

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczew-
ski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Dr. *Susanne Beck*, Gießen – **Strafe oder Nicht-Strafe?** Zur Umsetzung des
Abstandsgebots in der bisherigen Praxis der Sicherungsverwahrung S. 9

RA Prof. Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – **Transparenz und ein erweitertes
Sanktionsrisiko für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften** S. 15

Entscheidungen

EGMR **Verletzung des Rechts auf Verteidigerbeistand durch Ver-
werfung der Berufung**

BGH **Eingeschränkte Revisibilität bei der Feststellung des Tö-
tungsvorsatzes auch nach Aufgabe der Hemmschwellen-
theorie**

BGH **Irrelevante Kenntnis der Steuerbehörden von der Tat bei
der Steuerhinterziehung und Gewährenlassen eines Um-
satzsteuerbetruges**

BGH **Enge Auslegung der sexuellen Handlungen vor einem Kind**

BGH **Voraussetzung der Einwilligung in der „SM-Szene“**

BGH **Heimtückemord zulasten von Kleinkindern**

BGH **Ende der Bindungswirkung der Verständigung**

BGH **Strafzumessung bei der Umsatzsteuerhinterziehung**

Die Ausgabe umfasst 94 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); 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); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. 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

14. Jahrgang, Januar 2013, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

69. EGMR Nr. 30804/07 (5. Kammer) – Urteil vom 8. November 2012 (Neziraj v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf Verteidigerbeistand durch die Verwerfung der Berufung bei unentschuldigtem Fehlen des Angeklagten (Anwesenheitsrecht und Anwesenheitspflicht des Angeklagten; Verhältnismäßigkeit; Abwesenheitsverfahren; Gesamtbetrachtung; Distinguishing; Recht auf Verfahrensfairness).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 329 Abs. 1 StPO

1. Wenn sich der Angeklagte durch den für ihn erschienenen Verteidiger verteidigen lassen will, verstößt die zwingende Verwerfung der Berufung gemäß § 329 Abs. 1 StPO wegen des unentschuldigtem Fernbleibens des Angeklagten gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK.

2. Auch wenn die nationalen Gesetzgeber der unentschuldigtem Abwesenheit des Angeklagten in Rechtsmittelverfahren entgegenwirken können, dürfen sie eine solche Abwesenheit nicht durch einen Entzug des Rechts auf formelle Verteidigung sanktionieren.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

75. BGH 1 StR 530/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Kempten)

Voraussetzungen der Einwilligung in eine Körperverletzung (volle Kenntnis der Sachlage; SM-Szene; Tatbestandsirrtum; Verbotsirrtum); Inbegriffsrüge.

§ 223 StGB; § 228 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 261 StPO

1. Einer Einwilligung, gleich ob ausdrücklich oder konkludent erklärt, kommt nur dann rechtfertigende Wirkung zu, wenn die über das betroffene Rechtsgut dispositive Person mit voller Kenntnis der Sachlage der Rechtsgutsbeeinträchtigung zustimmt. Der Einwilligende muss auch in der „SM-Szene“ eine zutreffende Vorstellung von dem voraussichtlichen Verlauf und den zu erwartenden Folgen des Angriffs und damit die erforderliche Kenntnis des Einwilligenden über Art und Intensität der bevorstehenden Rechtsgutsbeeinträchtigung haben.

2. Wenn der Angeklagte irrtümlich annimmt, seine Tat könnte auf die Einwilligung des Opfers treffen, weil dieses der „SM-Szene“ angehöre, steht dies einer vorsätzlichen Tat nicht entgegen. Ohne eine vorherige Verständigung mit dem Opfer (hier: hinsichtlich des Zuziehens

einer Kette) kann keine rechtfertigende Einwilligung vorliegen.

81. BGH 2 StR 297/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (pathologische Spielsucht als krankhafte seelische Störung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

Pathologisches Spielen stellt für sich genommen noch keine die Schuldfähigkeit erheblich einschränkende oder ausschließende krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Abartigkeit dar (vgl. BGH NStZ 2005, 207 f.). Maßgeblich ist insoweit vielmehr, ob der Betroffene durch seine Spielsucht gravierende Änderungen in seiner Persönlichkeit erfährt, die in ihrem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung gleichwertig sind. Nur wenn die Spielsucht zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen führt oder der Täter bei Geldbeschaffungstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat, kann ausnahmsweise eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit anzunehmen sein.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

3. BGH 3 StR 370/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Hannover)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind; einschränkende Auslegung; Vergewaltigung der Mutter vor den Augen des Kindes).

§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 184g Nr. 2 StGB

1. Im Falle des sexuellen Missbrauchs von Kindern durch Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind ist insoweit eine einschränkende Auslegung erforderlich, als für die Annahme einer sexuellen Handlung vor einem anderen – über deren Wahrnehmung durch das Tatopfer hinaus – erforderlich ist, dass der Täter den anderen in der Weise in das sexuelle Geschehen einbezieht, dass für

ihn gerade die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von Bedeutung ist (BGH HRRS 2005 Nr. 121; BGH NStZ 2011, 633 f.).

2. Der Senat hat allerdings – entgegen BGH HRRS 2005 Nr. 121 – Zweifel, ob dem auch für eine Konstellation zu folgen wäre, in der das Kind Zeuge einer Vergewaltigung der Mutter wird.

82. BGH 2 StR 309/12 – Urteil vom 21. November 2012 (LG Limburg)

Mord; Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten bei Mord an Kleinkind; Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB; § 212 StGB

1. Ein Kleinkind kann aufgrund seines Alters noch zu keinerlei Argwohn oder Gegenwehr fähig sein. Die Tötung eines Kleinkindes kann aber heimtückisch begangen sein, wenn die Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausgenutzt wird.

2. Der potentiell schutzbereite Dritte muss nicht „zugegen“ sein. Schutzbereiter Dritter ist vielmehr jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut (vgl. BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.). Der schutzbereite Dritte muss auf Grund der Umstände des Einzelfalls den Schutz allerdings auch wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe erforderlich ist (BGH NStZ 2008, 93, 94).

3. Ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit eines zur Tatzeit Schlafenden scheitert nicht daran, dass die Angeklagte diesen nicht weglockte und damit dessen Arg- und Wehrlosigkeit nicht herbeiführte, ihn also weder von der Überwachung des Kindes ablenkte noch sonst gezielt in Sicherheit wog. Für das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten ist es ausreichend, dass der Täter die von ihm erkannte Arglosigkeit des Dritten bewusst zur Tatbegehung ausnutzt, und zwar unabhängig davon, worauf diese beruht (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 43; BGH NStZ 2008, 93, 94).

87. BGH 2 StR 388/12 – Urteil vom 15. November 2012 (LG Koblenz)

Verletzung des Dienstgeheimnisses (Geheimnisbegriff: Negativauskünfte über fehlende Einträge in der polizeilichen Datensammlung, Fahrzeughalterdaten im Zentralen Fahrzeugregister; Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen: Vorsatz; POLIS; ZEVI); Verletzung von Privatgeheimnissen (Strafantragserfordernis: Antragsberechtigter).

§ 353b Abs. 1 StGB; § 203 Abs. 2 StGB; § 205 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

1. Unter Geheimnissen im Sinne des § 353b Abs. 1 StGB sind Tatsachen zu verstehen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und zudem geheimhaltungsbedürftig sind (vgl. BGHSt 48, 126, 129). Dies trifft auf die nach § 33 Abs. 1 StVG im Zentralen Fahrzeugregister gespeicherten Halterdaten, die im Rahmen einer einfachen Registerauskunft nach § 39 Abs. 1 StVG jedermann zu den gesetzlich genannten Zwecken übermittelt werden dürfen, nicht zu.

2. Negativauskünfte über fehlende Einträge in der polizeilichen Datensammlung sind geheimhaltungsbedürftig und damit Geheimnisse, da auch sie nachteilige Auswirkungen auf die polizeiliche Aufgabenerfüllung haben können (vgl. BGHSt 46, 339, 340 f., 344).

3. Eine mittelbare Gefährdung kann zur Verwirklichung des § 353b StGB genügen. Für eine effektive Wahrnehmung der ihr obliegenden präventiven und repressiven Aufgaben kommt der Integrität der Polizei und ihrer Beamten gerade auch in dem häufig durch zwangsweise

Ausbeutung gekennzeichneten Prostitutionsmilieu besondere Bedeutung zu. Daher kann in der Erschütterung des Vertrauens in die Polizeiarbeit eine konkrete Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen gesehen werden.

66. BGH 4 StR 427/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Tateinheit) bei der falschen Verdächtigung (Rechtsgüter).

§ 164 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Wiederholt der Angeklagte bei einer zweiten polizeilichen Vernehmung lediglich die falsche Verdächtigung aus einer vorherigen polizeilichen Vernehmung und zielte er auf dasselbe Verfahren ab, dessen Herbeiführung er bereits bei seiner ersten Vernehmung angestrebt hatte, liegt nur eine Tat im Rechtssinne vor. Der Umstand, dass die zweite Aussage bei einer anderen Polizeidienststelle erfolgte, ändert daran nichts, solange kein neues Verfahren in Gang gesetzt wurde.

2. Ist die falsche Verdächtigung jedoch darauf gerichtet, zwei Personen mit einem Ermittlungsverfahren zu überziehen, ist von einer falschen Verdächtigung in zwei tateinheitlichen Fällen auszugehen.

3. § 164 StGB dient nicht nur dem Schutz von Behörden vor Irreführung, sondern will auch den Einzelnen vor Maßnahmen irreführender Behörden schützen.

76. BGH 2 StR 189/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Geldfälschung (Inverkehrbringen: Einzahlung bei der Bundesbank zum Zwecke der Einziehung); Betrug.

§ 146 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. In Verkehr gebracht wird falsches Geld, wenn es so aus dem Gewahrsam entlassen wird, dass ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des falschen Geldes zu bemächtigen und nach Belieben damit umzugehen, es insbesondere weiterzuleiten (vgl. BGHSt 1, 143, 144; 42, 162, 168). Durch das Handeln des Täters muss eine Gefahr des Umlaufs des falschen Geldes begründet sein, was sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt (vgl. BGHSt 35, 21, 25).

2. Der Tatbestand des Inverkehrbringens ist nicht erfüllt, wenn der Bundesbank ein Geldschein von vorne herein mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben wird, da in einem solchen Fall das Geld außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingeliefert wird.

78. BGH 2 StR 190/12 – Urteil vom 15. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Geldfälschung (Inverkehrbringen: Einzahlung bei der Bundesbank zum Zwecke der Einziehung); Betrug; Anordnung des Wertersatzverfalls (Ausschluss bei Ansprüchen Dritter: Beschränkung der Strafverfolgung).

§ 146 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a Abs. 1 StGB; § 154a Abs. 2 StPO

1. In Verkehr gebracht wird falsches Geld, wenn es so aus dem Gewahrsam entlassen wird, dass ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des falschen Gel-

des zu bemächtigen und nach Belieben damit umzugehen, es insbesondere weiterzuleiten (vgl. BGHSt 1, 143, 144; 42, 162, 168). Durch das Handeln des Täters muss eine Gefahr des Umlaufs des falschen Geldes begründet sein, was sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt (vgl. BGHSt 35, 21, 25).

2. Der Tatbestand des Inverkehrbringens ist nicht erfüllt, wenn der Bundesbank ein Geldschein von vorne herein mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben wird, da in einem solchen Fall das Geld außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingeliefert wird.

3. Dem verfallshindernden Anspruch eines Dritten gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 steht es nicht entgegen, dass die Strafkammer die Strafverfolgung hinsichtlich des Tateinheitlich angeklagten Betrugs gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf der Geldfälschung beschränkt hat, da es lediglich auf die rechtliche Existenz des Anspruchs als Folge der Tat im Sinne des § 264 StPO ankommt.

2. BGH 3 StR 364/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Neubrandenburg)

Subjektive Voraussetzungen der Hehlerei (kein Ausreichen des Bewusstseins, dass das Tatobjekt aus „irgendeiner rechtswidrigen Tat“ stammt); Abgrenzung von Versuchsbeginn bei der Hehlerei und Beihilfe zur Vortat; widersprüchliche und lückenhafte Beweiswürdigung.

§ 259 StGB; § 257 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

1. Sich-Verschaffen ist die Herstellung eigener Herrschaftsgewalt über die Sache im Einverständnis mit dem Vortäter. Der Hehler muss die Sache zur eigenen Verfügungsgewalt erlangen, so dass er über die Sache als eigene oder zu eigenen Zwecken verfügen kann und dies auch will (st. Rspr.). Einem Dritten verschafft der Täter die Sache, wenn er z.B. die Diebesbeute unmittelbar vom Vortäter an den Dritterwerber vermittelt.

2. Um jene Voraussetzungen annehmen zu dürfen, ist auch beim Einladen von Gegenständen in einen Transporter die Feststellung erforderlich, welchen Zweck die Angeklagten damit verfolgten.

79. BGH 2 StR 235/12 – Urteil vom 22. August 2012 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitführen eines gefährlichen Gegenstands (Begriff des Mitführens: Verfügbarkeit für den Täter, Mitführen bei Einzelakten der Tat, subjektives Tatelement; Teleskopschlagstock als gefährlicher Gegenstand); minderschwerer Fall des unerlaubten Handeltreibens (Gesamtbetrachtung); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum Konsum von Rauschmitteln im Übermaß).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WaffG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 64 StGB

1. Bei einem Teleskopschlagstock handelt es sich um eine Waffe im technischen Sinn (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 a WaffG).

2. Das Mitsichführen eines gefährlichen Gegenstandes ausschließlich bei Einzelakten des Handeltreibens in Vorbereitung des eigentlichen Umsatzgeschäft erfüllt bereits den Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG. Die Vorschrift regelt ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Ein sicherer Ausschluss der Gefahr, vor der § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG andere Personen schützen will, ist hier nicht möglich. Ein Drogenhändler kann nicht nur von Kunden, mit denen er planmäßig in Kontakt tritt, sondern auch unerwartet von Drogenabhängigen, Polizeibeamten oder sonstigen Personen aufgesucht werden, gegen die er sich zum Schutz seiner Person, von Drogenvorräten und Gelderlös oder aber zur Verschleierung seines Handeltreibens mit der Waffe verteidigt.

61. BGH 2 StR 411/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Aachen)

Urkundenfälschung (Täuschung über einen Aliasnamen; Identitätstäuschung).

§ 267 StGB; § 263 StGB

Für die Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung ist eine Täuschung über die Identität des Erklärenden erforderlich. Die Täuschung über einen Aliasnamen genügt nicht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

49. BGH 1 StR 503/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Mannheim)

Vertypter Milderungsgrund bei Totschlag durch Unterlassen (Widersprüchlichkeit; minder schwerer Fall); Revisibilität der Strafzumessung.

§ 212 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 13 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Einzelfall einer widersprüchlichen Zurückweisung der Milderung nach § 13 Abs. 2 StGB bei der Tötung des eigenen Kindes.

74. BGH 1 StR 504/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Traunstein)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Fehlen der Einsicht bei Begehen der Tat); Schlechterstellungsverbot (Aufhebung des Freispruchs bei gleichzeitiger Aufhebung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)
§ 63 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

1. Der Täter, der trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig. In einem solchen Fall ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht zulässig.

2. Durch die Regelung des § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO soll vermieden werden, dass die erfolgreiche Revision eines

Angeklagten gegen die alleinige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus dazu führt, dass eine Tat, die wegen angenommener Schuldfähigkeit gemäß § 20 StGB nicht zu einer Bestrafung geführt hat, ohne strafrechtliche Sanktion bleibt, wenn sich in der neuen Hauptverhandlung herausstellt, dass der Angeklagte bei Begehung der Tat schuldfähig war. Dieses gesetzgeberische Ziel kann nur erreicht werden, wenn das Revisionsgericht in diesen Fällen nicht nur die auf rechtsfehlerhaften Feststellungen zur Schuldfähigkeit beruhende Maßregelanordnung, sondern auch den hierauf gestützten Freispruch aufhebt.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1. BGH 3 StR 158/12 – Urteil vom 20. September 2012 (LG Düsseldorf)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Abgrenzung von Tötungseventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (eingeschränkte Revisibilität; Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles; Vertretbarkeit der tatrichterlichen Bewertung von be- und entlastenden Umständen; Indizwirkung von äußerst gefährlichen Gewalthandlungen).

§ 261 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB

1. Es ist Sache des Tatrichters, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten. Ist diese Bewertung vertretbar, so kann das Revisionsgericht nicht auf der Grundlage einer abweichenden Beurteilung der Bedeutung einer Indiztatsache in die Überzeugungsbildung des Tatrichters eingreifen (BGH NJW 2005, 2322, 2326).

2. Dies muss auch dann gelten, wenn der Tatrichter im Rahmen der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes Gewalthandlungen des Täters festgestellt hat, die für das Opfer objektiv lebensbedrohlich sind. Zwar hat der Bundesgerichtshof die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlichen Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes angesehen (BGH NStZ 2012, 443) und bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen das Vorliegen beider Elemente als naheliegend bezeichnet (BGH NStZ-RR 2010, 144; NJW 2012, 1524; NStZ-RR 2009, 372). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Tatrichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge vielmehr eine vom Einzelfall

gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines im Zusammenhang mit derartigen Delikten immer wieder auftretenden Indizes, die einer unzulässigen Beweisregel nahekäme und deshalb dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widerspräche.

3. Bei der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes ist es nicht anders als sonst bei der Würdigung der Beweise aus revisionsrechtlicher Sicht erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten. Dies gilt auch für solche Beweisanzeichen, die sich auf den ersten Blick als ambivalent darstellen, die also dem Tatrichter, je nachdem, wie er sie im Einzelfall bewertet, rechtlich zulässige Schlüsse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten ermöglichen. Eine rechtlich vertretbare tatrichterliche Entscheidung darüber, in welchem der möglichen, zueinander in einem Gegensatz stehenden Beweiszusammenhänge ein solcher Umstand im konkreten Fall indizielle Bedeutung entfaltet, ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Der Tatrichter kann in einem solchen Falle nicht gehalten sein, denselben Umstand nochmals in dem anderen Beweiszusammenhang zu erwägen und damit Gefahr zu laufen, sich zu seinem anderweitig gewonnenen Ergebnis zu Gunsten oder zu Lasten des Angeklagten in Widerspruch zu setzen.

72. BGH 1 StR 421/12 – Beschluss vom 25. Oktober 2012 (LG Leipzig)

Bindungswirkung einer Verständigung.
§ 257c StPO

1. Die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt gemäß § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO erst dann, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände überse-

hen worden sind oder sich ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Dabei liegt die Prüfung und Entscheidung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, im Verantwortungsbereich des Gerichts (vgl. BGH NJW 2012, 3113).

2. Bei der Beantwortung der Frage, ob die in Aussicht gestellten Strafrahmengrenzen auch auf veränderter Beurteilungsgrundlage eine tat- und schuldangemessene Ahndung ermöglichen, kommt dem Gericht wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn die zugesagte Strafober- oder die zugesagte Strafuntergrenze nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Strafrahmengrenze sich unter Berücksichtigung von neu eingetretenen oder erkannten Umständen so weit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernte, dass sie als unvertretbar erschiene.

71. BGH 1 StR 377/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Heidelberg)

Aufklärungspflicht (alleinige Vernehmung des an der Hauptverhandlung gegen einen Zeugen wegen derselben Tat beteiligten Richters); Inbegriffsrüge; Verwendung von DNA-Spuren (Darlegung im Urteil im Normalfall und in Sonderfällen).
§ 244 Abs. 2 StPO; 261 StPO

1. Wegen ihrer inzwischen anerkannten Standardisierung bedarf die bei der DNA-Analyse verwendete Untersuchungsmethode – wie auch diejenigen bei anderen standardisierten Untersuchungsmethoden, etwa bei der Blutalkoholbestimmung oder der Daktyloskopie – als solche keiner näheren Darlegung in den Urteilsgründen mehr.

2. Anders soll es sich in bestimmten Konstellationen bei der sich daran anknüpfenden Wahrscheinlichkeitsberechnung verhalten (BGH, Beschlüsse vom 3. Mai 2012 – 3 StR 46/12 mwN, 6. März 2012 – 3 StR 41/12 und vom 12. Oktober 2011 – 2 StR 362/11). Danach bedarf es in Fällen, in denen diese Berechnung Besonderheiten aufweist, der Darlegung der Berechnungsgrundlagen, um dem Revisionsgericht die Nachprüfung der Schlüssigkeit und Richtigkeit der Berechnung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 2012 – 3 StR 46/12). Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Angeklagte einer fremden

Ethnie angehört (BGH, Beschluss vom 3. Mai 2012 – 3 StR 46/12) oder wenn wegen sonstiger Besonderheiten bei der Vergleichspopulation infolge des Vorhandenseins mehrerer DNA-Merkmale (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Mai 2009 – 1 StR 597/08; Urteil vom 12. August 1992 – 5 StR 239/92, BGHSt 38, 320 ff.) die Anwendung der sog. Produktregel für unabhängige Merkmale in Betracht kommt.

64. BGH 2 ARs 285/12 (2 AR 256/12) – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Lüneburg)

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (keine Analogie; gesetzlicher Richter).
§ 14 StPO; § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Kompetenzen zur Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof können infolge des geltenden Grundsatzes des gesetzlichen Richters nicht aufgrund einer entsprechenden Anwendung von Vorschriften durch die Rechtsprechung begründet werden können.

91. BGH 2 StR 629/11 – Beschluss vom 7. November 2012 (BGH)

Ablehnungsantrag wegen Befangenheit (Besetzungstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenates; Beurteilungsgrundlage; Einzelfallbetrachtung; keine Befangenheit bei Änderung der Rechtsansicht).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 1 StPO; § 27 StPO

1. Der zur Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch berufene Spruchkörper darf bei seiner Entscheidung nur diejenigen Gründe berücksichtigen, die in dem Antrag innerhalb des von § 25 StPO vorgegebenen zeitlichen Rahmens geltend gemacht worden sind.

2. Befangenheit ist ebenso wie die Unparteilichkeit auf den konkret zu entscheidenden Fall bezogen (vgl. EGMR NJW 2007, 3553, 3554); sie bezieht sich auf die innere Haltung des Richters zum Verfahrensgang und zum Ausgang des betreffenden Verfahrens (vgl. BGH, NStZ 2010, 342).

3. Zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit völlig ungeeignet sind Erwägungen, die allein darauf abstellen, dass der 2. Strafsenat seine Rechtsansicht zu seiner ordnungsgemäßen Besetzung bzw. den sich daraus ergebenden Folgen (Aussetzung oder Weiterführung des Verfahrens) geändert hat. Neue oder bessere Rechtserkenntnis kann für sich eine Befangenheit nicht begründen.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

46. BGH 1 StR 391/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (Frankfurt am Main)

Irrelevante Kenntnis der Finanzbehörde bei der Steuerhinterziehung (Täuschung; Unkenntnis; objektive Zurechnung; eigenverantwortliche Selbstgefährdung; notwendige Mitwirkung der Steuerbehörden und Zulassung der Vollendung zu Ermittlungszwecken); Bedeutungslosigkeit des Beweisantrages (Zustimmung zur Erstattung von Umsatzsteuer auf Grund von ermittlungstaktischen Erwägungen; Klarstellungsobliegenheit zur Erhaltung der Verfahrensrüge); kein Anspruch des Straftäters auf Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden zur Beendigung der Tat (Strafzumessung); Besorgnis der Befangenheit und Vorbereitung der Verständigung im Zwischenverfahren.

§ 370 AO; § 168 AO; Vor § 13 StGB; § 266 StGB; § 46 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 202a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Der Tatbestand der Steuerhinterziehung in der Variante des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO setzt keine gelungene Täuschung voraus. Im Gegensatz zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden abzustellen oder das ungeschriebene Merkmal der „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt in den Tatbestand hineinzulesen (BGH NJW 2011, 1299). Selbst wenn der zuständige Veranlagungsbeamte und die zuständige Finanzbehörde von allen für eine zutreffende Besteuerung bedeutsamen Tatsachen Kenntnis haben und im Besitz aller hierfür erforderlichen Beweismittel sind, kann dies einer Tatvollendung nicht entgegen stehen.

2. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn erst das hieran anknüpfende Handeln der Finanzbehörden die zum Taterfolg führende Steuerfestsetzung bewirkt. Da § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 AO nicht nur auf den unzuständigen Beamten anzuwenden ist, kann auch die Kenntnis aller Tatumstände beim zuständigen Finanzbeamten (etwa demjenigen, der von ihm für seinen Zuständigkeitsbereich selbst gefertigte falsche Steuererklärungen bearbeitet) einer Tatvollendung nicht entgegen stehen, gleich ob er kollusiv mit dem Erklärenden zusammenwirkt oder nicht. In dem aus Sicht des Täters erwartungsgemäß eingetretenen Taterfolg realisieren sich stets der durch Abgabe einer unrichtigen Erklärung in Gang gesetzte Kausalverlauf und die von § 370 AO rechtlich missbilligte Gefährdung des Steueraufkommens. Es liegt auch keine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor.

3. Die Finanzbehörden dürfen bei der Gefahr, den Erfolg äußerst umfangreicher Ermittlungen zur Aufdeckung und Zerschlagung eines groß angelegten Umsatzsteuerhinterziehungssystems zu vereiteln, der Ermittlungstaktik

Vorrang vor der Verhinderung einer einzelnen Tatvollendung durch Ablehnung der Zustimmung gemäß § 168 Satz 2 AO geben. Denn Straftäter haben keinen Anspruch darauf, dass die Finanz- oder die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen sie einschreiten, um den Eintritt des Taterfolgs zu verhindern (BGH NJW 2011, 1299).

4. Weder die materielle Unrichtigkeit der Steuerfestsetzung noch die behaupteten „ermittlungstaktischen Gründe“ stellen einen Nichtigkeitsgrund i.S.v. § 125 AO dar. Ein Verwaltungsakt ist nicht allein deswegen nichtig, weil er der gesetzlichen Grundlage entbehrt oder die in Betracht kommenden Rechtsvorschriften unrichtig angewendet worden sind. Die zur Nichtigkeit führende besondere Schwere eines Fehlers liegt nur vor, wenn er die an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen in einem so hohen und offenkundigen Maße verletzt, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen (BFH DStR 2010, 2400).

5. Es kann einen Täter auch in der Strafzumessung regelmäßig nicht entlasten, dass Ermittlungsbehörden nicht rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um den Eintritt des Taterfolgs zu verhindern, oder ihm laufende Ermittlungen nicht offenbart werden (BGH NJW 2011, 1299). Das gilt jedenfalls dann, wenn Umstände, die einen über eine bloße Mitursächlichkeit hinausgehenden konkreten Einfluss auf die Tatausführung gehabt (hierzu vgl. BGH NStZ-RR 2009, 167) oder ein Einschreiten der Finanz- und Ermittlungsbehörden unabweisbar geboten hätten (dazu vgl. BGH NJW 2005, 763) und die daher Einfluss auf die Strafzumessung hätten haben können, nicht vorliegen.

6. Einer Rüge der fehlerhaften Ablehnung eines Beweisantrages könnte der Erfolg in der Revision schon deswegen zu versagen sein, weil nach dem Hinweis in der Erklärung des Vorsitzenden und den Gründen des Ablehnungsbeschlusses offensichtlich war, dass die ablehnende Strafkammer dem Beweisantrag eine möglicherweise der Bedeutungslosigkeit des Beweisantrages entgegenstehende, nicht naheliegende Bedeutung nicht beizumessen vermochte, und es die Verteidigung gleichwohl unterlassen hat, diesem aus ihrer Sicht bestehenden Fehlverständnis entgegenzuwirken (zu diesem Rechtsgedanken vgl. BGH NStZ-RR 2008, 382; BGH NStZ 2009, 171).

7. § 202a StPO umfasst neben einer bloßen Strukturierung des weiteren Verfahrens auch die Vorbereitung einer verfahrensbeendenden Absprache. Hierbei kann auch eine Strafober- und eine Strafuntergrenze angegeben werden (vgl. § 257c StPO). § 202a StPO begründet für das Gericht weder eine Pflicht, verfahrensfördernde Ge-

sprache zu führen, noch eine solche, bei einem Gespräch bezüglich der Straferwartung zu schweigen. Eine Bindungswirkung entfaltet die Erörterung des Verfahrensstandes nach § 202a StPO nicht.

47. BGH 1 StR 407/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Detmold)

Umsatzsteuerhinterziehung (unberechtigter Vorsteuerabzug nach abgegebenen Umsatzsteuervoranmeldungen; Scheinrechnung; Mittäterschaft ohne eigene Erklärungen; Steuerverkürzung im großen Ausmaß; Bedeutung tatsächlicher Auszahlung und der Saldierung bei der Umsatzsteuer; Strafzumessung; Bedeutung von Serientaten, der Haftung und des hohen Alters); Abgrenzung Beweisantrag und Beweismittlungsantrag (Zulässigkeit der Verfahrensrüge).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 71 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 UStG; § 16 UStG; § 18 UStG; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Täuscht der Täter steuermindernde Umstände vor, indem er nicht bestehende Vorsteuerbeträge geltend macht, liegt ab einem Betrag von 50.000 Euro eine Steuerverkürzung großen Ausmaßes (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO) vor. Hierbei kommt es nicht auf Auszahlungen in Höhe von mehr als 50.000 Euro, sondern auf die Summe der zu Unrecht anerkannten oder geltend gemachten Vorsteuerabzugsbeträge an. Die Frage, ob und in welcher Höhe es zu Auszahlungen gekommen ist, sagt nichts über die Höhe der verkürzten Steuern aus. Auch wahrheitsgemäße Angaben können auf die Höhe des durch falsche Angaben zu anderen Vorgängen verursachten Schadens keinen Einfluss haben.

2. § 71 AO hat Schadensersatzcharakter und ist keine zusätzliche Strafsanktion für steuerunehrliches Verhalten. Allein die gesetzliche Pflicht, den schuldhaft (mit)verursachten Schaden ersetzen zu müssen, kann sich jedenfalls regelmäßig nicht strafmildernd auswirken. Eine strafmildernde Berücksichtigung der möglichen Heranziehung gemäß § 71 AO käme allenfalls dann in Betracht, wenn der Angeklagte nach den maßgeblichen Umständen des Einzelfalls tatsächlich mit seiner Heranziehung „rechnen muss“ (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 – 5 StR 600/01) und dies eine besondere Härte darstellen würde (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2007 – 5 StR 461/06).

3. Im Alter von 60 und 61 Jahren begangene Steuerhinterziehungen im Rahmen eines hierfür selbst geschaffenen komplexen Systems sprechen gegen einen für das Maß der Schuld und damit die Strafzumessung bedeutsamen Altersabbau. Dies gilt umso mehr bei einem Angeklagten, der gleichartige Taten auch schon früher begangen hat.

4. Ein Straftäter hat keinen Anspruch darauf, dass staatliche Stellen rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern. (Vorwerfbares) Verhalten des Steuerfiskus kann regelmäßig allenfalls dann zu einer mildernden Beurteilung von Steuerhinterziehung führen, wenn es das Täterverhalten unmittelbar beeinflusst hat und die Tatgenese den staatlichen Entscheidungsträgern vorzuwerfen ist.

5. Eine strafmildernde Berücksichtigung serienmäßiger Tatbegehung kann vor allem dann zu erwägen sein, wenn die einzelnen Taten räumlich, zeitlich oder sonst besonders eng verschränkt sind. Im Übrigen kann sich das Vorliegen einer Vielzahl gleichartiger Taten je nach den Umständen des Falles auf die Strafzumessung unterschiedlich auswirken. Allein die zunehmende Gewöhnung an die Begehung gleichartiger Straftaten wäre nicht strafmildernd.

6. Der Unwertgehalt von Steuerstraftaten wird maßgeblich auch durch die Höhe des Steuerschadens bestimmt. Da serienmäßige Tatbegehung bei Steuerstraftaten zu höherem Steuerschaden führt, hat sie regelmäßig strafschärfende Bedeutung.

7. Der Stand eines Verfahrens gegen einen anderen Tatbeteiligten hat für die Strafzumessung keine Bedeutung. Es gilt nichts anderes als hinsichtlich der Strafzumessung gegen Tatbeteiligte in anderen Urteilen.

8. Auch dann, wenn der Angeklagte Tatbeiträge lediglich im Vorfeld falscher Steuererklärungen erbringt, kann er Mittäter sein, soweit ihm wegen seiner Tatbeiträge eine „Schlüsselstellung“ für gemeinschaftlich geplante Taten zukam.

10. BGH 5 StR 328/12 – Urteil vom 28. November 2012 (LG Kiel)

Vermögensschaden bei Betrug und Vermögensnachteil bei Untreue (Schädigung durch Bewirken des rechtlichen Untergangs einer werthaltigen Forderung; Möglichkeit eines Schadenseintritts trotz späterer Erfüllung); Kognitionspflicht.

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 264 StPO

Der rechtliche Untergang einer werthaltigen Forderung führt zum Eintritt eines Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 266 StGB zum Nachteil des Gläubigers dieser Forderung. Dem steht es nicht zwingend entgegen, dass die Forderung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich erfüllt wird.

93. BGH 4 StR 142/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Halle)

Einschleusen von Ausländern (Genehmigungswirkung eines Visums; Aufenthaltsgenehmigung bei visumsfreier Einreise und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit; keine Aufenthaltsgenehmigung bei Aufnahme einer rechtswidrigen Tätigkeit).

§ 92a Abs. 1 AuslG a.F.; § 92 AuslG Abs. 1 Nr. 1 a.F.; Art. 1 EUVisaVO; Art. 4 Abs. 3 EUVisaVO; § 3 Abs. 1 Satz 2 AuslG a.F. i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 12 DVAuslG a.F.; Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 SDÜ

1. Bei der Frage, ob sich ein Ausländer im Tatzeitraum durch die Aufnahme einer Arbeit nach damaliger Rechtslage wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 92 AuslG – und wer ihm hierbei behilflich war, als Gehilfe gemäß § 92a AuslG – strafbar gemacht hat, ist zunächst danach zu unterscheiden, ob der Ausländer über ein formell gültiges Visum verfügte oder nicht. War ein solches erteilt, entfaltete es Tatbestandswirkung unabhängig von seiner materiell-rechtlichen Richtigkeit; der Aufenthalt

war daher auch dann erlaubt, wenn das Visum den Aufenthalt zum Zwecke der Erwerbstätigkeit nicht umfasste oder rechtsmissbräuchlich erlangt worden war (vgl. BGHSt 50, 105).

2. In Fällen, in denen der Ausländer für die Einreise kein Visum benötigte, solange er keine Erwerbstätigkeit aufnimmt, kann er sich durch die Arbeitsaufnahme wegen unerlaubten Aufenthalts strafbar machen (vgl. BGHSt 50, 105, 116). Ob die Erwerbstätigkeit des Ausländers zu einem unerlaubten Aufenthalt und damit zur Strafbarkeit führt, hängt dabei davon ab, ob er einem Positivstaat im Sinne der EU-Visa-VO und der DVAusLG angehört und damit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ein Visum benötigt. Dies ist gesondert nach Maßgabe der – insoweit nicht deckungsgleichen – Anlagen zur EU-Visa-VO und denen zur DVAusLG zu prüfen.

3. Wegen des allgemeinen unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs im Fall der Kollision zwischen nationalem und Unionsrecht (st. Rspr.; vgl. nur EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1253, 1269 – *Costa/ENEL*; Urteil vom 22. Oktober 1998 – Rs. C-10/97 bis C-22/97, NJW 1999, 200 – *IN.CO.GE.'90 u.a.*; BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*) gehen die Bestimmungen

der EU-Visa-VO dem inzwischen aufgehobenen AusLG wie auch dem an seine Stelle getretenen AufenthG vor.

60. BGH 2 StR 410/12 – Beschluss vom 6. November 2012 (LG Koblenz)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (für die Eigennützigkeit erforderliche Feststellungen).

§ 29 BtMG

1. Eigennützig handelt der Täter, dem es auf einen persönlichen Vorteil, insbesondere auf die Erzielung von Gewinn ankommt. Sein Handeln muss vom Streben nach Gewinn geleitet sein oder er muss sich sonst irgendeinen persönlichen Vorteil von ihm versprechen, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird (st. Rspr.).

2. Zwar kann grundsätzlich ein relevanter Vorteil darin liegen, durch Hingabe von Betäubungsmitteln im Rahmen einer bestimmten wertmäßigen Anrechnung von einer bestehenden Geldverbindlichkeit befreit zu werden, doch ist auch insoweit die Feststellung einer Gewinnerzielungsabsicht erforderlich. Wer Rauschgift einkauft, um es ohne Gewinn zum gleichen Preis weiterzugeben, handelt nicht eigennützig (vgl. BGH StV 1992, 420). Gleiches muss gelten, wenn der Verrechnung auf bestehende Schulden lediglich der Einkaufspreis der erworbenen Betäubungsmittel zugrunde gelegt wird.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafe oder Nicht-Strafe?

Zur Umsetzung des Abstandsgebots in der bisherigen Praxis der Sicherungsverwahrung; zugleich Besprechung von OLG Hamm, 05.08.2010 – 1 Vollz (Ws) 246/10; OLG Hamm, 17.08.2010 – 1 Vollz (Ws) 255/10; OLG Hamm, 01.02.2011 – III-1 Vollz (Ws) 807/10

Von Dr. Susanne Beck, Gießen

Die Urteile des EGMR¹, des BVerfG² und des BGH³ zur Sicherungsverwahrung beschäftigen nicht nur die

¹ EGMR, Urteil vom 17.12.2009 = HRRS 2010 Nr. 65.

² BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 = HRRS 2011 Nr. 488 = NSTz 2011, 450 m. Anm. Hörnle NSTz 2011, 488 ff. Hiernach ist der Staat aufgrund des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verpflichtet, den Vollzug der Sicherungsverwahrung in deutlichem Abstand zum Strafvollzug auszugestalten.

³ Vgl. etwa BGH 5 StR 394/10a = HRRS 2010 Nr. 1043 (m. Anm. Gaede HRRS 2010, 329 ff.); im Gegensatz zu BGH 4 StR 577/09 = HRRS 2010 Nr. 648; BGH 5 StR 52/11 = HRRS 2011 Nr. 977; BGH 1 StR 158/12 = HRRS 2012 Nr. 826; BGH 1 StR 98/12 = HRRS 2012 Nr. 792.

Rechtswissenschaft nun schon seit einigen Jahren;⁴ auch die Politik war und ist gefordert, Lösungen für den Umgang mit gefährlichen Straftätern, die ihre Schuld verbüßt haben oder, mangels Schuldfähigkeit, gar nichts verbüßen können, zu finden.⁵ Die Ausgestaltung solcher Lösungen gestaltet sich angesichts des hohen Sicherheitsbedürfnisses der Bevölkerung auf der einen, der strengen Vorgaben

⁴ Vgl. aktuell nur exemplarisch *Drenkhahn/Morgenstern* ZStW 124 (2012), 132 ff.; *Kinzig* NSTz 2010, 233 ff.; *ders.* NJW 2011, 177 ff.; *Mosbacher* HRRS 2011, 229 ff.; *Radtke* GA 2011, 636 ff.; *Schöch* GA 2012, 14 ff., jeweils m.w.N.

⁵ Zur inzwischen vom Bundesrat gebilligten Neuregelung BT-Drs. 17/9874. Das Gesetz soll zum 01.06.2013 in Kraft treten. Vgl. hierzu *Leipold* NJW-Spezial 2012, 760 f.

durch das GG bzw. die EMRK auf der anderen Seite schwierig.

Eine zentrale Weiche für diese Überlegungen wird durch die Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine „Strafe“ handelt, gestellt.⁶ Schließt man sich insofern dem EGMR an und bejaht dies, erhöhen sich die Anforderungen an die gesetzlichen Regelungen⁷ – sowohl nach der EMRK als auch nach dem GG. Lehnt man diese Kategorisierung mit dem BVerfG ab, verringern sich die Voraussetzungen. Die lange Liste der vom BVerfG als verfassungswidrig bewerteten Regelungen zeigt jedoch, dass auch an freiheitseinschränkende „Nicht-Strafen“ erhebliche Anforderungen zu stellen sind⁸ – diese sind allerdings anders gelagert und gewichtet als diejenigen, die an Strafen gestellt werden.

Für die Einordnung als Strafe, aber auch für die sonstigen Voraussetzungen, sind nach Ansicht des EGMR vor allem die tatsächlichen Bedingungen der Sicherungsverwahrung von zentraler Bedeutung. Für die Betrachtung dieser tatsächlichen Umstände sind auch Gerichtsentscheidungen bzw. -beschlüsse über die Bedingungen der Unterbringung wichtig – sowohl hinsichtlich ihrer Ergebnisse, als auch hinsichtlich ihrer Begründungsmuster.

Aus diesem Grund werden im Folgenden drei konkrete Beschlüsse des OLG Hamm, die sich mit den praktischen Bedingungen der Sicherungsverwahrung befassen und durchweg zu Ungunsten des Verwahrten ausfielen, analysiert. Die Bedeutung einer derartigen Vorgehensweise ergibt sich gerade daraus, dass sich der Unterschied zwischen Strafe und Verwahrung in derart konkreten Aspekten manifestiert. Außerdem kann auf diese Weise untersucht werden, wie die Vollzugsanstalten und Gerichte in der Praxis mit den ihnen vom Gesetz gewährten Spielräumen und der nur abstrakt festgelegten Besserstellung für Sicherungsverwahrte (§§ 129 ff. StVollzG) umgehen bzw. umgingen. Wenn das „gelebte“ Recht in diesen Fragen die gesetzlichen Vorgaben nicht hinreichend spiegelt, ist dies zumindest ein Hinweis darauf,

⁶ Strafe ist letztlich „Missbilligung durch Übelszufügung“; ob eine Übelszufügung zugleich mit einer Missbilligung verknüpft ist, ist abhängig von der gesellschaftlichen Interpretation dieser Zufügung. Diese Interpretationsmacht findet jedoch dort ihre Grenzen, wo ein Übel derart erheblich ist und der Strafe in einer derartigen Art und Weise ähnelt, dass jede andere Bezeichnung nur noch als „Etikettenschwindel“ angesehen werden kann. Genau hiervon gehen deshalb etwa bereits Neumann und Schroth für die Sicherungsverwahrung aus (*Neumann/Schroth*, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe* (1980), S. 8).

⁷ Das gilt bezüglich der Möglichkeit einer Rückwirkung, den Anforderungen an die Bestimmtheit, der Schuldangemessenheit, etc.

⁸ So könnte etwa gerade ein rein präventives Instrument, dass die Bewegungsfreiheit eines Bürgers aufgrund seiner generellen Gefährlichkeit derart erheblich einschränkt wie die Sicherungsverwahrung die Menschenwürde der Beteiligten verletzen. Auch geht das BVerfG insofern beispielsweise davon aus, dass eine Rückwirkung bei solchen Maßnahmen nicht völlig ausgeschlossen sei, was jedoch nichts daran ändere, dass das Vertrauen der Bürger in die Beständigkeit staatlicher Entscheidungen grundsätzlich schutzwürdig ist, vgl. BVerfG HRRS 2011 Nr. 488, 134 f.

dass grundsätzlich konkretere und klarere Vorgaben notwendig sind.⁹

I. Darstellung der Beschlüsse des OLG Hamm

Die drei Beschlüsse des OLG Hamm bestätigten durchwegs Ablehnungen von Anträgen eines Sicherungsverwahrten durch die Vollzugsbehörden.

1. OLG Hamm, 05.08.2010 – 1 Vollz (Ws) 246/10: Buchbestellungen

Der sicherungsverwahrte Betroffene beantragte 2009, gewisse Beschränkungen der JVA für Buchbestellungen für seine Person generell aufzuheben, da er für seine Ausbildung auf Bücher von Fachverlagen angewiesen sei. Dies wurde aus Gründen der Sicherheit und Ordnung sowie der Gleichbehandlung der Insassen abgelehnt, zugleich jedoch in Aussicht gestellt, dass konkrete Anträge auf Buchbestellungen im Wege der Einzelfallgenehmigung ggf. positiv beschieden werden könnten. Das LG Aachen sah in dieser Entscheidung ein fehlerhaftes Ausüben des Ermessens, weil der konkrete Einzelfall nicht hinreichend berücksichtigt wurde. Das OLG Hamm interpretiert den Antrag des Betroffenen dagegen als vorbeugende Unterlassungsklage, da er ganz generell die Nichtanwendung der allgemeinen Anordnung zum Buchbezug auf seine Person begehre, also ein tatsächliches Handeln.

Dieser Antrag sei jedoch mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, da keine Gefahr vollendeter, nicht mehr rückgängig zu machender Tatsachen oder eines nicht wiedergutzumachenden Schadens dargetan wurde. Die allgemeinen Regelungen zu der Beschränkung auf bestimmte Buchhandlungen entfalten keine unmittelbare Wirkung für die Anstaltsinsassen, da weiterhin Anträge auf Bestellungen bei anderen Vertreibern möglich bleiben, die lediglich eine Einzelfallprüfung und -genehmigung vorbehalten sind. Der Betroffene könne einen solchen Antrag stellen und ggf. gegen eine Ablehnung Rechtsschutz erhalten und würde auf diese Weise eine sachgerechte Ermessensentscheidung ermöglichen.

Der Betroffene habe auch keine Tatsachen vorgetragen, die eine Rechtsverletzung möglich erscheinen ließen.¹⁰ § 70 Abs. 1 StVollzG regle, so das OLG Hamm, nur den Besitz von Büchern, nicht den Bezug. Inwiefern eine künftige Einzelfallprüfung des Bezugs von einem bestimmten Verlag bzw. Vertreter dieses Recht verletze, sei nicht dargetan worden, ebenso wenig wurden konkrete Rechtsverletzungen (insbesondere Verbote des Bezugs und Besitzes von Büchern von einem bestimmten Vertreter) benannt.

⁹ Einige solcher Vorgaben finden sich in der aktuellen Neuregelung (BT-Drs. 17/9874) insbesondere in der expliziten Regelung zur Unterbringung im neuen § 66c StGB und der Änderung des Rechtsschutzes für Sicherungsverwahrte (§ 119a StVollzG).

¹⁰ Zu diesem Erfordernis vgl. *Callies/Müller-Dietz*, StVollzG, 11. Aufl. (2008), § 109 Rn. 19 m.w.N.

2. OLG Hamm, 17.08.2010 – 1 Vollz (Ws) 255/10: Computernutzung

Der zweite Beschluss befasst sich mit der Ablehnung eines Antrag von (demselben) Sicherungsverwahrten auf Computernutzung in seinem Haftraum.¹¹ Die Ablehnung wurde damit begründet, dass ein solcher Computer nicht hinreichend auf missbräuchliche Nutzung überwacht werden könnte. Anders als das LG Aachen¹² hält das OLG Hamm die Ablehnung für rechtmäßig. Die Möglichkeit, das Recht von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten auf Besitz von Gegenständen zur Fortbildung und Freizeitgestaltung einzuschränken, sei allgemein anerkannt. Auch müsse das Recht eingeschränkt werden, wenn bzw. soweit die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährdet würde, § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG, also auch, wenn ein Gegenstand für eine sicherheits- oder ordnungsgefährdende Verwendung generell geeignet ist und derartige Verwendungen nur mit einem nicht erwartbaren Kostenaufwand verhindert werden können.¹³ Das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Person des Gefangenen ist insofern unerheblich.¹⁴

Dass einem in der Anstalt betriebenen Computer eine derartige Gefährlichkeit inne wohnt, ist, so das OLG Hamm, allgemein anerkannt,¹⁵ da er dazu geeignet und bestimmt ist, Daten zu verarbeiten und zu übertragen¹⁶ und dies die Sicherheit der Anstalt konkret gefährde sowie die Möglichkeit biete, Straftaten zu begehen. Eine Kontrolle sei oft nicht möglich, die auf dem Rechner gespeicherten Daten nicht jederzeit und uneingeschränkt überprüfbar. Das OLG Hamm betont jedoch, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete, gegebenenfalls technische Möglichkeiten zur Reduktion des erforderlichen Kontrollaufwands zu nutzen und in diesen Fällen soweit möglich die Computernutzung zu gestatten. Auch könnten Gründe in der Person des Gefangenen das Gewicht seines Interesses am Besitz erhöhen.¹⁷

Das OLG Hamm geht davon aus, dass die Gesamtabwägung all dieser Aspekte durch die Leiterin der JVA den Erfordernissen entsprach und im Ergebnis zutreffend sei. Dies gelte auch für den Aspekt, dass der Betroffene in der Vergangenheit an einem Computer gearbeitet habe – denn insofern läge kein mit dem jetzigen Antrag vergleichbarer Sachverhalt vor: die damalige Computernutzung war vielmehr beaufsichtigt. Somit stelle sich die Frage nach Bestandsschutz nicht. Überdies sei es mit Blick auf die erheblichen Risiken zulässig, die von Computern ausgehenden Gefahren neu zu bewerten und den Kontrollaufwand als zu hoch einzuschätzen. Dass die Redakteure der Gefangenenzeitung dennoch Computer nutzen durften, spielt nach Ansicht des OLG Hamm für den Antrag des Betroffenen ebenfalls keine Rolle, da es bei ihm um die Nutzung zu privaten Zwecken gehe. Dass die JVA eine Ausnahme für bestimmte Zwecke und unter bestimmten Bedingungen, die eine Kontrolle erleichtern, macht, ändere nichts an der Rechtmäßigkeit der Antragsablehnung.¹⁸

Von besonderer Bedeutung für die hier erfolgenden Überlegungen ist die Argumentation des OLG Hamm zur besonderen Stellung des Betroffenen als Sicherungsverwahrter. Das Gericht leitet aus dieser keine von den dargelegten Grundsätzen abweichende Beurteilung ab, da den besonderen Bedürfnissen von Verwahrten nach § 131 S. 2 StVollzG nur „nach Möglichkeit“ Rechnung zu tragen sei, dies jedoch keinen Rechtsanspruch auf eine besondere Ausstattung des Haftraums begründe.¹⁹ Das OLG Hamm verweist insofern auf das BVerfG-Urteil von 2004,²⁰ wonach die Möglichkeiten einer Besserstellung von Sicherungsverwahrten im Vollzug so weit ausgeschöpft werden müssen, wie sich dies mit den Belangen der Anstalt vertrage. Um dem Verwahrten die Dauer des Freiheitsentzugs erträglicher zu machen, sowie um den Abstand zwischen allgemeinem Strafvollzug und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung zu wahren, seien ihm im Rahmen des Möglichen gegenüber dem regulären Strafvollzug größere Freiheiten zu gewähren. Aus dem nach §§ 131 ff. StVollzG privilegierten Vollzug ergebe sich jedoch nicht, dass in der Anstalt in Bezug auf den erforderlichen Sicherheitsstandard zwischen Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten unterschieden werden müsse – gelte doch nach § 130 StVollzG auch § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG für die Sicherungsverwahrung. Dass auch die Sicherung nur mit dem Mittel der Freiheitsentziehung durchgeführt werden kann, sei ein sachlicher Grund für eine teilweise Übereinstimmung der beiden Vollzugsarten. Mit Blick auf diese Grundsätze könne die JVA deshalb die Gefährdungslage durch Aushändigung eines Computers an einen Sicherungsverwahrten durchaus genauso einschätzen wie bei einem Strafgefangenen. Somit sei die ursprüngliche Ablehnung rechtmäßig.

¹¹ Auf diesen Inhalt hatte der Betroffene seinen ursprünglichen Antrag, ihm die Benutzung eines Computers zu gestatten bzw. Computer und Drucker in dem Hafthaus, in dem er untergebracht war, zu installieren, nach Übergang in die Sicherungsverwahrung umgestellt.

¹² Die Kammer argumentierte, dass die Leiterin der JVA nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass der Betroffene vorher an einem Computer im Pädagogischen Zentrum gearbeitet habe und somit Bestandsschutz genießen könnte, sowie nicht hinreichend dargelegt habe, aufgrund welcher Umstände sie die vorher vorhandenen Computernutzungsmöglichkeiten eingeschränkt habe.

¹³ Vgl. Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 31.03.2003 – 2 BvR 1848/02 = NStZ 2003, 621; vom 25.07.1994 – 2 BvR 806/94 = NStZ 1994, 604, 605; vom 28.02.1994 – 2 BvR 2731/93 = NStZ 1994, 453.

¹⁴ An dieser Stelle wird nicht zwischen Gefangenen und Sicherungsverwahrten differenziert.

¹⁵ Mit Verweis u.a. auf die Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG (Fn. 11).

¹⁶ OLG Düsseldorf NStZ 1999, 271 und OLG Düsseldorf NJW 1989, 2637; zu spezifischen technischen Aspekten vgl. OLG Hamm StV 1997, 1999.

¹⁷ Vgl. die Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG (Fn. 11) und vom 12.06.2002 – 2 BvR 697/02.

¹⁸ Mit Verweis auf OLG Hamburg, Beschluss vom 07.09.2009 – 2 Vollz (Ws) 48/09, wonach die Entscheidung für die beschränkte Zulassung der Computernutzung die Anstalt nicht dazu verpflichte, die Nutzung eines eigenen PC zu privaten Zwecken zu gestatten.

¹⁹ Arloth, StVollzG, 3. Aufl. (2011), § 131 Rn. 4.

²⁰ BVerfG 109, 133, 166 f = HRRS 2006 Nr. 804.

3. OLG Hamm, 01.02.2011 – III-1 Vollz (Ws) 807/10: Ausstattung des Haftraums

Auch der dritte Beschluss des OLG Hamm fiel zu Ungunsten des (offensichtlich erneut desselben) Betroffenen aus. Auf seinen Antrag bezüglich verschiedener Gegenstände zur Ausstattung seines Haftraums wurde er von der JVA aufgefordert, Bezugsquelle, Fabrikat und Typ zu nennen. Mit dem Hinweis, dass es Artikel und Angebote nach Abschluss des einige Monate dauernden Bewilligungsverfahrens nicht mehr geben werde, beließ es der Betroffene jedoch bei einer allgemeinen Umschreibung. Die Anschaffung einer Matratze mit Lattenrost wurde generell aus Gründen der Sicherheit und Ordnung abgelehnt, bezüglich der anderen Gegenstände mangels konkretisierender Angaben keine endgültige Entscheidung erlassen.

Das OLG Hamm stimmt dem inhaltlich zu, da der Gefangene seinen Haftraum nur „in angemessenem Umfang“ mit eigenen Sachen ausstatten dürfe, § 19 Abs. 1 S. 1 StVollzG und Gegenstände, die die Übersichtlichkeit des Haftraums behindern oder die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt in anderer Weise gefährden, ausgeschlossen werden können, § 19 Abs. 2 StVollzG.²¹ Zutreffend stellt das OLG Hamm fest, dass nicht jede denkbare Beeinträchtigung der Sicherheitsinteressen oder des Ordnungsgefüges zu einem Ausschluss von Gegenständen aus dem Haftraum führen könne, sondern tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung von einigem Gewicht erforderlich sind.²² Hierüber habe die Anstalt eine Ermessensentscheidung zu treffen,²³ die im gerichtlichen Verfahren nur auf Rechtsfehler wie Ermessensüberschreitung oder -fehlgebrauch überprüft werden kann.²⁴

Die Entscheidung, ob Gegenstände den Sicherheitsanforderungen einer großen Haftanstalt mit höchster Sicherheitsstufe genügen, könne nicht ohne konkrete Informationen zu Bezugsquelle, Fabrikat und Typ getroffen werden; eine generelle Genehmigung und anschließende Überprüfung der konkreten Gegenstände würde einen unnötigen und unzumutbaren Mehraufwand nach sich ziehen. Knapp wies das OLG Hamm darauf hin, dass die Begründung des Betroffenen, der Artikel sei bis zum Zeitpunkt der Bewilligung nicht mehr (zumindest für einen für ihn interessanten Preis, etwa als Sonderangebot) erhältlich, nicht überzeuge und an der Realität vorbei gehe – er könne daher die konkreten Gegenstände benennen und die individuelle Prüfung der Verträglichkeit mit den Sicherheitsstandards ermöglichen.²⁵

²¹ Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind nach OLG Hamm, 28.11.1989 – 1 Vollz (Ws) 157/89 = NStZ 1990, 151 m.w.N. von Vollzugsbehörde und Strafvollstreckungskammer zu konkretisieren.

²² OLG Hamm, 28.11.1989 – 1 Vollz (Ws) 157/89 = NStZ 1990, 151.

²³ *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal*, StVollzG, 5. Aufl. (2009), § 19 Rn. 7

²⁴ *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal* (Fn. 21), § 115 Rn. 19.

²⁵ Bezüglich der Pflicht der genauen Benennung wird auf OLG Hamburg, Beschluss vom 07.07.2009 – 3 Vollz (Ws) 48/09 verwiesen.

Auch die endgültige Ablehnung des Antrags bezüglich der Matratze sei zu Recht erfolgt, da die erforderliche Gesamtabwägung nach den genannten Anforderungen vorgenommen und im Ergebnis zutreffend entschieden wurde.²⁶ Auch die Ablehnung des Lattenrosts sei nicht zu beanstanden, selbst wenn die JVA die Gründe hierfür nachgeschoben hat, da die JVA davon ausgehen konnte, dass Matratze und Lattenrost nur im Verbund angeschafft werden sollten. Dass der Betroffene beides unabhängig voneinander bewilligt haben wollte, wäre erst im gerichtlichen Verfahren deutlich geworden. Die nachgeschobene Begründung, dass sich Teile eines Lattenrosts als Ausbruchswerkzeug und Waffe eignen oder dieser ebenfalls weitere Versteckmöglichkeiten biete, sei jedoch materiell überzeugend.

Bezüglich der Frage, ob für diese Überlegungen der Status des Betroffenen als Sicherheitsverwahrter eine Rolle spielt, wiederholt das Gericht praktisch wortwörtlich die Begründung aus OLG Hamm 1 Vollz (Ws) 255/10 und kommt somit auch zu demselben Ergebnis, nämlich dass die gleichbleibende Gefährdungseinschätzung durch die JVA gegenüber Sicherungsverwahrte und Strafgefangenen nicht zu beanstanden sei.

II. Beurteilung der Beschlüsse

Auch wenn sich aus drei Fällen selbstverständlich keine Gesetzmäßigkeiten ableiten lassen, sagen die Ergebnisse der Beschlüsse, vor allem aber die Begründungen des OLG Hamm durchaus etwas über den üblichen Umgang mit Sicherungsverwahrten aus.

Die ursprünglichen Anträge des Sicherungsverwahrten sind nachvollziehbar und entsprechen der Sonderstellung, die sich aus seiner besonderen Position ergeben. Der Sicherungsverwahrte bezweckt keine Lockerung der Sicherung als solcher, keinen Ausgang, keine Verkürzung seiner Verwahrung. Vielmehr möchte er seinen möglicherweise längerfristigen Aufenthalt durch einige wichtige persönliche Gegenstände, eine spezielle Matratze und einen Lattenrost verbessern. Die Nachvollziehbarkeit des Bedürfnisses eines Sicherungsverwahrten an einer persönlichen Ausstattung zeigt sich zuletzt an der Sonderregelung des § 131 StVollzG – der Gesetzgeber erkennt damit gerade die spezifische Bedeutung dieser Bedürfnisse an.

Überdies intendiert der Verwahrte – an den Angaben soll hier mangels Anhaltspunkten für das Gegenteil nicht gezweifelt werden – die Verbesserung seiner Ausbildungsmöglichkeiten während der Verwahrung. Dies weist Bezüge zu Resozialisierung auf: Arbeitslosigkeit im Anschluss an die Unterbringung kann durchaus die Rückfallgefahr erhöhen.²⁷ Somit zielen die Anträge nicht auf eine grundlose Besserstellung des Verwahrten, sondern gerade auf die Verwirklichung von Verwahrungszie-

²⁶ Dass die JVA darauf abstellt, dass diese Matratzen aufgrund der Hohlräume mehr Versteckmöglichkeiten bieten als Anstaltsmatratzen und durch einen einheitlichen Matratzentyp die Haftraumkontrollen erleichtert und verkürzt würden, ist nach dem OLG Hamm nicht fehlerhaft.

²⁷ Vgl. hierzu etwa *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 56 Rn. 24 ff.

len. Die Sicherungsverwahrung bezweckt, neben dem Schutz der Allgemeinheit, de lege lata gerade auch die Wiedereingliederung des Verwahrten in ein Leben in Freiheit, § 129 S. 2 StVollzG. Diese Zwecksetzung und deren Berücksichtigung in der Vollzugspraxis ist sogar zwingend erforderlich, da eine bloße Unterbringung zur Sicherung der Gesellschaft den Täter zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabwürdigen würde – dies wäre mit Blick auf die Menschenwürde des Täters offensichtlich unzulässig.²⁸

Somit wären jedenfalls gute Gründe erforderlich, um die berechtigten Interessen des Verwahrten und seine grundsätzliche Sonderstellung – die nicht nur de lege lata garantiert, sondern auch für die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung zwingend erforderlich ist – zurückzudrängen. Dabei ist auch von Bedeutung, dass die dargestellten Beschlüsse des OLG Hamm nach dem Urteil des EGMR ergingen: Inwieweit dessen Überlegungen einbezogen wurden, ist durchaus bezeichnend für die praktische Umsetzung der gesetzlich garantierten Sonderstellung der Sicherungsverwahrten. Ausgehend von der durch das EGMR-Urteil bestätigten Basis, dass gerade die praktische Befolgung der Sonderregelungen für Sicherungsverwahrte (§§ 129 S.2, 131 ff. StVollzG) Ausdruck des Unterschieds zwischen der Verwahrung und einer Freiheitsstrafe ist,²⁹ lösen die Begründungen für die durchgängige Bestätigung aller Antragsablehnungen gewisse Irritationen aus.

Das gilt etwa für die Annahme des OLG Hamm, die JVA habe bezüglich der Einschätzung der Gefährlichkeit einen Ermessensspielraum: bei der „Gefährlichkeit“ handelt es sich um eine faktische Frage, ein Ermessen gibt es insofern nicht. Zutreffend ist dagegen, dass die Sicherheitsinteressen gegen die Interessen des Verwahrten abgewogen werden müssen und hierfür das Ausmaß der Gefährlichkeit – sowohl des Verwahrten als auch der beantragten Vollzugsbedingungen – eine wichtige Rolle spielt. Gerade bei dieser Abwägung sollte aber nicht nur nach dem Gesetzeswortlaut der §§ 129 ff. StVollzG,³⁰ sondern auch nach den Vorgaben der Verfassung und der EMRK, konkretisiert durch den EGMR, der Fokus auf einer hinreichenden Berücksichtigung der Interessen des Verwahrten liegen. Das spiegelt sich auch in den weiteren Begründungen des OLG Hamm nicht wieder.

²⁸ Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern, in: Münchener Kommentar zum StGB Bd. II, 2. Aufl. (2012), § 66 Rn. 4 ff.

²⁹ Auch unabhängig von diesen Urteilen ist die bisherige Praxis kritikwürdig. Zwar finden insofern inzwischen einige Entwicklungen statt, und auch die Neuregelung (BT-Drs. 17/9874) geht in diese Richtung. Doch waren und sind die meisten Sicherungsverwahrten nicht nur bisher in (nicht immer vollständig abgetrennten) eigenen Abteilungen von Justizvollzugsanstalten untergebracht – und diese Möglichkeit bleibt auch nach der Neuregelung bestehen. Nicht selten wurde ihnen auch die „Einzelzelle“ verweigert (OLG Frankfurt v. 9.8.2000 – 3 Ws 596, 597/00 = NStZ-RR 2001, 28).

³⁰ Die Normen bezüglich des Sonderstatus während der Verwahrung sind dergestalt formuliert, dass der Verwahrte eine gewisse Sonderbehandlung erhalten soll, wenn nicht ausnahmsweise andere Belange dagegen sprechen: „nach Möglichkeit Rechnung zu tragen“ (§ 131 S. 2 StVollzG); „wenn Gründe der Sicherheit nicht entgegen stehen“ (§ 132 StVollzG).

Stattdessen liegt der Vorrang der Begründungen sowohl der JVA als auch des OLG Hamm auf Sicherheit und Kontrolle: Bezüglich der Buchbestellungen ist schon die ursprüngliche Begründung der JVA für die Ablehnung, nämlich die notwendige Gleichbehandlung der Insassen, problematisch, da sie der vorweggenommenen Gewichtung zugunsten des Verwahrten, aus der durchaus auch ein Anspruch auf generelle Sonderbehandlung resultieren könnte, nicht entspricht. In der Begründung wird auch nicht darauf eingegangen, dass der Verwahrte die Fachbücher für seine Ausbildung benötigt – nach § 129 S. 2 StVollzG ein zentrales Ziel der Sicherungsverwahrung.³¹ Die durchaus nachvollziehbaren Ausführungen des Verwahrten, dass es die hierfür notwendigen Bücher nur bei speziellen Verlagen gebe, werden nicht im Detail kommentiert. Stattdessen führt das OLG unter anderem an, dass § 70 S. 1 StVollzG nur den Besitz, nicht den Bezug von Büchern regle. Unabhängig davon, dass der Besitz – bis auf mitgebrachte Gegenstände – den Bezug erfordert und Letztgenannter somit wohl auch von dieser Norm erfasst ist, wird hier gerade nicht auf die Sonderstellung des Sicherungsverwahrten eingegangen. Inwiefern die Ausnahme die Anstaltssicherheit gefährden oder einen erheblichen Verwaltungsmehraufwand darstellen könnte, wird nicht erläutert.³² Es ist zwar zutreffend, dass der Verwahrte im konkreten Einzelfall Anträge stellen und gegen eine Ablehnung vorgehen kann – doch ist dies deutlich umständlicher. Selbst wenn (mit der Kategorisierung der Klage als vorbeugende Unterlassungsklage) das Vorbringen der Umständlichkeit für die Bejahung eines Rechtsschutzbedürfnisses nicht ausreicht, bleibt festzuhalten, dass ein eindeutiges Bewusstsein hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Sonderbehandlung von Sicherungsverwahrten weder bei der JVA noch beim OLG Hamm ersichtlich ist.

Dieser Eindruck verstärkt sich bei Analyse der anderen Beschlüsse. So wird bezüglich der Computernutzung explizit auf § 70 Abs. 2 Nr. StVollzG verwiesen und argumentiert, dass sogar die generelle Eignung eines Gegenstands für eine sicherheits- oder ordnungsgefährdende Verwendung ausreicht, um seine Nutzung zu untersagen – unabhängig von konkreten Anhaltspunkten in der Person des Antragstellers. Zwar weist das OLG Hamm allgemein auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hin (ggf. Vorrang der Interessen des Gefangenen, Vorrang von technischen Vorkehrungen am Computer), die weiteren Ausführungen zum Einzelfall entsprechen dem jedoch nicht. Konkrete, sich aus dem spezifischen Fall (der Person des Verwahrten, der Art des Computers, der Situation in der JVA) ergebende und hinreichend gewichtige Gründe, warum die Abwägung im vorliegenden Fall dennoch zu Lasten des Verwahrten ausfällt, werden nicht angeführt. Vielmehr bleibt es letztlich doch bei den generellen Überlegungen zur Gefährlichkeit eines Computers, den der Verwahrte unbewacht nutzt.³³ Dies

³¹ Dies gewinnt gerade auch mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit des Instituts als solchem erheblich an Bedeutung, vgl. zu den entsprechenden Urteilen oben, Fn. 1 und 2.

³² Das Gefährdungspotential von Ausbildungsliteratur ist jedenfalls nur schwer erkennbar.

³³ Im Übrigen sind die Gründe für diese Gefährlichkeit nur bedingt überzeugend: zwar stimmt es, dass theoretisch eine Datenübertragung innerhalb der Anstalt oder nach außen

genügt jedoch den Anforderungen einer Überprüfung der Verhältnismäßigkeit selbst dann nicht, wenn man eine gewisse innewohnende Gefährlichkeit bei Computern bejaht.

Ähnlich argumentiert das OLG Hamm im Zusammenhang mit der Ausstattung des eigenen Hafttraums. Statt zu betonen, dass der Sicherungsverwahrte nach § 131 StVollzG tatsächlich eine Sonderstellung innehat,³⁴ wird vor allem darauf hingewiesen, dass die Haftausstattung vom Gesetz auf den „angemessenem Umfang“ beschränkt sei. Die Begründung bezüglich der nicht konkretisierten Gegenstände fällt knapp aus; insbesondere wird weder erläutert, inwiefern ein erheblicher Unterschied zwischen verschiedenen Produkten besteht, noch, warum die Angabe einer bestimmten Produktart nicht ausreichend ist. So erscheint zumindest schwer nachvollziehbar, warum etwa ein bestimmter Toaster deutlich gefährlicher sein sollte als ein anderer. Natürlich lassen sich solche Geräte auseinander bauen und gegebenenfalls einzelne Teile als Waffe verwenden, dies gilt aber wohl für fast alle dieser Geräte. Auch warum die durchaus nachvollziehbaren Überlegungen des Verwahrten – dass Sonderangebote oder bestimmte Produkte oft nur eine bestimmte Zeit verfügbar sind, ist jedem Verbraucher bekannt – „an der Realität vorbei“ gehen, wird nicht näher dargestellt.

Schließlich legt das OLG Hamm auch bei der Entscheidung in der Sache über die Ablehnung einer neuen Matratze und eines Lattenrosts den Fokus fast ausschließlich auf die potentielle Gefährlichkeit bzw. den Mehraufwand für die Vollzugsanstalt statt auf die Sonderstellung des Verwahrten. Zwar sind auch hier die Überlegungen zur abstrakten Gefährlichkeit sowie zur Entstehung von Mehraufwand nicht völlig von der Hand zu weisen – das allein reicht jedoch als Begründung gerade nicht aus. Ob irgendein konkreter Verdacht besteht, dass der Verwahrte Gegenstände in der Matratze verstecken oder Einzelteile des Lattenrosts als Waffe verwenden könnte, wird ebenso wenig problematisiert wie die Frage, ob sich in der Anstalt so viele Sicherungsverwahrte befinden, dass ein gewisser Mehraufwand nicht zu bewältigen wäre. Wie bereits erwähnt: Viele Gegenstände könnten theoretisch als Waffe verwendet werden – diese Feststellung hat als solche, ohne jeden Bezug zum konkreten Fall, jedoch kein besonders starkes Gewicht. Bezüglich des Lattenrosts lässt sich an der Stichhaltigkeit der Begründung gerade mit Blick darauf, dass die JVA erst im Nachhinein

denkbar ist, ebenso wie das Schmuggeln von Informationen in die oder aus der Anstalt – in der Praxis ist dies jedoch wohl eher umständlich. Auch der Vergleich mit der vorherigen Situation durch das OLG Hamm ist nicht umfassend plausibel: So ist die Situation bei Antragsstellung tatsächlich gefährlicher und mit Blick auf die Organisation sicherlich beschwerlicher. Jedoch könnte es dem Antragsteller bei Verweis auf die vorherige Möglichkeit der Computernutzung bzw. die Nutzung durch andere Anstaltsinsassen statt um einen direkten Vergleich oder die Herstellung eines Vertrauensschutzes im engeren Sinn auch um die Argumentation mit vergleichbaren Situationen und die damit verbundene Einforderung einer besonderen Begründung für die Ablehnung gehen.

³⁴ Erwähnt wird dies zwar, ein tatsächliches Gewicht bei der Abwägung ist jedoch gerade nicht erkennbar.

über diese Frage entschied, zweifeln. Bezüglich der angemessenen Berücksichtigung der Sonderstellung des Verwahrten weist die Begründung des Gerichts dieselben Probleme auf wie die – ja fast wörtlich wiederholten – Überlegungen aus OLG Hamm I Vollz (Ws) 255/10.

Diese Analyse zeigt an einigen konkreten Fällen³⁵, dass die Besserstellung von Sicherungsverwahrten nach der alten Rechtslage zumindest nicht umfassend umgesetzt wird. Im Gegenteil scheint eine gewisse Unbeweglichkeit, sowohl bei der Vollzugsanstalt als auch bei dem OLG Hamm, beobachtbar. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Sprache, verwendet das Gericht doch regelmäßig den Begriff „Gefangener“ (statt „Verwahrter“). Die Sicherheit steht bei unverrückbar an erster Stelle, ebenso wie der reibungslose Ablauf und die Vermeidung von Mehraufwand. Wenn auch nicht explizit erwähnt, ist vermutlich auch die Vermutung, dass Ungleichbehandlungen zu einer potentiellen Unruhe unter den Gefangenen führen könnten, in die Entscheidungen der JVA eingeflossen. Es ist nicht zu bestreiten, dass diese Aspekte in der Ausgestaltung des Vollzugs eine wichtige Rolle spielen, zugleich ist jedoch eben auch darauf zu achten, dass dadurch die Sonderstellung des Verwahrten nicht auf einer generellen Ebene zurückgedrängt wird. Ein Vorrang der Sicherheit sollte deshalb eben nur im Einzelfall angenommen werden. Diese Prioritätensetzung, d.h. die gesetzlich vorgeschriebene Betonung der Sonderstellung eines Sicherungsverwahrten, ist in den dargestellten Entscheidungen jedenfalls nicht umfassend gelungen.

III. Schlussfolgerungen

Die Abgrenzung zwischen „Strafe“ und „Nicht-Strafe“ kann sowohl aus einer theoretischen als auch aus einer pragmatischen Perspektive vorgenommen werden; beide Blickwinkel sind von großer Relevanz. Hier wurde der Fokus bewusst auf den praktischen Umgang mit Sicherungsverwahrten und die – trotz expliziter gesetzlicher Regelung – dessen Sonderstellung nur unzureichend berücksichtigende Gerichtspraxis gelenkt. Die hier dargestellte Argumentation erfolgte zum Teil nach dem Urteil des EGMR, und gerade das zeigt, dass eine Auseinandersetzung mit der Praxis wichtig bleibt – unabhängig davon, dass die Sicherungsverwahrung derzeit neu reguliert und organisiert wird.³⁶

Die Verwaltung der Vollzugsbehörden und die deren Entscheidung überwachenden Gerichte haben zwangsläufig vor allem Sicherheitsinteressen und den sie treffenden Mehraufwand im Blick. Das ist auch nicht per se problematisch, solange dem ein entsprechendes Bewusstsein bezüglich der Bedeutung der Sicherungsverwahrung im Gegensatz zur Strafe zugrundeliegt. Dass dieses Bewusstsein die ausführenden Ebene zumindest

³⁵ Drei Einzelfälle sind natürlich keineswegs repräsentativ und können deshalb kein „Beweis“ für den üblichen Umgang mit Sicherungsverwahrten sein. Dennoch sind die Herangehensweise der Vollzugsanstalt und des Gerichts zumindest ein Indiz dafür, dass die gesetzlichen Vorgaben der Privilegierung von Sicherungsverwahrten, insbesondere wenn sie eher allgemein formuliert sind, in der Praxis nicht in allen Fällen umfassend umgesetzt wurden.

³⁶ Vgl. u.a. BT-Drs. 17/9874.

noch nicht umfassend prägt und deshalb einer detaillierteren gesetzlichen Bestimmung bedarf, zeigen die – wie erläutert, nach dem EGMR-Urteil ergangenen – Argumentationen des OLG Hamm.

Daraus lässt sich keine generelle Einordnung der Sicherungsverwahrung als „Strafe“ ableiten. Doch folgt daraus im Mindesten, dass das Abstandsgebot einer klaren, expliziteren und auch detaillierteren gesetzlichen Beschreibung bedarf als bisher. Die Erkenntnis, dass die Justizvollzugsanstalten und auch die Gerichte zumindest in der Tendenz (für die Vollzugsbehörden gilt dies aufgrund ihrer spezifischen Aufgabe vielleicht sogar fast zwangsläufig) die Sicherheit und ihre eigenen praktischen Bedürfnisse betonen, ist eine wichtige Basis für die Art und Weise der gesetzlichen Regelung. Dieser Tendenz muss bewusst und eindeutig entgegengewirkt werden. Die hier dargestellten Fälle stellen also ein zusätzliches Argument für die bereits stattfindende Einrichtung eigener Verwahrungsanstalten und für den Erlass expliziter Bestimmungen zum Abstandsgebot dar.

Die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung hängt eben gerade auch davon ab, ob sie sich in der Praxis erkennbar vom Strafvollzug unterscheidet. Die Besserstellung der Verwahrten darf der Gesetzgeber nicht umfassend den durchführenden Behörden überlassen. Auch wenn das gegebenenfalls bedeutet, detaillierte Regelungen zur Verwahrung, zu den Bedingungen der persönlichen Unterbringung, zu derart praktischen Fra-

gen wie Bezug der persönlichen Gegenstände, Zugang zu Fortbildungsmöglichkeiten, Umgang mit Mehraufwand für die Vollzugsbehörde, etc., zu schaffen – diese Einschränkung des Ermessensspielraums muss wohl zumindest teilweise hinter der zwingend erforderlichen praktischen Durchsetzung des Abstandsgebots zurückstehen. Viele der aktuell in einzelnen Bundesländern getroffenen praktischen Maßnahmen und Regelungen gehen bereits in diese Richtung. Zur Stärkung dieser Entwicklung sollten jedoch – soweit dies zulässig ist, ohne die Bundeszuständigkeit zu verlassen – auch auf Ebene des Bundesgesetzgebers möglichst konkrete Vorgaben zum Abstandsgebot entwickelt werden. Die Neuregelung des § 66c StVollzG und die Verbesserungen des Rechtsschutzes für Sicherungsverwahrte, die zum 1. Juni 2013 in Kraft treten sollen,³⁷ ist jedenfalls mit Blick hierauf dem Grunde nach zu begrüßen – zugleich sollte eine konkretisierende Neufassung der §§ 129 ff. StVollzG nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Ob und inwieweit dies tatsächlich erforderlich ist, wird sich in den nächsten Jahren an der praktischen Umsetzung der Neuregelung zeigen. Die hier erfolgte Auseinandersetzung mit den Urteilen des OLG Hamm sollte vor allem den Blick dafür schärfen, dass selbst eine explizite gesetzliche Besserstellung nicht per se eine Garantie für die praktische Durchsetzung des Abstandsgebots ist.

³⁷ BT-Drs. 17/9874.

Aufsätze und Anmerkungen

Transparenz und ein erweitertes Sanktionsrisiko für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – neue aufsichtsrechtliche Ziele der Wirtschaftsprüferkammer

Von Prof. Dr. Carsten Wegner, Berlin

Im Rahmen eines am 5.9.2012 in Frankfurt am Main durchgeführten Pressegesprächs hat der Präsident der Wirtschaftsprüferkammer (WPK) zwei Ziele formuliert: Ausweislich einer Pressemitteilung der Kammer hat er sich „für mehr Offenheit in der Berufsaufsicht über Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer“ ausgesprochen.¹ Die derzeit geltende Rechtslage verpflichtete die WPK zum Stillschweigen in Aufsichtsfragen. Man wolle aber – so

* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Krause & Kollegen* in Berlin und Honorarprofessor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er verteidigt regelmäßig Wirtschaftsprüfer in aufsichtsbehördlichen und berufsgerichtlichen Verfahren der WPK und der Generalstaatsanwaltschaft Berlin.

¹ <http://www.wpk.de/presse/presse.asp#hl36>.

wird in der offiziellen Pressemitteilung weiter ausgeführt – mehr Transparenz, denn „Transparenz ist ein Instrument der Aufklärung über die Effektivität der Aufsicht, wenn es darum geht, in öffentlichkeitsrelevanten Verfahren, Sanktionen oder Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen auch individualisiert offen kommunizieren zu können“. Deshalb setze sich die WPK für eine Gesetzesänderung ein, d.h. für eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht. In Fällen von besonderem öffentlichen Interesse wolle die WPK „Ross und Reiter“ nennen dürfen und über berufsrechtliche Verfahren sowie deren Ausgang auch in der Öffentlichkeit berichten können.²

² Als Defizit moniert wurde die aktuelle Gesetzeslage bereits durch die WPK im „Bericht über die Berufsaufsicht 2011 über Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer“: „Eine

Darüber hinaus gibt es Überlegungen innerhalb der WPK, ob zukünftig nicht auch gegen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften selbst berufsrechtliche Sanktionen verhängt werden sollen, d.h. nicht nur gegen den individuell handelnden Berufsträger selbst. Verwiesen wurde in diesem Zusammenhang etwa auf die schon heute bestehende Möglichkeit, bei Kartellverstößen auch Unternehmen direkt zu ahnden, aus denen heraus durch einzelne Personen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen worden sind.

1. Berufsaufsicht und Berufsgerichtsbarkeit

Bevor sogleich näher auf diese beiden Überlegungen der WPK eingegangen wird, sei zunächst das aktuelle Modell der Berufsaufsicht durch die WPK (§§ 61a WPO) und der Berufsgerichtsbarkeit (§§ 67 ff. WPO) skizziert; dies scheint erforderlich, um die Überlegungen der Kammer einordnen zu können. Darüber hinaus seien in diesem Zusammenhang einige verfahrensrechtliche Anmerkungen gestattet.

a) Anlassunabhängige und anlassbezogene Kontrollen

In der WPO sind im Anschluss an die Rechte und Pflichten der Wirtschaftsprüfer (§§ 43 ff.) und die Organisation des Berufs (§§ 57 ff.) die Berufsaufsicht und die Berufsgerichtsbarkeit geregelt. Zuständig für die Berufsaufsicht ist die WPK (§ 61a WPO). Sie ermittelt,

- soweit konkrete Anhaltspunkte³ für einen Verstoß gegen Berufspflichten vorliegen (Nr. 1) und
- bei Berufsangehörigen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 319a Abs. 1 S. 1 HGB durchgeführt haben, stichprobenartig ohne besonderen Anlass (§ 62b WPO) (Nr. 2)

und entscheidet, ob das Rügeverfahren eingeleitet (§ 63 WPO) oder ob das Verfahren an die Berufsgerichtsbarkeit abgegeben (§ 84a WPO) wird (§ 61a S. 2 WPO).

b) Zugriff der WPK auf Handakten und sonstige Unterlagen

Die Berufsträger können sich dieser Aufsicht bzw. Kontrolle durch die WPK nicht oder nur unter sehr engen

Veröffentlichung richtungsweisender berufsgerichtlicher Entscheidungen erfolgt regelmäßig im WPK Magazin unter der Rubrik „Aus der Rechtsprechung“. Rügeentscheidungen von allgemeinem Interesse werden im WPK Magazin als „Praktischer Fall“ oder als Beitrag unter der Rubrik „Informationen aus der Berufspraxis“ veröffentlicht. Die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 64 Abs. 1 WPO) erlaubt der WPK derzeit (de lege lata) keine Aussagen zu einzelnen Verfahren, selbst wenn die dahinter stehenden Sachverhalte von der Öffentlichkeit diskutiert werden.“ (a.a.O., S. 3).

³ M.a.W.: ein „Anfangsverdacht“ i.S.v. § 152 Strafprozessordnung (StPO) oder unter den Einleitungsvoraussetzungen des § 397 Abgabenordnung (AO).

Voraussetzungen entziehen. So haben persönliche Mitglieder der WPK nach § 62 Abs. 1 S. 1 WPO in Aufsichts- und Beschwerdesachen vor der WPK zu erscheinen, wenn sie zur Anhörung geladen werden.⁴ Sie haben ferner Auskunft zu geben und ihre Handakten oder sonstige Unterlagen, die für das Aufsichts- und Beschwerdeverfahren von Bedeutung sein können, vorzulegen (§ 62 Abs. 1 S. 2 WPO). Die Auskunft und die Vorlage von Unterlagen können (nur) verweigert werden, wenn und soweit dadurch die Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt würde (Abs. 2 S. 1). Die Auskunft kann durch den Berufsträger verweigert werden, wenn und soweit sich dadurch die Gefahr ergäbe, wegen einer Straftat, einer Ordnungswidrigkeit oder einer Berufspflichtverletzung verfolgt zu werden, und sich das Mitglied hierauf beruft. Wenn die Auskunft oder die Vorlage von Unterlagen nicht verweigert wurde, besteht die Verpflichtung, richtige und vollständige Auskünfte zu erteilen und richtige und vollständige Unterlagen vorzulegen (S. 3).

c) Besondere Mitwirkung bei gesetzlicher Pflicht zur Abschlussprüfung

Eine ganz wesentlich Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Berufsträgers enthält § 62 Abs. 3 WPK: Danach können die richtige und vollständige Auskunft und Vorlage von Unterlagen nicht von denjenigen persönlichen Mitgliedern der WPK verweigert werden, die zur Durchführung gesetzlich vorgeschriebener Abschlussprüfungen befugt sind oder solche ohne diese Befugnis tatsächlich durchführen, wenn die Auskunft und die Vorlage von Unterlagen im Zusammenhang mit der Prüfung eines der gesetzlichen Pflicht zur Abschlussprüfung unterliegenden Unternehmens stehen; § 62 Abs. 2 S. 2 und 3 WPO gelten aber entsprechend. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Berlin⁵ – das örtlich für alle verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten mit der WPK zuständig ist – stellt die nach § 62 Abs. 3 WPO uneingeschränkte Verpflichtung zur Übergabe der Arbeitspapiere ein geeignetes, erforderliches und angemessenes und daher mit dem Nemo-Tenetur-Grundsatz zu vereinbarendes Mittel zur Gewährleistung einer wirksamen Kontrolle der Berufspflichten dar. Insbesondere sei kein milderer Mittel zur Gewährleistung einer effektiven Kontrolle der Einhaltung der dem Wirtschaftsprüfer obliegenden Berufspflichten erkennbar, da ansonsten nur noch derjenige Wirtschaftsprüfer überhaupt zu einer Vorlage seiner Arbeitspapiere verpflichtet wäre, der seinen Berufspflichten in jeder Hinsicht nachkommt, womit aber die Vorlagepflicht – so das Verwaltungsgericht Berlin – „sinnlos“ würde.

d) Unterschiede im Vergleich zu Steuerberatern und Rechtsanwälten

Auffällig ist, dass der Gesetzgeber die Berufsgruppen der Rechtsanwälte und der Steuerberater anders als die der Wirtschaftsprüfer behandelt. So dürfen Rechtsanwälte (§ 56 Abs. 1 S. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO])

⁴ Regelmäßig wird allerdings im schriftlichen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme geboten.

⁵ Urteil v. 24.11.2011 – 16 K 313.10.

und Steuerberater (§ 80 Abs. 1 S. 2 Steuerberatungsgesetz [StBerG]) bei der Gefahr einer Selbstbelastung in Berufsaufsichtsverfahren nicht nur die Aussage, sondern auch die Vorlage ihrer Handakten verweigern. Nach Ansicht des VG Berlin⁶ sind aber die Berufsgruppen der Rechtsanwälte und Steuerberater mit der der Wirtschaftsprüfer insbesondere dann nicht vergleichbar, wenn der Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer nach § 316 Abs. 1 S. 1 HGB tätig wird, woraus sich eine uneingeschränkte Pflicht zur Vorlage der Arbeitspapiere aus § 62 Abs. 3 WPO erst ergebe. Anders als Rechtsanwälte und Steuerberater werde der Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer aufgrund der ihm als Kernaufgabe zugewiesenen Kontroll- und Bestätigungsfunktion im Rechts- und Wirtschaftsleben vorrangig im öffentlichen Interesse tätig. Daher bestehe auch ein besonderes öffentliches Interesse daran, seine Tätigkeit auf mögliche Berufspflichtverstöße hin zu kontrollieren. In der Kommunikation mit der Kammer ist die mandatsbezogene Arbeit des Berufsträgers also bereits heute sehr transparent.

e) Verwertungsbeschränkungen

Will man sich näher den durch die WPK angestoßenen o.a. „Transparenz“-Überlegungen widmen, so ist aktuell auch § 62 Abs. 5 WPO in den Blick zu nehmen. Danach dürfen die nach den vorstehenden Normen gegebenen Auskünfte und vorgelegten Unterlagen nur für Zwecke der der Auskunft und der Vorlage zugrunde liegenden Ermittlungen in Aufsichts- und Beschwerdesachen verwertet werden; sobald die Unterlagen nicht mehr erforderlich sind, sind sie unverzüglich an den Berufsträger zurückzugeben. Das VG Berlin wies in seiner o.a. Entscheidung vom 24.11.2011 ausdrücklich darauf hin, dass die uneingeschränkte Verpflichtung zur Vorlage der Arbeitspapiere nach § 62 Abs. 1 S. 2 WPO auch deshalb angemessen sei, weil die so gewonnenen Erkenntnisse nur in einem Berufsaufsichtsverfahren gegen den Wirtschaftsprüfer genutzt werden dürfen und ansonsten – „beispielsweise in einem parallel geführten Strafverfahren“ – ein Verwertungsverbot besteht.⁷

f) Zwangsgeld

Um Wirtschaftsprüfer zur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflichten nach § 62 Abs. 1 bis 3 WPO anzuhalten, kann die WPK gegen sie – auch mehrfach – ein Zwangsgeld festsetzen. Das einzelne Zwangsgeld darf 1.000 EUR nicht übersteigen (§ 62a Abs. 1 WPO).

⁶ A.a.O.

⁷ Auf die strafprozessual bedeutsame Unterscheidung zwischen einem Verwertungs- und einem Verwendungsverbot gehen weder die Kommentierung von Krauß in Hense/Ulrich (Hrsg.), WPO (2008), § 62 noch das VG Berlin ein. Soweit sie jeweils davon auszugehen scheinen, dass die WPK für den Berufsträger ein umfassender „Schutzhort“ ist und die dorthin übergebenen Unterlagen jeder drittbezogenen (Weiter-)Nutzung entzogen sind, ist dies sachlich zu begrüßen, sollte jedoch sprachlich in der WPO klargestellt werden.

g) Sanktionsrisiken

Stellt die WPK ein berufsrechtliches Fehlverhalten fest, so sind unterschiedliche Reaktionen denkbar bzw. drohen verschiedene Konsequenzen:

aa) Der Vorstand der WPK kann das Fehlverhalten des Berufsträgers rügen und erforderlichenfalls die Aufrechterhaltung des pflichtwidrigen Verhaltens entsprechend § 68a WPO untersagen. Ein Antrag auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens ist nur dann erforderlich, wenn eine schwere Schuld des Mitglieds vorliegt und eine berufsgerichtliche Maßnahme zu erwarten ist (§ 63 Abs. 1 S. 1 WPO). Die Rüge kann mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 EUR verbunden werden (S. 3). Der Vorstand der WPK darf eine Rüge nicht mehr erteilen, wenn das berufsgerichtliche Verfahren gegen den Berufsträger eingeleitet ist oder wenn seit der Pflichtverletzung mehr als fünf Jahre vergangen sind (Abs. 2 S. 1).

bb) Hat der Wirtschaftsprüfer seine – gewichtigeren – Pflichten schuldhaft verletzt, so wird gegen ihn eine sog. berufsgerichtliche Maßnahme verhängt (§ 67 Abs. 1 WPO). Die berufsgerichtlichen Maßnahmen sind nach § 68 Abs. 1 WPO:

- Geldbuße bis zu 500.000 EUR (Nr. 1),
- Verbot, auf bestimmten Tätigkeitsgebieten für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren tätig zu werden (Nr. 2),
- Berufsverbot von einem bis zu fünf Jahren (Nr. 3),
- Ausschließung aus dem Beruf (Nr. 4).

Ist durch ein Gericht oder eine Behörde eine Strafe, eine Disziplinarmaßnahme, eine anderweitige berufsgerichtliche Maßnahme oder eine Ordnungsmaßnahme verhängt worden, so ist von einer berufsgerichtlichen Ahndung wegen desselben Verhaltens abzusehen, wenn nicht eine berufsgerichtliche Maßnahme zusätzlich erforderlich ist, um den Wirtschaftsprüfer zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und – d.h. kumulativ – das Ansehen des Berufs zu wahren (§ 69 Abs. 1 WPO). Wann ein sog. berufsrechtlicher oder disziplinarischer Überhang vorliegt, ist für den jeweiligen Einzelfall zu entscheiden, ohne dass sich bislang starre Kriterien entwickelt hätten.⁸

cc) Die WPK veröffentlicht zusammengefasste Angaben über die von ihr und von den Berufsgerichten verhängten Sanktionsmaßnahmen mindestens einmal jährlich in angemessener Weise (§ 63 Abs. 6 WPO). Ausweislich des „Bericht über die Berufsaufsicht 2011 über Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer“⁹ wurden im Jahr 2011 57 Rügen (davon 25 mit Geldbuße zwischen 500 und 14.000 EUR) bestandskräftig. Von den mit einer Rüge abgeschlossenen Verfahren überprüfte der Vorstand der WPK 10 Rügen im Einspruchsverfahren. Sieben Rügen bestätigte er, in zwei Einspruchsverfahren erhöhte er die mit der Rüge verbundene Geldbuße. In einem Fall hob der Vorstand die Rüge auf und erteilte jeweils eine Beleh-

⁸ Siehe etwa die Darstellung von Engelhardt in Hense/Ulrich (Fn. 7), § 69a Rdnr. 12 ff.

⁹ http://www.wpk.de/pdf/WPK_Berufsaufsicht_2011.pdf.

zung. Zwei Rügen wurden durch das Landgericht Berlin überprüft (§ 63a WPO) und jeweils bestätigt. Darüber hinaus stellte die Generalstaatsanwaltschaft Berlin – die deutschlandweit zuständige Ermittlungsbehörde für berufsgerichtliche Verfahren gegen Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer – vier Verfahren gegen eine Geldauflage (zwischen 500 und 10.000 EUR) ein. Vier weitere Verfahren stellte die Generalstaatsanwaltschaft Berlin aufgrund nur geringer Schuld der Betroffenen und fehlenden öffentlichen Interesses an der Verfolgung ein (§ 153 StPO). Ein Verfahren wurde vom Landgericht Berlin gemäß § 153a StPO gegen eine Geldauflage von 10.000 EUR eingestellt. In 130 Verfahren wurden die Berufsangehörigen belehrt, weitere 113 Verfahren wurden – ggf. mit einem Hinweis – eingestellt.

2. Unternehmens- und Verbandsgeldbuße im deutschen Recht

Anknüpfend an diese aktuellen gesetzlichen Strukturen sowie die – im Ergebnis doch überschaubaren – Zahlen zur Berufsaufsicht, stellt sich nach dem 5.9.2012 zunächst die Frage, ob tatsächlich ein Bedürfnis besteht, de lege ferenda nicht nur den einzelnen Berufsträger zu sanktionieren, sondern auch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, für die er tätig ist. Da gegenwärtig in Deutschland nur nach § 30 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)¹⁰ gegen überpersonale Einheiten eine Sanktion (Geldbuße) verhängt werden kann¹¹, wenn jemand als Leitungsperson eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, sei sich den Reformüberlegungen der WPK von dieser Norm aus genähert. Es wird deutlich werden, dass kein Bedürfnis für eine Ausweitung des sanktionsrechtlichen Instrumentariums vorhanden ist.

a) Rechtspolitischer Hintergrund

Durch die sog. Unternehmens- oder Verbandsgeldbuße wird nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Ausgleich dafür geschaffen, dass der Verband, die nur durch seine Organe handeln kann, die Vorteile dieser in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen. Es soll verhindert werden, dass bei der unternehmensbezogenen Nichtbeachtung der Rechtsordnung der Verband gegenüber der natürlichen Person bessergestellt wird.

Daran anknüpfend und unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 1 WPO („Der Wirtschaftsprüfer übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe.“) muss die Frage gestellt sein, ob tatsächlich eine Konstellation denkbar ist, in der allein durch die Gründung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine sanktionsrechtliche Lücke entsteht, hinter der sich ein einzelner Berufsträger „verstecken“ kann und die dazu führt, dass die in einer solchen Gesellschaft tätigen Personen, die das individuelle Prüfungsmandat verantworten, gegenüber demjenigen

¹⁰ § 59 Kreditwesengesetz (KWG) erweitert den Anwendungsbereich bei Kreditinstituten.

¹¹ Die unternehmensbezogenen Möglichkeiten, im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren Tatmittel einzuziehen oder erlangte Vorteile abzuschöpfen, seien für die vorliegende Untersuchung ausgeblendet.

bevorzogen werden, der seinen Beruf in einer allein von ihm geführten Praxis oder etwa einer Partnerschaftsgesellschaft ausübt. Jedenfalls auf den ersten Blick ist eine solche Ahndungslücke nicht zu erkennen. Für das weitere Normgebungsverfahren wäre die WPK daher gefordert, insoweit belastbare rechtliche und empirische Daten zu liefern.

b) Eingeschränkter Täterkreis

Dass § 30 Abs. 1 OWiG kein „Muster“ darstellt, das eins zu eins auf die WPO übertragen werden könnte, wird auch in der beschränkten Zuordnung individueller Anknüpfungstaten deutlich. So ermöglicht § 30 OWiG die Festsetzung einer unternehmensbezogenen Geldbuße gegen juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften, d.h. die Norm weicht von § 27 WPO (Rechtsform) ab. § 30 OWiG knüpft dabei an das Fehlverhalten einer Leitungsperson an, deren Kreis abschließend aufgeführt ist:

- vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1),
- Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstandes (Nr. 2),
- vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 3),
- Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung (Nr. 4),
- sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört (Nr. 5).

Die WPK muss im Rahmen ihrer aktuellen Überlegungen damit die Frage beantworten, welcher Personenkreis aus einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft heraus eine mögliche überindividuelle Ahndung auslösen können soll. Soll *jeder* der WPK angehörende Berufsträger hierfür geeignet sein und somit auf die o.a. Begrenzung des § 30 Abs. 1 OWiG verzichtet werden?¹² Falls dies der Fall sein soll, dann dürfte der Grund für eine solche tatbestandliche Ausweitung wohl darin liegen, dass jedwedes Fehlverhalten in einem von einem Berufsträger verantworteten Mandat geeignet sein soll, eine

¹² (Auch prüfungsbezogene) Fehlverhaltensweisen sonstiger angestellter Personen einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (z.B. von Prüfungsassistenten) scheiden als Anknüpfungstat aus, denn diese unterliegen nicht der Berufsaufsicht der Kammer. In der Praxis kann es in solchen Konstellationen allein um die Frage gehen, ob Prüfungsplanung und -durchführung oder die Überwachung durch den prüfungsverantwortlichen Manager oder Partner für sich genommen ein berufsrechtlich relevantes (Organisations-)Verschulden darstellen, das seinerzeit eine Ahndung zulässt.

unternehmensbezogene Sanktion auszulösen. Daran anknüpfend bliebe allerdings zu konstatieren, dass damit das rechtspolitische Modell des § 30 OWiG aus dem Blick verloren werden würde, weil mit einer solchen Ausweitung gleichzeitig dokumentiert wäre, dass in jedem Einzelfall auch eine individuelle Verantwortlichkeit eines Wirtschaftsprüfers möglich ist, vor der dieser sich auch nicht „verstecken“ kann. Ferner wäre zu fragen, ob der WPK für diese vollständig zu individualisierenden Einzelfälle nicht bereits heute ein hinreichendes Instrumentarium zur Verfügung steht? M.a.W.: Wäre mit einer solchen Ausweitung dann noch der Sinn für eine überindividuelle Ahndung zu erkennen?

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren muss die WPK daher ihre täterbezogenen Überlegungen individualisieren und darlegen. Sie muss klären, ob es um berufs- und prüfungsbezogene des einzelnen Berufsträgers oder um organisationsbezogene Fehlverhaltensweisen der vertretungsberechtigten Organe der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geht.

c) Unternehmensbezogene Pflichtverletzung

Dass § 30 Abs. 1 OWiG kein „Muster“ darstellt, das eins zu eins auf die WPO übertragen werden könnte, wird auch darin deutlich, dass eine Unternehmensgeldbuße nur dann verhängt werden kann, wenn durch die Ordnungswidrigkeit oder Straftat auch eine unternehmensbezogene Pflicht verletzt bzw. den Verband bereichert worden ist.¹³ Ferner muss das Individualverhalten „als“ unternehmensbezogene Zuwiderhandlung zu qualifizieren sein, d.h. sanktionsbegründend ist nur die Tat, die mit dem Funktionskreis des Täters im Unternehmen in einem inneren Zusammenhang steht. Eigennützige Straftaten zum Nachteil des Unternehmens bzw. sog. Ausreißer fallen damit nicht in den Anwendungsbereich der Norm.

Auch hinsichtlich dieses Merkmals des § 30 OWiG ist daher nur schwer vorstellbar, wie ein solches – die Möglichkeit einer Ahndung begrenzende – Kriterium in die Systematik der WPO übernommen werden kann. Dies gilt umso mehr, als die berufsrechtliche relevante Fehlverhaltensweise, wie sie von der WPK in der Praxis regelmäßig als Vorwurf formuliert wird, nur fahrlässig begangen worden sein soll, so dass u.a. das Kriterium einer Bereicherung(-sabsicht) gänzlich fehlt geht bzw. überflüssig ist, da diese ein vorsätzliches (zielgerichtetes) Verhalten impliziert. Fraglich ist darüber hinaus aber auch, ob die Vorwürfe, die die WPK in der Praxis regelmäßig erhebt, überhaupt an Pflichten anknüpft, die die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft treffen oder ob es sich bei diesen nicht vielmehr um solche handelt, die den jeweiligen Berufsträger in der eigenständigen Ausübung als „Freiberufler“ (§ 1 Abs. 2 WPO) verpflichten.

d) Rechtsfolge: Verhängung einer Geldbuße

Das unternehmensbezogene Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht ist bislang recht „phantasielos“ und be-

schränkt sich rein auf die finanzielle Sanktion. Im Rahmen der anstehenden Diskussionen müsste die WPK daher auch der Frage nachgehen, ob alternative Sanktionen denkbar sind, ob z.B. eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auch „gerügt“ oder gar mit einem partiellen Tätigkeitsverbot belegt werden könnte. Bereits diese kurze Andeutung lässt jedoch schnell die Frage entstehen, ob sich tatsächlich ein Berufsangehöriger, der sich nichts zu Schulden hat kommen lassen, derart weitgehend in seiner Berufsausübung beeinträchtigen lassen muss, weil ein Kollege und möglicherweise auch Mitgesellschafter sich fehlerhaft verhalten hat. Selbst wenn darin kein praktisches Problem liegen muss, weil ein individuell nicht betroffener Berufsträger seine gesellschaftsrechtliche Zuordnung ändern kann¹⁴ und damit dem „Bann“ der WPK entgeht, müsste sich ein Gesetz- oder Ordnungsgeber mit dieser dogmatischen Frage befassen, die absehbar zu keiner vernünftigen Lösung gebracht werden kann.

Losgelöst von diesen schon sehr speziellen Überlegungen sei aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht auf folgende zumessungsrechtlichen Punkte hingewiesen, denen sich bei der Festsetzung einer Geldbuße gewidmet werden könnte. Dies gilt unabhängig davon, dass die gegenwärtige Bußgeldpraxis nach § 68 WPO sehr viel farbloser zu sein scheint, als es §§ 30, 17 OWiG eigentlich vorsehen.

aa) Die Bemessung der konkreten Höhe der Geldbuße lässt sich in drei Abschnitte unterteilen. Zunächst ist der abstrakte Sanktionsrahmen für die zu bebußende Ordnungswidrigkeit zu bestimmen. Nach dieser Festlegung erfolgt die konkrete Zumessung der Geldbuße. Gemäß § 17 Abs. 4 OWiG soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Verband aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen; die Geldbuße ist somit unter Berücksichtigung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils zuzumessen. Hierbei handelt es sich um ein Kriterium, das § 68 Abs. 1 Nr. 1 WPO bislang gar nicht kennt.

bb) Innerhalb des Sanktionsrahmens bilden gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft, die Grundlage für die konkrete Zumessung der Geldbuße. Grundsätzlich steht somit auch die Höhe der Geldbuße in einer Wechselbeziehung mit dem Unrecht der Tat und der Schuld des Täters.

Anders als bei natürlichen Personen gestaltet sich die konkrete Zumessung der unternehmensbezogenen Geldbuße gleichwohl schwierig, denn es fehlt in § 30 OWiG an eigenständigen Zumessungsgrundsätzen für den Verband sowie an einer ausdrücklichen Verweisung auf § 17 Abs. 3 OWiG; § 30 Abs. 3 OWiG verweist lediglich auf die Abschöpfungsregelung des § 17 Abs. 4 OWiG. Der BGH¹⁵ setzt sich über diese beschränkte Verweisung – ohne nähere Begründung – hinweg und erachtet die Schuld des individuell Verantwortlichen für den Umfang der unternehmensbezogenen Vorwerfbarkeit für maßgeblich.

¹³ Ausreichend ist aber auch bereits die Intention einer solchen Bereicherung.

¹⁴ Noch weitergehend könnte sich natürlich sogar die gesamte Struktur der Berufsträger unter einem neuen Rechtsträger wieder zusammenfinden, ohne dann noch den alten „Repressalien“ der WPK ausgesetzt zu sein.

¹⁵ V. 14. 2. 2007 – 5 StR 323/06, HRRS 2007 Nr. 297.

Gegen eine vollkommen auf das Individuum ausgerichtete Zumessung der Geldbuße spricht aber bereits die selbst vom BGH¹⁶ aus § 30 Abs. 4 OWiG hergeleitete Möglichkeit, sogar eine anonyme Verbandsgeldbuße zu verhängen, bei der die individuelle Verantwortlichkeit gerade ungeklärt bleibt. Hierbei handelt es sich allerdings um einen für das Recht der Wirtschaftsprüfer auszuschließenden Sachverhalt (s.o.).

cc) Wer ein unternehmensbezogenes Sanktionssystem in der WPO implementieren will, wird im Gesetzgebungsverfahren nicht nur klären müssen, welche individuellen Fehlverhaltensweisen – zudem auf welche Ebene – überhaupt geeignet sein sollen, eine Geldbuße gegen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu verhängen (s.o.). Es müsste auch Klarheit darüber geschaffen werden, welche Kriterien für die konkrete Zumessung einer Geldbuße maßgeblich sein sollen. Ferner müsste anerkannt werden, dass sich eine dem Grunde nach „anständige“ Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei der Festsetzung einer Geldbuße darauf berufen können muss, dass sie versucht hat, Organisationsstrukturen zu schaffen, die berufliche Fehlverhaltensweise einzelner Personen vermeidet. Da es nicht nur Sinn und Zweck eines von der WPK erwogenen Regelung sein kann, reaktiv auf Normverstöße zu reagieren, sondern gleichzeitig die Gesellschaft auf dessen Weg zu einem „anständigen“ Unternehmen unterstützt wird, dürfen unternehmerische Vorsorgemaßnahmen und die nachweisliche organisatorische Unvermeidbarkeit der Anknüpfungstat nicht unberücksichtigt bleiben, wenn die Geldbuße konkret zugemessen wird.

Entsprechende Versuche, solche Kriterien im Gesetzgebungsverfahren einmal ausdrücklich und mit der notwendigen tatbestandlichen Klarheit und Bestimmtheit zu formulieren, sollten gleichzeitig eine – weitere – Kontrollinstanz dafür sein, ob überindividuelle Sanktionen tatsächlich erforderlich sind und welche Fälle die WPK eigentlich im Blick hat, wenn sie eine Ausweitung des Sanktionsmodells fordert. Denn ist man nicht in der Lage, solche Kriterien bzw. Sachverhalte verbindlich zu formulieren, dann ist auch kein Bedarf für eine überindividuelle Sanktionsvorschrift in der WPO.

dd) In einem letzten Zumessungsschritt ist im Ordnungswidrigkeitenrecht die Entscheidung zu treffen, ob dem Unternehmen mit der Geldbuße gleichzeitig auch der durch die Anknüpfungstat erlangte wirtschaftliche Vorteil entzogen wird. Die Möglichkeit dazu ist durch § 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG eröffnet. Hiernach soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen aus der Tat erlangt hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß des Bußgeldrahmens hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden (sog. Abschöpfungsfunktion der Geldbuße). Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass wirtschaftsdeviantes Verhalten hinsichtlich der Möglichkeit und der Folgen einer eventuellen Entdeckung genau geplant und kalkuliert wird. Es handelt sich hierbei um ein Kriterium, das die WPO bislang bei der Sanktionierung einzelner Berufsträger nicht kennt.

¹⁶ V. 8. 2. 1994 – KRB 25/93, wistra 1994, 232.

e) Zwischenergebnis

Bislang sind durch die WPK keine Argumente oder empirischen Belege vorgetragen bzw. vorgelegt worden, die es sinnvoll – geschweige denn *zwingend* erforderlich – erscheinen lassen, das berufsgerichtliche Instrumentarium um eine überindividuelle Komponente zu erweitern. Ein Blick in das Recht der Ordnungswidrigkeiten zeigt, dass die Maßstäbe bzw. Überlegungen, die § 30 OWiG prägen, nicht eins zu eins in die WPO übertragen werden können.

3. „Transparenz“ durch Kommunikation der WPK?

Soweit es der WPK ein Bedürfnis zu sein scheint, ihre Tätigkeit offensiver in die Öffentlichkeit zu tragen, vermag dies nicht zu überzeugen. Insbesondere gehen Überlegungen fehl, eine solche Erlaubnis unter Hinweis auf die Pressearbeit der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte zu fordern. Wer dennoch derart argumentiert, muss in der weiteren Diskussion u.a. folgende Punkte in den Blick nehmen bzw. sich mit diesen auseinandersetzen.

a) Berufliches Selbstverständnis der WPK und der ihr angehörenden Mitglieder

Wer für eine aktivere Pressearbeit der Kammer in aufsichtsbehördlichen und berufsgerichtlichen Streitverfahren wirbt, kann diese Diskussion nicht allein unter dem Stichwort der „Transparenz“ führen, sondern er muss die allgemeinen Grundsätze freiberuflicher Tätigkeit (vgl. § 1 Abs. 2 WPO) in den Blick nehmen. § 43 Abs. 1 WPO fordert vom Wirtschaftsprüfer, dass er seinen Beruf unabhängig, gewissenhaft, *verschwiegen* und eigenverantwortlich ausübt. Warum für die WPK, die ihre Legitimation von ebensolchen Personen ableitet, andere Maßstäbe gelten sollen, ist bislang nicht fundiert vorgetragen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass einzelne Prüfungen (auch) im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden. Im Rahmen der anstehenden Diskussion ist zu beachten, dass eine Kommunikation durch die Kammer immer auch mandatsbezogene Punkte berühren würde.

b) Mitwirkungspflichten

Bereits heute ist die WPK berechtigt, den einzelnen Berufsträger zur Durchbrechung an sich elementarer beruflicher Standards zu veranlassen, wie einleitend zu § 62 WPO aufgezeigt worden ist (Vorlage von Unterlagen und Informationen, die in einem Rechtsverhältnis entstanden ist, von dem der Mandant an sich ausging, dass *allein* er über den Umfang der Kommunikation gegenüber Dritten entscheidet). Mögen für die Pflichten gegenüber der WPK nach § 62 WPO auch gute Gründe streiten (s.o.), so ist doch nicht erkennbar, warum der (Teil-)Bruch der Verschwiegenheit durch die WPK zusätzlich noch allein im Interesse einer aktiven Pressearbeit der Kammer perpetuiert werden soll.

c) Strafrechtlicher Hintergrund

Welche Bedeutung dem individuellen Mandatsverhältnis zukommt, über deren Behandlung *allein* der Berufsträger und der Mandant disponieren können sollten, wird im Strafrecht an verschiedenen Stelle deutlich: So sanktioniert § 203 Abs. 1 Nr. 3 Strafgesetzbuch (StGB) denjenigen Wirtschaftsprüfer, der eine Information, die ihm im Mandat anvertraut oder sonst bekannt geworden ist, offenbart. Nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 Strafprozessordnung (StPO) sind Wirtschaftsprüfer zur Zeugnisverweigerung über das berechtigt, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgegeben worden ist. Wer daher eigene berufliche Standards für nicht mehr für den Beruf und das Mandat prägend erachtet bzw. sie aus eigenen Darstellungsgründen für die Öffentlichkeit außer Kraft setzen will, der darf sich später nicht wundern bzw. rügen, wenn den Berufsweig insgesamt auch andernorts bislang anerkannte Standards bzw. Schutzrechte nicht mehr zugebilligt werden.

d) Praktisches Bedürfnis?

Wer künftig eine aktive Pressearbeit betreiben möchte, müsste schließlich zunächst den empirischen Beweis dafür führen, dass es auch ein praktisches Bedürfnis bzw. Fälle gibt, die es überhaupt erforderlich erscheinen lassen, insoweit ein neues Tätigkeitsfeld bzw. eine entsprechende Kompetenz zu fordern. Angesichts der eingangs aus dem „Bericht über die Berufsaufsicht 2011 über Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer“ referierten aktuellen Zahlen und Verfahrensabschlüsse, lässt sich ein solches Erfordernis gegenwärtig nicht erkennen, denn ihnen scheinen keine schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltensweisen zugrunde zu liegen.

e) Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justizbehörden mit den Medien

Soweit die WPK versucht, ihr Mitteilungsbedürfnis („Ross und Reiter“, s.o.) u.a. mit einer vergleichenden Betrachtung zum Pressesprecher einer Staatsanwaltschaft oder eines Gericht zu begründen, vermag auch dies nicht zu überzeugen. So wird zwar in den Presserichtlinien der Justiz¹⁷ regelmäßig darauf hingewiesen, dass die freie Berichterstattung durch die Medien ein wesentliches Element des demokratischen Rechtsstaats ist. Soweit dann aber etwa präambelhaft angemerkt wird, dass eine gute Zusammenarbeit zwischen Justizbehörden und den Medien insbesondere für die rechtliche Aufklärung und Information der Bevölkerung, eine dadurch bedingte Akzeptanz von justiziellen Entscheidungen und „etwa die Gewinnung ehrenamtlicher Mitarbeiter bei den Gerichten unver-

¹⁷ Siehe etwa „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justizbehörden des Landes Brandenburg mit den Medien – Allgemeine Verfügung des Ministeriums der Justiz“ v. 13.6.2006 (1274-III.1).

zichtbar“ ist, so liegt darin nichts, was auf die Arbeit der WPK übertragen werden könnte. Gleiches gilt, wenn in den Medienrichtlinien ausgeführt wird: „Weiterhin können die Medien Hilfe bei der Aufklärung von Straftaten leisten ...“. Zu beachten ist ferner, dass es sich bei den berufsrechtlichen Sachverhalten gerade nicht um „Straftaten“ oder „Ordnungswidrigkeiten“ handelt, deren Ahndung ausschließlich staatlichen Gerichten vorenthalten ist und mit deren gesetzlicher Normierung zum Ausdruck gebracht worden ist, dass wegen des Schwergewichts der Vorwürfe nur eine staatliche Strafverfolgung erfolgt. Dies führt dazu, dass der presserechtliche Abwägungsprozess in den von der WPK erwogenen Fällen durch ganz andere Überlegungen gekennzeichnet wäre.

In den Blick zu nehmen ist im Rahmen der anstehenden Diskussion ferner, dass auch der justizbehördlichen Pressearbeit Grenzen gesetzt ist: „Auskünfte sind zu verweigern, soweit ihr Gegenstand nach rechtlichen Vorschriften geheimzuhalten ist ...“.¹⁸ M.a.W.: Wenn die WPK erwägt, in einem – auch strafrechtlich geschützten – Mandatsverhältnis entstandene Informationen eigenverantwortlich zu verbreiten¹⁹, so muss sich dies zwangsläufig auswirken auf die o.a. Mitwirkungspflichten des Berufsträgers gegenüber der Kammer.

Welche engen medienrechtlichen Grenzen für Strafverfolgungsbehörden bestehen, die bislang nicht hinreichend in den Blick genommen zu sein scheinen, wird auch deutlich, wenn selbst bei gewichtigeren Straftaten etwa die Nennung der Namen von Verfahrensbeteiligten (Beschuldigten, Opfern, Zeugen) ohne deren Zustimmung unterbleiben muss. Es sollen darüber hinaus auch alle Angaben, die zur Identifizierung von Verfahrensbeteiligten geeignet sein könnten, unterbleiben.²⁰ Welcher Anwendungsbereich unter Berücksichtigung dieser Kriterien dann aber noch für die WPK in einem rein berufsrechtlichen Verfahren verbleiben soll, erschließt sich insbesondere nicht unter Berücksichtigung der aktuellen Zahlen aus dem „Bericht über die Berufsaufsicht 2011 über Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer“ (s.o.) und dem darin erkennbar werdenden Sanktionsniveau. Die hinter diesen Zahlen stehenden Wirtschaftsprüfer sind weder Personen der Zeitgeschichte noch haben die den ihnen zur Last gelegten beruflichen Pflichtverstoß „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ begangen, so dass sie weitergehende Einschränkungen ihrer schutzwürdigen Positionen in einem aufsichtsbehördlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren nicht hinzunehmen haben.

¹⁸ Ziffer 4 Abs. 2 S. 1 der „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justizbehörden mit den Medien“ in Schleswig-Holstein, AV d. JM v. 1.3.1991 – V PR/1271 – 31 – (SchlHA S. 57) Gl.Nr. 1271-1.

¹⁹ Hierzu kann für den Berufsträger bereits das Mandatsverhältnis als solches liegen, erst recht aber der Prüfungsablauf selbst und die in diesem Zusammenhang geführten Gespräche.

²⁰ Ziffer 5 Abs. 1 der „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justizbehörden mit den Medien“ in Schleswig-Holstein.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

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.

1. BGH 3 StR 158/12 – Urteil vom 20. September 2012 (LG Düsseldorf)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Abgrenzung von Tötungseventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (eingeschränkte Revisibilität; Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles; Vertretbarkeit der tatrichterlichen Bewertung von be- und entlastenden Umständen; Indizwirkung von äußerst gefährlichen Gewalthandlungen).
§ 261 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB

2. BGH 3 StR 364/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Neubrandenburg)

Subjektive Voraussetzungen der Hehlerei (kein Ausreichen des Bewusstseins, dass das Tatobjekt aus „irgendeiner rechtswidrigen Tat“ stammt); Abgrenzung von Ver-

suchsbeginn bei der Hehlerei und Beihilfe zur Vortat; widersprüchliche und lückenhafte Beweiswürdigung.
§ 259 StGB; § 257 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

3. BGH 3 StR 370/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Hannover)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind; einschränkende Auslegung; Vergewaltigung der Mutter vor den Augen des Kindes).
§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 184g Nr. 2 StGB

4. BGH 3 StR 393/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Oldenburg)

Anforderungen an eine Revisionsbegründung der Nebenklägerin; Verfolgungsverjährung; gefährliche Körperver-

letzung (zum Fesseln benutzter Büstenhalter kein gefährliches Werkzeug).

§ 400 StPO; § 78 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

5. BGH 3 StR 411/12 – Beschluss vom 13. November 2012 (LG Aurich)

Unzureichende Feststellungen zum möglichen strafbefreienden Rücktritt vom Sexualdelikt (kein Fehlschlag bei Abstandnahme von der Tat aus Rücksicht auf das Opfer); Anforderungen an die Prüfung des Vorsatzes hinsichtlich der Nichtvollendung des 14. Lebensjahres bei knapp unter der Schutzaltersgrenze liegendem Alter des Opfers. § 176 StGB; § 177 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

6. BGH 3 StR 413/12 – Beschluss vom 30. Oktober 2012 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs (unzulässige Berücksichtigung der Dauer von Untersuchungs- und Organisationshaft). § 67 Abs. 2 StGB

7. BGH 3 StR 467/12 – Beschluss vom 27. November 2012 (LG Verden)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

8. BGH 5 StR 244/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet. § 356a StPO

9. BGH 5 StR 311/12 – Beschluss vom 24. Oktober 2012 (LG Potsdam)

Grundsätzlich keine Wiedereinsetzung bei nicht formgerecht angebrachten Verfahrensrügen. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO; § 44 StPO.

10. BGH 5 StR 328/12 – Urteil vom 28. November 2012 (LG Kiel)

Vermögensschaden bei Betrug und Vermögensnachteil bei Untreue (Schädigung durch Bewirken des rechtlichen Untergangs einer werthaltigen Forderung; Möglichkeit eines Schadenseintritts trotz späterer Erfüllung); Kognitionspflicht. § 263 StGB; § 266 StGB; § 264 StPO

11. BGH 5 StR 370/12 – Urteil vom 9. Oktober 2012 (LG Hamburg)

Offensichtliche Unbegründetheit der Revision. § 349 Abs. 5 StPO

12. BGH 5 StR 382/12 – Beschluss vom 26. September 2012

Beschlussberichtigung wegen eines offensichtlichen Schreibversehens. § 260 StPO

13. BGH 5 StR 384/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Braunschweig)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet. § 356a StPO

14. BGH 5 StR 387/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

15. BGH 5 StR 403/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

16. BGH 5 StR 421/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

17. BGH 5 StR 422/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

18. BGH 5 StR 426/12 – Beschluss vom 27. November 2012 (LG Berlin)

Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Widerspruch in den Urteilsgründen). § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

19. BGH 5 StR 432/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Chemnitz)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (unzureichende Darlegung der Tatbestandsvoraussetzung eines Hangs). § 64 StGB

20. BGH 5 StR 436/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Frankfurt)

Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (hier: keine Täterschaft aufgrund von Chauffeurdienst). § 29 BtMG; § 25 StGB

21. BGH 5 StR 439/12 – Beschluss vom 29. November 2012 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

22. BGH 5 StR 440/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

23. BGH 5 StR 442/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. § 64 StGB

24. BGH 5 StR 443/12 – Beschluss vom 26. September 2012 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

25. BGH 5 StR 450/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet. § 349 Abs. 2 StPO

26. BGH 5 StR 453/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessungserwägungen (unzulässige strafscharfende Berücksichtigung prozessual zulässigen Verteidigungsverhaltens; rechtsfehlerhafte straf erhöhende Wertung der Tatbegehung als solcher).

§ 46 StGB

27. BGH 5 StR 457/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Berlin)

Verbindung mehrerer Taten des Handelstreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Bewertungseinheit.

§ 29 BtMG; § 52 StGB

28. BGH 5 StR 459/12 – Beschluss vom 10. Oktober 2012 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

29. BGH 5 StR 469/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

30. BGH 5 StR 475/12 – Beschluss vom 11. Oktober 2012 (LG Berlin)

Widerspruch zwischen Strafhöhe im Urteilstenor und in den Urteilsgründen.

§ 260 StPO

31. BGH 5 StR 479/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

32. BGH 5 StR 481/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (unzutreffender Maßstab bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Behandlung).

§ 64 StGB

33. BGH 5 StR 491/12 – Beschluss vom 24. Oktober 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

34. BGH 5 StR 492/12 – Beschluss vom 27. November 2012 (LG Cottbus)

Keine automatische Befangenheit des Berufsrichters aufgrund der Entgegennahme einer Falschaussage des Angeklagten als Zeuge in einem vorausgegangenen Verfahren.

§ 22 Nr. 5 StPO; § 24 StPO

35. BGH 5 StR 495/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Berlin)

Feststellung der wirksamen Rücknahme der Revision.

§ 302 StPO

36. BGH 5 StR 511/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Leipzig)

Lückenhafte Beweiswürdigung (unzulässige Berücksichtigung einer nicht sicher dem Täter zuzuordnenden DNA-Mischspur als Indiz für die Täterschaft).

§ 261 StPO

37. BGH 5 StR 518/12 – Beschluss vom 6. November 2012 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

38. BGH 5 StR 519/12 – Beschluss vom 28. November 2012 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

39. BGH 5 StR 522/12 – Beschluss vom 29. November 2012 (LG Saarbrücken)

Anforderungen an die Abwägung der für oder gegen den Täter sprechenden Umstände bei außergewöhnlich hohen Strafen; Berücksichtigung eines engen situativen und zeitlichen Zusammenhangs der Einzeltaten bei der Bemessung der Gesamtstrafe.

§ 46 StGB; § 55 StGB

40. BGH 5 StR 523/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Dresden)

Beweiswürdigung (unzureichende Auseinandersetzung mit der Möglichkeit eines Alternativtäters); rechtsfehlerhafte Ablehnung des Ausschlusses der Steuerungsfähigkeit.

§ 261 StPO; § 20 StGB

41. BGH 5 StR 528/12 – Beschluss vom 28. November 2012 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

42. BGH 5 StR 537/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Versagung des Strafrahmens des minder schweren Falls beim bewaffneten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln; Strafrahmenbestimmung im Betäubungsmittelstrafrecht (Sperrwirkung der höheren Mindeststrafe des zurücktretenden Delikts bei minder schwerem Fall).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG

43. BGH 5 StR 562/12 – Beschluss vom 28. November 2012 (LG Berlin)

Unzureichende Schadensfeststellung beim Betrug (hier: Betrugsschaden bei Mobilfunkverträgen).

§ 263 StGB

44. BGH AK 32/12 – Beschluss vom 14. November 2012

Mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland; dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft; besondere Bedeutung der tatrichterlichen Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung bei zuvor überwiegend im Ausland vernommenen Zeugen.

§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 129b Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB; § 112 Abs. 1 StPO; 121 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

45. BGH StB 13/12 – Beschluss vom 14. November 2012

Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Fortdauer der Untersuchungshaft während der Hauptverhandlung; Beschleunigungsgebot (Anforderungen an die Planung und Durchführung der Hauptverhandlung).

§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 121 StPO; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK

46. BGH 1 StR 391/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (Frankfurt am Main)

Irrelevante Kenntnis der Finanzbehörde bei der Steuerhinterziehung (Täuschung; Unkenntnis; objektive Zurechnung: eigenverantwortliche Selbstgefährdung; notwendige Mitwirkung der Steuerbehörden und Zulassung der Vollendung zu Ermittlungszwecken); Bedeutungslosigkeit des Beweisantrages (Zustimmung zur Erstattung von Umsatzsteuer auf Grund von ermittlungstaktischen Erwägungen; Klarstellungsobliegenheit zur Erhaltung der Verfahrensrüge); kein Anspruch des Straftäters auf Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden zur Beendigung der Tat (Strafzumessung); Besorgnis der Befangenheit und Vorbereitung der Verständigung im Zwischenverfahren.

§ 370 AO; § 168 AO; Vor § 13 StGB; § 266 StGB; § 46 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 202a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

47. BGH 1 StR 407/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Detmold)

Umsatzsteuerhinterziehung (unberechtigter Vorsteuerabzug nach abgegebenen Umsatzsteuervoranmeldungen; Scheinrechnung; Mittäterschaft ohne eigene Erklärungen; Steuerverkürzung im großen Ausmaß: Bedeutung tatsächlicher Auszahlung und der Saldierung bei der Umsatzsteuer; Strafzumessung: Bedeutung von Serientaten, der Haftung und des hohen Alters); Abgrenzung Beweisantrag und Beweisermittlungsantrag (Zulässigkeit der Verfahrensrüge).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 71 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 UStG; § 16 UStG; § 18 UStG; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

48. BGH 1 StR 497/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Rottweil)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

49. BGH 1 StR 503/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Mannheim)

Vertypter Milderungsgrund bei Totschlag durch Unterlassen (Widersprüchlichkeit; minder schwerer Fall); Revisibilität der Strafzumessung.

§ 212 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 13 Abs. 1, Abs. 2 StGB

50. BGH 1 StR 514/12 – Beschluss vom 22. November 2012 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

51. BGH 1 StR 561/12 – Beschluss vom 5. Dezember 2012 (LG Stuttgart)

Unzulässige Revision des Nebenklägers.
§ 400 StPO

52. BGH 2 StR 25/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

53. BGH 2 StR 28/12 – Beschluss vom 22. November 2012 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

54. BGH 2 StR 168/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Köln)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

55. BGH 2 StR 251/12 – Beschluss vom 22. November 2012 (LG Darmstadt)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).
§ 400 StPO

56. BGH 2 StR 361/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

57. BGH 2 StR 369/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Köln)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

58. BGH 2 StR 383/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

59. BGH 2 StR 409/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

60. BGH 2 StR 410/12 – Beschluss vom 6. November 2012 (LG Koblenz)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (für die Eigennützigkeit erforderliche Feststellungen).
§ 29 BtMG

61. BGH 2 StR 411/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Aachen)

Urkundenfälschung (Täuschung über einen Aliasnamen; Identitätstäuschung).
§ 267 StGB; § 263 StGB

62. BGH 2 ARs 173/12 (2 AR 131/12) – Beschluss vom 27. September 2012 (BGH)

Aufhebung eines Beschlusses auf eine Gegenvorstellung.
Vor § 1 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

63. BGH 2 ARs 24/12 (2 AR 31/12) – Beschluss vom 15. November 2012

Keine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs für die Durchführung von Klageerzwingungsverfahren und Sammelklagen.
§ 135 VVG

64. BGH 2 ARs 285/12 (2 AR 256/12) – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Lüneburg)

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (keine Analogie; gesetzlicher Richter).
§ 14 StPO; § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

65. BGH 4 StR 378/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Frankenthal)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

66. BGH 4 StR 427/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Tateinheit) bei der falschen Verdächtigung (Rechtsgüter).
§ 164 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

67. BGH 4 StR 443/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Essen)

Erforderliche erkennbare Strafrahmengmilderung bei Annahme der verminderten Schuldfähigkeit (Erörterungsmangel); Antrag auf Entscheidung durch das Revisionsgericht.
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 346 Abs. 2 StPO

68. BGH 4 StR 444/12 – Beschluss vom 5. Dezember 2012 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

69. EGMR Nr. 30804/07 (5. Kammer) – Urteil vom 8. November 2012 (Neziraj v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf Verteidigerbeistand durch die Verwerfung der Berufung bei unentschuldigtem Fehlen des Angeklagten (Anwesenheitsrecht und Anwesenheitspflicht des Angeklagten; Verhältnismäßigkeit; Abwesenheitsverfahren; Gesamtbetrachtung; Distinguishing; Recht auf Verfahrensfairness).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 329 Abs. 1 StPO

70. BGH 1 StR 239/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Mannheim)

Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (Vorliegen einer Aufenthaltsgenehmigung); Steuerhinterziehung; Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (Fahrerbescheinigung nach VO (EG) Nr. 484/2002); Inbegriffsrüge.
§ 92a AuslG a.F.; § 92b AuslG a.F.; § 96 AufenthG; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 266a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; VO (EG) Nr. 484/2002 vom 1. März 2002; § 261 StPO

71. BGH 1 StR 377/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012 (LG Heidelberg)

Aufklärungspflicht (alleinige Vernehmung des an der

Hauptverhandlung gegen einen Zeugen wegen derselben Tat beteiligten Richters); Inbegriffsrüge; Verwendung von DNA-Spuren (Darlegung im Urteil im Normalfall und in Sonderfällen).

§ 244 Abs. 2 StPO; 261 StPO

72. BGH 1 StR 421/12 – Beschluss vom 25. Oktober 2012 (LG Leipzig)

Bindungswirkung einer Verständigung.
§ 257c StPO

73. BGH 1 StR 428/12 – Urteil vom 20. November 2012 (LG Würzburg)

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Anforderungen an die Begründung: Berücksichtigung erzieherischer Gründe, Aussetzung zur Bewährung).

§ 54 Abs. 1 JGG; § 21 Abs. 1 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

74. BGH 1 StR 504/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Traunstein)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Fehlen der Einsicht bei Begehen der Tat); Schlechterstellungsverbot (Aufhebung des Freispruchs bei gleichzeitiger Aufhebung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)

§ 63 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

75. BGH 1 StR 530/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Kempten)

Voraussetzungen der Einwilligung in eine Körperverletzung (volle Kenntnis der Sachlage; SM-Szene; Tatbestandsirrtum; Verbotsirrtum); Inbegriffsrüge.

§ 223 StGB; § 228 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 261 StPO

76. BGH 2 StR 189/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Geldfälschung (Inverkehrbringen: Einzahlung bei der Bundesbank zum Zwecke der Einziehung); Betrug.

§ 146 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

77. BGH 2 StR 28/12 – Beschluss vom 22. November 2012

Ablehnungsantrag (Besorgnis der Befangenheit).

§ 24 Abs. 2 StPO

78. BGH 2 StR 190/12 – Urteil vom 15. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Geldfälschung (Inverkehrbringen: Einzahlung bei der Bundesbank zum Zwecke der Einziehung); Betrug; Anordnung des Wertersatzverfalls (Ausschluss bei Ansprüchen Dritter: Beschränkung der Strafverfolgung).

§ 146 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a Abs. 1 StGB; § 154a Abs. 2 StPO

79. BGH 2 StR 235/12 – Urteil vom 22. August 2012 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitführen eines gefährlichen Gegenstands (Begriff des Mitführens: Verfügbarkeit für den Täter, Mitführen bei Einzelakten der Tat, subjektives Tatelement; Teleskopschlagstock als gefährlicher Gegenstand); minderschwere Fall des unerlaubten Handeltreibens (Gesamtbetrach-

tung); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum Konsum von Rauschmitteln im Übermaß).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WaffG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 64 StGB

80. BGH 2 StR 285/12 – Beschluss vom 23. Oktober 2012

Letztes Wort des Angeklagten (kein Nachholen nach Urteilsverkündung durch Wiedereintritt in die Hauptverhandlung); Fehlen schriftlicher Entscheidungsgründe für das Urteil.

§ 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

81. BGH 2 StR 297/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (pathologische Spielsucht als krankhafte seelische Störung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

82. BGH 2 StR 309/12 – Urteil vom 21. November 2012 (LG Limburg)

Mord; Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten bei Mord an Kleinkind; Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB; § 212 StGB

83. BGH 2 StR 331/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Darmstadt)

Sexueller Missbrauch von Kindern; Strafzumessung durch das Revisionsgericht.

§ 174 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

84. BGH 2 StR 347/12 – Urteil vom 21. November 2012 (LG Köln)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

85. BGH 2 StR 361/12 – Beschluss vom 7. November 2012 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: einheitlicher Erwerbsvorgang).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

86. BGH 2 StR 378/12 – Beschluss vom 9. Oktober 2012 (LG Mainz)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

87. BGH 2 StR 388/12 – Urteil vom 15. November 2012 (LG Koblenz)

Verletzung des Dienstgeheimnisses (Geheimnisbegriff: Negativauskünfte über fehlende Einträge in der polizeilichen Datensammlung, Fahrzeughalterdaten im Zentralen Fahrzeugregister; Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen: Vorsatz; POLIS; ZEVIS); Verletzung von Pri-

vatgeheimnissen (Strafantragserfordernis: Antragsberechtigter).

§ 353b Abs. 1 StGB; § 203 Abs. 2 StGB; § 205 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

88. BGH 2 StR 391/12 – Beschluss vom 14. November 2012

Anzeige der möglichen Befangenheit (vorherige dienstliche Beziehungen zu einem Verfahrensbeteiligten).

§ 24 Abs. 1 StPO; § 30 StPO

89. BGH 2 StR 394/12 – Beschluss vom 6. November 2012 (LG Aachen)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Klappmesser als Waffe; Bestimmung zur Verletzung von Personen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BtMG

90. BGH 2 StR 423/12 – Urteil vom 7. November 2012 (LG Köln)

Beweiswürdigung (Angaben des Angeklagten).

§ 261 StPO

91. BGH 2 StR 629/11 – Beschluss vom 7. November 2012 (BGH)

Ablehnungsantrag wegen Befangenheit (Besetzungsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenates; Beurteilungsgrundlage; Einzelfallbetrachtung; keine Befangenheit bei Änderung der Rechtsansicht).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 1 StPO; § 27 StPO

92. BGH 2 StR 629/11 – Beschluss vom 5. Dezember 2012 (LG Aachen)

Beihilfe zum Herstellen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; 27 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

93. BGH 4 StR 142/12 – Beschluss vom 25. September 2012 (LG Halle)

Einschleusen von Ausländern (Genehmigungswirkung eines Visums; Aufenthaltsgenehmigung bei visumsfreier Einreise und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit; keine Aufenthaltsgenehmigung bei Aufnahme einer rechtswidrigen Tätigkeit).

§ 92a Abs. 1 AuslG a.F.; § 92 AuslG Abs. 1 Nr. 1 a.F.; Art. 1 EUVisaVO; Art. 4 Abs. 3 EUVisaVO; § 3 Abs. 1 Satz 2 AuslG a.F. i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 12 DVAuslG a.F.; Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 SDÜ

94. BGH 4 StR 392/12 – Beschluss vom 24. Oktober 2012 (LG Siegen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall; Konkurrenzverhältnis zum unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Grenzwert zur nicht geringen Menge; Mittäterschaft); Beihilfe.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB