2010, 649.

<sup>18</sup> BGH 4 StR 583/10 = HRRS 2011 Nr. 460 = NStZ 2011, 356.

<sup>19</sup> KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 251 Rn. 31.

<sup>20</sup> Graf/Berg (Fn. 7), § 255a Rn. 14; KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 255a Rn. 14.

Hauptverhandlung. Die Norm schränkt somit das Konfrontationsrecht des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ein. Allein der unterschiedliche Regelungsgehalt von Abs. 1 (das „allgemeine“ Vorspielen von Bild-Ton-Aufzeichnungen) und Abs. 2 (Vorspielen bei kindlichen Zeugen im Rahmen von Katalogtaten) rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung bei der Anordnungs-kompetenz. Diese Unterscheidung würde sich nämlich allein gegen den Spruchkörper selbst richten, weil dessen Mitglieder an einer Entscheidung über die Voraussetzungen des § 255a Abs. 2 StPO nicht mitwirken können.<sup>21</sup> Weder „Gerichtsbeschluss“ noch „Verfügung des Vorsitzenden“ tangieren die Intention des Opferschutzes, weil das Abspielen nur einer weiteren formellen Voraussetzung aus der Sphäre des Gerichts unterworfen wird. Die Gefahr der Traumatisierung des Zeugen geht nicht vom Gericht, sondern – allenfalls – vom Angeklagten und seinem Verteidiger aus.<sup>22</sup> Darauf zielt auch die Gesetzesbegründung: Die Einvernahme des geschädigten Zeugen in der Hauptverhandlung sollte nicht mehr von der Zustimmung *dieser* anderen Verfahrensbeteiligten abhängig sein.

### c) Entscheidungsbefugnis des Gerichts: Vorrang der §§ 48 ff., 247a StPO

Zwar liegen im Regelfall die Voraussetzungen des § 255a Abs. 2 StPO mehr oder weniger offensichtlich vor. Durch die Entscheidung nach § 255a StPO wird in die Beweisaufnahme des *Gerichts* weitergehend als in den anderen Fällen des § 251 StPO eingegriffen; eine alternative Beweiserhebung ist dort (z.B. bei Tod des Zeugen) nicht möglich ist. Die Entscheidung bei § 255a Abs. 2 StPO reicht weiter als bei § 251 StPO, weil hier zugleich entschieden wird, dass eine persönliche Einvernahme des Zeugen gem. § 48 ff StPO oder nach § 247a StPO nicht möglich ist. Der Vorsitzende könnte durch eine Anordnung nach § 255a StPO somit dem Kollegialgericht die Entscheidungskompetenz über die vorrangige Zeugenvernehmung in Form der §§ 247, 247a StPO entziehen. Bei diesen Vorschriften ist nach allgemeiner Meinung<sup>23</sup> jeweils ein Gerichtsbeschluss erforderlich.

Erst die dokumentierte Feststellung des Verlesungsgrundes macht die Ermessensausübung nach § 255a Abs. 2 StPO transparent. Die (begründungslose) Sachleitungsverfügung des Vorsitzenden zeigt nicht, ob sich das Gericht des doppelten Ausnahmecharakters des § 255a StPO in Abgrenzung zu §§ 247a, 48 StPO bewusst ist. Bereits bei § 251 StPO ist die Begründung von maßgeblicher Bedeutung; die Rechtsprechung verzichtet nur darauf, wenn allen Beteiligten bekannt ist, warum die Verlesungsvoraussetzungen vorliegen.<sup>24</sup> Bei Ersetzung einer Zeugenaussage ist ein Gerichtsbeschluss (§ 251 Abs. 4 S. 2 StPO) herbeizuführen, um die Verfahrensbeteiligten und das Revisionsgericht über den Grund der Verlesung

zu informieren und die sachliche Rechtfertigung überprüfbar zu machen.<sup>25</sup>

Wenn aber diese – wegen der unmittelbaren Fragemöglichkeit in der Hauptverhandlung den Angeklagten weniger beeinträchtigende – Beweiserhebungsmethode einen Gerichtsbeschluss voraussetzt, muss dies erst recht für § 255a StPO gelten. § 255a Abs. 2 StPO entfernt sich weiter von den wesentlichen Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und ermöglicht eine Vorführung unter gegenüber § 251 Abs. 1, 2 StPO erweiterten Voraussetzungen.<sup>26</sup> Zwar lässt § 255a StPO eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung zu. § 255a Abs. 2 StPO enthält aber keine Regelung, in welcher Weise diese Einvernahme durchzuführen ist, so dass dann für diesen Beschluss nach § 247a StPO wiederum ein Gerichtsbeschluss erforderlich wäre.

Bei einer Vernehmung nach § 247a StPO haben die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, Fragen an den Zeugen zu richten und sich ein eigenes Bild von diesem zu machen.<sup>27</sup> Für den Fall also, dass die Konfrontation mit dem Angeklagten vermieden werden soll, ist § 247a StPO gegenüber § 255a StPO vorrangig.<sup>28</sup> Auch wird § 247a StPO ein Vorrang gegenüber § 255a Abs. 2 StPO eingeräumt, weil der Aufklärungspflicht des Richters im Falle der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung besondere Bedeutung beigemessen wird, die er regelmäßig in Form einer ergänzenden Vernehmung oder einer audiovisuellen Vernehmung zu erfüllen hat.<sup>29</sup>

### d) Beschlusserfordernis unter dem Gesichtspunkt Vorverlagerung der Hauptverhandlung

Auch nach der Maßgabe, dass es sich bei § 255a StPO und vergleichbaren Beweiserhebungen um eine „Vorverlagerung“ der Hauptverhandlung handelt,<sup>30</sup> sollte die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden nicht genügen, um eine solche Anordnung zu treffen. Nicht mehr das *Gericht* entscheidet über den Umfang der Beweisaufnahme (§ 244 Abs. 2 StPO), sondern allein der Vorsitzende. Die Zeugenvernehmung bei § 255a StPO wird im Ermittlungsverfahren regelmäßig durch den Ermittlungsrichter am Amtsgericht vorgenommen. Wenn die Hauptverhandlung aber vor dem Landgericht durchgeführt wird, haben die zur Entscheidung berufenen Personen zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, an die Zeugen Fragen zu stellen oder sich ein eigenes Bild zu machen. Gerade wegen dieser Vorverlagerung muss das Abspielen dieser Aufzeichnung besonders strengen Anforderungen auch

<sup>25</sup> Krüger NStZ 2011, 594.

<sup>26</sup> Vgl. auch Eisenberg StraFo 2011, 397, 398.

<sup>27</sup> Graf/Berg (Fn. 7), § 255a Rn. 14: sorgfältige Abwägung zwischen der Aufklärungspflicht und dem Verteidigungsinteresse des Angeklagten; Radtke-Hohmann/Pauly, StPO, 1. Auflage (2011), § 255a Rn. 27; vgl. auch Eisenberg StraFo 2011, 397, 398.

<sup>28</sup> SK-StPO-Velten (Fn. 5), § 255a Rn. 5; sollte § 255a StPO vorrangig sein, um Mehrfachvernehmungen zu vermeiden, spricht dies erst recht dafür, den Grund der Verlesung durch einen begründeten Beschluss transparent zu machen; zu den Nachteilen einer audiovisuellen Vorführung auch Eisenberg StraFo 2011, 397, 398.

<sup>29</sup> BGH 1 StR 64/03 = NStZ 2003, 613.

<sup>30</sup> BGH 3 StR 185/03 = BGHSt 49, 72 ff.

<sup>21</sup> Eisenberg StraFo 2011, 397, 398 verweist insoweit auf ein Hierarchiegefälle innerhalb einer Kammer.

<sup>22</sup> Vgl. BR Drs. 933/1/07, S. 5: „insbesondere die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten.“

<sup>23</sup> Meyer-Goßner (Fn. 5), § 247a Rn. 8; KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 247a Rn. 15.

<sup>24</sup> KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 251 Rn. 31; BGH 4 StR 604/05 = HRRS 2006 Nr. 485 = NStZ-RR 2007, 52; Krüger NStZ 2011, 594.

bzgl. der Anordnung – d.h. denen des § 251 Abs. 4 StPO – genügen.

Die der Entscheidung BGHSt 49, 72<sup>31</sup> zugrunde liegenden Erwägungen bestätigen dies. Der Vorsitzende kann nicht allein entscheiden, inwieweit die Hauptverhandlung vorverlagert und auf einen anderen Richter übertragen wird. Auch sonst hat das Gericht und nicht der Vorsitzende allein über eine Vorverlagerung zu befinden. Die Situation des § 255a Abs. 2 StPO ist ohne weiteres der Einvernahme eines Zeugen durch einen kommissarischen Richter nach § 223 StPO vergleichbar. § 223 StPO durchbricht in gleicher Weise wie § 255a StPO den Unmittelbarkeitsgrundsatz, der eine Wahrnehmung des Beweistoffes durch das Gericht selbst erfordert.<sup>32</sup> Sachlich besteht zwischen der „Vorwegnahme“<sup>33</sup> und der „Vorverlagerung“<sup>34</sup> einer Hauptverhandlung kein Unterschied.

Im Unterschied zu § 223 StPO wird aber die Vernehmung der kindlichen Zeugen nicht durch das Gericht der Hauptsache im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung beauftragt, sondern bereits durch den Ermittlungsrichter vorgenommen. Schon § 223 StPO setzt einen Gerichtsbeschluss voraus, um eine kommissarische Vernehmung durchführen zu lassen.<sup>35</sup> Dem Vorsitzenden ist es im Falle des § 223 StPO nur gestattet, einzelne Fragen zu formulieren, nicht aber den Beschluss zu fassen. Im Falle des § 223 StPO ist die Mitwirkung des Gerichts gleich in doppelter Weise abgesichert, weil die Verlesung der Vernehmungsergebnisse eines erneuten Gerichtsbeschlusses (des zur Entscheidung berufenen Gerichts nach § 251 Abs. 4 StPO) bedarf. § 255a StPO bedarf in gleicher Weise einer Absicherung der Vorverlagerung gerade durch einen Beschluss des zur Entscheidung berufenen Gerichts, um die Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen.

### e) Vergleich mit anderen Beweiserhebungs-voraussetzungen/Ersetzung von anderen Beweiserhebungen, §§ 253, 256 StPO

Die Fälle der §§ 253, 256 StPO, in denen – orientiert am Wortlaut<sup>36</sup> – die Verfügung des Vorsitzenden genügt, sind mit § 255a Abs. 2 StPO nicht vergleichbar. Weder § 253 StPO noch § 256 StPO schränken das Konfrontationsrecht des Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ein, so dass die Prüfung der Voraussetzungen allein durch den Vorsitzenden genügt:

§ 253 StPO regelt Fälle der ersetzenden Urkundenverlesung, die keinen Gerichtsbeschluss voraussetzen.<sup>37</sup> Das Prinzip, ein Gerichtsbeschluss sei stets bei Ersetzung

eines unmittelbaren Zeugen erforderlich, wird dadurch nicht durchbrochen, weil mit der Verlesung allein die Einvernahme der Verhörsperson ersetzt wird, deren Beweiswert geringer ist.<sup>38</sup> Gleiches gilt für § 256 StPO. Die Verlesung des Protokolls ersetzt die Vernehmung des Erstellers des Schriftstücks.<sup>39</sup> Zeugenaussagen wie polizeiliche Observationsberichte dürfen gerade nicht nach § 256 StPO verlesen werden,<sup>40</sup> vgl. dazu auch § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO: Strafverfolgungsunterlagen dürfen grundsätzlich verlesen werden, es sei denn, sie hätten vernehmungsersetzende Funktion.<sup>41</sup>

## 3. Gesetzgebung

Neben der systematischen Einordnung zeigt die Entstehungsgeschichte der Norm (unter a) Anzeichen eines Redaktionsversehens (dazu unter b).

Der Strafsenat kommt mit dem Blick auf die Entwicklung des § 255a Abs. 2 StPO zu dem Ergebnis, dieser gebe für ein Redaktionsversehen oder für einen entgegengesetzten Willen des Gesetzgebers nichts her. Die Gesetzesmaterialien zum § 255a StPO weisen aber gerade das Gegenteil nach:

### a) Entstehungsgeschichte

#### aa) Das „Mainzer Modell“

Das Gesetzgebungsverfahren des ZSchG hatte nach einhelliger Auffassung das Ziel, jenseits der Verlesung von Urkunden eine Bild-Ton-Aufzeichnung in die Hauptverhandlung einführen zu können.

Richtungsweisend in diesem Zusammenhang war das von der Justiz in Rheinland-Pfalz entwickelte „Mainzer Modell“.<sup>42</sup> Kindliche Zeugen sollten durch einen Richter – ob er der Kammer angehören sollte, die die Hauptverhandlung durchzuführen hatte, war bis zuletzt umstritten – außerhalb des Sitzungszimmers vernommen werden; dies sollte mittels Live-Übertragung in den Sitzungssaal übermittelt werden.

Im Gesetzgebungsverfahren für das ZSchG wurde insbesondere seitens des Bundesrates die Formel gebraucht, dass für Bild-Ton-Aufzeichnungen eine Verwertungsmöglichkeit „ohne die einschränkenden Voraussetzungen des § 251 StPO“ geschaffen werden sollte.<sup>43</sup> Unklar ist der Bezug auf eine „einschränkende Voraussetzung des § 251 StPO“, ob also § 255a Abs. 2 StPO die Verwertbarkeit einer solchen Aufzeichnung im Hinblick auf sämtliche Voraussetzungen des § 251 StPO erleichtern sollte. Der

<sup>31</sup> Im zugrunde liegenden Fall war das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung der ermittelungsrichterlichen Vernehmung nicht durch richterlichen Beschluss angeordnet worden. Der (mögliche) Verfahrensfehler war aber nicht tragend, weil dem Abspielen jedenfalls § 252 StPO entgegen stand.

<sup>32</sup> KK-StPO/Pfeiffer/Hannich (Fn. 5), Einl. Rn. 9.

<sup>33</sup> BGHSt 9, 24, 27 für § 223 StPO.

<sup>34</sup> BGH 3 StR 185/03 = BGHSt 49, 72, 74 für § 255a StPO.

<sup>35</sup> KK-StPO/Gmel (Fn. 5), § 223 Rn. 13.

<sup>36</sup> Meyer-Goßner (Fn. 5), § 253 Rn. 2, § 256 Rn. 29.

<sup>37</sup> KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 253 Rn. 1.

<sup>38</sup> BGH 1 StR 264/01 = NStZ 2002, 46; 3 StR 284/05 = HRRS 2006 Nr. 713 = NStZ 2006, 652.

<sup>39</sup> Vgl. zur Reichweite der Verlesung zuletzt BGH Urt. v. 21.09.2011 – 1 StR 367/11 = HRRS 2011 Nr. 1173.

<sup>40</sup> BGH 1 StR 496/81 = NStZ 1982, 79; KK-StPO/Diemer (Fn. 5), § 256 Rn. 2.

<sup>41</sup> Vgl. dazu BGH 2 StR 78/10 = HRRS 2010 Nr. 601 = NStZ 2010, 649 mit Anm. Krüger NStZ 2011, 594; Knauser/Wolf NJW 2004, 2932, 2936.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Caesar NJW 1998, 2313.

<sup>43</sup> Vgl. unten die Zitate aus den BT/BR-Entwürfen.

Verlauf des Verfahrens zeigt, dass nur eine Gleichsetzung von Bild-Ton-Aufzeichnungen mit Urkunden gewollt war.

Neben dieser Befragung sollte eine weitere die Unmittelbarkeit einschränkende Form der Beweiserhebung eingeführt werden: dabei sollte die Befragung zeugengerecht bereits im Ermittlungsverfahren durchgeführt, in Form einer Bild-Ton-Aufzeichnung festgehalten und das Ergebnis anschließend durch Vorführung dieser Aufzeichnung eingebracht werden.

**bb) Gesetzgebungsinitiativen**

Die genannten Gesetzesinitiativen führten zu folgenden Modellen:

**(1) Gesetzmodell des Bundesrates**

**(a) Gesetzesantrag der Bundesländer v. 7.3.1996**

Die Entwürfe des Bundesrats<sup>44</sup> haben den Regelungsgehalt des § 255a StPO als § 250 Abs. 2 E-StPO den Normen zur Protokollverlesung zugeordnet. Die Entwürfe, das als Beweismittel einzuführende Abspielen von Aufzeichnungen systematisch in den Vorschriftenkatalog der §§ 250 ff StPO und somit in den Kernbereich des Urkundsbeweises einzuordnen, zeigten, dass die gleichen Vorschriften gelten sollten wie für Urkunden (vgl. § 251 Abs. 5 StPO-E). Der Gesetzesantrag einiger Bundesländer (BR-Drs. 175/96 vom 07.03.1996) lautete:

„5. § 250 wird wie folgt geändert: Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1. Der folgende Absatz 2 wird angefügt:

„(2) In Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184 des Strafgesetzbuches) oder gegen das Leben (§§ 211 bis 222 des Strafgesetzbuches) oder wegen einer Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 223 b des Strafgesetzbuches) kann bei einem Zeugen unter 16 Jahren der Beweis über seine Wahrnehmung durch Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung über seine frühere richterliche Vernehmung erhoben werden. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung ist zulässig.“

6. In § 251 wird folgender Absatz 5 angefügt:

„(5) Der Verlesung einer Niederschrift steht das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung gleich.“

**(b) Gesetzesentwurf des Bundesrates**

Dieser Antrag mündete in einen Gesetzesentwurf des Bundesrates (im Wortlaut textgleich zu dem Länderentwurf).<sup>45</sup> Das Abspielen stellt nach diesem Entwurf eine Sonderregelung zur Verlesung dar:<sup>46</sup>

<sup>44</sup> BR-Drs. 175/96.

<sup>45</sup> BT-Drs. 13/4983, S. 3 vom 19.06.1996.

<sup>46</sup> BT-Drs. 13/4983, S. 4, unter 2.

- Generell wird das Abspielen von Bild-Ton-Aufzeichnungen dem Verlesen von Protokollen gleichgestellt (§§ 251 ff.).

Die Begründung formuliert weiter:<sup>47</sup>

„Mit der vorgesehenen Ergänzung von § 250 durch einen Absatz 2 wird das Abspielen einer Bild-Ton-Aufnahme zur Kenntnisnahme auch von dem verbalen Inhalt der Aussage zulässig, und zwar auch ohne daß eine der Voraussetzungen des § 251, insbesondere die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten, vorliegt.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Wenn danach das Abspielen der Verlesung gleichgestellt wird, so bedeutet dies, dass die übrigen Voraussetzungen einer Verlesung, insbesondere die Anordnung nach § 251 Abs. 4 StPO gewahrt sein müssen. Diese Begründung zeigt, dass die „einschränkenden“ Voraussetzungen einer Verlesung allein in den Verlesungsgründen des § 251 Abs. 1 und 2 StPO zu sehen sind.

(c) Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates an den Vermittlungsausschuss

Die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates<sup>48</sup> lautete:

4. Zu Artikel Nr. 4 (§ 247 a Abs. 2 und 3 -neu- c StPO)

In Artikel 1 Nr. 4 ist § 247 a wie folgt zu ändern:

a) Der bisherige Text wird zu Absatz 1.

b) Folgende Absätze 2 und 3 sind anzufügen:

„(2) Handelt es sich um einen Zeugen unter 16 Jahren, der Verletzter einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder gegen das Leben oder einer Körperverletzung nach § 223b des Strafgesetzbuches ist, kann das Gericht anordnen, daß die Vernehmung in einem besonderen Raum durchgeführt wird. Bei einem anderen Zeugen, der Opfer einer der vorgenannten Straftaten ist, kann das Gericht diese Anordnung treffen, wenn ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen durch die Vernehmung in Gegenwart der in § 240 Abs. 1 und 2 Satz 1 bezeichneten Personen zu befürchten ist. Die Vernehmung wird in diesem Fall zeitgleich durch Bild und Ton in den Sitzungssaal übertragen. Der Vernehmende muß durch eine Tonübertragungsanlage vom Sitzungssaal aus erreichbar sein.“

5. Zu Artikel I Nr. 4 a -neu- (§ 250 Abs. 2 -neu- StPO)

In Artikel 1 ist nach Nummer 4 folgende Nummer 4a einzufügen:

4 a. § 250 wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Text wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) In Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184 des Strafgesetzbuches) oder gegen das Leben (§§ 211 bis 222 des Strafgesetzbuches) oder wegen einer Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 223 b des Strafgesetzbuches)

<sup>47</sup> BT-Drs. 13/4983, S. 8

<sup>48</sup> BR-Drs. 933/1/97 vom 05.12.1997.

kann in Fällen des § 247 a Abs. 2 bei einem Zeugen der Beweis über seine Wahrnehmung durch Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung über seine frühere richterliche Vernehmung erhoben werden. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung ist zulässig.“

*Begründung:* Die Änderung stellt eine Ergänzung der Änderung des § 247 a StPO –neu- dar. Sie stellt sicher, daß die Video-Aufzeichnung zur Kenntnisnahme vom verbalen Inhalt der Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung abgespielt werden kann, und zwar ohne die einschränkenden Voraussetzungen des § 251 StPO, insbesondere die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 247a StPO -neu- Bezug genommen. [Hervorhebung durch den Verfasser]

6. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 68 b StPO) („Zeugenbestand“).[...]

Die Formulierung in der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrates entspricht nahezu derjenigen aus dem Entwurf des Bundesrates.<sup>49</sup> Die „einschränkenden“ Vorgaben beziehen sich auch hier angesichts dieser Wortgleichheit auf die Verlesungsgründe des § 251 Abs. 1, 2 StPO, nicht aber auf die Anordnungsbefugnis des § 251 Abs. 4 StPO. Die Notwendigkeit eines Gerichtsbeschlusses ergab sich hier aus der Verweisung („Fall des § 247a Abs. 2 StPO“). Wenn schon bei direkter Anwendung für die Vernehmung außerhalb des Gerichtssaals eine Anordnung durch einen Gerichtsbeschluss vorliegen musste, konnte für das (weitergehende) ersatzweise Vorführen einer Bild-Ton-Aufzeichnung nichts anderes gelten.

## (2) Gesetzgebungsmodell des Bundestages

Der Entwurf der CDU und FDP-Fraktion im Bundestag vom 11.03.1997<sup>50</sup> sah bereits einen § 255a StPO-E unter Verweisung auf § 251 StPO insgesamt, also auch auf das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses nach § 251 Abs. 4 StPO vor. Der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion für § 255a StPO lautete:

§ 255a  
Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung ist nur insoweit zulässig, als die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit nicht ausreicht. Die §§ 251, 252, 253 und 255 gelten entsprechend.“

§ 251 StPO war danach auf Abspielen grundsätzlich insgesamt anzuwenden. Der Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages<sup>51</sup> hat an diesem Entwurf nichts verändert. Die Ausschüsse des Bundesrates haben empfohlen, an einer Normierung in § 250 Abs. 2 StPO-E festzuhalten.<sup>52</sup> Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (ZSchG) hat aber der Bundestag mit Beschluss vom

14.11.1997 angenommen.<sup>53</sup> Die eben zitierte Formulierung des § 255a StPO wurde dabei wortgleich übernommen. Der Bundesrat rief daraufhin am 19.12.1997 den Vermittlungsausschuss an,<sup>54</sup> um eine Regelung zu erzielen, die in Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes jugendlichen Zeugen die Vernehmung in einer Hauptverhandlung ersparen sollte.

## (3) Divergenzen zwischen BRat/BTag

Während also der Entwurf des Bundesrates eine Abspielmöglichkeit jenseits der Voraussetzungen des § 251 StPO schaffen sollte, sollte dies nach dem Bundestag lediglich unter den zusätzlich zu prüfenden Voraussetzungen des § 251 StPO gelten. Wäre nämlich das Abspielen in § 250 Abs. 2 StPO-E geregelt worden und hätte § 251 Abs. 5 StPO-E für das Abspielen auf die Verlesungsvorschriften des § 251 StPO verwiesen, so wäre jeweils zu prüfen gewesen, ob eine Verlesungsvoraussetzung i.S.v. § 251 Abs. 1 und 2 StPO vorgelegen hätte. Dies hätte dazugeführt, dass – in Ermangelung eines anderen Abspielgrundes – Angeklagter und Verteidiger über § 251 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 (heutige Fassung) StPO das Abspielen durch Zustimmungswigerung hätten blockieren können, soweit keine andere Verlesungsmöglichkeit bestanden hätte. Gerade diese einschränkende Voraussetzung<sup>55</sup> wollte der Bundesrat mit seinem Entwurf abschaffen. Dies ergibt sich aus der Verweisung des § 255a Abs. 2 StPO auf § 247a Abs. 2 StPO-E, vgl. oben.

## (4) Änderung durch den Vermittlungsausschuss nach Beratung des Arbeitskreises

Nach den Protokollen der 28. Sitzung des Gemeinsamen Ausschusses vom 14.01.1998 (unter dem TOP III. 5) und vom 02.03.1998 (TOP I. 3) gab es keine Diskussionsbeiträge, die sich mit der Frage der Anordnungskompetenz auseinandersetzen.<sup>56</sup> Vielmehr war allein umstritten, wie die Vernehmungen von besonders schützenswerten Zeugen zu gestalten waren.

Der Vermittlungsausschuss<sup>57</sup> hat vorgeschlagen, die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung bei Jugendlichen (damals unter 16 Jahren) als § 255a Abs. 2 StPO zu regeln. Dieser Kompromissvorschlag wurde angenommen,<sup>58</sup> ohne dass Einwendungen gegen diese Formulierung erhoben worden wären. Der Vorschlag des Vermittlungsausschusses lautet:

5. Nach § 255 wird folgender § 255 a eingefügt:  
§ 255a

<sup>53</sup> BR-Drs. 933/97 (Annahme des Entwurfes des Bundestages BT-Drs. 13/7165).

<sup>54</sup> BR-Drs. 933/1/97.

<sup>55</sup> Im Sinne einer zusätzlichen Verlesungsvoraussetzung.

<sup>56</sup> Protokoll des Vermittlungsausschusses des Deutschen Bundestages und des Bundesrates, 13. Wahlperiode, (Beck/Saur) München 2007.

<sup>57</sup> BT-Drs. 13/10001.

<sup>58</sup> Vgl. das Plenarprotokoll 13/221 vom 04.03.1998, S. 20216D – 20217A, (<http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/13/13221.pdf#P.20216>); BR – Plenarprotokoll 722 06.03.1998, S. 51C-52D, <http://dipbt.bundestag.de/doc/brp/722.pdf#P.51>, vgl. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/100/1310001.pdf>.

(1) Für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung gelten die Vorschriften zur Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung gemäß §§ 251, 252, 253 und 255 entsprechend.

(2) In Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184c des Strafgesetzbuches) oder gegen das Leben (§§ 211 bis 222 des Strafgesetzbuches) oder wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 des Strafgesetzbuches) kann die Vernehmung eines Zeugen unter sechzehn Jahren durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser mitzuwirken. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen ist zulässig.“

Wie der Kompromiss im Arbeitskreis des Vermittlungsausschuss zustande gekommen ist, ist nicht dokumentiert. Anhaltspunkte, dass formelle Voraussetzungen nicht zur Debatte standen, lassen sich aber dem Beitrag des damaligen Justizministers von Rheinland-Pfalz, *Peter Caesar*<sup>59</sup> entnehmen, indem sich dieser als Mitglied zur Anordnungsproblematik nicht äußert. Offenkundig ist sie nicht Gegenstand der Diskussion gewesen.

### (5) Abschließende Debatte im Bundestag

In der Bundestagsdebatte vom 04.03.1998<sup>60</sup> wurde das Problem „Anordnungskompetenz“ weder von Vertretern des Bundesrates noch des Bundestages aufgeworfen. Insbesondere hätte die Abweichung des Vorschlag des Vermittlungsausschusses vom Entwurf der CDU/CSU-Fraktion vom 11.03.1997 (BT-Drs. 13/7165) dies nahe gelegt, weil dessen Verweisung für das Abspielen auf §§ 251, 252, 253 StPO gestrichen worden war. Sämtlichen Redebeiträgen ging es jedoch allein um die (materielle) Reichweite des Zeugenschutzes. Allein der Vorschlag des Vermittlungsausschusses und darauf basierend die endgültige Gesetzesfassung verzichteten auf den Gerichtsbeschluss.

Sämtliche Gesetzesentwürfe haben somit einen Gerichtsbeschluss entweder mittels eines Verweises auf § 251 Abs. 4 StPO oder eine entsprechende Vorschrift vorausgesetzt, ohne nach der Anordnungskompetenz zu differenzieren. Die Frage der formellen Voraussetzungen der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung hat seit dem 14.01.1998 (Diskussion im Vermittlungsausschuss) weder

- in der Diskussion im Bundestag oder Bundesrat noch
- in den Redebeiträgen des Vermittlungsausschusses
- noch in den Diskussionen des Arbeitskreises, soweit sich diese dem Beitrag von *Caesar* NJW 1998, 2313 entnehmen lassen,

irgendeine Rolle gespielt. Gleiches ergibt sich aus den Protokollen des Vermittlungsausschusses. Erst auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses wurde das kritische

<sup>59</sup> *Caesar* NJW 1998, 2313.

<sup>60</sup> <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/13/13221.pdf> (S. 55 – 67).

Abspielen aus dem Kontext des § 250 Abs. 2 StPO-E herausgenommen und durch Normierung in § 255a Abs. 2 StPO klargestellt, dass insoweit keine weitere Verlesungsvoraussetzung i.S.v. § 251 (erg. aber: Abs. 1, 2) StPO gegeben sein musste.

Die Frage der Anordnungskompetenz war zwischen Bundesrat und Bundestag überhaupt nicht streitig. Dass abweichend von den Entwürfen nunmehr differenziert werden sollte, hätte im Beschluss des Senates<sup>61</sup> einer Erläuterung jenseits dessen, dass „*ersichtlich keine Anhaltspunkte bestünden*“, bedurft. Die Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber gerade kein Sonderrecht für die Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen in den Fällen des § 255a Abs. 2 StPO schaffen wollte.

### b) Der Wortlaut des § 255a Abs. 2 StPO als Redaktionsversehen

Das BVerfG hat für das Vorliegen eines Redaktionsversehens folgende Kriterien benannt: Im Rahmen der historischen Auslegung seien die Gesetzesmaterialien heranzuziehen.<sup>62</sup> Anhand der Berichte und Gesetzesbegründungen sowie dem Gesamtzusammenhang der Normen lasse sich feststellen, ob der Gesetzgeber an diese Frage „gedacht“ habe.<sup>63</sup> In diesem Beschluss (Rz. 47 – 49) führt das BVerfG aus, unter welchen Voraussetzungen ein Redaktionsversehen abzulehnen ist und verweist neben der Gesetzesbegründung – vergleichbar der Stellungnahme *Caesar*<sup>64</sup> – auf die Kommentierung des Verfassers des Referentenentwurfes der damals streitigen Rechtsfrage.<sup>65</sup> Maßgeblich soll auch sein, ob einem Punkt „Aufmerksamkeit“ geschenkt worden sei.<sup>66</sup>

Die Fassung weist demnach Kennzeichen eines Redaktionsversehens auf:

- Zwischen Bundesrat und Bundestag bestanden keine Meinungsverschiedenheiten zur Frage der Anordnungsbefugnis, weder innerhalb der verschiedenen Gesetzesentwürfe noch im Vermittlungsausschuss.
- Ebenso spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber an einen Gerichtsbeschluss „gedacht“ hat.
- Ebenso wenig kann der vom Senat angenommene entgegengesetzte Wille aus Äußerungen von am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen abgeleitet werden.

Der Gesetzgeber hat in Initiativen des Bundesrates und des Bundestages über (fast) zwei Jahre, nämlich von Beginn mit dem Gesetzesantrag einiger Bundesländer

<sup>61</sup> BGH 1 StR 327/11 = HRRS 2011 Nr. 1041 = NJW 2011, 3382 = StraFo 2011, 396 mit abl. Anm. *Eisenberg*.

<sup>62</sup> BVerfG 1 BvR 3413/08 = NJW 2009, 2588.

<sup>63</sup> BVerfG Beschl. v. 19. August 2011 – 2 BvG 1/10.

<sup>64</sup> *Caesar* NJW 1998, 2313.

<sup>65</sup> Vgl. dort (Fn. 63) in Rn. 49 a.E. den Verweis auf *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, Vor § 68 Anm. 1 und § 68 Anm. 1.

<sup>66</sup> BVerfG 2 BvL 8/07 = NVwZ 2011, 1146, Rz. 136 für die *Ablehnung* eines Redaktionsversehens in einem Fall, in Bezug auf den gerade *Meinungsverschiedenheiten* bestanden haben.

vom 07.03.1996<sup>67</sup> bis hin zur Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates vom 05.12.1997<sup>68</sup> ausschließlich Gesetzesentwürfe vorgelegt, die einen Gerichtsbeschluss voraussetzen – sei es in direkter Anwendung oder durch Verweisung auf § 251 Abs. 4 StPO und § 247a Abs. 2 StPO-E. Erst im Vermittlungsausschuss entfiel das Beschlusserfordernis. Es liegt gerade nicht auf der Hand, dass der Gesetzgeber bewusst auf dieses Element eines ordnungsgemäßen Verfahrens verzichten wollte. Eine derart grundlegende Änderung der formellen Voraussetzungen hätte seinen Niederschlag finden müssen, um ein Redaktionsversehen auszuschließen zu können.

## IV. Heilung und Verwirkung

### 1. Einverständnis der Verfahrensbeteiligten

Das Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten heilt den Verfahrensfehler eines fehlenden Gerichtsbeschlusses nicht:

Die Systematik des § 251 Abs. 1, 2 StPO zeigt, dass trotz Einverständnis sämtlicher Verfahrensbeteiligten ein Gerichtsbeschluss zwingend ist, allein das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten diesen also nicht ersetzen kann.<sup>69</sup> Die Einhaltung der Förmlichkeiten in § 251 Abs. 4 StPO, insbesondere die förmliche Selbstkontrolle des Gerichts durch Entscheidung des gesamten Spruchkörpers, steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.<sup>70</sup>

Somit kann allein durch das Einverständnis von Angeklagtem und Verteidiger das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses nicht verwirken. Auch dieses Ergebnis lässt sich aus § 251 Abs. 1, 2 StPO herleiten. Dort setzt die Verlesung einer Urkunde selbst dann, wenn alle Verfahrensbeteiligten einverstanden sind, immer noch einen Gerichtsbeschluss voraus, der zu begründen ist, um den Verfahrensbeteiligten die Überprüfung zu ermöglichen. Nichts anderes kann im Rahmen des § 255a Abs. 2 StPO gelten. Sie kann daher (allenfalls zusätzlich) die Verlesungsvoraussetzungen nach §§ 255a Abs. 1 i. V. m. § 251 Abs. 1 Nr. 1, 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO schaffen. Die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten ersetzt (oder ergänzt) daher lediglich den Grund der Verlesung, nicht aber den Gerichtsbeschluss als solchen. Auch im Rahmen des § 247a StPO sowie des § 251 StPO ersetzt das Einverständnis der Beteiligten nicht die Beschlussfassung.<sup>71</sup>

### 2. Heilung des fehlenden Gerichtsbeschlusses

Die Verzichtserklärung der Verfahrensbeteiligten heilt lediglich die fehlenden Vorführungsvoraussetzungen des

<sup>67</sup> BR-Drs. 175/96.

<sup>68</sup> BR-Drs. 933/1/97.

<sup>69</sup> So ausdrücklich für § 251 Abs. 4 StPO BGH 2 StR 78/10 = HRRS 2010 Nr. 601 = NStZ 2010, 649.

<sup>70</sup> BGH 4 StR 604/05 = HRRS 2006 Nr. 485 = NStZ-RR 2007, 52; 4 StR 51/88 = NStZ 1988, 283; Graf/Ganter (Fn. 7), § 251 Rn. 35.

<sup>71</sup> Meyer-Goßner (Fn. 5), §§ 247a Rn. 8 sowie 251 Rn. 40.

§ 255a Abs. 2 StPO, nicht aber die fehlende Anordnung. § 255a Abs. 2 StPO erweitert somit Ersetzungsmöglichkeiten des § 251 Abs. 1, 2 StPO. Wenn auch der Auftrag der Verteidigung in der Wahrung einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege besteht,<sup>72</sup> hat der Verteidiger keine Verpflichtung an der Mitwirkung eines justizförmigen Verfahrens, wenn bereits die Strafprozessordnung eine entsprechende Entscheidung vorschreibt. Der Verteidiger missbraucht mit der Berufung auf diesen Verfahrensfehler keine prozessuale Gestaltungsmöglichkeit, selbst wenn er zuvor nicht auf dieses Defizit hingewiesen hat.<sup>73</sup>

Ebenso ist in einem Einverständnis kein Vorabverzicht auf den Gerichtsbeschluss zu sehen. Dem Gericht stehen noch alternative Vernehmungsmöglichkeiten offen, über die es noch nicht entschieden hat.

### 3. Verwirkung: Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO

Ein Zwischenrechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO ist nicht erforderlich, weil der Gesetzgeber selbst bereits eine von Amts wegen vorzunehmende Entscheidung gebietet. Die Einhaltung der prozessualen Mindestregeln steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten. Diese hat das Gericht von sich aus zu wahren.<sup>74</sup>

## V. Beruhen

Das Urteil beruht insbesondere dann auf dem nicht ergangenen Gerichtsbeschluss, wenn sich den Verfahrensbeteiligten der Grund der Verlesung nicht erschlossen hat und damit die der Anordnung der Verlesung zu Grunde liegenden Erwägungen rechtlich nicht überprüfbar sind<sup>75</sup> bzw. das Gericht die Verlesungsvoraussetzungen (im Gegensatz zum Vorsitzenden) möglicherweise verneint hätte.<sup>76</sup> Anders verhält es sich, wenn den Verfahrensbeteiligten der Grund der Verlesung klar ist<sup>77</sup> und die persönliche Vernehmung des Zeugen zur weiteren Aufklärung nicht hätte beitragen können.<sup>78</sup> Im Fall des § 255a StPO kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kammer nach §§ 247, 247a StPO vorgehen würde und sich durch eine (persönliche) Einvernahme unter Ausschluss des Angeklagten ein wesentlich anderes Bild von den Zeugen als durch die Vorführung einer Bild-Ton-

<sup>72</sup> BGH 1 StR 544/09 = HRRS 2011 Nr. 223 = NStZ 2011, 294, 295.

<sup>73</sup> Ob die „Missbrauchslösung“ aus BGHSt 51, 88 für die unzulässige Berufung auf ein fehlerhaftes Protokoll auch hier greift, scheint fraglich, weil hier eben das Verfahren fehlerhaft ist; vgl. dazu aber *Mosbacher* NStZ 2011, 606.

<sup>74</sup> BGH 3 StR 44/11 = HRRS 2011 Nr. 994 = NJW 2011, 2821; a.A. *Mosbacher* NStZ 2011, 606.

<sup>75</sup> BGH 4 StR 604/05 = HRRS 2006 Nr. 485 = NStZ-RR 2007, 52; BGHR StPO § 251 Abs. 4 Gerichtsbeschluss 1, 3, 4; § 251 Abs. 4 S. 1 Anordnung 1.

<sup>76</sup> Vgl. BGH 4 StR 583/10 = HRRS 2011 Nr. 460 = NStZ 2011, 356; auch BGH 5 StR 531/79.

<sup>77</sup> BGH 1 StR 620/09 = HRRS 2010 Nr. 145 = NStZ 2010, 403.

<sup>78</sup> BGH 4 StR 604/05 = HRRS 2006 Nr. 485 = NStZ-RR 2007, 52.

Aufzeichnung gemacht hätte.<sup>79</sup> Ein Ausschluss des ursächlichen Zusammenhangs kann daher im Falle des § 255a Abs. 2 StPO wegen der gleichzeitigen Entscheidung über andere Formen der Beweiserhebung nach §§ 247, 247a StPO kaum angenommen werden.

## VI. Folgerungen

In der Konsequenz verschärft der Senat die Anforderungen an die Verteidigung in der Hauptverhandlung: in erster Linie bestimmt der Gesetzgeber den Schutz des Angeklagten durch prozessuale Vorschriften. Er steht hier mit seiner wortlautorientierten Auslegung in der Tradition früherer Entscheidungen.<sup>80</sup> Auch hier wird dem Verteidiger die Verantwortung übertragen, eine für den Angeklagten optimale Ausgestaltung der Beweiserhebung durchzusetzen und somit die Aufgabe zugewiesen, das Verfahren auch im Hinblick auf die vollständige Durchsetzung grundlegender Verfahrensgrundsätze zu überwachen. Der an sich zwingende Grundsatz der Unmittelbarkeit scheint hier jenseits der StPO-Vorschriften disponibel zu sein. Die Auffassung des 1. Strafsenates dürfte allerdings der des 5. Strafsenates entsprechen. Dieser neigt bekanntermaßen dazu, auf den Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO zu verweisen, der auch bei zwingenden Vorschriften insgesamt der sachnähere Rechtsbehelf sei.<sup>81</sup> Der seit BGHSt 51, 144 schein-

bar ebenso dieser Auffassung zuneigende 3. Strafsenat hat sich demgegenüber erst wieder kürzlich zu der These bekannt, dass bei zwingenden strafprozessualen Vorschriften nicht bereits in der Hauptverhandlung der Zwischenrechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO erhoben werden muss.<sup>82</sup> Es bleibt daher abzuwarten, welche Kriterien diese Senate an „zwingende strafprozessuale“ Vorschriften stellen, ob dies also nur für gesetzlich geregelte Fälle gilt oder ob auch solche Vorschriften „zwingend prozessual“ sein können, bei denen sich der Zwang mittelbar aus der Systematik der Strafprozessordnung ergibt.

## VII. Zusammenfassung

Das Gesetzgebungsverfahren lässt keinen Rückschluss zu, dass mit dem § 255a Abs. 2 StPO bewusst eine Ausnahme zu § 255a Abs. 1 StPO getroffen werden sollte. Der Ausnahmecharakter des § 255a Abs. 2 StPO beim Vorspielen von Aufzeichnungen beschränkt sich allein auf die Nichtanwendung von § 251 Abs. 1, 2 StPO. Eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erfordert in systematischer Hinsicht stets einen Gerichtsbeschluss, sofern durch das Verlesen einer Urkunde oder eine entsprechende Maßnahme die *unmittelbare* Vernehmung des Zeugen ersetzt werden soll. § 255a Abs. 2 StPO lässt keine Ausnahme zu und setzt eine Anordnung durch einen Gerichtsbeschluss voraus, was sich nahtlos in die vorhandene Rechtsprechung zu §§ 247, 247a, 255a Abs.1 StPO einfügt. Dies gilt umso mehr, als eine Entscheidung zu einer Verfahrensweise gemäß dieser Vorschrift weitere Ermessensentscheidungen hinsichtlich etwaiger Vernehmungsalternativen umfasst. Der Gerichtsbeschluss kann nicht durch das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten ersetzt werden.

<sup>79</sup> BGH 2 StR 78/10 = HRRS 2010 Nr. 601 = NStZ 2010, 649.

<sup>80</sup> Z.B. BGH 1 StR 154/96 = BGHSt 42, 170 („Verteidigerkonsultation“).

<sup>81</sup> Vgl. *Mosbacher* NStZ 2011, 606; dagegen z.B. *Widmaier* NStZ 2011, 305. Ob sich diese Rechtsprechung auf sämtliche Verfahrensvorschriften wie z.B. das Verlesen der Anklageschrift, § 243 Abs. 3 StPO oder die Belehrung nach § 243 Abs. 5 S. 1 StPO übertragen lässt, wurde bislang noch nicht entschieden; hier böte sich eine Differenzierung nach „unabdingbaren“ und disponiblen gesetzlichen Regelungen an.

<sup>82</sup> BGH 3 StR 44/11 = HRRS 2011 Nr. 994 = NJW 2011, 2821.

# Zur Strafbarkeit des Tragens von (modifizierten) Kутten durch Mitglieder verbotener Motorradclubs

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des §§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, S. 2 i.V.m. § 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG

Von Prof. Dr. Dennis Bock, Jena

*Anlässlich aktuell ausgesprochener und bevorstehender Verbote von Motorradclubs<sup>1</sup> widmet sich der Beitrag der Frage, wie weit die Strafbarkeit wegen des Tragens entsprechender Kутten reicht. Problematisch ist insbesondere, ob das Hinzufügen einer abweichenden Ortsbezeichnung zur ansonsten identischen Kutte eine strafbarkeitsausschließende Modifikation darstellt. Der Verf. gelangt zu dem Ergebnis, dass derartige Zusätze die Strafbarkeit der Mitglieder verbotener Vereine nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG nicht berühren; Mitglieder nicht verbotener Vereine und sonstige Außenstehende hingegen machen sich durch das (Weiter)Tragen ihrer Kутten auch dann nicht strafbar, wenn ein anderer Motorradclub verboten wird.*

## I. Einführung in die Problematik

Gem. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG macht sich u.a. strafbar, wer Kennzeichen eines verbotenen Vereins verwendet. Gem. §§ 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG erstreckt sich dies auf solche Kennzeichen, die den Originalen zum Verwechseln ähnlich sind. Diese Regelungen sind angelehnt an § 86a Abs. 1, 2 StGB, nach dem v.a. das Verwenden und Verbreiten nationalsozialistischer Kennzeichen pönalisiert sind. Zweck des pönalisierten Kennzeichenverbots ist es, die Kennzeichen verbotener Vereine effektiv aus der Öffentlichkeit zu verbannen<sup>2</sup>; hierdurch wiederum sollen einerseits (zugegebenermaßen vage) der demokratische Rechtsstaat und der öffentliche Frieden geschützt werden<sup>3</sup> (genauer wohl: Signalisierung einer effektiven Durchsetzung einer vereinsrechtlichen Verbotsverfügung, auch zur Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in ein effektives Vereinsver-

botsrecht<sup>4</sup>), andererseits dient die Norm dazu, die von der Verwendung von Kennzeichen ausgehende gruppeninterne Wirkung (Abgrenzung, Zusammenhalt, Wiedererkennen) zu unterbinden.<sup>5</sup>

Die eher entlegene Strafnorm des VereinsG hat eine aktuelle Bedeutung durch Verbotsverfügungen gegen diverse Regionalgruppen von Motorradclubs erlangt.<sup>6</sup> Nachdem die Hells Angels Hamburg schon seit Anfang der 90er Jahre verboten sind, wurden in jüngerer Zeit z.B. in Schleswig-Holstein mit Verbotsverfügung vom 21.04.2010 die Vereine „Bandidos MC Probationary Chapter Neumünster“ und das Charter der Hells Angels Flensburg verboten, v.a. aufgrund von Verstößen gegen das WaffenG und Straftaten gegen Leib und Leben.<sup>7</sup> Weitere prominente Beispiele aus dem Jahr 2011 sind die Verbote der Frankfurter Hells Angels Charter „Westend“ und „Frankfurt“ sowie des Chapters des Mongols MC Bremen. Vor dem Hintergrund des von den Medien so benannten „Rockerkrieges“ ist mit weiteren Verboten zu rechnen. Öffentlich diskutiert werden etwa Verbote in Berlin und auch ein bundesweites Verbot ist bereits erörtert worden.

Augenscheinlich gibt es indes Tendenzen der Betroffenen Rockerclubs, diese Vereinsverbote zu umgehen.<sup>8</sup> So berichtete das LKA Kiel gegenüber der Presse von einem Ermittlungsverfahren gegen Mitglieder des ehemaligen Chapters der Bandidos Neumünster, wonach dort angeblich nach dem Vereinsverbot im Übrigen identische Kутten mit geänderten Städtenamen getragen worden sein sollen.<sup>9</sup> Die rechtliche Problematik dieses Phänomens soll aus Vereinfachungsgründen im folgenden Beitrag

<sup>1</sup> Anlass des Beitrags waren Medienberichte der norddeutschen Presse zu Verboten einzelner Hells-Angels- und Bandidos-Vereine im norddeutschen Raum (z.B. <http://www.shz.de/nachrichten/top-thema/article/111/hells-angels-und-bandidos-verboden.html>, zuletzt abgerufen am 07.02.2012). Alle dem Beitrag zugrunde gelegten Sachverhaltsinformationen sind der regionalen Presse entnommen; zu Originalakten bestand kein Zugang. Es wird daher keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der sachverhaltsbezogenen Informationen übernommen.

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 48.

<sup>3</sup> Vgl. nur zu § 86a StGB Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 86a Rn. 1 StGB.

<sup>4</sup> Vgl. auch BT-Drs. 14/7386, S. 49.

<sup>5</sup> S. Ellbogen, in: Beck-OK-StGB, August (2011), § 86a vor Rn. 1.

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere OLG Celle NSTz 2008, 159 m. Anm. Rau/Zscheschack NSTz 2008, 131.

<sup>7</sup> Bei den Hells Angels nennen sich die örtlichen Gruppen „Charter“, andere Motorradclubs, wie z.B. die Bandidos, sprechen von „Chaptern“.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. <http://www.shz.de/themen/schleswig-holstein/rocker-krieg/artikelansicht-rocker-krieg/article//die-rueckkehr-der-verbotenen-rocker.html>.

<sup>9</sup> Vgl. etwa <http://www.shz.de/nachrichten/top-thema/article/111/razzia-bei-verbotenen-bandidos.html>.

anhand des Beispiels dieses (verbotenen) Chapters des Bandidos MC erörtert werden. Die Problematik ist indes auf die Kutteln der anderen MCs (Hells Angels, Mongols, etc.) übertragbar.

Das Verwenden von Kennzeichen dieses Vereins – eines sog. Chapters der weltweiten Bandidos-Bewegung – ist mithin seit Vollziehbarkeit des Verbots<sup>10</sup> strafbar. Von besonderer Relevanz ist dies für die von den Mitgliedern üblicherweise getragenen sog. Kutteln, die von großer ideeller Bedeutung und deren besonders bedeutsame Rückseiten bei den Bandidos folgendermaßen gestaltet sind: Ein zentrales Wappen mit dem Bild eines stilisierten, mit Revolver und Schwert bewaffneten, Sombrero und Poncho tragenden Mannes (sog. Fat Mexican als sog. Center-Patch) wird oben umwölbt von einem Schriftzug „Bandidos“ in rot-goldenen Farben (sog. Top-Rocker), unten ist in diesen Farben und vergleichbarer Größe das Chapter aufgenäht, sog. Bottom-Rocker (i.d.R. ein Städtenamen, u.U. aber auch ein Staat, z.B. „Germany“ oder „Denmark“). Linksseitig findet sich ein Zeichen „1%“, rechtsseitig eines mit „MC“ (sog. Centerpatch).

Untersucht werden soll hier, ob der Austausch des Bottom-Rockers durch Aufnähen einer Bezeichnung eines nicht verbotenen Chapters dazu führt, dass keine Strafbarkeit nach dem VereinsG mehr vorliegt. Hierbei stellt sich die zentrale Frage, ob die übrigen, gleich bleibenden Elemente der Kutte (also der Fat Mexican und der Top-Rocker) bereits das Kennzeichen ausmachen bzw. dem verbotenen Kennzeichen zumindest i.S.d. § 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG zum Verwechseln ähnlich sind. Aufgrund der Vielzahl der regionalen Chapters mit unterschiedlichen Bottom-Rockern, aber identischen Wappen und Top-Rockern ist die Lösung der vorliegenden Problematik von bundesweit aktueller Brisanz: Führt nämlich bereits das Verwenden des Bandidos-Schriftzugs in Verbindung mit dem Fat Mexican zu einer Strafbarkeit, so könnte ungeachtet der vereinsrechtlichen Selbstständigkeit der verschiedenen Chapter jedes Bandidos-Mitglied, welches eine entsprechende Kutte trägt, eine Straftat nach § 20 Abs. 1 VereinsG begehen, obwohl sein eigenes Chapter ggf. nicht verboten ist. Eine vergleichbare Problematik findet sich – wie gesagt – auch im Hinblick auf die prinzipiell ähnlich gestalteten Kutteln z.B. der Hells Angel (Wappen: Totenkopf mit Engelsflügeln).<sup>11</sup>

Fraglich ist mithin zum einen, ob bzw. wann die Mitglieder des verbotenen Vereins durch Modifikation ihrer Kutte kein strafbares Kennzeichen (mehr) verwenden; zum anderen, ob bzw. wann Mitglieder nicht verbotener Chapters oder sonstige Außenstehende sich durch schlichtes Weitertragen ihrer mit anderem Bottom-Rocker versehenen Kutte nunmehr strafbar machen.

Bejahendenfalls unterliegen die Kutteln als Beweismittel oder Einziehungsobjekt bereits im Ermittlungsverfahren der Beschlagnahme, §§ 94, 98 StPO bzw. §§ 111b, c StPO, 74 StGB i.V.m. § 20 Abs. 3 VereinsG.

<sup>10</sup> Hierzu vgl. nur B. Heinrich, in: MK (2007), § 20 VereinsG Rn. 46 f.

<sup>11</sup> Hierzu OLG Celle NStZ 2008, 159 m. Anm. Rau/Zschiesschack NStZ 2008, 131.

## II. Fat Mexican und Top-Rocker als eigenständige Kennzeichen

Zu prüfen ist zunächst, ob aus dem Verbot eines Bandidos-Chapters folgt, dass bereits die Verwendung des Fat Mexican und des rot-goldenen Bandidos-Schriftzugs schon nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG strafbar ist, ohne dass es auf §§ 20 S. 2 i.V.m. 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG ankäme. Dies erfordert eine Charakterisierung als eigenständiges Kennzeichen (ohne Rücksicht auf den Bottom-Rocker). Kennzeichen sind alle Gegenstände und Verhaltensweisen, die durch ihren Symbolwert auf den Vereinszweck hinweisen, den Zusammenhalt der Vereinsmitglieder stärken und die Vereinigung von anderen Organisationen unterscheiden.<sup>12</sup> Hierunter fallen natürlich auch optisch wahrnehmbare Symbole.<sup>13</sup> Prinzipiell sind also alle clubtypischen Elemente der Kutte erfasst.<sup>14</sup> Da in den praxisrelevanten Fällen jedenfalls das zentrale Symbol und der Bandidos-Schriftzug (weiter)verwendet werden, kann es dahinstehen, ob bereits auch die kleineren Aufnäher für sich genommen Kennzeichen bilden, wofür freilich insbesondere ein Vergleich mit der Rechtsprechung zu § 86a StGB spricht.<sup>15</sup>

Das Wappen und der typische Bandidos-Schriftzug sind schon auf den ersten Blick und auch nach dem Willen der Kuttenträger Ausdruck einer Corporate Identity der nationalen und internationalen Bandidos-Bewegung.

## III. Gehalt und Bedeutung des § 9 Abs. 3 VereinsG

Problematisch ist allerdings der vereinsrechtliche Kontext. Da sich ein Verbot eines vereinsrechtlich selbständigen Chapters nicht auf alle anderen Chapter erstreckt, besteht die Gefahr einer (dem ultima-ratio-Prinzip widersprechenden) überschießenden Kriminalisierung der Kennzeichenverwendung. Aufgrund des Verbots eines regionalen Chapters alle anderen Mitglieder der Bandidos-Bewegung von § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG zu erfassen, würde in der Tat die vereinsrechtliche Akzessorität der Strafnorm konterkarieren. Der primärrechtlich organisatorisch und personell begrenzte Anwendungsbereich der Verbotsverfügung würde durch die Pönalisierung von Teilsymboliken faktisch bundesweit ausgedehnt. Insofern in der Sache nicht zu Unrecht verweist das LG Berlin<sup>16</sup> darauf, dass § 20 Abs. 1 S. 2 VereinsG nicht auf § 9 Abs. 3 VereinsG verweist, wonach auch Kennzeichen mit einbezogen werden, die (auch) von

<sup>12</sup> MK/B. Heinrich (Fn. 10), § 20 VereinsG Rn. 102.

<sup>13</sup> Vgl. § 9 Abs. 2 VereinsG.

<sup>14</sup> S. auch OLG Celle NStZ 2008, 159, 160: „Schon nach dem Wortsinn des Begriffs „Kennzeichen“ kann nicht zweifelhaft sein, dass bereits das Wappen des Charters H., das auf der Weste des Angekl. angebracht war und mit dem Wappen des verbotenen D. Charters wie dargelegt identisch ist, ein Kennzeichen i.S.d. § 20 I Nr. 5 VereinsG ist. Kennzeichen ist also nicht etwa erst die Kutte in ihrer Gesamtheit.“

<sup>15</sup> Vgl. die Rspr. zu sog. „Gaudreiecken“: u.a. BayObLG NStZ 2000, 648; OLG Jena NJW 2002, 310; KG NStZ 2002, 148.

<sup>16</sup> LG Berlin StraFo 2003, 30.

anderen nicht verbotenen Teilorganisationen („Schwesternvereine“) verwendet werden.<sup>17</sup>

Freilich widersprechen andere Obergerichte dem LG Berlin: Nach dem BayObLG<sup>18</sup> sind Kennzeichen im Sinne des § 9 Abs. 3 VereinsG gleichermaßen verbotene Kennzeichen wie die in § 9 Abs. 1 VereinsG genannten. Das ergebe sich aus dem klaren Wortlaut der Regelung, wonach § 9 Abs. 1 VereinsG für solche Kennzeichen wie auch für die in § 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG genannten entsprechend gilt. Da die Verwendung von Kennzeichen verbotener Vereine unter die Strafnorm des § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG falle, sei auch die Verwendung der in § 9 Abs. 3 VereinsG genannten Kennzeichen strafbar.

Ähnlich das OLG Celle: Der fehlende Verweis auf § 9 Abs. 3 VereinsG in § 20 Abs. 1 S. 2 VereinsG stehe einer Strafbarkeit wegen öffentlichen Verwendens von Kennzeichen eines verbotenen Vereins nicht entgegen, wenn identische Kennzeichen von verbotenen und nicht verbotenen Vereinen benutzt werden. Das OLG führt hierfür zunächst systematische Erwägungen an: Eine Verweisung auf die eigentliche (polizeirechtliche) Verbotsnorm des § 9 Abs. 1 S. 1 VereinsG enthalte § 20 Abs. 1 VereinsG ebenfalls nicht, so dass sich schon deshalb aus § 9 Abs. 3 VereinsG, der § 9 Abs. 1 VereinsG für entsprechend anwendbar erklärt, unmittelbar nichts für die Auslegung des Kennzeichenbegriffs in § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG herleiten lasse. Ferner sollte, so das OLG, nach dem Willen des historischen Gesetzgebers<sup>19</sup> die Einführung des § 9 Abs. 3 VereinsG im Zuge des Terrorismusbekämpfungsgesetzes im Jahr 2002 gerade nicht das Verbot des Verwendens von Kennzeichen verbotener Vereine einschränken.

In der Tat heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Die Ergänzung soll lediglich in der Praxis aufgetretene Unklarheiten über die Reichweite des Kennzeichenverbots in Fällen beseitigen, in denen mehrere Vereine im Bundesgebiet das gleiche Erscheinungsbild und die Zielsetzung teilen, jedoch nur ein Verein – von mehreren im Bundesgebiet existierenden – verboten wird. In der Praxis hat sich die Frage als problematisch erwiesen, ob der im Wesentlichen gleiche Kennzeichen verwendende äußere Auftritt nicht verbotener Schwesternvereine unter Beifügung unterscheidender Orts- oder Untergliederungsbezeichnungen unter das Kennzeichenverbot des § 9 VereinsG fällt oder nicht. Dabei wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass erst alle in gleicher Aufmachung auftretenden und die gleiche weltanschauliche Ausrichtung teilenden Vereine in der Bundesrepublik Deutschland verboten sein müssten, bevor von einem Kennzeichen eines verbotenen Vereins ausgegangen werden könne.“<sup>20</sup>

Und „Die getroffene Regelung entscheidet die Abwägung zwischen einer effektiven Eliminierung des Kennzeichens eines verbotenen Vereins und dem Interesse an der Beibehaltung eines bestimmten öffentlichen Auftritts zur

Darstellung der vereinsmäßig gepflegten Zielsetzung zugunsten der Unterdrückung der verbotenen Kennzeichen ab Bestands- oder Rechtskraft der Verbotsverfügung.“ „Es wird damit leichter, Symbole und Kennzeichen aus dem öffentlichen Erscheinungsbild zu eliminieren, die in den Augen der Öffentlichkeit für die Tendenzen stehen, wegen derer der Verein verboten wurde.“

Sowie: „Diese Wertung ist Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums im Sinne von Artikel 14 Abs. 2 Grundgesetz. Es ist einem Verein zumutbar, die von ihm verwendeten und propagierten Kennzeichen abzuändern und umzustellen, wenn sie durch die Verwendung durch einen verbotenen Drittverein diskreditiert und zum Symbol verfassungswidriger Aktivitäten geworden sind. Diese Wertung zugunsten einer Wahrung des öffentlichen Interesses liegt schließlich auch der gleichgerichteten Regelung des § 86a StGB (Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen) zugrunde. Sie ist auf die vorliegende, in der Praxis zu Auslegungsschwierigkeiten führende, strukturell ähnliche Situation zu übertragen.“<sup>21</sup>

Richtig ist, dass zu einer Effektivierung des vereinsrechtlichen Kennzeichenverbots auch die Pönalisierung durch § 20 VereinsG beiträgt. Eine zu restriktive Betrachtung der vereinspezifischen Kennzeichen führt zu allzu leichten Umgehungen des Kennzeichenverbots. Was Ortszusätze angeht, bedarf es jedoch sorgfältiger Feststellung, ob der Austausch (hier: die regionale Bezeichnung des Chapters) zu einer nur unbeachtlichen Modifikation führt oder zu einer vereinsrechtlich und damit strafrechtlich beachtlichen Veränderung. Richtigerweise ist dies nicht erst eine Frage des zum Verwechseln Ähnlichen<sup>22</sup>, sondern schon sub specie § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG ohne Rückgriff auf §§ 20 Abs. 1 S. 2, 9 Abs. 2 VereinsG relevant.

#### IV. Distanzierung vom Kennzeichen des verbotenen Vereins

Ein distanzierender Gebrauch eines verbotenen Kennzeichens, welcher eine Gegnerschaft zum Ausdruck bringt, unterfällt nicht dem Tatbestand.<sup>23</sup> Dies meint zunächst vor allem das Verwenden von Durchstreichungen<sup>24</sup> Denkbar ist aber auch, in dem abweichenden Bottom-Rocker mit anderem Ortszusatz eine derartig hinreichende Distanzierung zu sehen. Eine Relevanz distanzierender/klarstellender Bottom-Rocker würde wiederum im Lichte des Art. 9 GG dem Schutz der Mitglieder nicht verbotener Vereine dienen. Nun wird man allerdings kaum davon sprechen können, dass durch den neuen Ortszusatz eine Gegnerschaft zum verbotenen Chapter bekundet wird; dies liegt objektiv nicht nahe und ist subjektiv nie gewollt (im Gegenteil).

<sup>21</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 49.

<sup>22</sup> Vgl. v.a. OLG Celle NStZ 2008, 159, 161, das auf die Verwechslungsgefahr abstellt.

<sup>23</sup> S. zu § 86a StGB BGH NJW 2007, 1602; Beck-OK/Ellbogen (Fn. 5), § 86a Rn. 9ff.

<sup>24</sup> Vgl. auch Rau/Zschieschack NStZ 2008, 131, 134.

<sup>17</sup> Vgl. auch MK/B. Heinrich (Fn. 10), § 20 VereinsG Rn. 102.

<sup>18</sup> BayObLG 4St RR 104/03 (juris).

<sup>19</sup> S. BT-Dr 14/7386, S. 48f.

<sup>20</sup> BT-Dr 14/7386, S. 49.

Für die Irrelevanz des Bottom-Rockers sprechen die Gesetzesmaterialien<sup>25</sup>; dort werden Ortsbezeichnungen und Untergliederungsangaben ausdrücklich als „untergeordnete Modifikationen“ bezeichnet, wenn auch in etwas kryptischem Zusammenhang.<sup>26</sup> In der Tat lässt sich für die nicht prägende Bedeutung der Ortsbezeichnung anführen, dass das Aufnähen ergänzender geographischer Bezeichnungen (z.B. Southeast) oder anderer Städtenamen (Ausdruck der besonderen Verbundenheit zu anderen Chapters) als sog. Siderocker in ähnlicher Größe ein verbreiteter Brauch ist, ebenso wie der Tausch von Kleidungsstücken mit anderen Chapters.

Auch das OLG Celle<sup>27</sup> hat entschieden, dass nicht erst die Kutte in ihrer Gesamtheit das Kennzeichen darstelle, sondern bereits das Wappen, wobei der Chapter-Zusatz (also Orts- bzw. Länderbezeichnung) die Kennzeicheneigenschaft nicht beeinflussen könne. In dem dort beurteilten Sachverhalt handelte es sich jedoch um Hells-Angels-Kutteln, bei denen der Ortszusatz ausnahmsweise lediglich an der Vorderseite der Kutte angebracht war und nicht wie üblich – und auch bei den hier diskutierten Kutteln der Bandidos – auf der Rückseite. Das OLG Celle selbst stellt – freilich im Rahmen der Ähnlichkeit, hierzu s. u., die Frage ist aber bereits hier virulent – darauf ab: Eine einschränkende Auslegung des § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm sei nur gerechtfertigt, wenn trotz der Verwendung des verbotenen Kennzeichens durch Zusätze eindeutig klargestellt werde, dass nicht auf den verbotenen Verein hingewiesen werden solle. Das könne indes nur in einer solchen Weise erfolgen, dass direkt am Kennzeichen oder in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem unterscheidende Zusätze angebracht werden, so dass auch für einen unbefangenen, außenstehenden und nicht genau prüfenden Betrachter ohne Weiteres erkennbar sei, dass nicht der Eindruck des verbotenen Originalkennzeichens vermittelt werden solle. In ihrer Entscheidungsbesprechung differenzieren *Rau/Zscheschack*<sup>28</sup> ebenso konsequent danach, ob die Ortsbezeichnungen sich auf der Vorderseite der Weste befinden (dann Strafbarkeit mangels hinreichender Distanzierung) oder auf der Rückseite unter dem Kennzeichen (dann Strafflosigkeit). Im Falle der Bandidos-Kutteln läge nach diesem Maßstab mithin eine hinreichende Distanzierung vor.

Diese Differenzierung – ohnehin insofern bloßes obiter dictum des OLG Celle – greift aber als Automatismus zu kurz. Zuzugeben ist, dass im Falle der Bandidos-Kutteln

der Ortszusatz direkt unter dem Fat Mexican angebracht ist, und zwar in i.d.R. gleicher Größe wie der Bandidos-Schriftzug. Nicht selten beschreibt die vereinsrechtliche Verbotsverfügung auch den Ortszusatz in direktem Zusammenhang mit der übrigen Kutteln-Rückseite. In der Tat liegt aus vereinsrechtlicher Sicht eine ausdrückliche Klarstellung vor, dass ein anderer Verein in Bezug genommen wird, erst recht, wenn sogar eine Auslandsbezeichnung (z.B. Denmark) verwendet wird. Das BayObLG<sup>29</sup> verweist im Ansatz zu Recht darauf, „dass eine entgegengesetzte Auffassung bedeuten würde, dass in Deutschland jedes Zeigen der Embleme der „Hells Angels“, gleichgültig welchen Landes und welcher rechtlicher Organisation, verboten wäre. Die Kompetenz, Vereinsverbote auszusprechen, liegt allerdings bei den Ministerien des Innern des jeweiligen Bundeslandes. Der Senat vermag daher möglichen Verboten nicht vorzugreifen.“

Erste Zweifel stellen sich ein, wenn man berücksichtigt, dass u.U. das modifizierende Element nicht stets sichtbar ist. So kann z.B. der Bottom-Rocker mit dem Ortszusatz durch die Rückenlehne des Motorrads verdeckt werden.<sup>30</sup> Ein unbefangener Beobachter wird daher in einer solchen nicht untypischen Betrachtungssituation durchaus davon ausgehen (dürfen), dass es sich um ein Mitglied des verbotenen Vereins handelt. Hier zeigt sich, dass distanzierende Teilsymbole durchaus schwieriger eine Strafbarkeit ausschließen als etwa Distanzierungen, die das Hauptsymbol überlagern (wie Durchstreichungen oder Überschreibungen).

Jedenfalls aber ist im Lichte des Rechtsguts und angesichts der besonderen Organisationsstruktur der Bandidos zweifelhaft, ob der Austausch des Ortszusatzes überhaupt differenzierende Kraft haben kann: Bei den verschiedenen Chapters der Bandidos handelt es sich gerade nicht um materiell völlig selbständige Vereine, sondern Teilorganisationen einer weltweiten Vereinigung, manifestiert durch einheitliches Auftreten, insbesondere unter dem Markenzeichen des Fat Mexicans und des Bandidos-Schriftzugs. Gemeinsame Veranstaltungen verschiedener Chapter und gegenseitige Besuche sind Vereinsalltag. Kommt es zu einer Hauptverhandlung gegen ein Bandidos-Mitglied, sind Solidaritätsbekundungen anderer Chapter-Mitglieder gang und gäbe, um der Öffentlichkeit und rivalisierenden Vereinigungen ein kampfkraftiges Bild zu vermitteln. Es existiert ein eigenes Fachvokabular, gerade bezüglich der verschiedenen Kutteln-Aufnäher. Die durchaus überörtliche Organisationsstruktur zeigte sich auch in dem medial viel beachteten „Friedensschluss“ zwischen Hells Angels und Bandidos mit Geltung für ganz Deutschland, der durch jeweilige Bundesvertreter ausgehandelt worden war. Ganz bewusst – im Interesse eines höheren Drohpotentials aufgrund zur Schau gestellter personeller Macht – wird das Bild erzeugt und gefördert, dass die Bandidos trotz Unterteilung in örtliche Chapter letztlich eine weltweit einheitliche Vereinigung darstellen. Aussagekräftig ist auch die Internetpräsenz der Bandidos Germany, welche ein Logo der „Bandidos World“ enthält sowie eine gemeinsame Darstellung aller Chapter in Deutschland. In allen Me-

<sup>25</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 49.

<sup>26</sup> Der vollständige Absatz lautet: „Die Ausweitung des Kennzeichenverbots wird nicht zu einer Kriminalisierung der Verwendung allgemein gebräuchlicher Zeichen wie Kreuz oder Halbmond führen. Von dem Kennzeichen eines verbotenen Vereins kann erst dann ausgegangen werden, wenn vom fraglichen Kennzeichen als Ganzem oder auf Grund der Zusammenstellung charakteristischer Elemente eine die Vereinigung charakterisierende Unterscheidungswirkung im Sinne eines Alleinstellungsmerkmals ausgeht. Diese wird in der Regel nicht durch untergeordnete Modifikationen des Kennzeichens wie die Beifügung einer Ortsbezeichnung oder einer Untergliederungsangabe ausgeschlossen werden.“

<sup>27</sup> OLG Celle NStZ 2008, 159, 161.

<sup>28</sup> *Rau/Zscheschack* NStZ 2008, 131, 135.

<sup>29</sup> BayObLG 4St RR 207/04 = BeckRS 2005, 02716.

<sup>30</sup> Vgl. auch OLG Celle NStZ 2008, 159, 161.

dien werden die Bandidos als Einheit wahrgenommen. Auch tragen einzelne Chapter nicht den Namen einer Stadt, sondern überörtliche Bezeichnungen z.B. Nomads oder Germany. Beim Fat Mexican handelt es sich auch nicht um ein allgemein gebräuchliches Zeichen wie z.B. Kreuz oder Halbmond, welches in vielen anderen Kontexten verwendet würde.<sup>31</sup> Der Fat Mexican ist insofern alles Andere als nichtssagend, wird ferner nicht vielfältig im Alltag oder in unterschiedlichen sozialen Bezügen verwandt, so dass dessen Verwendung stets eine ganz konkrete Solidarisierung mit der Bandidos-Bewegung zum Ausdruck bringt und zum Ausdruck bringen soll. Die derartige Teilidentität ist in dieser Hinsicht auch von der Verwendung von Phantasiekennzeichen abzugrenzen, deren Strafbarkeit sich nach der Ähnlichkeit zum verbotenen Original beurteilt.<sup>32</sup>

Die gewollte Partizipation an der Corporate Identity der Bandidos tangiert das Rechtsgut des § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG, und zwar sowohl hinsichtlich der Beunruhigung der Bevölkerung bzgl. Fortführung eines verbotenen Vereins und damit zusammenhängender vermuteter Ohnmacht des Staates zur effektiven Durchsetzung einer Verbotsverfügung als auch hinsichtlich der internen Stabilisierungswirkung, die von der fortgeführten Kennzeichenverwendung ausgeht. Die effektive Verbannung derartiger Kennzeichen aus der Öffentlichkeit – erklärtes Ziel des (Straf)Gesetzgebers – dient somit letzten Endes denjenigen Rechtsgütern, deren Schutz die Verbotsverfügung bezweckt, wenn auch recht weit im Vorfeld. Zum einen steht die Autorität der Verbotsbehörde, der Vollzugsbehörden und damit des ganzen Staates auf dem Spiel, zum anderen wird die Einschüchterungswirkung der Corporate Identity erst durch Verbannung des Hauptwappens effektiv vermindert, was den Bandidos das Ausnutzen ihrer Drohkulisse zur Abschreckung von Gegnern z.B. bei der Aufteilung des Betäubungsmittelmarkts erschweren wird.

## V. Zum Verwecheln ähnlich

### 1. Allgemeines

Gem. §§ 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG genügt es bereits, wenn das Kennzeichen dem Original zum Verwecheln ähnlich ist. Vergleichbare Merkmale finden sich nicht nur in § 86a Abs. 2 StGB, sondern z.B. auch in den §§ 132a Abs. 2, 149 Abs. 1 Nr. 2 und § 275 Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie § 124 Abs. 2 OWiG.<sup>33</sup>

§ 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG fungiert – ebenso wie § 86a Abs. 2 StGB – als Auffangmodalität, was dazu führt, dass nicht selten unter dem Gesichtspunkt der Ähnlichkeit Fragen der hinreichenden Distanzierung erörtert werden<sup>34</sup>, obwohl dies eine logisch nachrangige Frage ist. Richtig ist aber, dass eine große Ähnlichkeit des modifizierten Kennzeichens mit dem Originalkennzeichens sowohl gegen eine hinreichende Distanzierung spricht als auch

für eine Einschlägigkeit des § 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG. Ein Kennzeichen ist dem Originalkennzeichen dann zum Verwecheln ähnlich, wenn es aus Sicht eines nicht besonders sachkundigen und nicht genau prüfenden Betrachters die typischen Merkmale aufweist, welche das äußere Erscheinungsbild des Kennzeichens prägen und dadurch dessen Symbolgehalt vermittelt, wobei es nicht auf einen gewissen Bekanntheitsgrad des Kennzeichens ankommt.<sup>35</sup> Zwar verstößt die ausdrückliche Pönalisierung von Umgehungen nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, vgl. z.B. auch § 145c StGB, dennoch bewirkt eine derartig vage Regelung eine problematische Verschiebung der Argumentationslast, da einerseits ein nicht genau Prüfender weder hinreichend präzise konkretisiert werden kann und andererseits eine objektiv unzutreffende optische Beurteilung strafbarkeitsbegründend wirkt, wobei jede Mehrdeutigkeit zu Lasten des Täters geht.<sup>36</sup>

Notwendigerweise bildet sich eine Kasuistik als Ergebnis von Proberhandlungen interessierter Täterkreise, gewissermaßen im Wettrennen um die geringstmögliche straflose Abweichung zum Original, etwa beim Erfinden von Fantasieparolen<sup>37</sup>.

Ähnlichkeit bedeutet Übereinstimmung in vielen Punkten.<sup>38</sup> Die Beifügung „zum Verwecheln“ ist hierbei nur eine quantitative Steigerung der Irrtumswahrscheinlichkeit gegenüber relativ geringer Ähnlichkeit und damit niedrigen Risikos einer Falschbeurteilung. Problematisch ist die beliebige Graduierbarkeit dieses Begriffs, der zudem empirisch aufgeladen wird: Wie viel Prozent einer Beobachtermenge müssen irrig annehmen, dass das verwendete Kennzeichen dem des verbotenen Vereins entspricht? Welche objektivierenden Anforderungen werden an Intelligenz und Bildung des Beobachters gestellt? Wie viel Zeit hat dieser zum Betrachten und Nachdenken? Die Ähnlichkeit von Kennzeichen beurteilt sich bereits im Grundsatz vergleichbar komplex wie etwa die Ähnlichkeit von Menschen. Immerhin lassen sich Kriterien, also Vergleichspunkte, benennen. Im hier interessierenden Fall modifizierender Schriftzusätze kann man auf Textverarbeitungsmodalitäten<sup>39</sup> zurückgreifen, etwa Schriftart, -größe, -farbe, Hintergrund, Biegung, Platzierung, ggf. Formatierung als fett/kursiv, Textlänge etc., bei gesprochenem Text zusätzlich auf Klang, Phonetik, Sprachrhythmus, Metrik, Duktus und Semantik. Inhaltlicher Aussagegehalt und thematische Ähnlichkeit<sup>40</sup> wird hingegen kaum zu einer kennzeichenrechtlichen Ähnlichkeit beitragen. Da keine empirischen Studien durchgeführt werden und dies vom Gesetzgeber auch sicher nicht beabsichtigt war, handelt es sich nicht nur bei der

<sup>31</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 49.

<sup>32</sup> Hierzu unten V.

<sup>33</sup> Vgl. auch § 3 Abs. 1 VersG: „Gleichartige Kleidungsstücke“.

<sup>34</sup> S. OLG Celle NStZ 2008, 159, 161.

<sup>35</sup> BGH NJW 2002, 3186 zu § 86a Abs. 2 StGB; vgl. auch BayObLG NStZ 2000, 648; OLG Jena NJW 2002, 310; KG NStZ 2002, 148.

<sup>36</sup> BGH NStZ 2007, 446; Stegbauer JZ 2009, 164.

<sup>37</sup> Hierzu z.B. BGH NJW 2005, 3223 („Ruhm und Ehre der Waffen-SS“).

<sup>38</sup> Vgl. z.B. Bünting, Deutsches Wörterbuch, 1996.

<sup>39</sup> Etwa im Textverarbeitungsprogramm „Microsoft Word“.

<sup>40</sup> Problematisch sind i.R.d. § 86a Abs. 2 StGB neben Phantasieformeln insbesondere Insider-Begriffe (auch und gerade die Verwendung von Kennzeichen, die den „Nicht-Eingeweihten“ unbekannt sind, kann Zusammengehörigkeitsgefühle stärken) sowie Übersetzungen, vgl. BGH NStZ 2010, 210; Stegbauer NStZ 2010, 444.

Festlegung strafbarkeitsbegründender Irrtumswahrscheinlichkeiten, sondern in jeder Hinsicht um eine rein normative Festlegung. Diese dürfte auch nicht frei von Subjektivierung dahingehend sein, dass von der Absicht des Verwenders, einen entsprechenden Eindruck bzw. Irrtum zu erzielen, auf das Vorliegen des objektiven Tatbestands geschlossen wird. Insgesamt werden derartige Tatbestände in die Nähe der Betrugshandlung nach § 263 StGB gerückt – mit vergleichbaren Problemen, was strafrechtlich relevante Täuschungen und Irrtümer angeht.

## 2. Im Fall der Bandidos-Kutten

Diejenigen Argumente, die für ein eigenständiges Kennzeichen ohne hinreichende Distanzierung zum verbotenen Verein sprechen<sup>41</sup>, gelten erst recht auch für die Frage des zum Verwechseln Ähnelns. Laien ordnen die Bottom-Rocker nicht als derart prägend ein, dass sie von einem gänzlich selbstständigen, legalen Verein ausgehen würden. In den Worten des OLG Celle führt der Hinweis auf ein nicht verbotenes Chapter nicht dazu, dass die Verwechslungsgefahr mit dem Kennzeichen des verbotenen Vereins aufgehoben wird.<sup>42</sup> Dies ist auch bzgl. der Bandidos-Kutten zutreffend, da ein unbefangener, nicht genau prüfender Beobachter sich auf das zentrale Wappen des Fat Mexican und den Bandidos-Schriftzug konzentrieren wird, während er dem farblich stets gleich gestalteten Ortszusatz nicht die Bedeutung zumessen wird, dass es sich um ein Mitglied eines ganz anderen, legalen Vereins handelt.

Dies liegt allerdings vor allem auch daran, dass ein derartiger Durchschnittsbeobachter die föderalen Feinheiten des Vereinsverbots bzw. das gesamte Vereinsrecht insgesamt nicht beherrscht. Immer dann, wenn mehrere Vereine eine Dachorganisation unter Verwendung einer Corporate Identity mit identischem Kernwappen benutzen, liegt eine Verwechslungsgefahr i.S.d. Vereinsgesetzes vor. Gerade bei den Bandidos-Kutten zeigt sich: Je eher man dem normativierten Beobachter zutraut (oder zumutet) zu verstehen, dass es Unterorganisationen in Form selbständiger Vereine geben kann, umso eher wird eine Verwechslungsgefahr zu verneinen sein. Je laienhafter der Ausgangspunkt wird, umso rascher ist die hinreichende Ähnlichkeit strafbarkeitsbegründend bejaht. Bei modifizierenden Ortszusätzen ist es also typischerweise so, dass ein unbefangener Beobachter verbotene und nicht verbotene Vereine einer Dachorganisation verwechseln kann.

## VI. Das Spannungsverhältnis von Distanzierung und Ähnlichkeit

Hieraus folgt ein Spannungsverhältnis von verwaltungsrechtlichem Vereinsrecht und Strafrecht. Die typische Verwechselbarkeit trotz abweichenden Bottom Rockers selbst bei Klarstellung auf der Rückseite würde zu einer umfassenden Kriminalisierung von Mitgliedern nicht verbotener Vereine führen, sofern nur ein einziger Verein einer Dachorganisation verboten wird. Je größer die

Relation der Anzahl nicht verbotener Vereine (hier: Chapter) zu den verbotenen ausfällt, umso zweifelhafter wird diese Kriminalisierung, umso größer ist die Schutzwürdigkeit nicht verbotener Vereine. Eine bundesweite pönalisierende Wirkung eines regionalen Vereinsverbots kann nicht angehen. Ein abweichender Bottom Rocker muss also trotz Verwechselbarkeit Relevanz haben. Entgegen dem OLG Celle und dem BayObLG<sup>43</sup> führt ein Ortszusatz auf der Kutten-Rückseite aber aus den o.a. Gründen nicht zu einer hinreichenden Distanzierung oder zu einem Ausschluss der tatbestandsbegründenden Ähnlichkeit. Die (auch gewollte) Strahlkraft von Wappen und Schriftzug steht dem entgegen.

## VII. Differenzierender Lösungsvorschlag; vereinsrechtlich gebotene Charakterisierung als Sonderdelikt

Einerseits gilt es mithin, die Mitglieder nicht verbotener Vereine in ihrem Grundrecht aus Art. 9 GG (sowie Art. 14 GG bzgl. der Kutten) vor einer umfassenden Kriminalisierung zu schützen, andererseits muss in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden, dass die Mitglieder verbotener Vereine durch den bloßen Austausch des Ortszusatzes auf der Kutte weiterhin ihre Zugehörigkeit zu den Bandidos zum Ausdruck bringen können und dadurch die Verwaltungsbehörden verhöhnen und bei der Bevölkerung den Eindruck erwecken können, der verbotene Verein würde fortgeführt und der Staat stehe dem machtlos gegenüber. Das Unbehagen des LG Berlin war in der Sache richtig, auch wenn ein Strafbarkeitsausschluss bzgl. Mitgliedern verbotener Vereine zu weit geht. Zutreffend dürfte ein differenzierender Ansatz sein: Als Folge vereinsrechtlicher

<sup>43</sup> S.o., vgl. ferner *Rau/Zschieschack* NStZ 2008, 131, 135 („Kann daher insbesondere ein Ortszusatz die Strafbarkeit entfallen lassen, stellt sich die Frage, wo dieser auf der Weste angebracht sein muss, damit entweder der Bezug zu einem nicht verbotenen Chapter hergestellt wird bzw. eine hinreichende Distanzierung zu den verbotenen Ortsgruppen erfolgt. Da jedes Emblem für sich genommen ein Zeichen i.S.d. § 20 darstellt, kann die Distanzierung zu den verbotenen Vereinen zwangsläufig nur erfolgen, wenn das Distanzierungsmerkmal zusammen mit dem Zeichen wahrgenommen wird. Abzustellen ist dabei auf einen unbefangenen Beobachter in der konkreten Situation, in der das Zeichen verwandt wird; d.h. für § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 ist auf die konkrete Art der Verwendung der Weste abzustellen, was in der Entscheidung des OLG Celle nicht ganz deutlich wird. Dem Gericht ist daher zunächst beizupflichten, dass eine solche Wahrnehmung grundsätzlich bei Ortszusätzen auf der Vorderseite der Weste nicht gegeben ist, weil sie in der Regel nicht zusammen mit der Rückseite gesehen werden. Dies gilt vor allem bei einer Nutzung der zugeknöpften Weste im Straßenverkehr, weil hier entweder nur die Vorder- oder die Rückseite für den Beobachter sichtbar sind. ... Unter Beachtung dieser Grundsätze hätte in den Entscheidungen der LGe Berlin, Cottbus, München und Verden keine Straffreiheit angenommen werden dürfen, weil sie beim Tragen der Kutte eine hinreichende Distanzierung allein in den Ortsbezeichnungen auf der Vorderseite der Weste gesehen haben. Lediglich im Fall des BayObLG gelangt man zu keiner Strafbarkeit, weil der Ortszusatz unter dem Kennzeichen erkennbar gewesen ist.“)

<sup>41</sup> Oben II-IV.

<sup>42</sup> OLG Celle NStZ 2008, 159, 161.

Auslegung (auch) des Straftatbestands ist der Kreis tauglicher Täter auf die Mitglieder des verbotenen Vereins zu beschränken. Diese machen sich also nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG strafbar (wobei es dahinstehen kann, ob ein Fall des §§ 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 9 Abs. 2 S. 2 VereinsG vorliegt), wenn sie weiterhin Bandidos-Kutteln tragen, welchen Ortszusatz auch immer sie aufnähen. Mitglieder nicht verbotener Vereine und sonstige Außenstehende hingegen machen sich durch das (Weiter)Tragen ihrer Kutteln auch dann nicht strafbar, wenn ein anderes Bandidos-Chapter verboten wird. Dies widerspricht zwar dem tabuisierenden Ansatz des Gesetzgebers<sup>44</sup>, der ein umfassendes Jedermannsdelikt<sup>45</sup> schaffen wollte, um das inkriminierte Kennzeichen vollständig aus der Öffentlichkeit zu verbannen, ist aber eine konsequente – und verfassungsrechtlich gebotene – Umsetzung einer vereinsrechtsakzessorischen Strafbarkeit. Dies mag Defizite des Vereinsrechts deutlich machen, deren Behebung der Gesetzgeber zu erwägen hat. Immerhin wird auch nach der vorgeschlagenen Differenzierung die Verbotsverfügung ungeschmälert strafrechtlich effektiert ohne einem verwaltungsrechtlichen Verbot bislang noch nicht verbotener Vereine vorzugreifen. Die rechtsbe-

wusstseinserschütternde Verhöhnung der Verbotsbehörde durch Mitglieder verbotener Vereine aufgrund allzu leichter Umgehbarkeit des Kennzeichenverbots wäre unterbunden, ohne das Gefüge des Vereinsrechts einzu-ebnen. Das Abstellen auf die Personenidentität von Mitgliedern verbotener Vereine und tauglichem Adressatenkreis der Strafnorm vermeidet auch die Irrtumsproblematik gem. §§ 16, 17 StGB, werden sich doch Mitglieder nicht verbotener Vereine ggf. überzeugend dahingehend einlassen, von dem Verbot des anderen Vereins nichts gewusst zu haben oder (ebenfalls nicht fernliegend unvermeidbar i.S.d. § 17 StGB) geglaubt zu haben, dass auch strafrechtlich nur die Mitglieder des verbotenen Vereins betroffen seien.<sup>46</sup> Hieraus folgt allerdings nicht, dass angesichts existierender Irrtumsregelungen auf den Ausschluss des objektiven Tatbestandes verzichtet werden könnte, da – Tatfrage – auch Außenstehenden ggf. durchaus das Verbot eines anderen Vereins bekannt sein kann. Ohnehin neigen die Gerichte bei der Anwendung der §§ 16, 17 StGB zu großer Zurückhaltung, so dass diese keinen tauglichen Schutz der Mitglieder legaler Vereine gewährleisten.

<sup>44</sup> Vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 48.

<sup>45</sup> S. auch MK/B. Heinrich (Fn. 10), § 20 VereinsG Rn. 100.

<sup>46</sup> Anders die Konstellation bei OLG Celle NStZ 2008, 159, 161.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Verspieltes Vertrauen?

## Ein Kommentar zur Vorladung und Befragung einzelner Richter des 2. Strafsenats des BGH vor das Präsidium des BGH

Von Andrea Groß-Bölting, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Strafrecht, Wuppertal

„Scherbenhaufen im BGH?“, „Streit am BGH eskaliert“ – so oder so ähnlich lauten die Überschriften diverser Veröffentlichungen, die sich mit der Entwicklung eines Streits um die Besetzung des Vorsitzendenpostens des zweiten Strafsenats des Bundesgerichtshofs beschäftigen.

Mit der am 08.02.2012 von dpa berichteten Entscheidung des 2. Strafsenats, anstehende Fälle trotz eigener Besetzungsbedenken zu entscheiden, und der Schilderung des Vorlaufs dieser Entscheidung erreicht der Streit einen Höhepunkt, der Sorgen machen muss und der geeignet ist, dass Vertrauen in die Justiz nachhaltig zu erschüttern.

In der Sitzung des zweiten Strafsenats am 08.02.2012 wurde öffentlich bekannt, dass drei Senatsmitglieder, die zuvor an einer umfassenden und juristisch sehr wohl überlegten Begründung, warum die aktuelle Besetzung des zweiten Strafsenats den Grundsatz des gesetzlichen Richters verletze, mitgewirkt hatten, zwischenzeitlich einzeln vor das Präsidium des BGH zu einer Anhörung

geladen worden waren. Einer der geladenen Bundesrichter, RiBGH *Christoph Krehl*, schilderte den Inhalt der Anhörung wie folgt: „Es wurde vom Senat erwartet, seine im Beschluss vertretene Rechtsansicht aufzugeben oder zurückzustellen. ... Weitere Fragen zielten darauf ab, wie ich persönlich mich verhalten werde und zukünftig zu verfahren gedenke“. Der amtierende Vorsitzende des zweiten Senats, VRiBGH *Ernemann*, wiegelte ab, es handle sich um subjektive Eindrücke *Krehls*.

Dieser Vorgang ist über den konkreten Hintergrund hinaus und unabhängig von subjektiven Eindrücken der Beteiligten von großer Bedeutung und offenbart entweder ein Rechtsverständnis oder eine Gedankenlosigkeit des BGH-Präsidiums, die beide erschreckend wirken. Ob es in der Sache richtig ist, einen vakanten Vorsitzendenposten mit einem amtierenden Vorsitzenden eines anderen BGH-Senats zu besetzen, um dem Grundsatz des gesetzlichen Richters gerecht zu werden, oder ob es der Grundsatz des gesetzlichen Richters gebietet, dies gerade nicht zu tun und den Stellvertretenden Vorsitzenden

kommissarisch den Senat führen zu lassen, soll hier nicht diskutiert werden. Für beide Auffassungen gibt es juristische Gründe, die ernst zu nehmen sind und die das Dilemma, in dem sich der BGH befindet, ausmachen. Insofern ist dem BGH-Präsidium zu konzедieren, dass eine Lösung des Problems sehr schwierig ist.

Dass jedoch einzelne Senatsmitglieder, die an einer rechtlich abweichenden Entscheidung mitgewirkt haben, quasi einbestellt, zum Rapport geladen werden, ist nicht nur ein einmaliger Vorgang, sondern müsste einen Aufschrei in der Justiz verursachen. Dass es einen solchen bislang nicht gegeben hat, gibt Veranlassung zu einigen Anmerkungen aus der Sicht eines Organs der Rechtspflege:

## 1.

Dieser gesetzlich nicht geregelte Weg des BGH-Präsidiums ist unter keinem denkbaren Aspekt frei von einer Verletzung des Prinzips der Unabhängigkeit des Richters. Selbst bei vorsichtigster Betrachtung können die Grundkonstellationen dieses Vorgehens keine andere Bewertung ergeben. Dabei spielt es keine Rolle, ob ausdrücklich die Erwartung des Präsidiums (oder einzelner Mitglieder oder auch nur des Präsidenten) geäußert wurde, die vertretene Rechtsansicht des zweiten Senats aufzugeben oder zurückzustellen, oder ob dies „nur“ von den vorgeladenen Richtern zwischen den Zeilen herausgehört wurde. Bereits in der Tatsache, dass nur Senatsmitglieder zur Anhörung geladen wurden, die eine abweichende Rechtsauffassung, eine den Präsidiumsbeschluss zum Geschäftsverteilungsplan kritisierende Haltung vertreten, liegt ein Eingriff in die Unabhängigkeit des Richters begründet.

Das Signal, das von einem derartigen Vorgehen ausgeht, lautet für alle Richter des BGH, dass im Falle einer abweichenden, nicht genehmten Rechtsauffassung damit zu rechnen ist, namhaft gemacht, als Abweichler erkennbar gemacht und zur Anhörung geladen zu werden. Bereits dieses Signal ist dazu geeignet, auf die Entscheidungsfindung eines Richters Einfluss zu nehmen, wenn dieser nämlich ein solches *Procedere* scheut.

Darüber hinaus ist der gewählte Rahmen, Richter gegenüber Kollegen, die in der Sache nicht zuständig sind, ihre jeweilige Entscheidung rechtfertigen zu lassen, ein beispielloser Vorgang, der nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen ist, sondern jeglichem Prinzip richterlicher Verantwortung widerspricht. Jeder Bundesrichter ist nämlich nicht seinem Präsidenten, nicht dem Präsidium und nicht seinen Senatskollegen, sondern ausschließlich dem Gesetz und seinem Gewissen verantwortlich.

Auch wenn sich inzwischen der Präsident des BGH beim Jahresempfang des Gerichts zu diesem Vorgang geäußert und angegeben hat, es habe lediglich eine Unterhaltung mit kontroversen Standpunkten gegeben, da das Präsidium habe klären wollen und müssen, wie es weiter gehe, vermag dies nicht zu beruhigen. Schon die Tatsache, dass die Bundesrichter einzeln befragt wurden und nicht mit allen Mitgliedern des Senats das Gespräch

gesucht wurde, spricht gegen den Charakter einer schlichten Unterhaltung.

## 2.

Das Vorgehen des BGH-Präsidiums missachtet darüber hinaus das ansonsten stets verteidigte Beratungsgeheimnis, indem es einzelnen Senatsmitgliedern in „Einzelgesprächen“ abverlangt, zu einer getroffenen Entscheidung und zu zukünftigem Abstimmungsverhalten Stellung zu nehmen. Wenn Richter gegenüber Verfahrensbeteiligten immer wieder auf ihr Beratungsgeheimnis verweisen und dieses – im Sinne freier und unbeeinflusster Entscheidungsfindung – nach außen verteidigen, verwundert es sehr, mit welcher Haltung derart viele Bundesrichter im Präsidium eine Befragung dulden, die dieses Beratungsgeheimnis elementar verletzt.

## 3.

Der zweite Strafsenat hat nach der Anhörung der drei Bundesrichter inzwischen entschieden, anstehende Fälle trotz eigener Bedenken zu entscheiden. Ob diese Entscheidung von der Anhörung im Präsidium beeinflusst wurde oder nicht, kann hier nicht beurteilt werden. In jedem Fall ist diese Entscheidung des zweiten Senats – trotz der auf der Hand liegenden faktischen Zwänge und des Vorteils geschmeidiger Praktikabilität – im Ergebnis nicht zu begrüßen. Diese Entscheidung bedeutet nämlich, dass der Senat wider besseres Wissen einen Verfassungsverstoß in Kauf nimmt. Wie kann man dogmatisch die Entscheidung begründen, in der Sache zu entscheiden, obwohl man die gerichtliche Besetzung als fehlerhaft und damit die konkreten Richter als unzuständig begreift? Welchen Stellenwert hat das Grundgesetz, wenn bei ernsthaften und gut begründeten Zweifeln an der Einhaltung des Prinzips des gesetzlichen Richters die Erledigung von Fällen über die Verfassungsgrundsätze gestellt wird? Ich hätte mir als Organ der Rechtspflege ein klareres Bekenntnis zur unverrückbaren Geltung des Grundgesetzes und eine Zurückweisung jeglichen Anscheins, dass der Zweck die Mittel heiligen könnte, gewünscht. Und ich hätte mir gewünscht, dass das Präsidium des BGH Richterkollegen nicht in der Zwickmühle allein lässt, entweder für den Stillstand der Rechtspflege verantwortlich gemacht zu werden oder sich gegen ihre Rechtsauffassung und ihr Gewissen entscheiden zu müssen.

## 4.

Es ist zu hoffen, dass der Aufschrei in der Justiz nur auf sich warten lässt und noch kommt. Das Vorgehen des BGH-Präsidiums ist nämlich geeignet, einen Dammbreach auszulösen und freudige Nachahmer zu inspirieren. Dies müsste sämtliche Richter – in welchem Bereich der Justiz sie auch tätig sein mögen – angehen und auf den Plan rufen. Das hinter diesem Fall stehende strukturelle Problem, nämlich in organisatorischen Krisen eines Gerichts Macht ausüben zu wollen, Druck aufzubauen und den einzelnen allein zu lassen, geht nicht nur die drei befragten Bundesrichter, sondern alle Richter und letztlich auch

die übrigen Organe der Strafrechtspflege an. Im konkreten Fall bedürfen die betroffenen Bundesrichter der Solidarität und des Lobs dafür, eine von ihnen als richtig erkannte Entscheidung auch gegen die auf der Hand liegenden Interessen anderer vertreten zu haben.

Unabhängig davon, ob ihre Entscheidung in der Sache richtig ist oder nicht, entspricht eine derartige richterli-

che Haltung meiner Vorstellung von Justiz und ist ein wichtiger Grundstein für das Vertrauen der Bevölkerung in das Funktionieren der Justiz. Das Prinzip der Unabhängigkeit des Richters soll dem Richter den Rücken dafür freihalten, Rückgrat zeigen zu können. Alle Abstriche in diesem Bereich können der Justiz nur schaden.

Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

# Schrifttum

**Burhoff, Detlef (Hrsg.): Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 3. Auflage, 1824 Seiten mit CD-ROM, 118,- €, ZAP-Verlag, Münster 2011.**

Der Klassiker erscheint in neuem Gewand. Schon das äußere Erscheinungsbild spricht an. Zudem wirkt er schlanker als seine beiden Vorgänger. Letzterer Schein allerdings erweist sich nur als äußerlicher, finden sich doch gleich über 200 Seiten an zusätzlicher geballter Information. Neu ist in der Tat, dass der Verlag offenbar auf ein anderes, dünneres Papier zurückgegriffen hat. Dies macht das Arbeiten für mich persönlich deutlich angenehmer.

Die Tatsache, dass *Detlef Burhoff* und seine hochkarätigen Mitautoren das Handbuch zwischenzeitlich in der dritten Auflage präsentieren, spricht für sich. Auch in dieser Auflage greift *Detlef Burhoff* auf seine ABC-Gliederung zurück, die sich nach kurzer Eingewöhnungszeit als überaus praxistauglich erweist. Gerade wenn es mal schnell gehen muss, so zum Beispiel in laufender Hauptverhandlung, erübrigt sich nämlich die sonst in Kommentaren nötige Suche im Stichwortverzeichnis. Das Handbuch ist das Stichwortverzeichnis, mit dem Unterschied, dass sogleich zu jedem Stichwort eine umfassende Erläuterung folgt. Das spart enorm Zeit. Besonders gut gefällt mir, dass vielfach zu Beginn eines Stichworts oder Kapitels die wesentlichen Punkte, die der Verteidiger beachten muss, kurz zusammengefasst sind. Häufig

reicht in einer problematischen Situation Einblick genau auf diese Liste, um der Lösung auf die Spur zu kommen.

Inhaltlich dürfte nach meiner Einschätzung kein einziger Tatbestand fehlen und möge er noch so selten sein. Die Schwerpunkte des Handbuches sind sorgfältig und ebenso praxisorientiert gewählt. Die Tatsache, dass möglicherweise einzelne Problemfelder, wie beispielsweise die teilweise angenommene Verwertbarkeit von Videoaufnahmen, nicht mehr die volle Relevanz besitzen, wie möglicherweise noch vor rund einem Jahr, ist der Tatsache geschuldet, dass die Obergerichte nach und nach eine mehr oder weniger einheitliche Linie gefunden haben. Dies allerdings ist dem Verteidiger in Bußgeldsachen seit Jahren und aus diversen Betätigungsfeldern bekannt. Gab es beispielsweise noch vor vielleicht vier Jahren einen regelrechten „Hype“ um den „Vollmachts-Trick“, so spricht man hierüber heutzutage kaum noch.

Gerade im straßenverkehrsrechtlichen OWi-Verfahren sind die denkbaren Betätigungsfelder für Verteidiger überaus schnelllebig. Aktualität und erfreuliche Schwerpunkte im Handbuch finden sich so beispielsweise im Bereich der einzelnen Messverfahren bei den Geschwindigkeitsüberschreitungen. Hier findet der Verteidiger alles und nahezu jedes Messverfahren, das es zu kennen gibt einschließlich der nötigen Erläuterungen.

Auch die Verteidigung in Verfahren wegen einer Drogenfahrt wird umfassend dargestellt. Verfahren wegen Ver-

stößen gegen § 24a StVG scheinen immer mehr zuzunehmen. Gerade deshalb muss sich der Verteidiger sorgfältig mit diesem Problemfeld befassen. Auch hier bietet *Detlef Burhoff* nahezu alles, was es zu dieser Problematik zu wissen gilt. Einziger Punkt in diesem Zusammenhang, den jedenfalls ich mir für die kommende Auflage wünschen würde, ist ein Hinweis an den Verteidiger, dass bei der Verteidigung in Verfahren wegen einer Drogenfahrt immer im Hinterkopf stecken muss, dass sich in nahezu allen Fällen ein verwaltungsrechtliches Verfahren anschließt und der Mandant hierüber aufgeklärt werden muss. So wäre beispielsweise der Wegfall eines Fahrverbotes als Regelfolge des Verstoßes gegen § 24a StVG allenfalls als Pyrrhus-Sieg zu werten, wird doch in aller Regel die Fahrerlaubnisbehörde spätestens nach Abschluss des Verfahrens wegen charakterlicher Ungeeignetheit die Fahrerlaubnis entziehen. Das jedenfalls muss der Verteidiger vor Augen haben und gegebenenfalls dem Mandanten anraten, schon während des laufenden Verfahrens vorbereitende Maßnahmen wie Drogenscreenings oder verkehrspsychologische Beratungen zu ergreifen.

Alles in allem jedenfalls ist auch die dritte Auflage insbesondere in Verbindung mit der mitgelieferten CD-ROM, auf welcher sich zahlreiche Checklisten und Muster befinden als unverzichtbares Hilfsmittel einzustufen, so dass ich dessen Erwerb jedem als Verteidiger tätigen Kollegen, doch auch unbedingt den Praktikern bei Staatsanwaltschaft und Gericht ans Herz legen möchte.

Rechtsanwalt **Peter Strüwe**, Fachanwalt für Strafrecht, Fachanwalt für Verkehrsrecht, Essen

\*\*\*

***Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.): Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung selbstschädigenden Verhaltens (Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik, Band 1), 355 Seiten, 89,- €, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010.***

Paternalismus und (Straf-)Recht, so scheint es, ist derzeit ein Modethema. Denn mit dem vorliegenden Tagungsband ist innerhalb kurzer Zeit bereits der dritte Sammelband zu dieser Thematik erschienen. Bei den anderen beiden handelt es sich um „Paternalismus im Recht“ (herausgegeben von Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann, 2006) sowie „Grenzen des Paternalismus“ (herausgegeben von Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, 2010), wobei sich Autoren wie Beiträge der jeweiligen Bände gelegentlich decken, teils sind die Beiträge (worauf die Autoren selbstverständlich hinweisen) auch schon andernorts erschienen. Die Originalität wird hierdurch zwangsläufig etwas begrenzt.

Ziel der Tagung, aus der der hier vorzustellende Band hervorgegangen ist, war es, den Komplex des strafrechtlichen Paternalismus „als moralphilosophisches und rechtsethisches Problem zu rekonstruieren und zu diskutieren“ (S. 10). Das Ergebnis sei am Anfang gleich vorweggenommen: Von wenigen Beiträgen abgesehen, stehen die Autor(inn)en paternalistischen Tendenzen im Strafrecht auf der Grundlage eines (streng) liberalen

Rechtsverständnisses entschieden kritisch bis ablehnend gegenüber.

Direkt paternalistische Vorschriften – das sind solche, die dem Täter ein selbstschädigendes oder -gefährdendes Verhalten aus Fürsorge verbieten (z.B. Suizidverbot) – sind im Strafrecht allenfalls in sehr engen Grenzen zu legitimieren, falls sie überhaupt zu legitimieren sind (*Schünemann*, S. 232 f.; v. *Hirsch/Neumann*, S. 71; eingehende Analyse mit überzeugender Begründung bei v. *Hirsch*, S. 57 ff., bes. 62 ff.). Daher gibt es derartige Normen vornehmlich außerhalb des (Kern-)Strafrechts, wie etwa im Ordnungswidrigkeitenrecht. Exemplarisch lassen sich die Verbote nennen, ohne Sicherheitsgurt Auto oder ohne Helm Motorrad zu fahren. Gemeinhin werden diese niedrigschwelligen Formen des Paternalismus als unbedenklich eingestuft (*Schünemann*, S. 239 f.; v. *Hirsch*, S. 68; zu den Möglichkeiten einer rechtsethischen Legitimation aufschlussreich *Birnbacher*, S. 18 ff.). *Peršak*, deren Beitrag sich ausschließlich dieser Thematik widmet (S. 173 ff.), kommt indes zu einem gegenteiligen Schluss: Da paternalistische Interventionen in die Zukunft gerichtet, Ordnungswidrigkeiten aber ebenso wie die Strafe vergangenheitsbezogen seien und zudem einen Tadel implizierten, passe beides nicht zusammen (S. 189). *Peršaks* Argumentation läuft weitgehend parallel zu derjenigen von v. *Hirsch* gegen einen direkten Paternalismus im Strafrecht (S. 57 ff.). Möglich wird dieser Gleichklang durch die umstrittene These, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten seien nichts qualitativ, sondern nur etwas quantitativ Verschiedenes (S. 184 ff., 190 f.). Während die Autorin die für ihre Position sprechenden Erwägungen einleuchtend zusammenstellt, finden Argumente der Gegenposition leider keine Erwähnung.

*Hörnle* befasst sich in ihrem Beitrag mit der Eizellenspende (S. 111 ff.). Das deutsche Embryonenschutzgesetz verbietet es bei Strafe, eine fremde, unbefruchtete Eizelle auf eine Frau zu übertragen. Die Gründe, die für dieses Verbot ins Feld geführt werden („gespaltene Mutterchaft“, „Würde“ der Eizelle, Menschenwürde sowie körperliche Risiken der Eizellspenderinnen), werden von ihr sorgsam erörtert, im Ergebnis aber als nicht plausibel verworfen. Weder lasse sich ein (umfassendes) strafrechtliches Verbot von unentgeltlichen Eizellspenden noch eines der entgeltlichen Weitergabe von Eizellen begründen. Obzwar das Veräußerungsverbot einer weit verbreiteten und tiefen Intuition entspreche, verberge sich dahinter nur das religiös begründete Verbot, über den eigenen Körper zu verfügen, oder aber paternalistische Bestrebungen (S. 122 ff.). Frauen, die zur Linderung ihrer finanziellen Nöte Eizellen veräußerten, könne man jedenfalls nicht ohne weiteres eine mangelhafte Selbstbestimmung entgegenhalten (S. 125 f.). Dass es hier unter Umständen aus einer „Makroperspektive“ zu (erheblichen) Gerechtigkeitsproblemen kommen kann, sieht *Hörnle*. Globale Gerechtigkeit sei aber ein „ethischer Wert“, weshalb das Problem dem „Rechtsmoralismus“ zuzuordnen sei (S. 127). Die Frage, inwiefern rechtsmoralistische Erwägungen strafrechtliche Verbote tragen könnten, wird offengelassen. – Im Ergebnis vergleichbar plädiert *Schroth* für die (weitestgehende) Zulässigkeit von Nierenlebenspenden, vorausgesetzt eine autonome Entscheidung des Spenders liegt vor (S. 205 ff.). Letzteres beurteile sich nach „minimalistische[n] Anforderun-

gen [...], da ansonsten Kompetenz eingeräumt und zugleich wieder weggenommen wird“ (S. 209). Auch im Handel mit Organen sieht der Autor kein grundsätzliches Problem, schlägt aber eine Norm in der Art des Wucheratbestands vor, um einer Ausnutzung gesundheitlicher oder wirtschaftlicher Notlagen entgegenzutreten (S. 217 f.). Zudem wird ein Verfahren zur „prozeduralen Absicherung von Autonomiebedingungen“ („Verfahrenspaternalismus“) für legitim erachtet (S. 220).

Am Beispiel des Betäubungsmittelgesetzes zeigen *Wohlers/Went*, dass paternalistische Erwägungen nur zum Schein vorgetragen werden, wohingegen es in Wirklichkeit um ganz andere Fragen geht. Nämlich um die Vermeidung von sozialen Folgekosten, die mit dem Konsum von Betäubungsmitteln verbunden sind, oder um das Unterdrücken von Lebensweisen, die mit den gesellschaftlich vorherrschenden nicht in Einklang stehen (S. 282 ff.). Die Autoren kritisieren zu Recht derartige Schein-Begründungen, da sie einer rationalen Kriminalitätspolitik entgegenstehen.

Mit (freiwillig gewählten) selbsterniedrigenden Verhaltensweisen beschäftigen sich die Beiträge von *Kasachkoff* (S. 135 ff.), *Kleinig* (S. 145 ff.) und *Seelmann* (S. 241 ff.). Beispielhaft genannt werden Frauen, die in Peepshows auftreten, oder der sog. „Zwergen-Weitwurf“ sowie sadomasochistische Sexualpraktiken. Während *Kasachkoff* eine Kriminalisierung solcher Verhaltensweisen mit guten Gründen ablehnt, entwickelt *Kleinig* ein Konzept, welches einen begrenzten Paternalismus zulässt, da „wir uns als Gemeinschaft auf die Sicherung und Erhaltung der Menschenwürde sowohl als einer individuellen Eigenschaft als auch eines sozialen Wertes verpflichtet haben“ (S. 146). Zur Fundierung seiner Position beruft *Kleinig* sich ausgerechnet auf *J. St. Mill*. Dass sich dessen Werk „*On Liberty*“ eine solche Deutung entnehmen lässt, ist zumindest eine gewöhnungsbedürftige, im Ergebnis kaum überzeugende These; was aber noch nicht heißt, dass die Position insgesamt nicht vertretbar wäre. Äußerst restriktiv fällt schließlich das Urteil *Seelmanns* aus: Rechtliche Verbote seien denkbar, sofern es um den „Schutz der Orientierungskompetenz“ des Einzelnen gehe (S. 250). In den genannten Beispielfällen soll diese Voraussetzung aber nicht erfüllt sein. Vielmehr werde die Orientierungskompetenz in aller Regel erst dann in Frage gestellt, wenn „auch im herkömmlichen Sinn von einer Rechtsverletzung gesprochen werden kann“ (S. 251). Damit ist die Orientierungskompetenz nichts anderes als eine Ausdifferenzierung oder – mit *Seelmann* gesprochen – „Explikation des Rechtsbegriffs“ (S. 252).

Den Schwerpunkt des Bandes bildet die Auseinandersetzung mit § 216 StGB, der Tötung auf Verlangen. Die Vorschrift, die dem indirekten Paternalismus zuzurechnen ist, untersagt es, eine Person zu töten, auch wenn sie damit einverstanden ist bzw. ausdrücklich und ernsthaft verlangt, getötet zu werden (zur Problematik die Beiträge von *v. Hirsch/Neumann* [S. 71 ff., 99 ff., 333 ff., 343 ff.]

sowie *v. d. Pfordten* [S. 193 ff., 339 ff.] und *Yamanakas* [S. 323 ff.]). Zunächst untersuchen *v. Hirsch/Neumann* Argumente, die sich für die Legitimation des § 216 StGB vorbringen lassen (Gefahr einer mangelbehafteten Einwilligung oder einer unzureichend reflektierten Entscheidung [S. 78 ff.], das sog. Hemmschwellenargument – von Relevanz vor allem, wenn es dem Betroffenen auch möglich wäre, sich selbst zu töten [S. 80 ff.], die Vertretbarkeit der Gründe für das Sterbeverlangen anhand eines objektiven und subjektiven Maßstabs [S. 82 ff.]). All diese Argumente, so die Bilanz, lieferten jedenfalls keine einleuchtende Begründung, § 216 StGB einschränkunglos, zumal ohne zeitliche Begrenzung, aufrechtzuerhalten. Insbesondere sei für das Selbstbestimmungsrecht nicht nur die Frage des „Ob“, sondern auch die des „Wie“ der Beendigung des eigenen Lebens von entscheidender Bedeutung. Damit impliziert § 216 StGB zwangsläufig einen „tiefgreifenden und dauerhaften Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht“ der Person (S. 97). Die Autoren plädieren für eine partielle Entkriminalisierung der Tötung auf Verlangen, die über bislang in der Literatur erhobene Forderungen weit hinausreicht (S. 88 ff., 100 ff.). Die Fremdtötung sollte ihrer Vorstellung nach (mit prozeduraler Sicherung) legalisiert werden sowohl in Fällen, in denen die Lebensqualität nach einer standardisierten Betrachtung ganz erheblich beeinträchtigt ist, als auch in Fällen, in denen jemand nach einem schwerwiegenden Misserfolg sein Leben als nicht mehr lebenswert empfindet (wie z.B. der alternde, mittlerweile erfolglose Rockstar). Dass der Vorschlag von *v. Hirsch/Neumann* auf breite Zustimmung stoßen könnte, steht wohl nicht zu erwarten. Er besticht aber durch seine Stringenz. Konsequenter – oder vielleicht auch: radikaler – lässt sich das Selbstbestimmungsprinzip kaum durchbuchstabieren. Freilich, es bleibt ein Unbehagen (vgl. auch die Einwände von *Bung*, S. 27 ff.), bei aller Sympathie für konsequente Lösungen. Auf der anderen Seite dürfte es aber jedenfalls keine Zweifel mehr daran geben, dass § 216 StGB in seiner gegenwärtigen, keine Ausnahme zulassenden Fassung nicht akzeptabel ist (anders *v. d. Pfordten*, S. 193 ff.).

Der vorliegende Band verschafft einen zuverlässigen Einblick in die Debatte um den Paternalismus im (Straf-)Recht und informiert über deren aktuellen Stand. Alle Beiträge sind lesenswert, auch die hier nicht besonders hervorgehobenen. Das gilt vor allem für die Artikel von *Birnbacher* („Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?“, S. 11 ff.), *Schünemann* („Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – eine Sisyphus-Arbeit?“, S. 221 ff.) und *Vossenkuhl* („Paternalismus, Autonomie und Rechtspflichten gegen sich selbst“, S. 275 ff.), in denen sich so subtile wie lehrreiche Analysen finden.

PD Dr. **Anette Grünewald**, Hamburg/Heidelberg

\*\*\*

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*Hinweis* Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

## **92. EGMR Nr. 8080/08 und 8577/08 (5. Kammer) – Urteil vom 1. Dezember 2011 (Schwabe und M.G. gegen Deutschland)**

Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit sowie der Versammlungsfreiheit durch Inhaftierungen im Zusammenhang mit dem G8-Gipfel von Heiligendamm (Unterbindungsgewahrsam und Schutzpflichten des Staates; Gefangenenerleichterung; Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung; Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde bei begründetem Anlass zu der Annahme, dass die Begehung einer konkreten Straftat verhindert werden muss; Rechtmäßigkeit; Auslegung mehrdeutiger Meinungsäußerungen; Verhältnismäßigkeit: mildere Maßnahmen); Individualbeschwerde (Erschöpfung des nationalen Rechtsweges: Recht auf Freiheit der Person und Recht auf Entschädigung einer unrechtmäßigen Freiheitsentziehung).

Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 EMRK; Art. 11 EMRK; § 120 StGB; § 112 StPO; § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV; Art. 5 GG; Art. 8 GG

## **93. BVerfG 1 BvR 917/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. November 2011 (OLG Stuttgart / AG Hechingen)**

Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Meinungsfreiheit; Tatsachenbehauptung; Werturteil; Wechselwirkungslehre; Polemik; Rechtsgutverletzung; Georg Elser-Flugblatt).

Art. 5 Abs. 1 GG; § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 27 StGB

## **94. BVerfG 1 BvR 2150/08 (Erster Senat) – Beschluss vom 4. November 2009 (BVerwG)**

Ausnahmen von der Meinungsfreiheit ohne allgemeines Gesetz (immanente Grundrechtsschranke; propagandistisches Gutheißens der totalitäre, nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; lex-Wundstiedel; Rudolf Heß); Bestimmtheitsgebot; Störung des öffentlichen Friedens; Versammlungsverbot.

Art. 5 GG; Art. 8 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 4 StGB; § 15 Abs. 1 VersG

## **95. BVerfG 1 BvR 3048/11 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Frankfurt)**

Pressefreiheit bei der Bildberichterstattung über Strafverfahren (sitzungspolizeiliche Anordnung; Abbildung; Anonymisierung; „Verpixelung“; Persönlichkeitsschutz; Wahrheitsfindung; Sicherheitsinteresse); einstweilige Anordnung (Folgenabwägung); Umsatzsteuerhinterziehung.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; § 176 GVG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 370 AO

## **96. BVerfG 2 BvR 68/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (OLG München / LG Traunstein)**

Freiheitsgrundrecht (Richtervorbehalt im Maßregelvollzug; Einfluss und Verhalten Dritter; psychiatrisches Krankenhaus; Aussetzung zur Bewährung; sozialer Empfangsraum); Rechtswegerschöpfung; Anhörungsrüge.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 454a Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

## **97. BGH 3 StR 231/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München I)**

BGHSt; kriminelle Vereinigung (inländische; ausländische; geografische Zuordnung; Schwerpunkt der Organisationsstruktur; „Diebe im Gesetz“); Wahlfeststellung; Verfolgungsermächtigung; gewerbsmäßige Bandenhehler.

§ 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 259 StGB; § 260 StGB

## **98. BGH 3 StR 284/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Antrag auf ein anthropologisches Identitätsgutachten; völlig ungeeignetes Beweismittel; Klärung im Freibeweis); Verwertungsverbot nach nicht verstandener Belehrung (Beweiserfordernis; mögliche psychotische Störung).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

## **99. BGH 3 StR 315/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)**

Mündlichkeitsprinzip; Inbegriff der Hauptverhandlung; Verlesung eines psychiatrischen Behandlungsberichts;

Anordnung des Vorsitzenden (Antrag auf Entscheidung der Kammer; Rüge der Verletzung zwingenden Rechts).  
§ 238 StPO; § 261 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 256 StPO

**100. BGH 3 StR 317/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**101. BGH 3 StR 318/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Oldenburg)**

Ausschluss des Angeklagten (Abwesenheit bei Entscheidung über die Entlassung eines Zeugen); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses (Voraussetzungen des Anvertrautenseins); sexuelle Nötigung.  
§ 247 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 174c Abs. 1 StGB; § 179 StGB

**102. BGH 3 StR 337/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Hildesheim)**

Rücktritt vom Versuch (umgekehrte und mehrfache Korrektur des Rücktrittshorizonts; Anforderungen an die Urteilsgründe: Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe und missverständliche Ausführungen); versuchter Mord.  
§ 24 Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO

**103. BGH 3 StR 358/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zurückverweisung; Anwendungsbereich des Beschlussverfahrens).  
§ 55 StGB; § 354 StPO; § 460 StPO

**104. BGH 3 StR 359/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Oldenburg)**

Sexuelle Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Ausnutzungsbewusstsein).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 16 StGB

**105. BGH 3 StR 362/11 – Urteil vom 15. Dezember 2011 (LG Wuppertal)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**106. BGH 3 StR 365/11 – Urteil vom 15. Dezember 2011 (LG Hannover)**

Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens (Beweisantrag; Beweisermittlungsantrag; Aufklärungspflicht).  
§ 244 StPO

**107. BGH 3 StR 375/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Mönchengladbach)**

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung der Art der Tatausführung).  
§ 46 StGB; § 21 StGB

**108. BGH 3 StR 377/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall); Aufklärungshilfe (bekannte Taten); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 46 StGB

**109. BGH 3 StR 378/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Mönchengladbach)**

Strafzumessung (Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Täters); Doppelverwertungsverbot beim gewerbsmäßigen Einschleusen von Ausländern (Gewinnstreben); Absehen vom Verfall (obligatorische Erörterung bei prekären wirtschaftlichen Verhältnissen; Verbrauch).  
§ 46 StGB; § 96 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 73c StGB

**110. BGH 3 StR 399/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Osnabrück)**

Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchdiebstahl; minder schwerer Fall; Strafzumessung; Beruhen.  
§ 244 Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

**111. BGH 3 StR 399/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Osnabrück)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**112. BGH 3 StR 440/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 44 StPO; § 45 StPO

**113. BGH 5 StR 122/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Dresden)**

Verletzung der Buchführungspflicht; Bankrott; Interestheorie.  
§ 283 StGB; § 283b StGB

**114. BGH 5 StR 292/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Berlin)**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**115. BGH 5 StR 388/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011**

Unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**116. BGH 5 StR 388/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011**

Unbegründete Anhörungsrüge (versäumte Mitteilung eines irrelevanten Schriftstücks).  
§ 356a StPO

**117. BGH 5 StR 402/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Potsdam)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).  
§ 29a BtMG; § 55 StGB

**118. BGH 5 StR 422/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Lübeck)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; länger währende Straffreiheit).  
§ 63 StGB

**119. BGH 5 StR 423/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Kiel)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Erörterungsmangel; Suchtdruck; Persönlichkeitsstörung); Bemessung des Vorwegvollzugs.

§ 21 StGB; § 67 StGB

**120. BGH 5 StR 425/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Berlin)**

Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Bewertungseinheit; Strafzumessung).

§ 95 AMG; § 52 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

**121. BGH 5 StR 434/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Hamburg)**

Zeugnisverweigerungsrecht (Verfahren gegen einen Verwandten; Beweisverwertungsverbot bei mangelnder Belehrung; Begünstigung eines Mitbeschuldigten im Wege eines Rechtsreflexes).

§ 52 StPO

**122. BGH 5 StR 463/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Chemnitz)**

Unbegründete Revision; Klarstellung des Tenors.

§ 349 Abs. 2 StPO

**123. BGH 5 StR 465/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Leipzig)**

Betrug (widersprüchliche Feststellungen; nicht nachvollziehbare rechtliche Würdigung); Absprache.

§ 263 StGB; § 257c StPO

**124. BGH 5 StR 471/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Itzehoe)**

Adhäsionsverfahren; Feststellungsanspruch (Haftungsquote).

§ 406 StPO

**125. BGH 5 StR 480/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Leipzig)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**126. BGH 5 StR 511/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**127. BGH 5 StR 520/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Berlin)**

Sachrüge (Umfang der Urteilsanfechtung).

§ 344 Abs. 2 StPO

**128. BGH 5 StR 530/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Lübeck)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Ausnehmen vom Rechtsmittelangriff).

§ 64 StGB

**129. BGH 1 StR 341/11 – Urteil vom 30. November 2011 (LG Nürnberg-Fürth)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit; Sym-

ptomtat bei Kriminalität mittlerer Schwere; Übermaßverbot); Revisionsbeschränkung (Trennbarkeit).

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 20 StGB

**130. BGH 1 StR 354/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**131. BGH 1 StR 400/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011 (LG Nürnberg-Fürth)**

Beweiswürdigung zum bedingten Tötungsvorsatz (mehrfache gefährliche Tritte gegen Kopf eines rechtsradikalen „Spezialisten für Körperverletzungen“; erforderliche Gesamtwürdigung; Willenselement); Rücktritt vom unbeeendeten Versuch durch Tataufgabe.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB; § 24 StGB

**132. BGH 1 StR 459/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG München II)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Scheinrechnungen; besonders schwerer Fall); angemessene Rechtsfolge (eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 14c Abs. 2 Satz 3 UStG; § 354 Abs. 1a StPO

**133. BGH 1 StR 501/11 – Urteil vom 14. Dezember 2011 (LG Stuttgart)**

Beweiswürdigung in der Konstellation Aussage gegen Aussage (Grenzen der Revisibilität; Lückenhaftigkeit); gefährliche Körperverletzung; Aufklärungsrüge (Inbegriffsrüge).

§ 224 StGB; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**134. BGH 1 StR 532/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Mannheim)**

Strafantrag bei gemeinschaftlicher elterlicher Sorge.

§ 194 StGB; § 185 StGB; § 158 Abs. 2 StPO

**135. BGH 1 StR 533/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG München I)**

Bedingter Tötungsvorsatz (Feststellungen); unbeeendeter und beeendeter Versuch (Aufgabe weiterer Gewalttätigkeiten).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 24 StGB

**136. BGH 1 StR 547/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG München I)**

Reichweite des Verwertungsverbots gemäß § 252 StPO bei Berufsheimnisträgern (Widerruf der Entbindung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht); Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Verletzung des Konfrontationsrecht des Angeklagten.

§ 252 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**137. BGH 1 StR 571/11 – Beschluss vom 19. Januar 2012 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**138. BGH 1 StR 585/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Ravensburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**139. BGH 1 StR 606/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Traunstein)**

Konkurrenzen bei der Misshandlung von Schutzbefohlenen (Körperverletzung).  
§ 52 StGB; § 225 StGB; § 223 StGB

**140. BGH 1 StR 610/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Offenburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**141. BGH 1 StR 616/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Ingolstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**142. BGH 1 StR 621/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Karlsruhe)**

Ausgebliebene erneute Erteilung des letzten Wortes (Ausschluss des Beruhens).  
§ 258 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**143. BGH 1 StR 628/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Ravensburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**144. BGH 2 StR 109/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Aachen)**

Feststellungsvoraussetzungen des Betrugsschadens (Salddierung; mögliche, werthaltige Ansprüche; Kompensation); Wertersatzfall (Härtefallklausel).  
§ 263 StGB; § 261 StPO; § 73a StGB; § 73c StGB

**145. BGH 2 StR 112/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Darmstadt)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz bei der Zeugenvernehmung (Verlesung von Vernehmungsprotokollen; Widerruf der Zustimmung der Verteidigung); Inbegriff der Hauptverhandlung (Mitschriften unzuständiger Richter der entscheidenden Strafkammer).  
§ 249 Abs. 2 StPO; § 250 StPO; § 251 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 261 StPO

**146. BGH 2 StR 172/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Darmstadt)**

Erhebliche Verminderung der Steuerfähigkeit (Rechtsbegriff; Beurteilungsspielraum; Bewertungsspielraum; schwere andere seelische Abartigkeit; Indiz des Leistungsvermögens).  
§ 21 StGB

**147. BGH 2 StR 287/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Aachen)**

Versuchte und vollendete besonders schwere Brandstiftung (Inbrandsetzen; gemischt-genutzte Gebäude; wesentliche Gebäudeteile; konkrete Gefahr für die Gesundheit eines anderen Menschen).  
§ 306a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB

**148. BGH 2 StR 305/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Gießen)**

Formelle und materielle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung nach der Weitergeltungsanordnung des BVerfG (Meistbegünstigungsprinzip; Vertrauensschutz; Gesetzlichkeitsprinzip; Anwendung auf Raub- und Erpressungsdelikte).  
§ 66 Abs. 1 StGB a.F.; Art. 316e Abs. 2 EGStGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 249 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 252 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**149. BGH 2 StR 330/11 – Urteil vom 23. November 2011 (LG Aachen)**

Prüfung des minder schweren Falles der Brandstiftung.  
§ 306 Abs. 2 StGB

**150. BGH 2 StR 346/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (BGH)**

Recht auf den gesetzlichen Richter (ordnungsgemäße Gerichtsbesetzung bei Vergabe eines doppelten Senatsvorsitzes; materielle Gewährleistung einer tatsächlichen Unabhängigkeit und normativ legitim zu erwartende Leistungsfähigkeit: sachgerechte Ausübung der Leitungsfunktion durch den Vorsitzenden).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 21e GVG; § 21f Abs. 2 GVG

**151. BGH 2 StR 349/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**152. BGH 2 StR 352/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Aachen)**

Aufklärungshilfe (Erörterungsmangel; milderes Gesetz; Meistbegünstigungsgrundsatz).  
§ 31 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

**153. BGH 2 StR 375/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Koblenz)**

Notwehr und Erlaubnistatbestandsirrtum bei einem sich bedroht fühlenden Mitglied der Hells Angels und einem verdeckten Einsatz der Polizei (Totschlag; Tatbestandsirrtum; Erforderlichkeit: Warnschuss; Durchsuchung; Verhältnismäßigkeit); versuchte räuberische Erpressung (Vermögensschutz und Prostitution: ungesicherte Erwerbssaussichten; versuchte Nötigung; Rücktritt: kein fehlgeschlagener Versuch); Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.  
§ 212 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB; § 17 StGB; § 253 StGB, § 255 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 102 StPO

**154. BGH 2 ARs 458/11 2 AR 300/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Mannheim)**

Keine Bestimmung des zuständigen Gerichts analog § 14 StPO.  
§ 14 StPO

**155. BGH 2 StR 462/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**156. BGH 2 StR 478/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**157. BGH 2 StR 483/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Köln)**

Unzulässig erhobene Rüge der nicht ordnungsgemäßen Besetzung (Durchführung einer Schöffenwahl).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 42 GVG

**158. BGH 2 StR 502/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Bonn)**

Körperverletzung mit Todesfolge (Provokation im Sinne des § 213 StGB: Ohrfeige; Minder schwerer Fall: Affekt und Alkoholintoxikation).  
§ 223 StGB; § 227 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB

**159. BGH 2 StR 505/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Erfurt)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Förderung).  
§ 30 BtMG; § 27 StGB

**160. BGH 2 StR 543/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Bonn)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs).  
§ 64 StGB

**161. BGH 4 StR 344/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG München II)**

BGHSt; Brandstiftung (teilweise Zerstörung eines zu gewerblichen Zwecken genutzten Gebäudes); Zerstörung von Bauwerken; Sachbeschädigung.  
§ 306 Abs. 1 Fall 2 StGB; § 22 StGB; § 303 StGB

**162. BGH 4 StR 428/11 – Urteil vom 8. Dezember 2011 (LG Halle)**

Strafzumessung bei Sexualdelikten zulasten von Kindern (mangelnde psychische oder physische Auswirkungen; fehlende Gewaltanwendung).  
§ 176 StGB; § 176a StGB; § 46 StGB

**163. BGH 4 StR 430/11 – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Beweisantrag bei selbst geladenen Zeugen der Verteidigung (präsenstes Beweismittel; Alternativitätsrüge; Darlegungsanforderungen).  
§ 245 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 38 StPO; § 220 StPO

**164. BGH 4 StR 430/11 – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung von Anwaltsverschulden bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Wiedereinsetzungsantrags: Unterschrift eines nicht mandatierten Rechtsanwalts, Mehrfachverteidigung; Darlegung des Zeitpunkts des Wegfalls des Hindernisses).  
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StPO; § 146 StPO

**165. BGH 4 StR 453/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Rostock)**

Besonders schwerer Fall des Betruges (Anlagebetrug; Regelbeispiele; Vermögensverlust großen Ausmaßes; Gefahr der Vermögensschädigung für eine große Anzahl von Personen).  
§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1; Nr. 2 Alt. 1 StGB

**166. BGH 4 StR 459/11 – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (LG Halle)**

Einziehung (erfasste Gegenstände).  
§ 74 StGB

**167. BGH 4 StR 472/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Detmold)**

Strafzumessung bei Betäubungsmittelhandel (Wirkstoffmenge; Rechtsgut der Gesundheit der Allgemeinheit); Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (unzureichende Bezugnahme auf das Hauptverhandlungsprotokoll; Verständigung).  
§ 46 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO

**168. BGH 4 StR 477/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011**

Beweisanforderungen bei einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit (Straßenverkehrsgefährdung; Fahren im fahruntüchtigen Zustand).  
§ 315c StGB; § 316 StGB; § 261 StPO

**169. BGH 4 StR 500/11 – Urteil vom 8. Dezember 2011 (LG Essen)**

Unterbliebene Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Verwertungsverbot bei Bedeutung für den Mitangeklagten); Hehlerei (Ankaufen; Sichverschaffen).  
§ 52 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO; § 259 StGB

**170. BGH 4 StR 514/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Bochum)**

Konkurrenzen beim uneigentlichen Organisationsdelikt.  
§ 53 StGB; § 52 StGB; § 263 StGB

**171. BGH 4 StR 517/11 – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (LG Essen)**

Anforderungen an die Feststellungen bei Betäubungsmittelhandel (Einfuhr von Betäubungsmitteln; Wirkstoffmenge; bloße Vermutungen; Amphetaminzubereitung; mögliches Falsifikat); Erörterungsmangel zur Aufklärungshilfe.  
§ 261 StPO; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 1 Abs. 1 BtMG; Anlage III zum BtMG; § 31 BtMG

**172. BGH 4 StR 522/11 – Beschluss vom 22. November 2011 (LG Augsburg)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Pervertierung; Schädigungsvorsatz; konkrete Gefahr: Begriff des Beinaheunfalls; Ausfallschrittfall).  
§ 315b Abs. 1 StGB

**173. BGH 4 StR 523/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Flensburg)**

Gesetzlicher Richter (ordnungsgemäße Besetzung bei Übernahme zweier Strafsenate durch den Senatsvorsitzenden).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 21f GVG; § 160a StPO

**174. BGH 4 StR 550/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Bielefeld)**

Einheitliche Maßnahme oder Jugendstrafe nach vorherigem Urteil nach allgemeinem Strafrecht.  
§ 105 Abs. 2 JGG; § 31 Abs. 2 Satz 1 JGG

**175. BGH 4 StR 553/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Saarbrücken)**

Wirksamer Eröffnungsbeschluss (Unterschriften; Mitwirkung aller Berufsrichter; Verfahrenshindernis); unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 44 StPO; § 203 StPO

**176. BGH 4 StR 554/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Saarbrücken)**

Voraussetzungen der Anstiftung zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anstiftervorsatz).  
§ 26 StGB; § 30 BtMG; § 15 StGB

**177. BGH 4 StR 582/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**178. BGH 4 StR 596/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Bielefeld)**

Gesamtstrafenbildung (Strafbefehl; Jugendstrafe; eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts).  
§ 55 StGB; § 31 Abs. 2 Satz 1 JGG; § 105 Abs. 2 JGG; § 354 Abs. 1 StPO analog

**179. BGH 4 StR 600/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Landau)**

Strafschärfende Berücksichtigung verjährter Straftaten (Strafverfolgungsverjährung); Feststellungsvoraussetzungen des Adhäsionsanspruchs.  
§ 78 StGB; § 46 StGB; § 823 BGB; § 406 StPO

**180. BGH 4 StR 606/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Dortmund)**

Hehlerei (Bereichungsabsicht und Kauf zum Marktpreis); Tat im prozessualen Sinne (Nämlichkeit der Tat); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).  
§ 259 StGB; § 264 StPO; § 54 StGB; § 55 StGB

**181. BGH 4 StR 618/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO