

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

HERAUSGEBER

RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Bielefeld – **§ 370 AO und Steuerbefreiungen für innergemeinschaftliche Lieferungen** S. 421

RA Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt am Main – **Wiedergeburt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“?** S. 429

Richter Ulf Buermeyer, Berlin; Prof. Dr. Matthias Bäcker, Mannheim – **Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO** S. 433

RA Dr. h.c. iur. Gerhard Strate, Hamburg – **Der Preis der Freiheit** S. 441

RA Dr. Björn Gercke, RA Ulrich Leimenstoll, Köln – **Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) – Ein Leitfaden für die Praxis** S. 442

RA Jochen Thielmann, Wuppertal – **Ein Plädoyer für die Transparenz bei der Pflichtverteidigerbeordnung** S. 452

RD Stefan Rolletschke, Alfter/Köln – **Strafzumessung bei Kettengeschäften** S. 455

Die Ausgabe umfasst vier Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR *(Kaemena und Thöneböhn v. Deutschland)* Verletzung der Art. 6 und 13 EMRK durch BVerfG und BGH

BVerfG **Verfassungswidrige Durchsuchung von Kanzleiräumen**

BVerfG **Zur längerfristigen Observation nach § 163f StPO a.F.**

BGHSt **Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Blood and Honour)**

BGHSt **Verwendung von Daten aus präventiven Wohnraumüberwachungen**

BGHSt **Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde nach § 101 VII 3 StPO**

BGHSt **Aufrechterhaltung der „GmbH-Untreue“**

BGH **Sengera-Urteil zur Kredituntreue**

BGH **Maßgeblichkeit deutscher Wertvorstellungen bei der Strafzumessung**

Die Ausgabe umfasst 130 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER
RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFÜHRUNG
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (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); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277
10. Jahrgang, Oktober 2009, Ausgabe

10

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

808. EGMR Nr. 45749/06 und Nr. 51115/05 – Urteil vom 22. Januar 2009 (Kaemena und Thöneböhn v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof; Recht auf Beschwerde (mangelnde Prüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren; mangelnde angemessene Abhilfe; keine Rückwirkung der Vollstreckungslösung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 35 EMRK; § 211 StGB; § 51 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR findet Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht Anwendung, da sie im Ergebnis den Ausgang eines strafgerichtlichen Verfahrens gegen einen Beschwerdeführer beeinflussen können.

2. Einzelfall der Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch das Bundesverfassungsgericht durch eine mehr als sechsjährige Bearbeitung einer strafverfahrensrechtlichen Verfassungsbeschwerde in einem Mordfall zu einem nicht als einfach zu beurteilenden Verfahrensgegenstand.

3. Vergehen zwischen dem Eingang einer Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht und ihrer Übersendung an die innerstaatlichen Behörden zur Stellungnahme mehr als zwei Jahre, liegt darin eine rechtfertigungsbedürftige Verfahrensverzögerung. Gleiches gilt, wenn mehr als zweieinhalb Jahre zwischen dem Eingang der Stellungnahme des Beschwerdeführers und dem Tag verstreichen, an dem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dem Beschwerdeführer zugestellt wurde. Die Vertragsstaaten sind auch bezüglich ihrer Verfas-

sungsgerichte verpflichtet, ihre Rechtspflege so zu organisieren, dass ihre Gerichte jede Anforderung aus Art. 6 EMRK erfüllen können. Dies gilt auch für die Verpflichtung, über Rechtssachen innerhalb angemessener Frist zu verhandeln.

4. Art. 13 EMRK garantiert eine wirksame Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz, wenn eine Verletzung des Gebots der Verhandlung einer Sache innerhalb angemessener Frist nach Artikel 6 Abs. 1 behauptet wird. Es ist deshalb in jeder Rechtssache zu prüfen, ob die Mittel, die den Prozessparteien nach innerstaatlichem Recht zur Verfügung stehen, insoweit „wirksam“ sind, als sie entweder die behauptete Rechtsverletzung oder deren Fortdauer verhindern oder bezüglich einer bereits geschehenen Rechtsverletzung angemessene Abhilfe schaffen. Diese Pflichten gelten auch dann, wenn es um eine wirksame Beschwerde gegen die Verfahrensweise des höchsten Gerichts geht.

5. Die Mittel, die Beschwerdeführern nach deutschem Recht zur Verfügung stehen, um wegen der Dauer von Strafverfahren Beschwerde zu erheben, sind grundsätzlich als „wirksam“ im Sinne von Art. 13 EMRK anzusehen, soweit sie geeignet sind, bezüglich einer eingetretenen Verletzung des Gebots der angemessenen Frist angemessene Abhilfe zu schaffen. Nach der gefestigten Rechtsprechung der deutschen Gerichte haben die Strafgerichte und die Strafverfolgungsbehörden, gegebenenfalls auf Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, aus der überlangen Verfahrensdauer in Strafsachen Konsequenzen zu ziehen.

6. Auch in Fällen des Mordes muss gemäß Art. 13 EMRK im nationalen Recht eine Möglichkeit bestehen, eine angemessene Kompensation zu erhalten. Dieses Gebot wurde durch die deutschen Gerichte verletzt, die eine solche Kompensation im vorliegenden Fall verweigert haben.

872. BVerfG 2 BvR 1036/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (LG München I/AG München)

Durchsuchung von Kanzleiräumen von Rechtsanwälten als nichtverdächtige Dritten (Beratung in steuerrechtlichen Angelegenheiten; flächendeckende Aufklärung nur bei flächendeckender Beteiligung an Straftaten der Mandanten; Unverletzlichkeit der Wohnung; informationelle Selbstbestimmung); Durchsicht als Teil der Durchsuchung; Rechtswegerschöpfung (Durchführung des Verfahrens nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch gegen die Durchsicht von elektronischen Daten nach § 110 StPO; eigene Beschwer von Personengesellschaft und Gesellschaftern; Subsidiarität).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

1. Es ist mit Art. 13 Abs. 1 GG nicht vereinbar, Kanzleiräume von Rechtsanwälten als nichtverdächtigten Dritten, die den Beschuldigten nach Auffassung der Ermittlungsbehörde hinsichtlich bestimmter steuerrechtlicher Fragestellungen beraten haben sollen, auf der Grundlage von

§ 103 StPO zu durchsuchen, um Unterlagen über die Beratung von Mandanten, die mit dem Ermittlungsverfahren in keinem Zusammenhang stehen, zu erhalten und um hieraus Rückschlüsse auf den Inhalt der Beratung des Beschuldigten zu ziehen. Die Suche nach Beratungsunterlagen hinsichtlich unverdächtigter Mandanten steht ferner in einem offenkundigen Missverhältnis zu der damit verbundenen Beeinträchtigung des Grundrechts der unverdächtigten Mandanten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der auch im Interesse der Allgemeinheit liegenden Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant.

2. Eine strafprozessuale Durchsuchung einer Rechtsanwalts- oder Steuerberaterkanzlei zur flächendeckenden Aufklärung, wie dort Mandanten hinsichtlich bestimmter steuerrechtlicher Fragestellungen beraten wurden, ist nur zulässig, wenn und soweit sich das steuerstrafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen in der Kanzlei tätige Berufsträger richtet, hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine flächendeckende Beteiligung an Straftaten der Mandanten vorliegen und auch die weiteren (verfassungs-)rechtlichen Voraussetzungen für eine Durchsuchung beim beschuldigten Berufsgeheimnisträger gegeben sind (§ 102, § 160a Abs. 2, Abs. 4 StPO).

3. Durchsuchung und Beschlagnahme sind getrennte Entscheidungsgegenstände. Das Sichtungungsverfahren gemäß § 110 StPO, bei dem die im Rahmen der Durchsuchung gefundenen und zur Ermittlungsbehörde verbrachten Gegenstände auf ihre Beweiseignung und Beschlagnahmefähigkeit überprüft werden, bewegt sich zwischen diesen Maßnahmen. Es wird als Teil der Durchsuchung angesehen (vgl. BGHSt 44, 265, 273). Dagegen liegt noch keine endgültige Beschlagnahme vor, die sich auf konkrete Einzelgegenstände beziehen muss, deren Beweiseignung und Beschlagnahmefähigkeit bereits konkret gegenstandsbezogen zu prüfen ist. Auch eine vorab mit dem Durchsuchungsbeschluss verbundene Anordnung der „Beschlagnahme“ ist, soweit dabei noch keine genaue Konkretisierung der erfassten Gegenstände, sondern nur eine gattungsmäßige Umschreibung erfolgt, nur eine Richtlinie für die Durchsuchung (BVerfGK 1, 126, 133).

4. Eine eigenständige Beschwerde, die mit der umfassenden Sicherstellung eines Datenbestandes zum Zweck der Durchsicht (§ 110 StPO) verbunden sein kann, kann unter entsprechender Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO geltend gemacht werden (vgl. BVerfGK 1, 126, 133 f.). Diese eigenständige Beschwerde kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Sicherstellung über die thematisch begrenzte Zielvorgabe in dem nur bestimmte Datensätze betreffenden Durchsuchungsbeschluss hinausgeht. Die auf den Rechtsbehelf nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO ergangene Entscheidung des Amtsgerichts kann selbständig mit der Beschwerde (§ 304 Abs. 1 und 2 StPO) angefochten werden (vgl. BVerfGK 1, 126, 134).

873. BVerfG 2 BvR 1691/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2009 (OLG Hamburg)

Längerfristige Observation nach § 163f StPO a.F. bei Verletzung des Richtervorbehalts (Fristbeginn und prozeduraler Grundrechtsschutz); Verwertungsverbot

(keine Geltung des Zweifelsgrundsatzes; Grenze bei Verletzung gesetzlicher Dokumentationspflichten); Willkürverbot; Recht auf ein faires Verfahren.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 163f Abs. 4 Satz 2 StPO a.F.

1. Der Grundsatz, dass bei der im Freibeweisverfahren erfolgenden Klärung der tatsächlichen Voraussetzungen von Verwertungsverboten die Entscheidungsregel in dubio pro reo nicht gilt, so dass Zweifel, die nach der – auch im Freibeweisverfahren gebotenen bestmöglichen (vgl. BVerfGE 70, 297, 308) – Sachaufklärung nicht zu beseitigen sind, grundsätzlich zu Lasten des Angeklagten gehen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Das vom Angeklagten grundsätzlich zu tragende Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts findet aber seine Grenze dort, wo die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und dadurch entstehende Zweifel des Gerichts ihre Ursache im Unterlassen der Dokumentation der Ermittlungsmaßnahme in den Akten trotz gesetzlich angeordneter Dokumentationspflicht (vorliegend nach § 163f Abs. 4 StPO a.F.) haben.

3. § 163f Abs. 4 Satz 1 StPO soll für vorbeugenden Grundrechtsschutz sorgen. Darüber hinaus schafft die Aktenkundigkeit der auf höchstens einen Monat befristeten staatsanwaltschaftlichen Anordnung, an deren Ablauf der Gesetzgeber die richterliche Kontrolle der Observation geknüpft hat, diejenige Klarheit über den Zeitpunkt des Eingreifens des Richtervorbehalts, ohne die er seine Wirkkraft als besondere verfahrensrechtliche Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten im Wege vorbeugender Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 103, 142, 151; 112, 304, 319) nicht nachhaltig entfalten könnte. Weitergehend soll die Dokumentationspflicht eine verlässliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der längerfristigen Observationen im Hauptsache- und Rechtsmittelverfahren gewährleisten, wo die Rechtmäßigkeit der Maßnahme für die Verwertbarkeit der aus ihr gewonnenen Erkenntnisse Bedeutung erlangt.

4. Die Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten durch den Richtervorbehalt in § 163f Abs. 4 Satz 2 StPO a.F. ist auf die mit längerfristigen Observationen verbundenen Eingriffe beschränkt. Für kurzfristige Observationen hat der Gesetzgeber auf eine besondere Ermächtigungsgrundlage mit verfahrensrechtlichen Vorkehrungen zur Sicherung der Grundrechte des Betroffenen verzichtet. Angesichts der geringeren Eingriffsintensität dieser Maßnahmen hielt er die allgemeine Ermächtigungsgrundlage der § 161, § 163 StPO für ausreichend.

5. Zielt der Richtervorbehalt in § 163f Abs. 4 Satz 2 StPO a.F. ausschließlich auf richterliche Kontrolle der mit längerfristigen Observationen verbundenen Grundrechtseingriffe, ist es mit seiner Funktion vereinbar, wenn die ihn auslösende Frist erst mit Beginn der längerfristigen Observationen und nicht schon mit der ersten kurzfristigen Beobachtung zu laufen beginnt.

874. BVerfG 2 BvR 941/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. August 2009 (OLG Rostock/AG Güstrow/LRA Güstrow)

Fehlende gesetzliche Grundlage für Geschwindigkeitsmessungen mit allgemeiner oder automatisierter Videoüberwachung in Mecklenburg-Vorpommern; richterlicher Verstoß gegen das Willkürverbot (unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar; Abstützung eines Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung allein auf eine Verwaltungsvorschrift); Möglichkeit eines Verwertungsverbots bei fehlender gesetzlicher Grundlage.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Ein Richterspruch ist willkürlich und verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn er unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 62, 189, 192; 96, 189, 203). Dabei ist Willkür nicht im Sinne eines subjektiven Vorwurfs sondern objektiv zu verstehen, als eine Maßnahme, die im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist (vgl. BVerfGE 62, 189, 192; 70, 93, 97).

2. Die Rechtsauffassung, eine per Videoaufzeichnung vorgenommene Geschwindigkeitsmessung könnte allein auf einen Erlass eines Ministeriums gestützt werden, ist unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar und daher willkürlich.

3. Die per Video erfolgte technische Fixierung von Verhaltensweisen identifizierbarer Personen im öffentlichen Raum und ihre spätere Verwendung in einem Bußgeldverfahren stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.

4. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich. Diese bedarf jedoch einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht und verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 65, 1 43 f.; 120, 378, 401 ff.). Eine Verwaltungsvorschrift stellt kein Gesetz im Sinn des Art. 20 Abs. 3 sowie des Art. 97 Abs. 1 GG dar und sind grundsätzlich Gegenstand, nicht Maßstab der richterlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 78, 214, 227). Eine Verwaltungsvorschrift kann für sich auch keinen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung rechtfertigen, da es einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.

875. BVerfG 2 BvR 1724/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Aachen/OLG Köln)

Verfassungsrechtliche Anforderungen bei der Durchführung eines Strafverfahrens trotz gesundheitlicher Risiken für einen hochbetagten und herzkranken Beschuldigten (Prognoseanforderungen; Abwägung; Verhältnismäßigkeitsprinzip; Einstellung; sitzungslitende

Maßnahmen); Rechtsstaatsprinzip (Durchsetzung materieller Gerechtigkeit; funktionstüchtige Strafrechtspflege); Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 203 StPO

1. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, sowie die Gleichbehandlung aller in Strafverfahren Beschuldigten erfordern grundsätzlich die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege mit ihrem Ziel der Durchsetzung materieller Gerechtigkeit zu gewährleisten, umfasst regelmäßig auch die Pflicht, die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens sicherzustellen (vgl. BVerfGE 51, 324, 343 f.).

2. Ist angesichts des Gesundheitszustandes des Beschuldigten ernsthaft zu befürchten, dass er bei Fortsetzung des Strafverfahrens sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde, entsteht zwischen der Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem Grundrecht des Beschuldigten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein Spannungsverhältnis. Der Konflikt ist, sofern dies nicht eine Aufopferung des Lebens verlangt, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu lösen. Dabei können vor allem Art, Umfang und mutmaßliche Dauer des Strafverfahrens, Art und Intensität der zu befürchtenden Schädigung sowie Möglichkeiten, dieser entgegenzuwirken, Beachtung erfordern (vgl. BVerfGE 51, 324, 345 f.).

3. Besteht die naheliegende, konkrete Gefahr, dass der Beschuldigte bei Durchführung der Hauptverhandlung sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde, so verletzt ihn die Fortsetzung des Strafverfahrens in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Grundrechtsgefährdung ist in diesem Fall einer Grundrechtsverletzung gleich zu achten. Dabei kann allerdings nur eine hinreichend sichere Prognose über den Schadenseintritt die Einstellung des Verfahrens vor der Verfassung rechtfertigen.

4. Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts darf nicht überspannt werden. Die Grenze, bis zu der aus verfassungsrechtlicher Sicht in Kauf genommen werden kann und muss, dass die Durchführung der Hauptverhandlung das Leben oder die Gesundheit des Beschuldigten gefährden würde, wird durch einen spezifischen Wahrscheinlichkeitsgrad gekennzeichnet, der sich einer genaueren Quantifizierung entziehen dürfte. Die absolute Grenze, die bei der Abwägung auch durch den schwersten Schuldvorwurf nicht zurückgedrängt werden kann, verläuft jedenfalls erheblich unterhalb der Prognose eines mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu bestimmenden Kausalverlaufs (vgl. BVerfGE 51, 324, 346, 348 f.).

876. BVerfG 2 BvR 2279/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (OLG Karlsruhe/LG Mannheim)

Anhalten von Haftpost (grob unrichtige Darstellung von Anstaltsverhältnissen; Kritik an der Unterbringung von Gefangenen im besonders gesicherten Haftraum); Verhältnismäßigkeit (Beifügung eines richtigstellenden Begleitschreibens); Meinungsfreiheit; Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Schutz der Familie; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unzulässig).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 31 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG; § 31 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Die briefliche Äußerung eines Inhaftierten „hier lassen die aber Gefangene in dieser Gummizelle, wie wir sie nennen teilweise wochenlang verrotten“ als Meinungsäußerung über die Unterbringung von Gefangenen im sogenannten besonders gesicherten Haftraum (vgl. § 88 Abs. 2 Nr. 5 StVollzG und die VV zu § 88) unterfällt dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG.

2. Auch beim Zurückhalten eines Schreibens eines Inhaftierten wegen „grob unrichtiger Darstellung von Anstaltsverhältnissen“ nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG ist der Reichweite des Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und dem grundrechtlichen Anspruch auf Achtung und Schutz der Familienbeziehungen (Art. 6 Abs. 1 GG) Rechnung zu tragen.

3. Zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört es, dass der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann (vgl. BVerfGE 90, 255, 260). Der Schutz dieser Sphäre vertraulicher Kommunikation entfällt nicht bereits dadurch, weil der Staat sich im Rahmen der Überwachung des Schriftwechsels Gefangener Kenntnis von dessen Inhalt verschafft. Unter solchen Umständen kann der Schutz dieser Vertrauenssphäre nur erhalten werden, indem an die im Zuge der Überwachung zwangsläufig gewonnenen Kenntnisse vom Inhalt der Kommunikation des Gefangenen mit Personen seines besonderen Vertrauens nicht ohne weiteres in gleicher Weise, wie dies bei Äußerungen außerhalb besonderer Vertrauensbeziehungen zulässig wäre, Sanktionen oder sonstige Eingriffe geknüpft werden.

4. Im Falle einer unrichtigen Darstellung von Anstaltsverhältnissen kann das Beifügen eines Begleitschreibens im Verhältnis zum Anhalten des Briefes das mildere Mittel darstellen.

877. BVerfG 2 BvR 2280/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. August 2009 (OLG Hamburg/JVA Fuhlsbüttel)

Verpflichtung zur Abgabe einer Urinprobe (Drogenkonsum; einschlägige Vorbelastung; disziplinarische Ahndung bei Weigerung; Offenlassen der Frage einer disziplinarischen Ahndung eines festgestellten Drogenkonsums).

§ 102 Abs. 1 StVollzG; § 82 Abs. 1 StVollzG

Die Rechtsauffassung, nach der das Strafvollzugsgesetz bei konkretem Anlass – wozu auch eine einschlägige Vorbelastung des betroffenen Strafgefangenen zähle – die Anordnung der Abgabe von Urinproben zum Nachweis eines eventuell vorausgegangenem Drogenkonsums zu-

lässt und die Weigerung, einer solchen Anordnung Folge zu leisten, gemäß § 102 Abs. 1 in Verbindung mit § 82 Abs. 1 StVollzG disziplinarisch geahndet werden kann, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

809. BGH 1 StR 107/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG München I)

Freiheitsberaubung durch Unterlassen (Garantenstellung; Ingerenz); unterlassene Hilfeleistung.
§ 239 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

Pflichtwidriges Vorverhalten führt nur dann zu einer Garantenstellung, wenn es die nahe liegende Gefahr des Eintritts des konkret zu untersuchenden tatbestandsmäßigen Erfolgs begründet (vgl. BGH NStZ 2000, 583; NStZ 1998, 83 jew. m.w.N.). Wenn ausdrücklich abgemacht ist, dass der Einbruch sofort abgebrochen wird, wenn der Wohnungsinhaber anwesend ist, begründet dies nicht die nahe liegende Gefahr, dass der Wohnungsinhaber (beraubt und) gefesselt zurückbleibt.

847. BGH 2 StR 226/09 – Urteil vom 12. August 2009 (LG Marburg)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (Erörterungsmängel bei besonders gefährlichen Handlungen und in Kauf genommenem Siechtum des Opfers; Anhaltspunkte zum Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

Äußerst gefährliche Gewalthandlungen legen trotz der hohen Hemmschwelle hinsichtlich der Tötung eines Menschen die Annahme von zumindest bedingtem Tötungsvorsatz nahe (st. Rspr., BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz bedingter 3, 33, 38 jeweils m.w.N.). Der Täter handelt bereits dann mit bedingtem Vorsatz, wenn er den

Erfolgseintritt als nur möglich und nicht ganz fern liegend erkennt, gleichwohl sein gefährliches Handeln fortsetzt und einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt oder ihm der mögliche Eintritt des Todes zumindest gleichgültig ist. Das gefährliche Handeln des Angeklagten, nämlich das ständige Einschlagen und Eintreten auf den Kopf des wehrlosen, später nahezu bewusstlosen Opfers, ist ein gewichtiges Beweisanzeichen für einen bedingten Tötungsvorsatz.

841. BGH 2 StR 165/09 – Urteil vom 12. August 2009 (LG Mainz)

Fahrlässige Tötung und Körperverletzung (Umgang mit Kindern; Hinweispflicht gegenüber Ärzten; Tateinheit und Tateinheit bei Fahrlässigkeitsdelikten); Beweiswürdigung zur Verneinung des Tötungsvorsatzes und des Körperverletzungsvorsatzes (mangelnde Lebensnähe; „Kniehöhefall“).
§ 212 StGB; § 222 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO

Das Verhältnis der Tateinheit zwischen zwei Fahrlässigkeitstaten gemäß § 229 und § 222 StGB zulasten eines Opfers ist problematisch, wenn der Ursachen- und Zusammenhang zwischen der durch aktives Tun herbeigeführten Verletzung (§ 229 StGB) und dem später eintretenden Tod des Kindes (§ 229 StGB durch mangelnde Hinweise auf eine früher zugefügte Verletzung des Opfers) fortbesteht. In diesem Fall kann in dem späteren Todeseintritt keine tateinheitliche Unterlassungstat gesehen werden.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

925. BGH 3 StR 228/09 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Gera)

BGHSt; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Übersetzung von Leitsprüchen;

Name der Organisation; Blood and Honour); Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen; Einziehung; Wortlautgrenze; Garantiefunktion des Strafrechts.

§ 86a StGB; § 86 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 74 StGB

1. Der in eine andere Sprache übersetzte Leitspruch einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation ist kein Kennzeichen, das der Originalparole im Sinne des § 86a Abs. 2 Satz 2 StGB zum Verwechseln ähnlich ist. (BGHSt)

2. Der Name einer Vereinigung oder Organisation nach § 86 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB ist als solcher kein Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 2 Satz 1 StGB. (BGHSt)

3. Anders verhält es sich freilich dann, wenn sich eine Vereinigung zur Namensgebung einer Parole oder einer Grußformel bedient, die ihrerseits Symbol einer anderen verbotenen Organisation ist oder einem Kennzeichen im oben dargestellten Sinn jedenfalls ähnelt. Dadurch, dass ein verbotenes Sinnbild von einer anderen Vereinigung als Name verwendet wird, verliert es nicht seinen ursprünglichen Kennzeichencharakter. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 86a StGB sind darüber hinaus auch dann erfüllt, wenn der Name der verbotenen Vereinigung eine bestimmte Formgebung erfahren hat, etwa als Parteiabzeichen gestaltet ist oder in signifikanten Schriftzügen dargestellt wird. (Bearbeiter)

4. § 86a StGB dient der Abwehr der symbolhaft durch die Verwendung eines Kennzeichens ausgedrückten Wiederbelebung bestimmter verfassungsfeindlicher Organisationen. Als abstraktes Gefährdungsdelikt wehrt die Vorschrift Gefahren ab, die allein mit dem äußeren Erscheinungsbild solcher Kennzeichen verbunden sind, und verbannt deshalb die von diesen Organisationen verwendeten Symbole aus dem Bild des politischen Lebens (BGHSt 52, 364, 373; BVerfG, Beschl. vom 18. Mai 2009 – 2 BvR 2202/08). (Bearbeiter)

5. § 86a StGB dient nicht dazu, jedwedes Bekenntnis zu einer verfassungsfeindlichen oder nationalsozialistischen Organisation unter Strafe zu stellen, sondern tabuisiert lediglich tatsächlich existierende oder diesen zum Verwechseln ähnliche Symbole dieser Organisationen. Dafür reicht es nicht aus, dass ein neues Kennzeichen lediglich einen Bezug zu dem Originalkennzeichen herstellt, aber nicht mehr dessen typischen Symbolcharakter vermittelt. (Bearbeiter)

838. BGH 2 StR 91/09 – Beschluss vom 29. Juli 2009 (LG Kassel)

Betrug (Täuschung über die Angemessenheit eines Preises; Galavitfall: überteuertes Angebot eines in seiner Wirksamkeit zweifelhaften Krebsheilmittels; Kausalität der Täuschung; Irrtum bei Zweifeln); Voraussetzungen des „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ (Tatmehrheit beim Betrug).

§ 263 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

1. Eine Täuschung kann darin liegen, dass die Angeklagten ihre Kunden über die Grundlagen ihrer Preisgestaltung und über den Apothekenabgabepreis eines Arzneimittels in die Irre führen. Im Fordern eines bestimmten Preises liegt aber nicht ohne Weiteres die Zusicherung, dass dieser auch angemessen oder üblich ist.

2. Auch bei Serienstraftaten des Betrugs sind regelmäßig individuelle Feststellungen zum Vorstellungsbild des von einer etwaigen Täuschung unmittelbar betroffenen Tatopfers erforderlich (BGH NStZ 2004, 568, 569), die sich auch auf die Kausalität der Täuschung für die Vermögensverfügung erstrecken müssen.

3. Der tatbestandsmäßige Schaden des Betruges setzt voraus, dass die eintretende Vermögensbeschädigung auf der verfügungskausalen Täuschung beruht. Ist davon auszugehen, dass ohne die Täuschung eine andere, geringere Vermögensminderung eingetreten wäre, ist diese von einem eingetretenen Schaden abzuziehen.

4. Die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftskonzept ist für sich nicht ausreichend, die Einzelakte der Tatserie rechtlich zu einer Tat, auch nicht im Sinne eines sog. „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ (hierzu: Senatsbeschluss vom 29. Juli 2009 – 2 StR 150/09), zusammenzufassen. Erbringt der Täter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten grundsätzlich als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen (BGHSt 49, 177, 182 f.).

834. BGH 1 StR 727/08 – Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München I)

Bandenmäßige Geldfälschung (erforderliche Feststellungen zur Bandenmitgliedschaft des Täters; besonderes persönliches Merkmal).

§ 28 Abs. 2 StGB; § 146 Abs. 2 StGB

Der qualifizierte Tatbestand des § 146 Abs. 2 StGB findet auf einen Tatbeteiligten, der nicht als Bandenmitglied gehandelt hat, keine Anwendung (vgl. BGHSt 46, 120, 128).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

823. BGH 1 StR 351/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Stuttgart)

Maßgeblichkeit der Wertvorstellungen des deutschen Kulturkreises bei der Strafzumessung (Prägung durch

archaische Wertvorstellungen insbesondere gegenüber Frauen; häusliche Gewalt; minder schwerer Fall).

§ 46 StGB

1. Die Annahme, die Verwurzelung in einem archaischen Wertesystem spräche bei Gewalttaten gegenüber einer Frau grundsätzlich für einen minder schweren Fall, ist rechtsfehlerhaft.
2. In die Prüfung eines solchen Falles ist einzubeziehen, ob die in Rede stehenden Verhaltensweisen im Heimatland des Täters (seiner Familie) tatsächlich gestattet oder tatsächlich strafbar sind. Es muss nicht erst auf den Zeitpunkt abzustellen sein, ab dem der Angeklagte bereits in Deutschland lebte.
3. Es kann auch dahinstehen, ob ein menschenunwürdiger Umgang mit einer Frau den Vorstellungen der ethnischen Gruppe, der der Angeklagte angehört, über das Zusammenleben in einer Familie entspricht.

817. BGH 1 StR 300/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG München II)

Sicherungsverwahrung (Begründung des Hanges anhand zulässigen Verteidigerverhaltens; Ermessensausübung); Vergewaltigung von Prostituierten; Begriff der wesentlichen Förmlichkeiten.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 66 StGB; § 273 StPO; § 274 StPO

1. Zulässiges Verteidigungsverhalten darf auch bei der Prüfung einer möglichen Sicherungsverwahrung nicht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urt. vom 20. November 2007 – 1 StR 442/07 m.w.N.). Zu Lasten eines Angeklagten darf hier auch nicht herangezogen werden, dass die Therapie vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens gegen den weitgehend bestreitenden Angeklagten eine Auseinandersetzung mit den ihm vorgeworfenen Taten vermissen lasse. Die berührt das Schweigerecht des Angeklagten und bei entsprechender Ausrichtung der Therapie den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*.
2. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 2 StGB liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Dies unterliegt zwar nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Überprüfung. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass sich der Tatrichter seiner Entscheidungsbefugnis bewusst war; sie müssen auch nachvollziehbar darlegen, aus welchen Gründen er von ihr in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat (BGH, Beschl. vom 11. September 2003 – 3 StR 481/02 m.w.N.). Die revisionsrechtliche Überprüfung erstreckt sich dann vor allem darauf, ob der Tatrichter bei der Ermessensausübung von einem zutreffenden rechtlichen und tatsächlichen Ansatz ausgegangen ist.
3. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll das Tatgericht die Möglichkeit haben, sich ungeachtet der festgestellten Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich dieser die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt. Die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß

eintretenden Haltungsänderungen sind deshalb wichtige Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen dieser Ermessensentscheidung grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Es besteht zwar keine Vermutung dahingehend, dass langjährige, erstmalige Strafverbüßung stets zu einer Verhaltensänderung führen wird. Je länger die verhängte Freiheitsstrafe und je geringer die bisherige Erfahrung des Täters mit Verurteilung und Strafvollzug ist, desto mehr muss sich der Tatrichter aber mit diesen Umständen auseinandersetzen (BGH aaO). Von vorneherein offen lassen kann er dies jedenfalls nicht.

913. BGH 5 StR 311/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Potsdam)

Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts (Sicherungsverwahrung; Hinweis auf die in Betracht kommende Variante); Beauftragung eines Sachverständigen.

§ 66 StGB; § 265 Abs. 2 StPO

1. Erteilt der Tatrichter einem psychiatrischen Sachverständigen durch Beschluss den Gutachtenauftrag, „auch zur Frage der Sicherungsverwahrung Stellung zu nehmen“, so ist damit der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 und 2 StPO für die mögliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht genügt.
2. Zwar kann auch in der gerichtlichen Anordnung eines Gutachtens zur Frage der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung grundsätzlich ein Hinweis im Sinne des § 265 StPO liegen. Dafür muss der die Beweisanordnung enthaltende Beschluss dem Angeklagten aber eindeutig erkennbar machen, auf welche Maßregel das Gericht möglicherweise zu erkennen gedenkt. Dem genügt die allgemein gehaltene ergänzende Beauftragung eines Sachverständigen „zur Frage der Sicherungsverwahrung“ vor dem Hintergrund der bei § 66 StGB zu wählenden Formenstrenge nicht. Denn angesichts seiner sich deutlich unterscheidenden Anordnungstatbestände lässt sich einem so unspezifizierten Hinweis nicht entnehmen, welche Variante für das Gericht in Betracht kommt.

816. BGH 1 StR 297/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlages; Täter-Opfer-Ausgleich bei Überschreitung des zulässigen Maßes der Verteidigungshandlung (Notwehrlage).

§ 213 StGB; § 46a StGB

1. Für den Täter-Opfer-Ausgleich bedarf es insbesondere bei schweren Gewaltdelikten regelmäßig eines Geständnisses (vgl. BGHSt 48, 134, 141). Hinzukommen muss ein kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer. Dieser ist jedenfalls dann erfolgreich, wenn das Opfer die Leistungen des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert (vgl. BGHSt aaO 142). Schließlich wird verlangt, dass das Verhalten des Täters im Verfahren Ausdruck der Übernahme von Verantwortung ist und erkennbar wird, dass er die Opferrolle respektiert, so dass der Konflikt über die Rollenverteilung von Täter und Opfer beendet ist (vgl. BGHSt aaO 141).

2. Diese Anforderungen sind in einem Fall, in dem sich der Angeklagte in einer durch das Opfer verursachten Notwehrlage befand, abzuwandeln. Da der Angeklagte somit zunächst selbst Ziel eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs war, ist seine geäußerte Einschätzung, eigentlich gehöre der Geschädigte auf die Anklagebank, rechtlich dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Hierin liegt nicht ohne Weiteres ein Bestreiten der (späteren) Opferrolle. Soweit sich der Angeklagte mehrfach als unschuldig bezeichnet, kann dies seinem Verteidigungsvorbringen entspringen, er habe im Tatzeitpunkt „unglaubliche und panische Angst“ gehabt. Hiermit aber rekurrierte er auf die Voraussetzungen des § 33 StGB, der im Falle seiner Anwendung zur Strafflosigkeit infolge fehlender Schuld geführt hätte. Durch das Abzielen auf diesen persönlichen Schuldaußschließungsgrund wird die Opferrolle des späteren Opfers auch dann nicht in Frage gestellt, wenn die Angst zu Unrecht behauptet worden war.

848. BGH 2 StR 244/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Hanau)

Berücksichtigung verjährter Taten bei der Strafzumessung; Täter-Opfer-Ausgleich bei Sexualdelikten; verfassungskonforme Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO. § 78 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Auch bei Sexualdelikten ist die Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Das Tatgericht darf nicht von der allgemeinen Erwägung ausgehen, dass die Erfolgsaussichten bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung deliktstypisch deutlich reduziert seien und damit Zweifel aufkommen lassen, ob er das ernsthafte Wiedergutmachungsstreben des Täters ernsthaft geprüft und erkannt hat.

862. BGH 4 StR 101/09 – Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegung des Symptomenzusammenhangs: Revisibilität ermöglichende Urteilsbegründung, fehlerhafte Bezugnahmen im Urteil; drogeninduzierte Schizophrenie; Bedeutung der ICD-10-Klassifikation); Beweiswürdigung (geringer Beweiswert einer fehlerhaft durchgeführten Wiedererkennung).

§ 64 StGB; § 20 StGB; § 267 StPO; § 261 StPO

1. Neben der positiven Feststellung eines länger andauernden Defekts, der zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB begründet, setzt die Maßregelordnung die Begehung einer oder mehrerer rechtswidriger Taten in diesem Zustand voraus, die auf den die Annahme der §§ 20, 21 StGB rechtfertigenden dauerhaften Defekt zurückzuführen sind, mit diesem also in einem symptomatischen Zusammenhang stehen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 63 Gefährlichkeit 15).

2. Gemäß § 267 Abs. 1 StPO i.V.m. § 261 StPO hat das erkennende Gericht die zur Urteilsgrundlage gemachten Feststellungen in einer geschlossenen Darstellung niederzulegen und erschöpfend zu würdigen. Gebotene eigene Urteilsfeststellungen oder Würdigungen dürfen –

mit Ausnahme des in § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO geregelten Falles – nicht durch Bezugnahmen ersetzt werden, weil sonst eine revisionsgerichtliche Kontrolle nicht möglich ist (BGH NStZ 2007, 478; BGH, Beschluss vom 25. November 2003 – 3 StR 405/03).

3. Einer Wiedererkennungsleistung, welche den anerkannten kriminalistischen Standards ersichtlich nicht entspricht (hier: Wiedererkennung des allein in einer Verwahrzelle schlafenden Angeklagten) kommt nur ein geminderter und daher erörterungsbedürftiger Beweiswert zu.

4. Die ICD-10 zählt lediglich Erkrankungen und Verhaltensstörungen auf und ordnet sie ein. Eine Aussage dahin, dass die Schuldfähigkeit eines Täters im Sinne der §§ 20, 21 StGB berührt ist, trifft sie nicht. Die Aufnahme eines bestimmten Krankheitsbildes in den Katalog entbindet den Tatrichter nicht davon, konkrete Feststellungen zum Ausmaß der vorhandenen Störung zu treffen und ihre Auswirkungen auf die Tat darzulegen. Auch wenn der Sachverständige, wie im vorliegenden Fall, in seiner Diagnose vom Vollbild der Schizophrenie ausgeht, ist dies nicht zwangsläufig mit einer Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit im konkreten Fall verbunden (BGH, Beschluss vom 3. Juli 1991 – 3 StR 69/91). Deshalb ist es regelmäßig unerlässlich, sich auch mit dem konkreten Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat auseinanderzusetzen (BGH NStZ 1997, 383).

934. BGH 5 StR 243/09 – Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Dresden)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Gesamtstrafübel; besondere Umstände; Erörterungspflicht); Strafzumessung bei Mittätern (Diskrepanzen; Geständnis; Sanktionsschere). § 46 StGB; § 55 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Verurteilung zur Bildung mehrerer Gesamtstrafen, so muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen.

2. Kommt eine Zäsur, die zur Bildung von zwei nachträglichen Gesamtstrafen nötig ist, durch einen im Verantwortungsbereich der Justiz liegenden Umstand (etwa die ganz ungewöhnliche Dauer eines Berufungsverfahrens) zustande, während bei gewöhnlichem Lauf der Dinge keine Zäsurwirkung anzunehmen gewesen wäre, so bedarf dieser Umstand der Erörterung und Berücksichtigung bei der Bemessung der Gesamtstrafen.

906. BGH 5 StR 269/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Berlin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung). § 55 StGB

Liegen die Tatzeitpunkte neu abzuurteilender Taten zwischen mehreren nach § 460 StPO auf eine Gesamtstrafe zurückzuführenden Verurteilungen, so darf aus den Strafen für die neu abgeurteilten Taten und der Strafe aus der letzten Vorverurteilung keine Gesamtstrafe gebildet wer-

den. Denn bereits die erste, mit den neuen Taten nicht gesamtstrafenfähige Vorverurteilung bildet eine Zäsur.

903. BGH 5 StR 257/09 (alt: 5 StR 197/08) – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Chemnitz)

Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände; ganz überwiegend verbüßte Freiheitsstrafe).
§ 56 Abs. 2 StGB

1. Schon ein Zusammentreffen durchschnittlicher und einfacher Milderungsgründe kann die Bedeutung besonderer Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB haben.

2. Der Umstand, dass bereits der weit überwiegende Teil (etwa: sechs Siebtel) der erkannten Freiheitsstrafe verbüßt ist, erlangt maßgebliche Bedeutung bei der im Rahmen des § 56 Abs. 2 StGB gebotenen Beurteilung, ob die

Strafaussetzung nicht unangebracht erscheint und den vom Strafrecht geschützten Interessen nicht zuwiderläuft.

883. BGH 3 StR 296/09 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Duisburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis).
§ 55 StGB; § 69 StGB

Bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe bedarf es keines Ausspruchs über die Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis und der Einziehung des Führerscheins, auf die in einer Vorverurteilung erkannt wurde, weil diese Rechtsfolgen unmittelbar mit der Rechtskraft des Erkenntnisses wirksam wurden und sich deshalb erledigt haben.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

890. BGH 3 StR 552/08 – Urteil vom 14. August 2009 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Akustische Wohnraumüberwachung (Verwertung von Erkenntnissen; verfassungswidrige Grundlage); Beweisverwertungsverbot (relatives, absolutes; hypothetischer Ersatzeingriff); Kernbereich privater Lebensgestaltung (gesetzlicher Schutz); Zeugnisverweigerungsrecht (Konkurrenzen); Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung; Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung; Eingehungsbetrug (Versuch; Vollendung; Abschluss einer Lebensversicherung); Vermögensschaden (kalkulatorische Grundlagen eines Versicherungsvertrages); kumulative heimliche Überwachungsmethoden (Totalüberwachung; additiver Grundrechtseingriff); Freibeweisverfahren (Maßstab der revisionsgerichtlichen Prüfung).

Art. 13 GG; § 100c StPO; § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 29 POG Rheinland-Pfalz; § 263 StGB; § 337 StPO; § 52 Abs. 1 StGB

1. Die Verwendungsregelung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO setzt grundsätzlich voraus, dass die zu verwendenden Daten polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden. (BGHSt)

2. Die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den sog. relativen Beweisverwertungsverboten, nach denen nicht jeder Verstoß bei der Beweiserhebung zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der so erlangten Erkenntnisse führt, gelten auch für die in neuerer Zeit vermehrt in die Strafprozessordnung eingeführten Verwendungsregelungen bzw. Verwendungsbeschränkungen. (BGHSt)

3. Zur Verwendbarkeit von Daten im Strafverfahren, die durch eine akustische Wohnraumüberwachung auf der Grundlage einer polizeirechtlichen Ermächtigung zur Gefahrenabwehr gewonnen worden sind, welche noch keine Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthielt. (BGHSt)

4. Der Begriff „verwertbare Daten“ in § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO bezieht sich auf die gesetzlichen Beweisverwertungsverbote in § 100c Abs. 5 und 6 StPO sowie auf das Beweiserhebungsverbot aus § 100c Abs. 4 StPO. (BGHSt)

5. Werden durch eine Wohnraumüberwachungsmaßnahme Gespräche eines nach § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten aufgezeichnet, so richtet sich die Verwertbarkeit dieser Gesprächsinhalte stets nach der Vorschrift des § 100c Abs. 6 StPO. Für eine isolierte Anwendung des § 52 StPO ist daneben kein Raum. (BGHSt)

6. Zur Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung, wenn sich der Täter ausschließlich im Inland aufgehalten hat. (BGHSt)

7. Das Unterstützen einer Vereinigung umfasst regelmäßig auch Sachverhalte, die ansonsten materiellrechtlich als Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung zu bewerten wären. (BGHSt)

8. Mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrags ist der Eingehungsbetrug vollendet, wenn der Versicherungsnehmer darüber getäuscht hat, dass er den Versicherungsfall fingieren will, um die Versicherungssumme geltend machen zu lassen. (BGHSt)

9. Bei der Änderung strafprozessualer Bestimmungen für das weitere Verfahren ist grundsätzlich auf die neue Rechtslage abzustellen. Dies gilt auch bei einer Änderung des Rechtszustands zwischen dem tatrichterlichen Urteil und der Revisionsentscheidung. (Bearbeiter)

10. Wird eine Straftat nach einem nicht in dem maßgeblichen Straftatenkatalog enthaltenen Tatbestand, die sich als Betätigungsakt einer als Katalogtat erfassten Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung darstellt (vgl. § 100c Abs. 2 StPO), tateinheitlich mit der Katalogtat begangen, so können die Erkenntnisse aus einer akustischen Wohnraumüberwachung auch zum Nachweis der tateinheitlichen Nichtkatalogtat verwertet werden, zu deren Verfolgung allein die Maßnahme nicht hätte angeordnet werden dürfen. (Bearbeiter)

11. Der Senat neigt – nicht tragend – der Ansicht zu, dass in Abkehr von bisheriger Rechtsprechung tatsächliche Feststellungen, die der Tatrichter freibeweislich trifft, in der Revisionsinstanz ebenso wie seine Überzeugungsbildung auf strengbeweislicher Grundlage nur auf Rechtsfehler in der Beweiswürdigung zu überprüfen seien. (Bearbeiter)

863. BGH 4 StR 188/09 – Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Landau)

BGHSt; Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde bei einer Entscheidung in dem mit der Revision angegriffenen Urteil (Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen der Telekommunikation und gegen den Einsatz Verdeckter Ermittler; Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO; Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG; § 135 Abs. 2 GVG; § 348 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

1. Die sofortige Beschwerde nach § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO ist auch dann statthaft, wenn die mit ihr angegriffene Entscheidung von der nach Anklageerhebung mit der Sache befassten Strafkammer des Landgerichts in deren mit der Revision angegriffenem Urteil getroffen wurde. (BGHSt)

2. Für die Entscheidung über eine solche sofortige Beschwerde ist das Oberlandesgericht zuständig, auch wenn über die zugleich eingelegte Revision der Bundesgerichtshof zu befinden hat. (BGHSt)

865. BGH 4 ARs 6/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (BGH)

Anfrageverfahren zur Revisibilität der fortdauernden Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO; Recht des Angeklagten auf effektive Befragung (Konfrontationsrecht; Fragerecht).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 240 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.

2. Die dem entgegengesetzte Entscheidung des 5. Strafsenats widerspricht der Rechtsprechung des 4. Strafsenats, der an dieser festhält.

866. BGH 4 ARs 7/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (BGH)

Anfrageverfahren zur Revisibilität der Augenscheinseinnahme anlässlich einer Zeugenvernehmung unter Ausschluss des Angeklagten von der Hauptverhandlung (absoluter Revisionsgrund; Divergenz; Entscheidungserheblichkeit); Anwesenheitsrecht des Angeklagten und Heilung durch nachträgliche Besichtigung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Der 4. Strafsenat hält an seiner, der beabsichtigten Entscheidung des 5. Strafsenats widersprechenden Rechtsprechung fest, wonach der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO vorliegt, wenn eine Augenscheinseinnahme anlässlich einer Zeugenvernehmung unter Ausschluss des Angeklagten von der Hauptverhandlung durchgeführt und nach Wiederzulassung des Angeklagten in seiner Anwesenheit nicht wiederholt wurde. Diese Rechtsprechung des 4. Strafsenats steht der beabsichtigten Verwerfung der Revision im vorliegenden Fall jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit nicht entgegen.

2. Gemäß § 230 Abs. 1 StPO hat die Hauptverhandlung in ununterbrochener Anwesenheit des Angeklagten stattzufinden, sofern das Gesetz keine Ausnahme zulässt. Seine Anwesenheit soll nicht nur dem Tatrichter einen unmittelbaren Eindruck von der Person des Angeklagten vermitteln und damit die Wahrheitsfindung fördern; gleichermaßen dient sie der Sicherung einer uneingeschränkten Verteidigung des Angeklagten und der Wahrung seines Rechts auf rechtliches Gehör (BGHSt 26, 84, 90). Deshalb sind Vorschriften, die, wie § 247 StPO, Ausnahmen von der ununterbrochenen Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung zulassen, regelmäßig eng auszulegen (BGHSt 15, 194, 195; 22, 18, 20; 26, 218, 220). Im Hinblick auf die in den gesetzlichen Wertungen zum Ausdruck kommende fundamentale Bedeutung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten hat der Senat Bedenken, den Begriff der Vernehmung im Sinne des § 247 StPO der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 338 Nr. 6 StPO anzugleichen (vgl. Senatsbeschluss vom heutigen Tage – 4 ARs 6/09).

3. Eine Heilung des geltend gemachten Verfahrensverstosses liegt darin, dass der Angeklagte das Augenscheinobjekt während seiner Unterrichtung gemäß § 247 Satz 4 StPO besichtigt hat und alle weiter anwesenden notwendigen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit hatten, das Augenscheinobjekt ihrerseits erneut zu besichtigen.

886. BGH 3 ARs 7/09 – Beschluss vom 7. Juli 2009

Anfrageverfahren; Anwesenheit des Angeklagten bei Augenscheinseinnahme; Begriff der Vernehmung; entgegenstehende Rechtsprechung; grundsätzliche Bedeutung der Sache.

§ 247 StPO; § 171a GVG; § 132 GVG

1. Rechtsprechung des 3. Strafsenats steht der vom 5. Strafsenat erstrebten Rechtsprechung nicht entgegen, wonach dem Begriff der Vernehmung in § 247 StPO derselbe Gehalt zukomme, den er nach §§ 171a ff GVG hat.

2. Der Senat regt an, die Frage wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache nach § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen.

3. Die Verwertung eines – rechtsfehlerhaft – in Abwesenheit des Angeklagten erhobenen Augenscheinbeweises ist nur dann statthaft, wenn die Augenscheinseinnahme in Anwesenheit des Angeklagten und auch im Übrigen fehlerfrei wiederholt wird, sodass der Beweisgegenstand ordnungsgemäß in die Verhandlung eingeführt ist. Der vom anfragenden Senat vorgeschlagene Weg, dem Angeklagten nach Abschluss des Hauptverhandlungsabschnitts, für den er (fehlerfrei) ausgeschlossen wurde, das Augenscheinobjekt im Rahmen seiner Belehrung über die Vorgänge während seiner Abwesenheit vorzuzeigen, ist keine fehlerfreie Wiederholung der Beweisaufnahme.

4. § 247 StPO schränkt das Recht des Angeklagten ein, an der Hauptverhandlung teilzunehmen und sich gegen den Tatvorwurf zu verteidigen; er ist als Ausnahmewortschrift eng auszulegen.

887. BGH 3 ARs 7/09 – Beschluss vom 7. Juli 2009

Fragerecht (Konfrontationsrecht); Anfrageverfahren; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 132 GVG; § 247 StPO

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ein selbständiger Verfahrensabschnitt und – in der Regel – wesentlicher Teil der Hauptverhandlung ist.

836. BGH 1 ARs 6/09 – Beschluss vom 22. April 2009 (BGH)

Fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen kein absoluter Revisionsgrund.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

Die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet nicht den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. Entgegenstehende eigene Rechtsprechung gibt der Senat auf.

837. BGH 1 ARs 6/09 – Beschluss vom 22. April 2009 (BGH)

Revisibilität der förmlichen Augenscheinseinnahme nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO (Unterrichtung unter Vorzeigung des Augenscheinobjekts; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in seiner andauernden Abwesenheit eine förmliche Augenscheinseinnahme, die mit der Vernehmung in engem Sachzusammenhang steht, so ist dem Angeklagten bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt vorzuzeigen; das ist im Zusammenhang mit der Unterrichtung zu protokollieren. Bei einer so gestalteten Unterrichtung ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt.

2. Die beabsichtigte Entscheidung widerspricht nicht der Rechtsprechung des Senats. Insbesondere hält auch er eine nochmalige förmliche Besichtigung durch sämtliche Prozessbeteiligte für die heilende Annahme eines wiederholten Augenscheins nicht für unerlässlich.

879. BGH 3 StR 156/09 – Beschluss vom 3. September 2009 (LG München I)

Verständigung (Rechtsmittelbefugnis hinsichtlich der örtlichen Unzuständigkeit).

§ 257c StPO

Die Rüge der örtlichen Unzuständigkeit ist nicht bereits dann unzulässig, wenn der Angeklagte im Verlauf der Hauptverhandlung im Hinblick auf eine Verständigung (§ 257c StPO) den Tatvorwurf eingestanden hat. Die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels und zur Erhebung von Verfahrensrügen bleibt dem Angeklagten uneingeschränkt erhalten, auch wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist.

930. BGH 5 StR 235/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Berlin)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Identifizierung; wiederholtes Wiedererkennen (Wahllichtbildvorlage; suggestive Wirkung); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Teilhabe der Verteidigung; Ermittlungsmaßnahmen während laufender Hauptverhandlung).

§ 261 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Es widerspricht der Struktur des Strafverfahrens grundlegend, wenn das Gericht während laufender Hauptverhandlung wesentliche, ihrer Natur nach nicht geheimhaltungsbedürftige, ergänzende polizeiliche Ermittlungen, etwa die Durchführung einer Wahlgegenüberstellung, deren Ergebnis dann in der Hauptverhandlung möglicherweise maßgeblich verwertet werden soll, in Auftrag gibt, ohne die Verteidigung hierüber zuvor ausreichend zu informieren und ohne den Versuch zu unternehmen, eine effektive Teilhabe der Verteidigung an den vorgesehenen Ermittlungen zu gewährleisten (nicht tragend).

2. Der Beweiswert des Wiedererkennens des Angeklagten durch einen Zeugen wird reduziert, falls ein zweiter, intellektuell gleich begabter Zeuge aus ähnlicher Wahrnehmungssituation eine andere Person als Tatverdächtigen wiedererkannt hat.

899. BGH 5 StR 253/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Berlin)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung durch Behörde außerhalb der Justiz (Meldebehörde); Spezialprävention (langer Zeitablauf seit Ende der Tat); Strafbedürfnis.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 51 StGB

Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Gebot aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist nicht maßgeblich, ob die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von einer Justizbehörde zu verantworten ist, sondern ob sie in den Verantwortungsbereich irgendeiner staatlichen Stelle, etwa auch einer Meldebehörde, fällt. Denn die vertragliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland aus der EMRK richtet sich an alle Träger hoheitlicher Gewalt. Dementsprechend spricht auch der EGMR von den „nationalen Behörden“, denen die Wahrung des Konventionsgebots der besonderen Zügigkeit obliegt und die im Falle ihrer Verletzung hierfür Wiedergutmachung leisten müssen.

835. BGH 1 StR 727/08 – Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München I)

Strafzumessungslösung bei der Tatprovokation durch Vertrauensperson bei erheblicher Druckausübung und Bedrohung mit der „serbischen Mafia“ für den Fall der Tataufgabe (Recht auf ein faires Verfahren; Tatfortsetzungsprovokation); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK

1. Auch wenn zunächst keine Tatprovokation seitens einer staatlichen Vertrauensperson vorliegt, tritt eine Zäsur ein, wenn der Angeklagte erklärt, die Tat nicht mehr fortsetzen zu wollen. Wurden der Angeklagte sodann von einer dem Staat zurechenbaren Vertrauensperson unter zumindest konkludenter Drohung mit Gefahr für Leib und Leben dazu genötigt, eine Tat fortzusetzen, liegt ein mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbares Vorgehen vor.

2. Eine solche Tatfortsetzungsprovokation ist nach Maßgabe der Grundsätze der Entscheidungen BGHSt 45, 321; 47, 44 zu behandeln.

907. BGH 5 StR 278/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Berlin)

Betrug und Unterschlagung (Sicherungsbetrug; Entkräftung eines Regelbeispiels); Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Unvollständigkeit; Widersprüchlichkeit); Erörterungsmangel (teilweise Einstellung des Verfahrens; „Glattbügeln“ des Prozessstoffs).

§ 263 StGB; § 246 StGB; § 154 StPO; § 261 StPO

Bei einer auf Indizien gestützten Verurteilung kann ein Erörterungsmangel gegeben sein, sofern für eine teilweise Einstellung des Verfahrens (§ 154 Abs. 2 StPO) nicht

ausschließlich prozessökonomische Erwägungen ausschlaggebend waren und eine etwaige Beweisbedeutung des ausgeschiedenen Prozessstoffs nicht wenigstens angesprochen wird.

815. BGH 1 StR 289/09 – Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Stuttgart)

Unabhängiges und unparteiliches Gericht (zu Unrecht als unzulässig verworfenes Ablehnungsgesuch; Prüfung nach Beschwerdegrundsätzen; Recht auf den gesetzlichen Richter; Willkür; Prozessverschleppungsabsicht).

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Die Vorschrift des § 26a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung des Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (BVerfG NJW 2005, 3410). Die Anwendung des § 26a StPO darf nicht dazu führen, dass der ablehnende Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird.

2. Dies gilt auch für die Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. BGH wistra 2008, 267; NStZ 2008, 523, 524). Allerdings ist es zum Beleg der Prozessverschleppungsabsicht regelmäßig erforderlich, dass die Richter das eigene Verhalten im Rahmen des Prozessgeschehens schildern. Allein hierdurch werden sie indes nicht zu Richtern in eigener Sache (BGH NStZ 2008, 473).

3. Unterlaufen dem Tatgericht Fehler bei der Anwendung des § 26a StPO, begründet dies nicht ohne weiteres den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO. Ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der §§ 26a, 27 StPO führt vielmehr nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn diese Vorschriften willkürlich angewendet werden oder die richterliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie verkennt (BVerfG NJW 2005, 3410, 3411; BVerfG, Beschl. vom 20. März 2007 – 2 BvR 1730/06; BGHSt 50, 216, 219; BGH NStZ 2007, 161). In Fällen, in denen sich die Verwerfung als nicht offensichtlich unhaltbar erweist und es sich mithin um einen „einfachen Rechtsverstoß“ und nicht um einen Verfassungsverstoß handelt, ist dem Revisionsgericht die Überprüfung nach Beschwerdegrundsätzen (BGH wistra 2005, 464) und sogar der mögliche Austausch des Verwerfungsgrundes erlaubt (BGH wistra 2008, 267).

821. BGH 1 StR 344/08 – Verfügung des Vorsitzenden vom 20. Juli 2009

Antrag auf nachträgliche Bestellung eines Verteidigers für die Revisionshauptverhandlung (stillschweigende Bestellung).

§ 140 StPO; § 142 StPO; § 141 StPO

1. Eine nachträgliche Bestellung eines Verteidigers ist nicht möglich. Die Beiordnung erfolgt im Strafprozess nicht im Kosteninteresse des Angeklagten, sondern dient allein dem Zweck, die ordnungsgemäße Verteidigung in einem noch ausstehenden Verfahren zu gewährleisten.

2. Die für das Verfahren erster Instanz erfolgte Beiordnung erstreckt sich nicht auf die Mitwirkung in der Revisionshauptverhandlung. Vielmehr ist im Revisionsverfahren aufgrund des jeweiligen Verfahrensstandes neu zu prüfen, ob bei Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Rechtsmittels auch in der Revisionshauptverhandlung noch ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt.

3. Wird einer Verteidigerin eine Terminalschrift zugestellt und tritt sie in der Revisionshauptverhandlung auf, kann darin eine stillschweigende Bestellung liegen, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung rechtlich geboten erscheint (vgl. zu alledem näher BGH NStZ 1997, 299 f. m.w.N.).

811. BGH 1 StR 155/09 – Urteil vom 18. August 2009 (LG Regensburg)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung; Hilfsbeweis Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens (eigene Sachkunde).

§ 261 StPO; § 244 Abs. 4 StPO

Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist Aufgabe des Tatgerichts. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass Berufsrichter über diejenige Sachkunde bei der Anwendung aussagepsychologischer Glaubwürdigkeitskriterien verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen auch bei schwieriger Beweislage erforderlich ist, und dass sie diese Sachkunde den beteiligten Laienrichtern vermitteln können. Dies gilt bei jugendlichen Zeugen erst recht, wenn die Berufsrichter zugleich Mitglieder der Jugendschutzkammer sind und über spezielle Sachkunde in der Bewertung der Glaubwürdigkeit von jugendlichen Zeugen verfügen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

844. BGH 2 StR 95/09 – Beschluss vom 31. Juli 2009 (LG Bonn)

BGHSt; GmbH-Untreue (Pflichtwidrigkeit bei Untreuehandlungen zulasten konzernintegrierter GmbHs bei Zustimmung der Alleingesellschafterin); Vermögensnachteil (Anforderungen an die Feststellungen zur vermögensschädigenden Überschuldung konzernabhängiger Gesellschaften durch Darlehensgewährung bei zentralem Cash-Management); Untreuevorsatz (mangelnde Kenntnis der Folgen einer Sicherungsabtretung).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 64 S. 3 GmbHG; § 76 AktG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 14 StGB

1. Zur Pflichtwidrigkeit bei Untreuehandlungen zu Lasten konzernintegrierter GmbHs bei Zustimmung der Alleingesellschafterin. (BGHSt)

2. Anforderungen an die Feststellungen zur vermögensschädigenden Überschuldung konzernabhängiger Gesellschaften durch Darlehensgewährung bei zentralem Cash-Management. (BGHSt)

3. Auch in einer angespannten Liquiditätslage eines Unternehmens kann die Vergabe eines Arbeitnehmerdarlehens an einen dringend benötigten Geschäftsführer pflichtgemäß sein. (Bearbeiter)

4. „Existenzgefährdende“ Abforderungen durch den Vorstand einer herrschenden Gesellschaft können den Vorwurf der Untreue zum Nachteil der beherrschten Gesellschaft begründen. Zwar können einer GmbH mit Zustimmung ihrer Gesellschafter grundsätzlich Vermö-

genswerte entzogen werden, weil sie gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. In der zivil- wie strafgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen der Geschäftsführer als für das Vermögen einer Gesellschaft Treupflichtiger seine Pflichten nach § 266 Abs. 1 StGB auch dann verletzt, wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter handelt. Die Rechtsprechung hat eine Vermögensverfügung als gegenüber der Gesellschaft treuwidrig und damit wirkungslos angesehen, wenn sie geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen, wenn der Gesellschaft durch die Verfügung ihre Produktionsgrundlagen entzogen werden oder wenn ihre Liquidität gefährdet wird, indem ihr das zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigte Vermögen entzogen wird (vgl. BGHSt 49, 147, 157 ff. m. w. Nachw.). Hieran hält der Senat trotz der in der Literatur erhobenen, auf den Schutzzweck des § 266 StGB abstellenden Einwendungen fest. (Bearbeiter)

5. Diese rechtliche Beurteilung wird durch die neuere zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Haftungsgrundlage in Fällen des „existenzvernichtenden Eingriffs“ (vgl. zur Irrelevanz des Unterschiedes zwischen straf- und zivilgerichtlicher Terminologie BGHSt 49, 147, 159 f.) nicht in Frage gestellt. Auch die Änderungen des GmbH-Gesetzes durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. (Bearbeiter)

900. BGH 3 StR 576/08 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Düsseldorf)

Kredituntreue (Pflichtverletzung; unterlassene Informationsbeschaffung; unterlassene Marktanalyse); pflichtwidrige Kreditvergabe (Beurteilungsspielraum; sorgfältig erhobene und geprüfte Grundlage); Vermögensschaden (schadensgleiche Vermögensgefährdung; Gefährdungsschaden; Kompensationsgefährdung; Schadenshöhe; bedingter Vorsatz; Herausgabe eines Commitment Letters); Treubruchstatbestand; Missbrauchstatbestand; Sengera-Urteil.

§ 266 StGB; § 15 StGB; § 263 StGB; § 18 KWG

1. Bei einer Untreue durch Vergabe eines Kredits tritt ein Vermögensnachteil für die Bank regelmäßig erst dann ein, wenn die Vermögensminderung durch die Auszahlung der Darlehenssumme einerseits und der Anspruch auf Rückzahlung des Kredits andererseits in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches ist regelmäßig gegeben, wenn der Vertragsschluss und die sich daran anschließende Darlehensauszahlung nach einer unzureichenden Bonitätsprüfung vorgenommen worden sind und dies dazu geführt hat, dass die Rückzahlung des Darlehens über das allgemeine Kreditrisiko hinaus gefährdet ist. Wird bei der Bewilligung eines Großkredits an ein Wirtschaftsunternehmen für die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Untreuetatbestandes ein Zeitpunkt vor der Kreditauszahlung als maßgeblich erachtet, so bedarf dies im Urteil näherer Darlegung und Begründung.

2. In Fällen pflichtwidriger Kreditvergabe ist kein Vermögensnachteil in der Form einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ anzunehmen. Vielmehr ist durch die Auszahlung des Kredites das Vermögen des Darlehensgebers unmittelbar in Höhe des ausgekehrten Betrages vermindert, nicht etwa (nur) schadensgleich gefährdet. Es stellt sich allein die Frage, ob und in welcher Höhe hierdurch ein Vermögensnachteil gleichwohl nicht eintritt. Für eine solche Kompensation kommt in Betracht, dass der Vermögensminderung ein Anspruch auf Darlehensrückzahlung als ausgleichende Vermögensmehrung gegenübersteht. Ist dies nicht der Fall, so kann auch eine vom Kreditgeber ohne Schwierigkeiten verwertbare, die Darlehenssumme abdeckende Sicherheit für den Fall der Nichtrückführung des Kredits die Vermögensminderung kompensieren.

3. Ist eine Tilgung eines Kredits überhaupt nicht zu erwarten und werden verwertbare Sicherheiten nicht gegeben, so entsteht ein Vermögensverlust in Höhe der gesamten ausgekehrten Darlehensvaluta. Im Falle teilweiser Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs oder einer Sicherheit ist der Vermögensverlust um den entsprechenden Wert reduziert. Die Höhe eines etwaigen Minderwerts des Rückzahlungsanspruchs zum Zeitpunkt der Kreditvergabe kann mit den Instrumenten des Bilanzrechts errechnet (BGH NStZ 2009, 330, 331) oder – bei verbleibenden Unsicherheiten – unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung bestimmt werden (BGH NJW 2008, 2451, 2452).

4. Bei der – generell risikobehafteten – Vergabe von Krediten ist eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB grundsätzlich nur dann zu bejahen, wenn die Risiken und die Chancen der Kreditvergabe nicht auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig abge-

wogen worden sind. Wenn allerdings die weiten Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums durch Verstöße gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten überschritten werden, also das Verfahren der Kreditgewährung fehlerhaft ist, so liegt eine Pflichtverletzung vor, die zugleich einen Missbrauch der Vermögensbetreuungspflicht aus § 266 Abs. 1 StGB begründet. Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen nur auf der Grundlage sorgfältig erhobener, geprüfter und analysierter Informationen.

5. Kennt der Täter bei einer Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände und weiß er, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird, mag er sie selbst auch anders bewerten, liegt direkter Vorsatz vor (vgl. BGHSt 47, 148, 157; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Rechnet er mit Umständen, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen, und nimmt er diese billigend in Kauf, ist bedingter Vorsatz gegeben. In beiden Fällen spielt es keine Rolle, wenn der Täter glaubt oder hofft, dass der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werden wird (BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 157). Die spätere Schadensentwicklung ist nur noch für die Strafzumessung von Bedeutung.

905. BGH 5 StR 266/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Berlin)

BGHSt; unerlaubter Aufenthalt eines Ausländers (Beihilfe; *omissio libera in causa*); mittelbare Falschbeurkundung (Konsumtion); Duldungsbescheinigung (öffentliche Urkunde).

§ 27 StGB; § 271 StGB; § 95 AufenthG; § 60a Abs. 4 AufenthG

1. Der Annahme einer Beihilfe (§ 27 StGB) zum unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG durch tätige Hilfeleistung steht es nicht entgegen, dass der Haupttäter auch ungeachtet der Hilfeleistung zur Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts entschlossen ist. (BGHSt)

2. Die Bescheinigung nach § 60a Abs. 4 in Verbindung mit § 78 Abs. 7 Satz 1, 2, Abs. 6 AufenthG, auch in Verbindung mit § 63 Abs. 5 AsylVfG, ist hinsichtlich der Personalangaben jedenfalls dann keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 StGB, wenn die Verwaltungsbehörde den Hinweis in die Urkunde aufnimmt, dass die Personalangaben auf den eigenen Angaben des Ausländers beruhen (§ 78 Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 AufenthG). (BGHSt)

3. Die Sonderregelung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG konsumiert den allgemeinen Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung (§ 271 Abs. 1, 2 StGB). (BGHSt)

4. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG will das ausländerrechtliche Verwaltungsverfahren im Interesse materiell richtiger Entscheidungen gegenüber Falschangaben absichern und das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die materielle Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung schützen. (Bearbeiter)

5. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich jede Handlung als Hilfeleistung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt des Erfolgs in seinem konkreten Gepräge kausal wird, ist nicht erforderlich (BGH NJW 2007, 384, 388 m.w.N., insoweit in BGHSt 51, 144 nicht abgedruckt; BGH NJW 2008, 1460, 1461). Anders liegt es nur, wenn der Beihilfehandlung jede Eignung zur Förderung der Haupttat fehlt oder sie erkennbar nutzlos für das Gelingen der Tat ist (BGH NJW 2008, 1460, 1461; vgl. auch BGH StV 1996, 87). (Bearbeiter)

818. BGH 1 StR 301/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Mannheim)

Untreue; Bankrott (Aufgabe der Interessentheorie).

§ 266 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 8 StGB

1. Nach der bisherigen Auffassung des Bundesgerichtshofs ist nach § 283 StGB Voraussetzung für die Strafbarkeit eines Vertreters, dass er zumindest auch im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt hat. Liegen ausschließlich eigennützige Motive vor, so kann nach dieser Auffassung zwar Untreue nach § 266 StGB in Betracht kommen; eine Verurteilung wegen Bankrotts scheidet hingegen aus (sog. Interessentheorie; vgl. nur BGHSt 30, 127, 128 f.; 34, 221, 223; BGHR StGB § 283 Abs. 1 Konkurrenzen 3; BGH NSTZ 2000, 206, 207).

2. Auch der 1. Strafsenat neigt dazu, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit eines Vertreters wegen Bankrotts abzuweichen und die Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283 ff. StGB und insbesondere der Untreue nach § 266 StGB, aber auch den Eigentumsdelikten gemäß §§ 242, 246 StGB nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen.

937. BGH 5 StR 248/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Berlin)

Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Bodybuilding); unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln (Gesundheitsgefährdung mehrerer Personen).

§ 6a Abs. 1 AMG; § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BtMG

1. Das in § 6a Abs. 1 AMG verwendete Merkmal „im Sport“ erfasst entsprechend dem Willen des Gesetzgebers auch „Bodybuilding“, ohne dass es darauf ankommt, ob die erstrebte Leistungssteigerung auf Aktivitäten im Wettkampf, im Training oder in der Freizeit gerichtet ist.

2. § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BtMG erfordert die Gesundheitsgefährdung mehrerer Personen. Allein die Möglich-

keit einer durch die Aufnahme des Rauschmittels verursachten Intoxikationspsychose und die Befürchtung eines Verharrens in der Sucht reichen für die Anwendung des Regelbeispiels nicht aus. Erforderlich sind Gefährdungen, die über die mit der Rauschmitteleinnahme typischerweise verbundenen hinausreichen, weil andernfalls jede oder nahezu jede Abgabe von Betäubungsmitteln an mindestens zwei Personen zur Anwendung des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BtMG führen müsste.

819. BGH 1 StR 314/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Essen)

Anwendung von ausländischem Recht und von Gemeinschaftsrecht bei der gewerbsmäßigen Steuerhellei und der Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung; Verkürzung von Einfuhrabgaben; Auswirkungen der EU-Osterweiterung; Bestimmung des Zollwerts geschmuggelter Zigaretten durch Schätzung nach Art. 31 Zollkodex); redaktioneller Hinweis.

§ 374 AO; § 370 AO; Art. 29 Zollkodex; Art. 31 Zollkodex

1. Die Ermittlung des Zollwerts nach den Art. 29 ff. ZK ist Rechtsanwendung, die der Tatrichter selbst vorzunehmen hat. Kommt bei geschmuggelter Ware, für die es im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften keinen legalen Markt gibt, zur Bestimmung des Zollwerts nur die Schlussmethode nach Art. 31 ZK in Betracht, muss der Tatrichter in den Urteilsgründen grundsätzlich zum Ausdruck bringen, ob und gegebenenfalls auf welcher Grundlage er eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen vorgenommen hat. Die Angaben der Finanzverwaltung darf er nur übernehmen, wenn er diese eigenverantwortlich nachgeprüft hat und von ihrer Richtigkeit auch unter Zugrundelegung strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze überzeugt ist (st. Rspr., vgl. nur BGH wistra 2004, 348; BGH wistra 2007, 346).

2. Der Verweis auf eine Dienstvorschrift des Finanzministeriums genügt diesen Anforderungen nicht. Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist die Würdigung, ein als Zeuge gehörter erfahrener Zollbeamter habe „glaubhaft, weil in sich schlüssig und plausibel, bekundet, der sog. Zollwert sei vorgegeben und folge aus einer Dienstvorschrift des Ministeriums“.

3. Die bloße Wiedergabe von Aussagen, die Finanzbeamte zur Behandlung steuerlicher Fragen gemacht haben, macht die eigene Rechtsanwendung des Tatgerichts nicht entbehrlich (vgl. BGH wistra 2001, 308, 309; 2003, 266, 269).

4. Zu den Anknüpfungspunkten für eine rechtsfehlerfreie Zollwertbestimmung durch Schätzung nach Art. 31 ZK.

§ 370 AO und Steuerbefreiungen für innergemeinschaftliche Lieferungen*

Zugleich Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 542/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Juli 2009 (BVerfG HRRS 2009 Nr. 656) und BGH 1 StR 41/09 – Beschluss vom 7. Juli 2009 (BGH HRRS 2009 Nr. 728)

Von Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Bielefeld

I. Einführung

Sowohl der Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG als auch der Beschluss des 1. Strafsenats des BGH aus dem Juli 2009 betreffen Grundsatzfragen der Strafbarkeit wegen (Umsatz-)Steuerhinterziehung nach § 370 AO. Dabei geht es erst in zweiter bzw. dritter Linie um das eigentliche Strafrecht; in erster Linie geht es um die Bindungen des Strafrechts durch das Verfassungsrecht und die Vorgaben, die das Europarecht für das Umsatzsteuerrecht und deshalb mittelbar auch für das Steuerstrafrecht aufstellt.

Aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts ist dabei zunächst das Grundverständnis des § 370 Abs. 1 AO zu behandeln. Zu klären ist die Frage, ob es sich bei dieser Norm um einen sog. Blankettstraftatbestand handelt, dessen gesetzliche Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG voraussetzt, dass sowohl der Straftatbestand selbst als auch die durch ihn jeweils in Bezug genommenen Einzelsteuergesetze hinreichend bestimmt sind. Ist das zu bejahen, so wäre im strafrechtlichen Kontext der Wortlaut des jeweils relevanten Einzelsteuergesetzes verbindlich und dürfte zum Nachteil des Betroffenen wie auch im sonstigen Strafrecht nicht überschritten werden. Das ist hier für § 6a Abs. 1 S. 1 UStG relevant. Diese Norm definiert steuerrechtlich, wann eine innergemeinschaftliche Lieferung vorliegt, die nach § 4 Nr. 1 lit. b UStG von der deutschen Umsatzsteuer befreit ist. Gibt der Gesetzeswortlaut zwingend vor, dass keine Umsatzsteuer anfällt, kann ein Steuerverkürzungserfolg i.S. des § 370 Abs. 1 AO dann insoweit – anders als der BGH meint – nicht eintreten. Die 2. Kammer hat hier Zweifel, ob der BGH sich innerhalb dieser Wortlautgrenze bewegt.

Zum zweiten geht es um die europa- und steuerrechtliche Frage, ob die für innergemeinschaftliche Lieferungen nach Art. 28c Teil A lit. a der Richtlinie zur Harmonisie-

rung der Mehrwertsteuer¹ vorgesehene und durch §§ 4 Nr. 1 lit. b, 6a UStG in das deutsche Recht umgesetzte Umsatzsteuerbefreiung dann entfallen kann oder muss, wenn sie missbräuchlich in Anspruch genommen wird. Das ist die Auffassung des jetzt für das Steuerstrafrecht zuständigen 1. Strafsenats. „Denjenigen Umsätzen, die nicht im Rahmen normaler Handelsgeschäfte, sondern nur zu dem Zweck getätigt werden, missbräuchlich in den Genuss von im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Vorteilen zu kommen, sind diese Vorteile zu versagen“.² Ist eine Umsatzsteuerbefreiung also bei Missbrauch nicht zu gewähren, könnte bei falschen oder unterlassenen Angaben der Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1, 2 AO vorliegen, da (deutsche) Umsatzsteuer anfallen würde und hinterzogen werden könnte.

Der 1. Strafsenat versteht dabei auch die Rechtsprechung des EuGH dahingehend, dass eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Gemeinschaftsrecht nicht erlaubt ist. In zwei Entscheidungen aus den Jahren 2008³ und 2009⁴ hielt es der BGH deshalb nicht für er-

* Für wertvolle Diskussionen bei Entstehung des Beitrags danke ich meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern *Matthias Hinghaus*, *Christian Höll* und *Dr. Silke Hüls*.

¹ 6. Richtlinie 77/388/ EWG v. 17.5.1977 des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem (Abl. Nr. L 145 S. 1). Diese Richtlinie galt zum Zeitpunkt der in Frage stehenden Taten. Sie wurde ersetzt durch die MwStSystRL v. 11.12.2006 (Abl. Nr. L 347 S. 1). Die Steuerbefreiung bei innergemeinschaftlicher Lieferung von Gegenständen ist dort in Art. 138 geregelt.

² BGH NJW 2009, 1516, 1517 Rn. 12 = HRRS 2009 Nr. 178; BGH wistra 2009, 238 Rn. 9 unter Berufung auf EuGH DStR 2006, 420, 424 Rn. 69 – Halifax.

³ BGH NJW 2009, 1516 = HRRS 2009 Nr. 178. Die zuvor auch vom Tatgericht vertretene Auffassung, es fehle an den Voraussetzungen einer innergemeinschaftlichen Lieferung, weil die dazu nach § 6a Abs. 3 UStG erforderlichen Nachweise nicht erbracht wurden, ist inzwischen aufgegeben worden. Diese Nachweise stellen keine materiellen Voraussetzungen für die Steuerbefreiung dar, die Steuerbefreiung tritt auch ein, wenn aus sonstigen Gründen feststeht, dass ihre Voraussetzungen vorliegen. Siehe EuGH EuZW 2007,

forderlich, zur Klärung den EuGH anzurufen. Der BGH meinte im Gegenteil, seine zur Versagung der Steuerbefreiung führende Deutung des § 6a Abs. 1 UStG sei europarechtlich geboten.⁵ Nachdem das FG Baden Württemberg in einer Entscheidung zur Aussetzung der Vollziehung von Umsatzsteuerbescheiden bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren aber Zweifel an der steuerrechtlichen Behandlung dieser Frage angemeldet hatte,⁶ wird das nunmehr anders gesehen und eingeräumt, dass die Rechtslage zweifelhaft ist, wenn der BGH die Bedenken des Finanzgerichts an der Versagung der Umsatzsteuerbefreiung auch nicht teilt. Bedenken hat schließlich auch der BFH geäußert: Er hält die Versagung der Steuerbefreiung ebenfalls für zweifelhaft.⁷ Sieht das Gemeinschaftsrecht eine Steuerbefreiung hier vor, verstieße die Auslegung des 1. Strafsenats gegen das Gebot richtlinienkonformer Auslegung.⁸

Die Beantwortung dieser zweiten, europarechtlich geprägten Frage wird allerdings aus strafrechtlicher Sicht dann überflüssig, wenn sich die vom BGH gewählte Interpretation ohnehin nicht mit dem Wortlaut des § 370 AO i.V.m. §§ 4, 6a UStG vereinbaren lässt. Selbst wenn die vom 1. Strafsenat vertretene Auffassung inhaltlich nicht nur vertretbar, sondern europarechtlich sogar zwingend sein sollte, könnte die durch Art. 103 Abs. 2 GG gesetzte Wortlautgrenze nicht überschritten werden. Auch der EuGH erkennt an, dass insofern das europarechtlich gebotene Ergebnis im nationalen Strafrecht nicht mitvollzogen werden kann.⁹

II. Bestimmtheitsgrundsatz und § 370 AO

Bemerkenswert ist es, dass die 2. Kammer des Zweiten Senats die Verfassungsbeschwerde nicht als offensichtlich unbegründet ansieht und dem Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass der einstweiligen Anordnung stattgibt, da eine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht von vornherein als ausgeschlossen angesehen wird. Denn immerhin gibt es bereits eine ganze Reihe von Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die sich mit dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG im Hinblick auf den Blankett- oder blankettartigen Tatbestand¹⁰ des § 370 AO befassen und die bislang – im Einklang mit dem BGH – immer zu dem Ergebnis kamen,

dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm nicht bestünden.¹¹

Das ist bei der hier zu entscheidenden Frage allerdings insofern anders, als es nicht um die Bestimmtheit des § 370 AO im Verbund mit dem Steuerrecht an sich geht, sondern zu entscheiden ist, ob die vom BGH vertretene Auslegung des § 6a Abs. 1 S. 1 UStG den Wortlaut dieser Norm überschreitet. Insofern kann man den Beschluss als Beleg dafür anführen, dass das BVerfG dem Bestimmtheitsgrundsatz und der Wortlautgrenze in letzter Zeit mehr Aufmerksamkeit und Bedeutung zukommen lässt.¹²

1. § 370 AO i.V.m. §§ 4 Nr. 1 lit. b, 6a Abs. 1 S. 1 UStG als Gesamttraftatbestand?

Nach § 6a Abs. 1 S. 1 UStG hat die Annahme einer innergemeinschaftlichen Lieferung, die nach § 4 Nr. 1 lit. b in der Bundesrepublik von der Umsatzsteuer befreit ist, drei Voraussetzungen:

- Der Unternehmer oder Abnehmer muss den Gegenstand der Lieferung in das übrige Gemeinschaftsgebiet befördern oder versenden;
- der Abnehmer ist entweder Unternehmer, der den Gegenstand der Lieferung für sein Unternehmen erworben hat, juristische Personen, die nicht Unternehmer ist oder den Gegenstand nicht für sein Unternehmen erworben hat, oder bei der Lieferung eines neuen Fahrzeugs jeder Erwerber und
- der Erwerb des Gegenstandes unterliegt beim Abnehmer in einem anderen Mitgliedstaat den Vorschriften der Umsatzbesteuerung.

Ist die These richtig, dass es sich bei § 370 AO um einen Blanketttatbestand handelt, der erst gemeinsam mit den jeweils in Betracht kommenden Steuergesetzen den Straftatbestand bildet, dann wäre der Rechtsanwender an den Wortlaut dieser aus eigentlichem Straftatbestand und Einzelsteuergesetz gebildeten Norm gebunden. Er dürfte ihn bei der Auslegung nicht überschreiten, sofern dadurch zum Nachteil des Einzelnen Strafe begründet würde.¹³

Dann aber müsste es folgerichtig dem Strafrechtsanwender auch verboten sein, gegen den Wortlaut des Einzelsteuergesetzes eine dort vorgesehene Steuerbefreiung mit strafbegründender Wirkung nicht anzuerkennen. Insofern ist die Lage vergleichbar mit der Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf Erlaubnistatbestände: Eine Einschränkung des Wortlauts einer Norm, die die Rechtfertigung des tatbestandlich Handelnden ausdrücklich anordnet, eine Reduktion der Erlaubnisnorm gegen ihren

669 – Collée; BFH DStR 2008, 297, 299; BGH NJW 2009, 1516 Rn. 6 = HRRS 2009 Nr. 178.

⁴ BGH wistra 2009, 238 = HRRS 2009 Nr. 311; siehe auch BGH wistra 2009, 359, 361 = HRRS 2009 Nr. 565.

⁵ BGH NJW 2009, 1516, 1518 Rn. 20 = HRRS 2009 Nr. 178.

⁶ FG Baden-Württemberg v. 11.3.2009 – 1 V 4305/08 Rn. 26.

⁷ BFH DStR 2009, 1693.

⁸ Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. (2009), § 8 Rn. 97 ff.

⁹ EuGHE 1996, I-6609 Rn. 24 f., 31 – Telecom Italia; *Satzger* (Fn. 8), § 8 Rn. 101 m.w.N.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 10 Rn. 35 m.w.N.; anders wohl *Wulf Stbg* 2009, 313, 319.

¹⁰ BVerfGE 37, 201; 14, 245, 252; BVerfG v. 26.2.2003 – 2 BvR 150/03 bei *Ransiek*, in Kohlmann, Steuerstrafrecht, Stand Oktober 2008, § 370 AO Rn. 25.1.

¹¹ Siehe etwa BVerfG NJW 1995, 1883; BVerfG wistra 1991, 175; BVerfGE 37, 201; kritisch dazu *Paeffgen StraFo* 2007, 442, 445.

¹² Vgl. BVerfG NJW 2007, 1666; NJW 2008, 3627.

¹³ Ein (strafbarkeitseinschränkendes) Überschreiten des Wortlauts zu Gunsten des Einzelnen ist aufgrund der Schutzrichtung des Art. 103 Abs. 2 GG zulässig.

Wortlaut, ist nicht zulässig, sondern der Rechtsanwender ist an die begünstigende Norm gebunden.¹⁴

Die vom 1. Strafsenat befürwortete Einschränkung der Steuerbefreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung bei Betrug oder Missbrauch¹⁵ findet im Wortlaut des § 6a UStG dabei gerade keine Stütze. Die Unternehmereigenschaft von Lieferant und tatsächlichem Empfänger nach § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 UStG war zu bejahen bzw. blieb dahingestellt und die Lieferung des Gegenstandes unterfiel der Umsatzbesteuerung im Bestimmungsland nach § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UStG. Liegt der Missbrauch oder der Betrug der kollusiv zusammenwirkenden Personen gerade darin, dass die in einen anderen Mitgliedstaat der EG gelieferten Gegenstände der dort anfallenden Umsatzsteuer entzogen werden, kann man im Gegenteil sagen, dass diese Interpretation dem Wortlaut des § 6a Abs. 1 Nr. 3 UStG widerspricht. Denn danach ist nicht entscheidend, ob es tatsächlich zur Besteuerung des Umsatzes kommt, sondern ob *rechtlich* die Regeln des Bestimmungsstaates zur Umsatzbesteuerung greifen.¹⁶ Das aber wird durch die Hinterziehung der Umsatzsteuer im Bestimmungsland natürlich nicht ausgeschlossen. Der 1. Strafsenat schränkt also den Anwendungsbereich des steuerbefreienden Gesetzes entgegen seinem Wortlaut mit der strafrechtlichen Folge ein, dass deshalb ein Hinterziehungserfolg i.S. des § 370 Abs. 1 AO bejaht werden kann.

Von einer möglichen Versagung der Steuerbefreiung in den Fällen des Missbrauchs oder aus sonstigen Gründen ist in § 6a Abs. 1 S. 1 UStG nicht die Rede. Vergleicht man das noch einmal mit der Problematik der gesetzlichen Bestimmtheit bei Rechtfertigungsgründen, so wird der Unterschied deutlich: Bei § 32 StGB kann man zumindest geltend machen, dass die sog. sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts trotz Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung durch den Wortlaut des § 32 StGB deshalb gedeckt sind, weil dieser eben nicht nur auf die Erforderlichkeit der Verteidigung abstellt, sondern zusätzlich ihre Gebotenheit für eine Rechtfertigung voraussetzt. Somit gibt es jedenfalls nach Auffassung der h.M. ein Einfallstor für die Beschränkung des Notwehrrechts. Ein vergleichbares Einfallstor fehlt aber im Wortlaut des § 6a Abs. 1 UStG.

Die Auffassung, dass es sich bei § 370 AO um einen aus dieser Norm und dem jeweiligen Einzelsteuergesetz zusammengesetzten Tatbestand handele, hat das BVerfG zudem bislang regelmäßig vertreten,¹⁷ wenn auch

manchmal nur von einem „blankettartigen“ Verweis der Strafnorm auf die Einzelsteuergesetze die Rede ist¹⁸. Besonders deutlich wird diese Ansicht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1974, in der betont wird, dass sich der Gesetzgeber bei einer Strafnorm „... einer Verweisung auf eine ausfüllende Gesetzesnorm bedienen (dürfe)“. Auch in diesem Fall müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit entweder im Blankettstrafgesetz selbst oder in einem anderen, in Bezug genommenen Gesetz hinreichend deutlich umschrieben sein ...“¹⁹

Daraus folgt allerdings noch nicht zwingend, dass die Reduktion des Wortlauts des § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UStG unzulässig ist. Denn auch im strafrechtlichen Kontext sieht es die Rechtsprechung als zulässig an, eine Steuerpflicht und einen Hinterziehungserfolg über einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO²⁰ zu begründen.²¹ Hält man diesen Weg für gangbar, muss umgekehrt auch die Reduktion eines von der Steuer befreienden Tatbestands bei Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zulässig sein.

Die Anwendbarkeit des § 42 AO im strafrechtlichen Kontext ist bei Annahme eines aus Strafnorm und Einzelsteuergesetz zusammengesetzten Blanketttatbestands freilich zumindest außerordentlich zweifelhaft.²² Denn diese Norm ermöglicht es, Steuergesetze auch dann anzuwenden, wenn sie nach ihrem Wortlaut nicht greifen.²³ Anders: Sie muss eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung von Steuergesetzen ermöglichen, da ansonsten nach § 38 AO der Tatbestand ohnehin verwirklicht ist, an den das Gesetz die steuerliche Leistungspflicht knüpft. Da § 42 Abs. 2 AO als Kriterium zur Bestimmung des Missbrauchs nur die Unangemessenheit der Gestaltung nennt, die nicht zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil führen darf,²⁴ nennt sie allenfalls

208 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 14, 174, 185 f.; 14, 245, 252; 22, 1, 18; 22, 21, 25; 23, 265, 269.

¹⁸ BVerfG NJW 1995, 1883.

¹⁹ BVerfGE 37, 201, 208.

²⁰ § 42 AO lautet in der jetzigen Fassung: (1) Durch den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden ... (2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. ...

²¹ BGH wistra 1982, 108. Zulässig ist eine Anwendung des § 42 AO auch im Strafrecht nach Joecks, in Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009), § 370 Rn. 140; Fischer, in Hepp/Hübbschmann/Spitaler, AO, Stand März 2009, § 42 Rn. 55 ff.

²² Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 26 ff. m.w.N.

²³ Siehe Ransiek, in Festschrift für Klaus Tiedemann (2008), S. 171, 184 ff.; Walter, in FS Tiedemann, S. 969, 978; siehe auch Fischer, in Hepp/Hübbschmann/Spitaler (Fn. 21), § 42 Rn. 46: Vorschrift ermöglicht Rechtsanwendung jenseits der Wortlautgrenze; Rn. 64: Funktion des § 42 Abs. 2 AO reduziert sich damit auf das Monitum des Gesetzgebers, das Steuergesetz nach allen Regeln der Kunst auszulegen und – weitergehend – anzuwenden; Hensel, in Festgabe für Ernst Zitelmann (1923), S. 217, 230: Jede Gesetzesumgehung hat unvollkommene Gesetzesformulierung zur Voraussetzung.

²⁴ Vgl. Hey BB 2009, 1044, 1046.

¹⁴ Für § 24 StGB siehe BGHSt 42, 158; vgl. Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit (1989), S. 102 f.; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 1 Rn. 5; Rönnau, in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. (2006), vor § 32 Rn. 62 ff., 66; Paeffgen, in NK-StGB, 2. Aufl. (2005), vor § 32 Rn. 62.

¹⁵ BGH NJW 2009, 1516, 1517 Rn. 12 = HRRS 2009 Nr. 178.

¹⁶ Bielefeld DStR 2009, 580. Das Problem ist deshalb der Wortlaut der Nr. 3, nicht der Nr. 1, wie die 2. Kammer meint. Siehe aber auch Sterzinger BB 2009, 1563, 1566, der die Voraussetzungen der Steuerbefreiung für nicht gegeben hält.

¹⁷ Siehe BVerfG v. 26.2.2003 – 2 BvR 150/03 bei Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 25.1; BVerfGE 37, 201,

die Voraussetzung, die ohnehin an eine analoge Gesetzesanwendung gestellt wird: Zwar nicht nach ihrem Wortlaut, aber nach ihrem Sinn ist eine Norm anwendbar.

Steuerrechtlich ist eine solche gesetzliche Erlaubnis analoger Rechtsanwendung zulässig, denn eine Art. 103 Abs. 2 GG entsprechende Regelung existiert gerade nicht.²⁵ Im Strafrecht hingegen ist sie unzulässig, weil auch der Gesetzgeber dem Strafrechtsanwender eine solche Gesetzesanwendung nicht gestatten darf. Denn interpretiert man Art. 103 Abs. 2 GG dahin, dass er dem Richter analoge Strafrechtsanwendung zum Nachteil des Einzelnen wenigstens grundsätzlich untersagt, dann kann dieses Verbot nicht durch den einfachen Gesetzgeber aufgehoben werden.²⁶ § 42 AO mag in seiner Anwendung hinreichend bestimmt sein²⁷ – das ist nicht das Problem, sondern das Analogieverbot. Deutet man § 370 AO als Blanketttatbestand, spricht also alles dafür, dass eine Reduktion des Wortlauts des § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UStG auch über § 42 AO nicht möglich ist.

Ein Weiteres kommt hier noch hinzu: Die Rechtsfolge des § 42 AO passt ohnehin nicht für die vorliegenden Fälle. Nach § 42 Abs. 1 S. 3 AO entsteht der Steueranspruch bei Vorliegen eines Missbrauchs so, wie er bei einer angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. Angemessene rechtliche Gestaltung wäre hier die Offenlegung der wirklichen Empfänger der Waren. Die Rechtsfolge wäre dann allerdings die Steuerbefreiung dieser Lieferung.²⁸ Die Versagung der Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung lässt sich also auch mit § 42 AO nicht begründen.

2. § 370 AO als Tatbestand mit normativen Merkmalen

Im Ergebnis ist die Annahme eines Blanketttatbestands aber ohnehin nicht überzeugend.

Dass die These vom aus Straf- und Steuergesetzen zusammengesetzten Gesamttatbestand nicht trägt, macht das deutlich, was nach Art. 103 Abs. 2 GG entscheidend ist: der Wortlaut des § 370 AO. Zutreffend ist die Annahme eines insgesamt Art. 103 Abs. 2 GG unterfallenden Gesamttatbestands dann, wenn eine Strafnorm ausdrücklich auf die Voraussetzungen einer anderen Gesetzesnorm verweist. Nach § 38 Abs. 2 WpHG ist bspw. derjenige strafbar, der neben weiteren Voraussetzungen eine „in § 39 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 bezeichnete vorsätzliche Handlung begeht“. § 39 Abs. 1 Nr. 1 WpHG bedroht seinerseits u.a. denjenigen mit Buße, der „entgegen § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ... ein Geschäft vornimmt“. Es wird also ausdrücklich durch die Nennung der Norm, auf die verwiesen wird, auf deren Tatbestandsvoraussetzungen Bezug genommen, um sie nicht im Straf- bzw. Bußgeldtatbestand wiederholen zu müssen. Sie werden damit

zu Tatbestandsvoraussetzungen der Straf- und Bußgeldnorm selbst – und dürfen nicht über ihren Wortlaut hinaus angewendet werden. Insoweit hat auch das BVerfG Recht²⁹: Wenn durch den Straftatbestand auf eine andere gesetzliche Norm verwiesen wird, muss diese wie der Straftatbestand selbst hinreichend bestimmt sein.

Diese Gesetzgebungstechnik benutzt der Gesetzgeber bei § 370 Abs. 1 AO aber nicht. Dort wird vorausgesetzt, dass ein Steuerhinterziehungserfolg eintritt und der Täter über steuerlich erhebliche Tatsachen entweder falsche Angaben macht oder die gebotenen Angaben unterlässt. Die Norm nimmt also keineswegs Bezug auf die Einzelsteuergesetze und deren Voraussetzungen, sondern auf die Ergebnisse des Steuerrechts: Das gesamte Steuerrecht entscheidet nach seinen eigenen Regeln (nicht nach denen des Strafrechts) darüber, ob ein solcher Verkürzungserfolg eingetreten ist oder nicht. Das setzt selbstverständlich voraus, dass die in Bezug genommenen Besteuerungstatbestände ihrerseits hinlänglich bestimmt sind, um überhaupt steuerrechtlich zu einem Ergebnis kommen zu können. Sie müssen aber nicht notwendig gesetzlich bestimmt sein.

Ist steuerrechtlich eine analoge Rechtsanwendung der Einzelsteuergesetze zulässig, dann kann strafrechtlich dieses Ergebnis mitvollzogen werden. So kann etwa auch ein umgebautes Fischerboot im strafrechtlichen Kontext als dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 4 EStG unterworfenen Segel- oder Motoryacht angesehen werden.³⁰ Kurz: Es handelt sich bei den auf das Steuerrecht Bezug nehmenden Merkmalen des § 370 AO nicht um Blankette, sondern um normative Tatbestandsmerkmale.³¹ Es wird nicht auf die Voraussetzungen anderer Gesetznormen verwiesen, sondern auf die Rechtsfolgen eines anderen Rechtsgebiets.³² Ebenso wenig ist das Tatbestandsmerkmal „fremd“ i.S. des § 242 StGB als Verweis auf gesetzliche Vorschriften über die Entstehung von Eigentum zu verstehen, sondern auf das zivilrechtliche Ergebnis, wer Eigentümer einer Sache ist.

Für den hier vorliegenden Zusammenhang folgt daraus: Da es steuerrechtlich keine zwingende Bindung an den Wortlaut der Einzelsteuergesetze gibt, diese analog angewendet und teleologisch in ihrem Anwendungsbereich reduziert werden können,³³ und dieses Ergebnis strafrechtlich mitvollzogen wird, verstößt die vom 1. Strafsektar vertretene Auslegung des § 6a Abs. 1 S. 1 UStG nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

²⁹ Siehe oben bei Fn. 18. Hervorhebung von mir.

³⁰ Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 26.6.

³¹ Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 27 f.; Puppe, in NK-StGB (Fn. 14), § 16 Rn. 18 ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2. Aufl. (2007), Rn. 100; Hellmann, in Hepp/Hübschmann/Spitaler (Fn. 21), § 370 AO Rn. 47, 147; Walter, in FS Tiedemann (Fn. 23), S. 969, 978.

³² Puppe, in NK-StGB (Fn. 14), § 16 Rn. 21.

³³ Lang, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 19. Aufl. (2008), § 5 Rn. 58 ff., 67.

²⁵ BVerfGE 13, 290, 316; 13, 331, 345; Fischer, in Hepp/Hübschmann/Spitaler (Fn. 21), § 42 Rn. 41 ff., 46.

²⁶ Ransiek, FS Tiedemann (Fn. 23), S. 171, 184; a.A. Kuhlen, Festschrift für Harro Otto (2007), S. 89, 98.

²⁷ BGH wistra 1982, 108.

²⁸ Bielefeld DStR 2009, 580, 581.

3. Unzulässiger Schutz der Umsatzsteuer des Bestimmungslandes?

Nicht zutreffend ist die Annahme, ein Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG liege deshalb vor, da dem Bestimmungsland der Lieferung zustehende Umsatzsteuer hinterzogen worden sei, die § 370 Abs. 1 AO aber nicht schütze.³⁴ Denn es geht für den BGH allein um die Frage, ob die Befreiung von der Umsatzsteuer nach deutschem Recht eingetreten ist – mit der Folge, dass Umsatzsteuer in der Bundesrepublik abzuführen ist, wenn das nicht der Fall ist. Das Problem liegt nicht darin, dass dem Bestimmungsland – Italien bzw. Portugal – zustehende Umsatzsteuer strafrechtlich geschützt würde, sondern dass steuerrechtlich entweder doppelt Umsatzsteuer erhoben wird oder sie fälschlich dem Herkunftsland der Ware zufällt.³⁵

III. Missbrauch der Steuerbefreiung

Teilt man die hier zu Art. 103 Abs. 2 GG vertretene Auffassung, so ist inhaltlich zu klären, ob es überhaupt hinreichende Gründe für eine tatbestandliche Reduktion des Anwendungsbereichs des § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UStG gibt und ob diese europarechtlich zulässig ist. In den vom BGH entschiedenen Fällen hatten inländische Unternehmer Waren (Pkw bzw. Mobiltelefone) unter Inanspruchnahme der Steuerbefreiung nach § 6a UStG zum Schein an Abnehmer im übrigen Gemeinschaftsgebiet veräußert und entsprechende Rechnungen erstellt. Diese ausländischen Scheinkäufer täuschten ihrerseits weitere Veräußerungen an Zwischenhändler vor, die die Waren dann angeblich an den tatsächlichen Abnehmer lieferten. Dabei wurde die italienische bzw. portugiesische Umsatzsteuer offen ausgewiesen. Aufgrund dieser Rechnungen konnte für den angeblichen Zwischenerwerb in Italien oder Portugal Vorsteuer gezogen werden, während die Aussteller der Scheinrechnungen zu keiner Zeit die bei ihnen anfallende Umsatzsteuer abführten. In diese Vorgänge waren die inländischen Unternehmer in der Bundesrepublik eingeweiht. Tatsächlich wurden die Waren direkt aus der Bundesrepublik an den eigentlichen Abnehmer geliefert.³⁶ Durch die unberechtigte Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs im Ausland war es möglich, die Telefone bzw. Pkw zu einem günstigeren Preis zu verkaufen.

Der 1. Strafsenat geht davon aus, dass die dem Wortlaut nach eigentlich vorgesehene Steuerbefreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung nach § 6a Abs. 1 UStG dann entfällt, wenn sie missbräuchlich in Anspruch genommen wird. Das sei dann der Fall, wenn der inländische Unternehmer unter Zwischenschaltung von Scheinfirmen kollusiv mit dem Abnehmer in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft zusammenwirke, um diesem die Hinterziehung von Steuern zu ermöglichen; bei Umsätzen, die nur zu dem Zweck getätigt würden, missbräuchlich in den Genuss von im Gemeinschafts-

recht vorgesehenen Vorteilen zu kommen, seien diese Vorteile zu versagen.³⁷

1. Missbräuchlicher Vorsteuerabzug

Die Auffassung des BGH scheint nahtlos und in sich stimmig an die bisherige Rechtsprechung des EuGH³⁸, der Finanzgerichte³⁹ und auch der Strafgerichte⁴⁰ anzuknüpfen, nach der bei Umsatzsteuerkarussell- oder Umsatzsteuerkettengeschäften die Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs nach § 15 UStG demjenigen versagt wird, der in das auf Umsatzsteuerhinterziehung angelegte System eingebunden ist bzw. der bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können, dass das von ihm getätigte Geschäft Teil eines solchen Systems ist. Diese Auffassung wird gestützt durch den am 1.1.2002 in der jetzigen Fassung in Kraft getretenen § 25d Abs. 1 UStG, der das gleiche Ergebnis zwar nicht über die Versagung des Vorsteuerabzugs, aber über die dort angeordnete Haftung für die Steuern aus einem vorangegangenen Umsatz anordnet. Wird die für den vorangegangenen Umsatz anfallende Umsatzsteuer planmäßig nicht entrichtet, obwohl sie in einer Rechnung ausgewiesen wurde, haftet der Empfänger für die von einem anderen abzuführende Umsatzsteuer, wenn er davon Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. Im Kern handelt es sich hier um dieselben Praktiken, nur die infragestehenden Steuervorteile sind andere.

Hintergrund der Versagung des Vorsteuerabzugs nach § 15 UStG ist dabei, dass bei Einbindung in ein auf Umsatzsteuerhinterziehung gerichtetes System „eigentlich“, aus wirtschaftlicher Sicht, gar kein reales Geschäft vorliegt, wenn man nicht die einzelnen Geschäfte im Karussell oder in der Kette, sondern alle Geschäfte insgesamt betrachtet. Es geht allein darum, dass auf irgendeiner Stufe im Karussell Vorsteuer gezogen, die eigentlich zu entrichtende, in einer Rechnung nach § 14 UStG ausgewiesene Umsatzsteuer aber nicht abgeführt werden soll.

Das ist dann besonders deutlich, wenn die Warengeschäfte nur auf dem Papier erfolgen, ein realer Warenaustausch aber nicht stattfindet. Für diese Fälle ist es überzeugend, den Vorsteuerabzug für alle nur scheinbar getätigten Einzelgeschäfte zu versagen, da überhaupt kein Umsatzgeschäft vorliegt, das einen solchen Vorsteuerabzug rechtfertigen könnte. Wirtschaftlich ist „nichts“ da, es gibt keine realen Umsätze.

Darf deshalb keine Vorsteuer gezogen werden, müsste dem eigentlich entsprechen, dass umgekehrt auch keine Umsatzsteuer anfällt, die abzuführen wäre. Findet gar keine realer Umsatz statt, liegt nur ein scheinbares Geschäft vor, kann auch keine Umsatzsteuer zugunsten des Staates für diesen fiktiven Vorgang entstehen. Das berücksichtigt aber noch nicht die Gefahr, die dadurch entsteht, wenn in einer den Anforderungen des § 14

³⁴ So Bielefeld DStR 2009, 580, 581.

³⁵ Siehe unter III.2.c).

³⁶ Anders insoweit der Sachverhalt BGH wistra 2009, 238.

³⁷ BGH NJW 2009, 1516, 1517 Rn. 12 = HRRS 2009 Nr. 178; BGH wistra 2009, 238.

³⁸ EuGH DStR 2006, 420 – Halifax; EuGH DStR 2006, 133 – Optigen; EuGH DStR 2006, 1274 – Axel Kittel.

³⁹ BFH DStR 2007, 1524; FG Baden-Württemberg DStRE 2008, 449; siehe schon BFH wistra 2005, 233, 235.

⁴⁰ BGH NStZ RR 1998, 185; BGHSt 47, 343.

UStG entsprechenden Rechnung an einen anderen (Schein-) Unternehmer innerhalb des Karussells oder der Kette Umsatzsteuer ausgewiesen wird. Denn diese ausgewiesene Umsatzsteuer ermöglicht es wiederum dem Empfänger, die ihm in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Vorsteuer zu ziehen. Dafür ist nämlich nicht Voraussetzung, dass die in der Rechnung ausgewiesene Umsatzsteuer vom Rechnungsaussteller auch tatsächlich abgeführt wird.

Derjenige also, der in Kenntnis des späteren unberechtigten Vorsteuerabzugs durch einen anderen eine solche Rechnung ausstellt, schafft eine Gefahr für das Steueraufkommen. Deshalb schuldet er die in der Rechnung ausgewiesene Steuer nach § 14c Abs. 2 S. 2 UStG und hat sie abzuführen. Er kann insoweit dann einen Steuerhinterziehungserfolg nach § 370 Abs. 1 AO herbeiführen und macht sich strafbar, wenn er entsprechende Angaben nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO unterlässt. Die notwendige umsatzsteuerlich neutrale Behandlung des Vorgangs wird über § 14c Abs. 2 S. 3 UStG hergestellt, nach dem nachträglich eine Berichtigung möglich ist, soweit die Gefährdung des Steueraufkommens beseitigt worden ist. Strafgrund für das Verschweigen und die Nichtentrichtung der in einer Rechnung ausgewiesenen Umsatzsteuer bzw. das Ziehen der Vorsteuer in Kenntnis des Systems ist also die Gefahr, die der Täter für das Umsatzsteueraufkommen schafft.⁴¹

Dann kann aber nichts anderes gelten, wenn im Karussell zur Verschleierung ein realer Warenaustausch stattfindet, das Ziel aber unverändert bleibt – Umsatzsteuerhinterziehung. Fließt die in mehreren Geschäften veräußerte Ware wieder an den ursprünglichen Veräußerer zurück und wird damit das Karussell geschlossen, liegt wirtschaftlich wieder ein „Nichts“ vor, da eine solche Veräußerung unabhängig von der Möglichkeit, Umsatzsteuer hinterziehen zu können und dadurch Vorteile – auch die vom 1. Strafsenat herausgestellten Wettbewerbsvorteile⁴² – zu erlangen, keinen Sinn macht; das Geschäft kann nur dadurch erklärt werden, dass unberechtigt Vorsteuer gezogen werden soll.

Für ein Kettengeschäft passt diese Argumentation freilich nicht mehr notwendig: Finden hier reale Lieferungen zwischen den Kettenmitgliedern statt, ist zumindest denkbar, dass wenigstens *ein* „wirklicher“ steuerbarer Umsatz vorliegt, wenn nämlich eine wirtschaftlich sinnvolle und nicht nur durch das Ziel der Umsatzsteuerhinterziehung erklärbare Lieferung vom ursprünglichen Lieferanten an den endgültigen Abnehmer erfolgt. Es handelt sich dann gerade nicht um ein bloßes Schein-, sondern um ein *wirkliches* Umsatzgeschäft. Einzelnen Gliedern der Kette kann dann der Vorsteuerabzug versagt werden, wenn sie selbst keine reale wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, insbesondere wenn sie nur zum Zweck der Umsatzsteuerhinterziehung gegründet worden sind und nur scheinbar wirtschaftlich aktiv sind.⁴³ Es fehlt aber der

Grund, den Vorsteuerabzug bei Umsätzen der Glieder, die nicht nur zum Schein erfolgen, sondern „echte“ Geschäfte darstellen, zu versagen, *nur* weil das Glied der Kette Kenntnis von der vorangegangenen oder nachfolgenden Umsatzsteuerhinterziehung durch ein anderes Glied der Kette hatte oder hätte haben können.

2. Missbräuchliche Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung

a) Missbrauch der Steuerbefreiung?

Zwar geht es in den vom BGH jetzt beurteilten Fällen nicht um die Vorsteuer, die dazu angestellten Überlegungen lassen sich aber für die Frage nach einem Missbrauch der Steuerbefreiung innergemeinschaftlicher Lieferungen nutzbar machen. Es ist zu klären, was denn überhaupt der Missbrauch sein soll. Hilfreich ist dafür nochmals ein Blick auf die Voraussetzungen des Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO. Danach kommt es nicht darauf an, wie ein Geschäft rechtlich gestaltet ist, sondern für die Besteuerung ist der tatsächliche, von den Parteien wirtschaftlich gewollte Vorgang als Grundlage zu nehmen. Was wirtschaftlich eigentlich gewollt ist, wird durch eine davon abweichende, steuerlich begünstigende Rechtsgestaltung verdeckt. Das aber wird steuerrechtlich nicht akzeptiert, sondern der reale Vorgang ist entscheidend. Das gilt etwa dann, wenn ausländische Unternehmen nur zum Schein in den Vertrieb von Produkten eingebunden werden, um Gewinne ins Ausland zu verlagern.⁴⁴ Und ganz ähnlich formuliert der EuGH: Nicht akzeptiert werden rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen, die allein den Zweck haben, Steuervorteile zu erlangen,⁴⁵ das nur „formale“ Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen reicht nicht⁴⁶.

Überträgt man das auf die soeben behandelten Umsatzsteuerkarusselle und Kettengeschäfte, so entspricht dieser Grundgedanke dem oben entwickelten Ergebnis.⁴⁷ Die Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs liegen nicht vor, wenn anders als vorgegeben gar keine realen Geschäfte getätigt wurden. Nicht die rechtliche Gestaltung, sondern der wirkliche Vorgang ist entscheidend.

Bei der Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung ist das jedoch anders. Es liegt in zwei der vom BGH entschiedenen Fälle schon gar kein Missbrauch der die innergemeinschaftliche Lieferung regelnden Normen vor, sondern der dem äußeren Anschein nach durchgeführte Vorgang entsprach in seinem steuerlich relevanten Kern dem tatsächlich durchgeführten Geschäft: Es wurde eine innergemeinschaftliche Lieferung vorgenommen,

fangs der Lieferungen, keine Veräußerung an Endverbraucher, keine chronologischen Rechnungsnummern; FG Baden-Württemberg DStRE 2008, 449: Doppel- und Mehrfachdurchläufe derselben Ware.

⁴⁴ BGH wistra 1982, 108.

⁴⁵ EuGH DStR 2006, 1686, 1690 Rn. 54 – Cadbury Schwepes; vgl. Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 1240 m.w.N.

⁴⁶ EuGH DStR 2006, 420, 424 Rn. 74 – Halifax.

⁴⁷ Unter III. 1.

⁴¹ Vgl. Ransiek, in Kohlmann (Fn. 10), § 370 AO Rn. 58.

⁴² BGH HRRS 2009 Nr. 728; BGH NJW 2009, 1516, 1518 Rn. 23 = HRRS 2009 Nr. 178.

⁴³ Vgl. BFH DStR 2007, 1524, 1525, 1528: keine Werbemaßnahmen oder Preiskalkulationen erkennbar, keine Rabatte oder Skonti, keinerlei Reklamationen trotz größeren Um-

d.h. der wirtschaftliche Erfolg einer Lieferung war in diesen Fällen tatsächlich gewollt und trat auch ein – es gab einen „echten“ Käufer, nicht nur einen Scheinkäufer.⁴⁸ Diese Lieferungen hatten also gerade nicht das alleinige⁴⁹ Ziel, Steuern zu hinterziehen. Deutlich ist das vor allem dann, wenn im Bestimmungsland die Waren durch die Empfänger an Endverbraucher weiterveräußert wurden.⁵⁰ Kurz: Es liegt nicht nur der Schein einer innergemeinschaftlichen Lieferung, sondern tatsächlich eine solche Lieferung vor. Die aber ist steuerfrei und kann deshalb keinen Hinterziehungserfolg i.S. des § 370 AO begründen.

Durch die Regelungen der innergemeinschaftlichen Lieferung soll erreicht werden, dass die Lieferung von der inländischen Umsatzsteuer befreit wird, um sodann mit der Umsatzsteuer des Bestimmungslandes beim Erwerber belastet zu werden. Nur das Bestimmungslandprinzip garantiert die zwischen den Mitgliedstaaten erstrebte Neutralität der Umsatzsteuer.⁵¹ Genau ein solcher Vorgang liegt hier aber vor: eine Lieferung von der Bundesrepublik in einen anderen Mitgliedstaat der EG. Es ist also nicht zutreffend, wenn der BGH ausführt, dass Fälle der vorliegenden Art darauf abzielten, die ordnungsgemäße Besteuerung auch im *Ursprungsland* zu verhindern. Im Ursprungsland soll gerade keine Steuer anfallen. Das Argument des 1. Strafsenats, hier liege nicht lediglich ein Fall des Gestaltungsmissbrauchs vor, sondern sogar ein Fall des systematischen Steuerbetrugs, dem erst recht die steuerbegünstigende Wirkung zu versagen sei, trägt deshalb ebenfalls nicht: Es liegt *noch nicht einmal* die Voraussetzung vor, die die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs tragen würde.

Anders ist das auf den ersten Blick freilich dann, wenn ein Karussellgeschäft durchgeführt wird.⁵² Werden Mobiltelefone aus Italien in die Bundesrepublik geliefert und über Umwege nur wieder an den ursprünglichen Lieferanten zurückveräußert, liegt ein reales Geschäft nicht vor. Insofern kann man vom bloßen Schein einer Lieferung sprechen. Sie wird nur formal durchgeführt, ohne einen realen wirtschaftlichen Hintergrund zu haben. Trotzdem ist kein Missbrauch gegeben. Das macht der Vergleich mit dem unberechtigten Ziehen von Vorsteuer deutlich. Liegt kein reales Geschäft vor, gibt es keinen Grund für eine Steuerbefreiung. Es gibt aber auch keinerlei Grund für eine Umsatzbesteuerung, da es nur um den Schein eines Umsatzes geht. Bei Scheingeschäften rechtfertigt allein der Ausweis von Umsatzsteuer in einer Rechnung nach § 14 UStG wegen der dadurch hervorgerufenen Gefahr, dass der Empfänger die ihm in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend macht, das Entstehen der Steuerpflicht beim Rechnungsaussteller.⁵³ Eine solche Gefahr, die der Empfänger ausnutzen könnte, entsteht bei einer Steuerbefreiung aber gerade nicht.

⁴⁸ FG Baden-Württemberg v. 11.3. 2009 – 1 V 4305/08 Rn. 26; vgl. *Bielefeld* DStR 2009, 580, 581, der andererseits das umsatzsteuerrechtliche Ergebnis für überzeugend hält, a.a.O. 580.

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 1516, 1517 Rn. 12 = HRRS Nr. 178; EuGH DStR 2006, 420, 424 Rn. 69 – Halifax .

⁵⁰ So BGH HRRS 2009 Nr. 728.

⁵¹ Vgl. *Reiß*, in Tipke/Lang (Fn. 33), § 14 Rn. 100 ff.

⁵² So in BGH wistra 2009, 238.

⁵³ Siehe oben unter III.1.

Niemand kann wegen der Steuerbefreiung im Inland Vorteile im Ausland erlangen. Im Gegenteil: Erfolgt die Befreiung im Inland, entsteht die Erwerbsbesteuerung im Ausland. Auch für diesen Fall liegt damit kein Missbrauch vor.

b) Steuervorteil durch falsche Angabe des Empfängers?

Unzutreffend ist die Angabe des Empfängers der Ware im Bestimmungsland. Daraus folgt aber aus Sicht des Lieferanten im Ursprungsland kein irgendwie gearteter Steuervorteil, der ihm gewährt würde und den man ihm wegen Missbrauchs versagen könnte, sondern die Befreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung entspricht nur dem System der grenzüberschreitenden Umsatzbesteuerung. Es geht um die Verteilung der Umsatzsteuer zwischen Ursprungs- und Bestimmungsland, nicht um Steuervorteile für Lieferant oder Empfänger. Aus gutem Grund wird deshalb in § 6a Abs. 1 Nr. 3 UStG und in Art. 28c A lit. a der 6. Richtlinie nicht darauf abgestellt, ob tatsächlich im Bestimmungsland Umsatzsteuer erhoben wird, sondern ob im Bestimmungsland die Lieferung rechtlich unter die Umsatzbesteuerung fällt.

Würde man ein missbräuchliches Zusammenwirken von Lieferant und Empfänger und eine deshalb zu versagende Steuerbefreiung des Lieferanten schon immer dann annehmen, wenn der Lieferant weiß, dass der Empfänger die für den Erwerb anfallende Umsatzsteuer hinterziehen wird, passte das recht offensichtlich nicht zu dem Ziel, gerade nicht die tatsächliche Besteuerung im Bestimmungsland als Voraussetzung der Steuerbefreiung im Ursprungsland zu wählen. Begreift man aber die Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung als Vorteil des Lieferanten, so müsste dieser ihm nach der Argumentation des 1. Strafsenats dann schon genommen werden, wenn er die Steuerhinterziehungsabsicht des Empfängers kennt – die Inanspruchnahme des Vorteils wäre unlauter, wenn sie unter Berücksichtigung des Verhaltens des Empfängers zu Unrecht erfolgt. Geht es aber gar nicht um Vorteile, sondern um das System der Umsatzsteuerverteilung zwischen den Mitgliedstaaten, ist die Missbrauchsdiskussion verfehlt.⁵⁴ Die Befreiung von der deutschen Umsatzsteuer erfolgt nicht zugunsten des Lieferanten, sondern damit der Erwerb wettbewerbsneutral der Umsatzbesteuerung im Bestimmungsland unterliegt.

Anders als bei unberechtigter Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs ohne wirkliches Geschäft entsteht hier durch die falsche Angabe der Abnehmer deshalb keine Gefahr für das *deutsche* Steueraufkommen.⁵⁵ Man kann eine Gefahr für das Umsatzsteueraufkommen des Bestimmungslandes annehmen; diese ist aber nur unter den (zurzeit noch nicht gegebenen)⁵⁶ Voraussetzungen des § 370 Abs. 6 S. 2 AO von der deutschen Strafnorm erfasst. Der EuGH hat Recht, dass man die Nichterhebung von Mehrwertsteuer auf eine innergemeinschaftliche

⁵⁴ Vgl. BFH DStR 2009, 1693: Versagung der Steuerfreiheit evtl. unzulässiger Sanktionscharakter.

⁵⁵ Vgl. oben III.1.

⁵⁶ Siehe dazu unten IV. Siehe auch *Schaufl/Höink* PStR 2009, 58, 61.

Lieferung durch den Herkunftsstaat der Lieferung, die grundsätzlich zu einer Erhebung von Mehrwertsteuer geführt hätte, nicht als Gefährdung des Steueraufkommens ansehen kann, da solche Einnahmen dem Mitgliedstaat zustehen, in dem der Endverbrauch erfolgt.⁵⁷ Die Steuerbefreiung der innergemeinschaftlichen Lieferung entspricht also in den vom 1. Strafsenat zu beurteilenden Fällen dem europarechtlich vorgesehenen System der Umsatzsteuer.⁵⁸

Da es nicht um die Gewährung oder Versagung von Steuervorteilen, sondern um das System der Umsatzsteuer geht, gilt das auch dann, wenn die Ware in das Ursprungsland zurückkehrt und ein Karussellgeschäft vorliegt.⁵⁹ Zwar gibt es insofern kein reales, wirtschaftlich gehaltvolles Geschäft. Aber die Regeln der innergemeinschaftlichen Lieferung legen fest, wann das Umsatzsteuerregime des Ursprungslandes durch Befreiung von der Umsatzsteuer endet und das Umsatzsteuerregime des Empfängerstaates beginnt. Das lässt sich zwanglos danach bestimmen, ob eine Ware innergemeinschaftlich geliefert wird und die Grenze überschreitet. Insbesondere die evtl. Rückabwicklung der Umsatzsteuerzahlungen hat dann in dem Land zu erfolgen, in dem die Umsatzsteuer entrichtet und Vorsteuer gezogen wurde.

c) Umsatzsteuer im Ursprungs- oder Bestimmungsland?

Fiele – mit dem BGH – Umsatzsteuer in der Bundesrepublik, also im Ursprungsland an, müsste man konsequent davon ausgehen, dass dann im Bestimmungsland keine Umsatzsteuer entsteht. Eine doppelte Umsatzsteuerbelastung widerspräche dem Ziel der Neutralität der Steuer bei innergemeinschaftlichen Lieferungen. Denn der Lieferant müsste notwendig die doppelte Steuerlast in seinen Preis einkalkulieren und wäre im Wettbewerb gegenüber im Bestimmungsland produzierenden Herstellern benachteiligt. Aber auch der Anfall von Umsatzsteuer im Inland soll vermieden werden. Für den Wettbewerb im Bestimmungsland neutral ist die Umsatzsteuer nur dann, wenn sie dem Bestimmungsland-, nicht aber dem Ursprungslandprinzip folgt.⁶⁰

Würde in der Bundesrepublik keine Umsatzsteuerbefreiung gewährt, in Italien oder Portugal aber die dortige Umsatzsteuer für den innergemeinschaftlichen Erwerb gleichwohl anfallen (geschützt durch die dortigen Strafvorschriften), wäre das Ergebnis also schief und wettbewerbsbeschränkend. Schief wäre es aber auch, wenn im Inland die Steuerbefreiung für die Lieferung nicht gewährt, der Erwerb im Bestimmungsland aber steuerfrei gestellt würde, weil das dem Bestimmungslandprinzip zuwiderliefe. Dann würden die Fälle von den Füßen auf

den Kopf gestellt: Die eigentlichen Tathandlungen, nämlich das unberechtigte Geltendmachen von Vorsteuer unter gleichzeitiger Hinterziehung der geschuldeten Umsatzsteuer fanden in Italien und Portugal statt.

Die Kettenbildung und die Verschleierung des tatsächlichen Empfängers sollten die spätere Umsatzsteuerhinterziehung im Bestimmungsland ermöglichen. Der Lieferant mag wirtschaftliche Vorteile dadurch haben, dass er einen höheren Preis vom Empfänger im Bestimmungsland verlangen kann, weil diesem die spätere Steuerhinterziehung ermöglicht wird. Darum geht es aber bei § 370 AO gar nicht. Hier muss ein Nachteil für das Steueraufkommen des Staates eintreten, nicht sonstige Nachteile, die dadurch entstehen, dass sich der Täter irgendwelche anderen Vermögensvorteile verschafft.

IV. Schluss

Der 1. Strafsenat des BGH verstößt mit seiner Auslegung des § 370 AO i.V.m. § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UStG nicht gegen die durch Art. 103 Abs. 2 GG verbindliche Wortlautgrenze, da § 6a UStG nicht Teil des Straftatbestands ist. Es ist aber zu hoffen, dass der EuGH den BGH im Hinblick auf die Auslegung des Art. 28c der 6. Richtlinie inhaltlich korrigiert, da für die Steuerbefreiung bei innergemeinschaftlichen Lieferungen das rechtliche System der Umsatzsteuerverteilung, nicht aber die tatsächliche Besteuerung im Bestimmungsland entscheidend ist. Hier liegt keine missbräuchliche Inanspruchnahme eines Steuervorteils vor. Es handelte sich nicht nur um scheinbare, sondern um reale innergemeinschaftliche Lieferungen, die nach europäischen Vorgaben im Herkunftsland steuerfrei sind.

Das bedeutet nicht, dass das deutsche Steuerstrafrecht in Fällen der vorliegenden Art irrelevant wäre und gar nicht greifen könnte. In § 370 Abs. 6 S. 2 AO ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Norm auch dann gilt, wenn sich die Tat auf Umsatzsteuern bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der EG verwaltet werden. Das setzt allerdings voraus, dass die Gegenseitigkeit der Strafverfolgung zur Tatzeit verbürgt und dies in einer Rechtsverordnung festgestellt ist, was zurzeit nicht der Fall ist.⁶¹ Dann gilt § 370 AO nach seinem Abs. 7 auch für Taten, die außerhalb des Geltungsbereichs der AO begangen werden.

Wäre also die Gegenseitigkeit im Sinne des § 370 Abs. 6 S. 3 AO verbürgt, wäre das Ergebnis auch strafrechtlich stimmig: Diejenigen, die unrichtige Belege über scheinbare Abnehmer in anderen EG-Mitgliedstaaten ausstellen und wissen, dass dadurch eine Umsatzsteuerhinterziehung im Bestimmungsland unterstützt wird, sind wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1, Abs. 6 AO, § 27 StGB strafbar. Durch die Verschleierung fördern sie fremde Taten.⁶² Der 1. Strafsenat sagt es eigentlich selbst: „Der Steuerpflichtige geht in einer solchen Situation den Urhebern der Hinterziehung zur Hand und

⁵⁷ EuGH EuZW 2007, 669, 671 Rn. 37 – Collée; BFH DStR 2009, 1693.

⁵⁸ FG Baden-Württemberg v. 11.3. 2009 – 1 V 4305/08 Rn. 26; vgl. EuGH EuZW 2007, 664, 666 Rn. 37 – Teleos: Grundvoraussetzung der innergemeinschaftlichen Lieferung ist Grenzübertretung.

⁵⁹ Vgl. BGH wistra 2009, 238.

⁶⁰ Reiß, in Tipke/Lang (Fn. 33), § 14 Rn. 100 ff. Das ist natürlich dann anders, wenn die Umsatzsteuer innergemeinschaftlich einheitlich geregelt ist.

⁶¹ Wulf StbG 2008, 328, 330.

⁶² Vgl. nur BGHSt 46, 107.

macht sich ihrer mitschuldig“. Es ist aber nicht überzeugend aus der Hilfeleistung zur Steuerhinterziehung eines anderen durch die Versagung einer Steuerbefreiung eine

eigene täterschaftlich begangene Steuerhinterziehung zu machen.

Aufsätze und Anmerkungen

Wiedergeburt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“?

Zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG vom 2. Juli 2009
(2 BvR 2225/08 – BVerfG HRRS 2009, Nr. 648)

Von Rechtsanwalt Dr. Jens Dallmeyer, Lehrbeauftragter a.d. Goethe-Universität Frankfurt am Main

I. Einführung

Das BVerfG hat sich lange Zeit aus der Dogmatik der strafprozessualen Beweisverbote herausgehalten. So zog das BVerfG selbst noch im Jahr 2000 das Fazit, dass „es feste verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen von Verfassungen wegen ein Beweisverbot im Strafverfahren in Betracht kommt, in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht gibt.“¹ Anders betrachtet hat das BVerfG Beweisverbotsprobleme weitgehend der Rechtsprechung der Fachgerichte – also insbesondere des BGH – überlassen. Die Formulierungen „von Verfassungen wegen“ und „noch nicht“ deuteten allerdings an, dass man die Entwicklung einer genuin verfassungsrechtlichen Perspektive für die Zukunft in Betracht ziehen müsse.

In letzter Zeit finden sich in verfassungsgerichtlichen Judikaten im Gegensatz dazu zunehmend Formulierungen, die man so verstehen muss, dass das BVerfG der Rechtsprechung der Fachgerichte „seinen Segen“ gibt.² Das bedeutet in der Konsequenz zugleich einen Abschied von der Möglichkeit der Entwicklung einer spezifisch verfassungsrechtlichen Lösung. Die wesentlichen Merkmale der vom BVerfG in der hier zu besprechenden Entscheidung erneut und vertieft praktizierten „Einsegnung“ der Rechtsprechung der Fachgerichte werden im Folgenden systematisch nachvollzogen und kritisch gewürdigt.

¹ BVerfG NStZ 2000, 489, 490; vgl. auch *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. (2008), S. 44 ff., 110 f.; *Jahn*, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages (2008), Gutachten C, C 48 (jeweils m.w.N.).

² So zutreffend *Tausch* NJW-Spezial 2009, 552, 553.

II. Verletzung eines Beweiserhebungsverbots

Relevanz besitzt die Wende in der Rechtsprechung des BVerfG allein für die im Zentrum der Beweisverbotsdogmatik stehenden so genannten unselbständigen Beweisverwertungsverbote. Das sind Verbote, die die Verwertung eines Ermittlungsergebnisses hindern und die man unselbständig nennt, weil sie die Folge der Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes sind.³ Nicht betroffen sind die eher seltenen so genannten selbständigen Beweisverwertungsverbote, deren Behandlung – auch durch die Fachgerichte – seit jeher einer verfassungsrechtlichen Perspektive folgt.⁴

Dass in dem der vorliegenden Entscheidung zugrunde liegenden Strafverfahren gegen beweisrechtliche Vorschriften verstoßen – also ein Beweiserhebungsverbot verletzt – wurde, konnte das BVerfG ohne weiteres annehmen, da es selbst in einer früheren Entscheidung die entsprechende Feststellung getroffen hat⁵: Vor etwa sechs Jahren hatten die Ermittlungsbehörden von Umständen erfahren, die vage darauf hindeuteten, dass der Beschuldigte in betrügerische Ebay-Geschäfte verwickelt gewesen sein könnte. Die Ermittlungsbehörden hatten daraufhin eine Wohnungsdurchsuchung angeordnet und durchgeführt, bei der zwar nicht die erhofften Beweise, aber rund 463g Haschisch mit einem Wirkstoffgehalt von rund 39g THC sowie zwei Feinwaagen gefunden wurden. Auf die Verfassungsbeschwerde des Beschuldigten hin judizierte das BVerfG vor knapp vier Jahren, dass die Schwere des mit der Durchsuchung verbundenen Grund-

³ *Dallmeyer*, in: Heghmanns/Scheffler (Hg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Kap. II, Rn. 387.

⁴ Dazu *Dallmeyer*, Handbuch (Fn. 3), Kap. II, Rn. 402.

⁵ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2006, 110 (auch zum – hier stark vereinfacht wiedergegebenen – Sachverhalt).

rechtseingriffs außer Verhältnis zur Stärke des Tatverdachts gestanden habe. Angesichts dessen, dass auf eine Täterschaft des Wohnungsinhabers allenfalls Umstände von geringem Gewicht hindeuteten, hätten die Ermittlungsbehörden zunächst grundrechtsschonendere Ermittlungsschritte vornehmen müssen, um den allenfalls geringen Tatverdacht zu überprüfen. Das BVerfG sah hierin eine Verletzung des Art. 13 Abs. 1 GG.

In den Worten des einfachen Rechts ausgedrückt: Die Beweiserhebung durfte nicht gem. § 102 StPO als Wohnungsdurchsuchung durchgeführt werden, weil kein hinreichend starker Anfangsverdacht vorlag.

III. Folgen der Verletzung

Auf die Frage nach den Folgen der Gesetzesverletzung hatten die Strafverfolgungsbehörden keine Antwort, die den Beschuldigten befriedigt hätte: Das Amtsgericht hatte ihn zwar freigesprochen und für die bei ihm gefundenen Gegenstände ein Beweisverwertungsverbot angenommen. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft wurde er jedoch verurteilt, wobei das Landgericht – wie auch das die Revision verwerfende Oberlandesgericht – die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ablehnte. In seiner auf die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ergangenen Entscheidung macht sich das BVerfG nun im Wesentlichen Grundsätze zu eigen, die der Bundesgerichtshof in den letzten Jahrzehnten kanonisiert hat.⁶ Zwar heißt es zunächst, dass „die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften hat und ob hierzu insbesondere ein Beweisverwertungsverbot zählt“, in erster Linie den Fachgerichten obliege.

1. Kein Automatismus sondern Abwägung

Sodann zitiert das BVerfG jedoch die fachgerichtliche Rechtsprechung, wenn es fortfährt:

„Dabei gehen die Strafgerichte in gefestigter, willkürfreier Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist.“

Dieser Satz gibt nicht nur zutreffend wieder, von welchem rhetorischen Ausgangspunkt aus die Strafgerichte heute argumentieren, sondern man darf die positive Kennzeichnung dieses Ausgangspunktes als „gefestigt“ und „willkürfrei“ als Billigung der Vorgehensweise der Strafgerichte verstehen. In Einklang steht dies mit dem Meinungsbild des letzten Deutschen Juristentages, auf

⁶ Zu dieser Kanonisierung s. bereits *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 156 f. und 163 f.

dem eine deutliche Mehrheit der Abstimmenden dafür votierte, dass es „bei Verstößen gegen Vorschriften des einfachen Rechts, die der Gewährleistung der Grundsätze des fairen Verfahrens dienen, ... zusätzlich einer Abwägung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls“ bedarf, um ein Beweisverwertungsverbot annehmen zu können.⁷

Die Überantwortung dieser Frage in die Abwägung sieht sich freilich seit langem heftiger Kritik ausgesetzt, die hier nicht im Einzelnen wiederholt werden soll.⁸ Vor allem anderen übersieht der Abwägungsgrundsatz, dass auch die Verwertung der Ermittlungsergebnisse in Grundrechte eingreift und daher – wegen des Vorbehalts des Gesetzes – einer gesetzlichen Befugnisnorm bedarf.⁹ So liegt laut BVerfG in der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation ein Eingriff in Art. 13 GG auch in der Verwertung der bei der Durchsuchung gefundenen Beweise: „Die Gewährleistung des Art. 13 Abs. 1 GG ... erstreckt sich auch auf den Gebrauch, der von den durch das Eindringen in die Wohnung erlangten Kenntnissen gemacht wird.“¹⁰ An der Richtigkeit dieser Ausdehnung des Schutzes des Art. 13 Abs. 1 GG auf die Verwertungsphase kann man zwar zweifeln; in jedem Fall greift die Verwertung aber in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein.¹¹ Damit bedarf neben der Beweiserhebung auch die Beweisverwertung einer gesetzlichen Grundlage, die jedoch – wie man bereits der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme entnehmen kann – fehlt.

2. Regel-Ausnahme-Mechanismus

Wer diese grundsätzliche Kritik nicht teilt, sondern unbefangen dem Abwägungsgrundsatz folgt, wird vielleicht annehmen, dass die Abwägung a priori ergebnisoffen sein müsse. Dem ist nach der Rechtsprechung der Strafgerichte jedoch nicht so. Bereits 1998 judizierte der 3. Strafsenat des BGH, ein Beweisverwertungsverbot bedeute „eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.“¹² Dem folgt

⁷ Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages (2008), Beschlüsse, S. 11, Frage II.5.b. (Abstimmungsverhältnis 54:16:6).

⁸ Überblick bei *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 155 ff. (zur „Abwägungslehre“) und S. 110 ff. (zu Abwägungen praeter legem). S. zur Kritik an der „Abwägungslehre“ auch *Jahn*, Gutachten (Fn. 1), C 45 ff. + 58 ff.; *Strate* HRRS 2008, 76 ff.; *Amelung*, in: FS Bemmman (1997), S. 521 ff.; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote (1995), S. 30 ff.; *Müssig* GA 1999, 119, 39 ff.

⁹ Zur daraus folgenden strengen Beweisbefugnislehre s. *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), insb. S. 32 ff.; *Jahn/Dallmeyer* NStZ 2005, 297 ff. S. auch *Jahn*, Gutachten (Fn. 1), C 66 ff., wonach grundsätzlich § 244 Abs. 2 StPO für die Verwertung der – auch rechtswidrig gewonnenen – Beweise ausreichen soll. Dies ist abzulehnen (s. wiederum *Dallmeyer*, Beweisführung, Fn. 1, S. 97 f.).

¹⁰ So schon BVerfGE 109, 279, 325 f. = NJW 2004, 999, 1005 = HRRS 2004 Nr. 170 („großer Lauschangriff“).

¹¹ Zu den Zweifeln s. *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 50 und zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung S. 48 ff.

¹² BGHSt 44, 243, 249; vor kurzem bestätigt in BGHSt 51, 285, 290.

nun das BVerfG, indem es diese Formulierung wortgleich übernimmt.

Nicht entnehmen kann man der vorliegenden Entscheidung des BVerfG hingegen den Umstand, dass sich auch der Ausnahme-Topos seit langem heftiger Kritik ausgesetzt sieht. Diese Kritik betrifft schon die Entstehung des Ausnahme-Topos. Der 3. Senat hat sich hierfür einerseits auf eine eigene jüngere Entscheidung, andererseits auf ältere Rechtsprechung des BGH berufen. In der eigenen jüngeren Entscheidung hatte sich der 3. Senat auf eine Veröffentlichung eines BGH-Richters bezogen.¹³ Dieser hatte – wiederum unter Bezug auf ältere BGH-Rechtsprechung – in der Tat formuliert, „dass im Hinblick auf das in der Verfassung niedergelegte Gebot einer effektiven Strafrechtspflege Verwertungsverbote – die stets einen Eingriff in die richterliche Wahrheitsfindung darstellen – auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben müssen.“ Soweit sich der 3. Senat und jener BGH-Richter auf ältere BGH-Rechtsprechung berufen, wurde dort allerdings der Ausdruck „Ausnahme“ im Hinblick auf das Verwertungsverbot allein in einem deskriptiven Sinne verwendet, insofern als jedes Verwertungsverbot naturgemäß eine Ausnahme von einer als umfassend verstandenen Ermittlungspflicht darstellt.¹⁴ Die Entwicklung des für die Dogmatik der selbstständigen Beweisverwertungsverbote so wichtigen Begriffs „Ausnahme“ von einem deskriptiven zu einem normativen Begriff beruht also auf einem Missverständnis älterer BGH-Rechtsprechung. Dies ist auch unabhängig von der berechtigten inhaltlichen Kritik am Ausnahme-Topos¹⁵ jedenfalls als problematischer Umgang mit den Quellen der betreffenden Rechtsfindung anzusehen, zumal die Rechtsprechung bis heute keine überzeugende Begründung für den Ausnahme-Topos vorgelegt hat.

Passend dazu ist auch die vorliegende Entscheidung des BVerfG in ihrer Übernahme des Ausnahme-Topos nicht frei von solchen Quellen-Problemen. Beim BVerfG heißt es nämlich weiter: „Insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwer wiegenden Fehlers können – müssen indes nicht in jedem Fall – danach ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.“ Bemerkenswert ist an dieser Passage der eingeschobene Nebensatz, der die Annahme von Beweisverwertungsverböten bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug und anderen besonders schwer wiegenden Fehlern relativiert. Mit dieser Relativierung folgt das BVerfG der Abwägungslogik, bei der man sich naturgemäß nie sicher sein kann, ob im Einzelfall ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist. Das BVerfG

zitiert hierfür zwei BGH-Entscheidungen, so dass der Eindruck entsteht, auch insoweit übernehme es lediglich eine vorgefundene – gefestigte und willkürfreie – Rechtsprechung der Strafgerichte.

In den beiden zitierten BGH-Entscheidungen ist jedoch nicht davon die Rede, dass auch bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder anderen besonders schwer wiegenden Fehlern die Abwägung zugunsten der Verwertung ausgehen könne.¹⁶ Vielmehr liest es sich dort so, als ob bei derart schwerwiegenden Fehlern die Annahme eines Beweisverwertungsverbots vorgezeichnet sei. Damit befinden sich die beiden BGH-Entscheidungen in Einklang mit weiterer aktueller strafgerichtlicher Rechtsprechung, die infolge jener bekannten Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2001 ergangen ist, in der es die strengere Beachtung des Richtervorbehalts bei Durchsuchungsanordnungen eingefordert hatte.¹⁷ Nach dieser Entscheidung war lange unklar, welche Konsequenzen zukünftig ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt haben sollte.¹⁸ Erst in letzter Zeit schien sich gleichsam die Tendenz zu einem Minimalkonsens dahingehend herauszubilden, dass zumindest bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder anderen besonders schwer wiegenden Verstößen regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen sei.¹⁹ Das ist nun Rechtsgeschichte. Die Praxis wird an dem daraus folgenden Verlust von Vorhersehbarkeit nicht leicht tragen, wie auch die Diskussionen und Abstimmungen auf dem letzten Deutschen Juristentag zeigen. So forderte eine deutliche Mehrheit der Abstimmenden eine verlässlichere Vorhersehbarkeit der Anerkennung und der Reichweite von Beweisverboten.²⁰ Und im Tagungsbericht der „Juristenzeitung“ heißt es, dass sich alle Diskussionsteilnehmer ersichtlich darin einig waren, dass nur dann etwas gewonnen wäre, wenn sich Leitlinien herausarbeiten ließen, die dem Rechtsanwender eine verlässliche Beurteilung ermöglichen, was noch im Rahmen des Statthaften liegt und was nicht mehr.²¹ Freilich befinden sich die Anhänger der herkömmlichen Beweisverbotsdogmatik hier in einem unauflösbaren Selbstwiderspruch: Abwägung und Vorhersehbarkeit zugleich sind nicht zu haben.

Wie hoch das BVerfG die Latte mit dem Ausnahme-Topos hängt, wird schon an der vorliegenden Entscheidung deutlich. Ein Beweisverwertungsverbot nimmt das BVerfG nicht an, obwohl es selbst festgestellt hatte, dass die inkriminierte Ermittlungsmaßnahme nicht nur einfaches Recht, sondern sogar das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG verletzt hatte. Berücksichtigt man, dass das BVerfG „normale“ Subsumtionsvorgänge des einfachen Rechts nicht nachprüft, sondern nur Auslegungsfehler feststellt, „die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbe-

¹³ BGHSt 42, 372, 377; Jähnke, in: Böttcher (Hg.), Odersky-FS (1996), S. 429.

¹⁴ Vgl. Fezer JZ 1999, 527, der die Genese des Ausnahme-Topos aufdeckt. S. auch Dallmeyer, Beweisführung (Fn. 1), S. 111, 113, 163 ff.

¹⁵ S. dazu Fezer JZ 1999, 528; Rogall in: Ebert u.a. (Hg.), Hanack-FS (1999), S. 301 („...hier wird ein Grundsatz unterstellt, der erst noch zu beweisen wäre.“); Asbrock StV 1999, 189 („Hier zeigt sich, wohin die Abwägungslehre des BGH führen kann. Sie läßt sich im Einzelfall zur Heilung jedweden Verfahrensfehlers einsetzen.“); Wolter in: BGH-FG (2000), Bd. 4, S. 989 („Hier werden Verhältnismäßigkeitsprinzip, Abwägungstheorie und Gesetzesvorbehalt in ein und derselben Entscheidung verabschiedet.“).

¹⁶ Vgl. BGHSt 51, 285, 292; BGH NStZ 2004, 449, 450.

¹⁷ BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121.

¹⁸ Dazu Brüning HRRS 2007, 250, 251 f.; Jahn/Dallmeyer NStZ 2005, 297, 304 m.w.N.

¹⁹ Davon legt insbesondere die vom BVerfG ungenau zitierte Entscheidung BGHSt 51, 285 Zeugnis ab. Zustimmung Roxin NStZ 2007, 616; Brüning HRRS 2007, 250; Mosbacher NJW 2007, 3686.

²⁰ Beschlüsse (Fn. 7), S. 11, Frage I.2.c. (Abstimmungsverhältnis 64:4:8).

²¹ Vgl. T.Günther JZ 2009, 783.

sondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind“²², so fragt man sich, um wieviel schwerer ein Verfassungsverstoß noch sein muss, um die hoch angelegte Latte des BVerfG reißen zu können.

3. Begründung für den Regel-Ausnahme-Mechanismus

Zur Begründung des Ausnahme-Topos finden sich im vorliegenden Beschluss des BVerfG drei Sätze:

„Auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann ... Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.“

Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ ist bekanntlich eine alte Argumentationsfigur und für viele liberal-rechtsstaatlich denkende Juristen ein „rotes Tuch“. Im Zusammenhang mit unselbständigen Beweisverwertungsverboten hat das BVerfG den Topos – soweit ersichtlich – bislang noch nicht verwendet.²³ Überhaupt war die Formulierung in den letzten Jahrzehnten in Entscheidungen des BVerfG nicht mehr anzutreffen. Vielleicht hat dabei der Umstand eine Rolle gespielt, dass es ähnliche, aber weniger pathetische Formulierungen gibt, etwa die vom „im Rechtsstaat wichtigen Allgemeininteresse an der Aufklärung und gerechten Ahndung schwerwiegender Taten“.²⁴ Ein weiterer Grund mag die heftige Kritik gewesen sein, die an dem Topos von den soeben genannten Juristen geübt wurde.²⁵ Diese Kritik weist vor allem hin auf die Funktion dieses Topos, die Strafverfolgungsinteressen sprachlich zu überhöhen, um ihnen in der Abwägung mit den Belangen der Beschuldigten a

priori ein größeres Gewicht beizumessen.²⁶ Warum aber taucht die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ jetzt wieder auf, unschön und unnötig wie sie ist?

Um dies zu verstehen, muss man zurückgehen in das Frühjahr 2008, als im 2. Senat des BVerfG ein Wechsel in der Zuständigkeit für das Strafrecht eintrat. An die Stelle des ausgewiesenen „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – Kritikers *Winfried Hassemer*²⁷ trat nun *Herbert Landau*, der sich pünktlich zum Amtsantritt als Befürworter der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ offenbart hatte.²⁸ Schon in den ersten Sätzen seines einschlägigen Aufsatzes wendet sich *Landau* ausdrücklich gegen *Hassemer* und teilt mit, dass der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ zur „Wiedergeburt“ verholfen werden sollte. Dieses Projekt hat *Landau* zwischenzeitlich offenbar selbst in Angriff genommen, wie einige neue Entscheidungen des 2. Senats zeigen, die bislang keine wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben, in denen aber die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ bemüht wird.²⁹

Zur Begründung der Notwendigkeit der argumentativen Verwendung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ greift *Landau* weit aus in die Strafphilosophie: Zu verorten sei die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ im Endziel der Strafrechtspflege in jeder staatlichen Ordnung.³⁰ Die Strafrechtspflege habe Teil an der Notwendigkeit, im Sinne eines umfassenden inneren Rechtsfriedens soziale Kontrolle durch staatliche Organe auszuüben.³¹ Letztlich gehe es darum, dass jeder Staat das sozialetische Minimum sichern müsse und dies unter den obwaltenden Umständen nur durch das Strafrecht geschehen könne.³² Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sei deshalb nicht nur Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, sondern unabdingbare Voraussetzung für die Existenz und den Bestand des demokratischen Rechtsstaats selbst.³³ Das System sei gefährdet, wenn Straftatopfer und weitergreifend die Rechtsgemeinschaft als solche in ihren Erwartungen auf Schutz des sozialen Nahraums und die Funktionalität der formellen Sozialkontrolle enttäuscht werden; gerade beim Opfer stelle sich der Befriedigungseffekt des Strafrechts nur dann ein, wenn für ihn erfahrbar werde, dass sich das Recht letztlich durchsetze.³⁴

Speziell für Beweisverwertungsverbote macht *Landau* geltend, dass sie angesichts dessen einer besonderen Legitimation bedürften.³⁵ Damit schließt sich der Kreis:

²² Sog. Heck'sche Formel seit BVerfGE 18, 85, 93 = NJW 1964, 1715, 1716; s. dazu *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, 2. Aufl. (2008), Art. 93, Rn. 34.

²³ *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 110 f.

²⁴ So der BGH in der den normativen Ausnahme-Topos begründenden Entscheidung (St 44, 243, 250).

²⁵ S. nur *Hassemer* StV 1982, 275 ff.; *Limbach*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hg.), 20. Strafverteidigertag (1996), S. 35 ff.; *Niemöller/Schuppert* AöR (107) 1982, 387, 394 ff.; *Jahn*, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime (1998), S. 189 ff.; *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 110 ff.

²⁶ *Hassemer* StV 1982, 275, 277 ff.; *Limbach*, a.a.O. (Fn. 25), S. 35, 37 ff.; *Niemöller/Schuppert* AöR (107) 1982, 387, 398 ff.; *Jahn*, Konfliktverteidigung (Fn. 25), S. 197; *Dallmeyer*, Beweisführung (Fn. 1), S. 112 ff.

²⁷ S. wiederum *Hassemer* StV 1982, 275 ff.

²⁸ S. *Landau* NStZ 2007, 121 ff.

²⁹ BVerfG NJW 2009, 1469, 1474 (zur Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigung); 1734, 1735 (zur nachträglichen Änderung der Geschäftsverteilung); BeckRS 2009, 33023 (zum Beschleunigungsgrundsatz).

³⁰ NStZ 2007, 121, 124.

³¹ NStZ 2007, 121, 125.

³² NStZ 2007, 121, 126.

³³ NStZ 2007, 121, 127.

³⁴ NStZ 2007, 121, 129.

³⁵ NStZ 2007, 121, 129.

Die im Ausnahme-Topos enthaltene Vorstellung, dass nicht die Verwertung eines rechtswidrig gewonnenen Beweises, sondern seine Nichtverwertung einer besonderen Legitimation bedürfe, wird begründet auf die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, die – wiedergeboren – die Funktion erfüllt, die sie auch schon in ihrem früheren Leben hatte, nämlich die Belange der Beschuldigten gegenüber den Belangen der Strafjustiz in die zweite Reihe zu verweisen.

4. Zusammenfassende Kritik

Man sieht schnell, dass die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ nicht eigentlich wiedergeboren wurde, ist die Vorstellung von der Wiedergeburt doch typischerweise verbunden mit der Vorstellung einer neuen Gestalt – wovon bei der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ des Jahres 2009 keine Rede sein kann. Vielmehr erinnert die heutige „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ an eine Untote, die am verdienten Ableben gehindert wurde. Die zu ihrer Begründung verwendeten Argumentationsfiguren sind – wie die Formel von der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ selbst – „globale Großformeln“³⁶, die zu einer sachgerechten Konkretisierung des Inhalts der berechtigten Belange der Strafjustiz nicht beitragen können, sondern allein dazu dienen, eine ungleiche Abwägungslage zugunsten der Strafverfolgungsbefugnisse herzustellen. Die gegen die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ seit jeher vorgetragene Kritik wird damit durch ihre aktuelle Verwendung eindrucksvoll bestätigt.

³⁶ S. dazu kritisch *Jahn*, *Konfliktverteidigung* (Fn. 25), S. 192 ff.

Dass man die Totenruhe der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ besser nicht gestört hätte, wird auch deutlich, wenn man versucht, die Bedeutung zu ergründen, die die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ in der Strafsache haben könnte, die der vorliegenden Entscheidung des BVerfG zugrunde liegt. Es ist nicht ansatzweise erkennbar, was die zitierten Großformeln über den streitgegenständlichen Vorwurf des Haschisch-Besitzes aussagen könnten. Bei welchen Opfern hier ein Befriedigungseffekt eintreten soll und kann, ist völlig unklar. Im Übrigen entlarvt der Bezug der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ auf „jede“ staatliche Ordnung gerade für den gegebenen Haschisch-Besitz deren Inhaltsleere. So kann man heute ohne weiteres staatliche Ordnungen finden, in denen ein solcher Besitz straflos ist, wie auch staatliche Ordnungen, die die Todesstrafe verhängen würden. Die Bedeutung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ reduziert sich so gesehen letztlich darauf, dass alles, was die Bestrafung von Straftaten durch Strafjustizsysteme jenseits der gegebenen Regeln des Systems beeinträchtigt, von Übel ist, weil die Strafjustizsysteme nun einmal etabliert wurden, um Straftaten gemäß den Regeln des Systems zu bestrafen.

Dabei wird freilich übersehen, dass bei der Frage nach den Folgen der Verletzung eines Beweiserhebungsverbots die Regeln des Strafjustizsystems gerade nicht eingehalten wurden. Verwendet man die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ in diesem Kontext – und das ist in der vorliegenden Entscheidung des BVerfG erstmals der Fall – streitet die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ für ein Funktionieren des Strafjustizsystems, das keine schützenden Formen zu beachten hat, auch nicht die gegebenen gesetzlichen Regeln. Damit aber wird die an Gesetzlichkeit gebundene Rechtsstaatlichkeit des deutschen Strafverfahrensrechts in ihrem Kern angegriffen.

Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO

Von Richter Ulf Buermeyer, Berlin, und Prof. Dr. Matthias Bäcker, Mannheim*

A. Einleitung

Die Überwachung der Kommunikation im Internet sowie der Zugriff auf Computer über das Netz sind spätestens seit der Diskussion um die sogenannte Online-Durchsuchung¹ zum Dauerbrenner in der innenpolitischen Debatte geworden. Zur Klärung der verfassungs-

¹ Zu den Begrifflichkeiten und zum technischen Hintergrund vgl. eingehend *Buermeyer* HRRS 2007, 154 ff.

rechtlichen Fragen² hat das BVerfG mit seinem Urteil zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz³ (im Folgenden: Online-Durchsuchungs- bzw. OD-Entscheidung) einen maßgeblichen Beitrag geleistet. Auch wo die Entscheidung gewisse Spielräume lässt,

² Zum Diskussionsstand bis zur Entscheidung des BVerfG vgl. die Nachweise bei *Hornung* CR 2008, 299 bei Fn. 1.

³ Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 = HRRS 2008 Nr. 160.

deutet sie vielfach an, in welche Richtung eine verfassungsgemäße Lösung gehen muss. Diese Aussagen werden in der Praxis jedoch nicht immer ernst genommen. Der Beitrag verfolgt das Ziel, die mitunter bedenklich selektive Rezeption der OD-Entscheidung am Beispiel eines amtsrichterlichen Beschlusses zu diskutieren, der die Frage nach der Zulässigkeit der sogenannten „Quellen-TKÜ“ betrifft – gegenwärtig für die Praxis der Sicherheitsbehörden wohl der relevanteste Aspekt der OD-Entscheidung.⁴

I. Hintergrund: Praktisches Bedürfnis nach Telekommunikationsüberwachung an der Quelle

Der Begriff „Quellen-TKÜ“ bezeichnet das Überwachen von Telefongesprächen, die nicht über klassische Telefonverbindungen (Festnetz bzw. Mobilfunk), sondern über das Internet geführt werden (sog. Voice-over-IP- oder kurz VoIP-Verbindungen). Bei VoIP ist es verbreitet, die Audio-Daten in den beteiligten Endgeräten⁵ noch vor dem Versand der Daten über das Internet zu verschlüsseln. In einem solchen Fall ist das „klassische“ Überwachen der Telekommunikation etwa beim Internet-Zugangsanbieter (§ 100a Abs. 1 i.V.m. § 100b Abs. 3 StPO) wenig effektiv: Zwar lässt sich dort der verschlüsselte Datenstrom mitschneiden und hieraus der VoIP-Datenstrom isolieren. Doch ist es nur mit erheblichem Aufwand oder – je nach eingesetztem Verschlüsselungsverfahren – gar nicht möglich, die Daten zu entschlüsseln und so die Sprache wieder hörbar zu machen.⁶

Die am weitesten verbreitete VoIP-Software ist derzeit das kostenlose Produkt *Skype*, das den Datenstrom gleichfalls verschlüsselt. Zwar ist inzwischen öffentlich geworden, dass das dort eingesetzte Verschlüsselungsverfahren offenbar eine „Hintertür“ enthält, die es zumindest dem Anbieter der Software ermöglicht, Gesprächs-

inhalte zu rekonstruieren.⁷ Bisher ist jedoch nicht bekannt geworden, dass deutsche Hoheitsträger diese Möglichkeit nutzen. Außerdem existieren alternative Verschlüsselungsverfahren, sei es als Erweiterungen der VoIP-Verfahren, sei es durch den Aufbau von sogenannten Virtuellen Privaten Netzwerken (VPN). Ein erfolgversprechender Zugriff auf verschlüsselt geführte Internet-Telefongespräche setzt daher zumindest aus praktischer Sicht den Zugriff auf eines der beteiligten Endgeräte voraus, um dort den noch bzw. bereits wieder entschlüsselten Telefonverkehr gleichsam „an der Quelle“ abgreifen zu können und so die eingesetzte Verschlüsselung auf der Übertragungsstrecke leerlaufen zu lassen. Daraus leitet sich auch der hierfür gängige Begriff „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ oder kurz „Quellen-TKÜ“ ab.

Angeichts ihres greifbaren praktischen Bedürfnisses haben die Sicherheitsbehörden in der Diskussion um die „Online-Durchsuchung“ von Anfang an den Wunsch geäußert, mittels Quellen-TKÜ verschlüsselte Telefongespräche mitzuhören und zu diesem Zweck auch heimlich auf den Rechner eines des Gesprächspartner unmittelbar zuzugreifen. Zeitgleich zu dieser Diskussion begannen offenbar noch während des laufenden Verfassungsverfahren zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz die Arbeiten an der Umsetzung einer Quellen-TKÜ gegen die Telefonie-Software *Skype*: Im Januar 2008 veröffentlichte der *Chaos Computer Club* auf seiner Homepage ein Papier aus dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz,⁸ in dem die Kostenlast für die beim Einsatz eines „Trojaners“ gegen *Skype* notwendige Hard- und Software (Polizei- oder Justizetat?) diskutiert wird. Die Authentizität des Dokuments einmal unterstellt, lässt sich aus der Sekundärfrage der Finanzierung folgern, dass seither „Trojaner“ gegen *Skype* im Einsatz sind. Nach dem Papier belaufen sich die Kosten für eine solche Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung an der Quelle auf rund 6000 Euro monatlich; hinzu kommen rund 2500 Euro einmalige Kosten für die Installation der Überwachungssoftware sowie weitere unbezifferte Kosten für die Anmietung zweier Proxy-Server zur Verschleierung der Datenübertragung an das bayerische Landeskriminalamt.

II. Verfassungsrechtliche Problematik

In seinem Urteil vom 27. Februar 2008 geht das BVerfG nicht auf diese konkreten Umsetzungsbemühungen in Bayern, wohl aber auf die Frage der Zulässigkeit der Quellen-TKÜ überhaupt ein. Das Gericht widmet sich insbesondere der Abgrenzung zu noch weitergehenden Online-Zugriffen wie dem Mitschneiden von Tastatureingaben und dem Auslesen der Festplatte oder des Arbeitsspeichers. Es leitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) die neue Schutzdimension der Integrität und Vertraulichkeit des eigengenutzten informationstechnischen Systems – kurz:

* Der Autor *Buermeyer* ist Redakteur der HRRS, Richter des Landes Berlin und derzeit an die Senatsverwaltung für Justiz abgeordnet; der Beitrag gibt allein die persönliche Ansicht des Autors wieder. Der Autor *Bäcker* ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Mannheim. Die zitierten URL waren am 20. Oktober 2009 gültig.

⁴ Kürzlich wurde bekannt, dass das Bundeskriminalamt die seinerzeit im Fokus der Debatte stehende Online-Durchsuchung in Form des heimlichen hoheitlichen Zugriffs auf die Inhalte von Systemen bisher nicht ein einziges Mal durchgeführt hat, obwohl § 20k BKAG hierfür seit 1. Januar 2009 eine Ermächtigungsgrundlage enthält; vgl. <http://www.taz.de/1/politik/schwerpunktueberwachung/artikel/1/ein-streit-um-nichts>.

⁵ Dabei wird es sich gegenwärtig noch regelmäßig um Computer handeln. Allerdings bieten mehr und mehr leistungsfähige Mobilfunkgeräte wie etwa der N-Serie von *Nokia* oder auch das *iPhone* des Herstellers *Apple* Funktionen, um über den Internet-Zugang des Handys Internet-Telefondienste zu nutzen. Der Mobilfunk-Provider O2 hat dies etwa vor kurzem offiziell als zulässige Nutzung seines mobilen Internet-Zugangs anerkannt.

⁶ Zu technischen Einzelheiten vgl. bereits *Buermeyer* HRRS 2007, 154, 159 f. und *Sankol* CR 2008, 13.

⁷ <http://www.heise.de/security/meldung/Spekulationen-um-Backdoor-in-Skype-189880.html>; vgl. hierzu auch *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1021.

⁸ <http://www.ccc.de/updates/2008/bayerntrojaner-wg-skype>.

das IT-Grundrecht – ab. In dieses „neue“ Grundrecht greift die „Quellen-TKÜ“ nur unter bestimmten engen Voraussetzungen *nicht* ein; hierzu werden besondere Sicherungen verlangt, die einen Eingriff ausschließen.⁹

Vor diesem Hintergrund schien die Debatte um die strafprozessuale Quellen-TKÜ *de lege lata* beendet – mangels spezifischer Ermächtigungsgrundlage sprach sich jedenfalls die Literatur einhellig für die Unzulässigkeit der Maßnahme auf der Grundlage des geltenden Rechts aus. Dann jedoch erschienen erste strafprozessuale Veröffentlichungen, die dieses scheinbar eindeutige Ergebnis in Frage stellten,¹⁰ ohne sich mit der bis dahin einhelligen Literaturmeinung auseinanderzusetzen – und offenbar gestützt darauf ist kürzlich in Fachkreisen ein Beschluss eines Amtsgerichts bekannt geworden, das eine Quellen-TKÜ gegen *Skype* ausdrücklich für zulässig erklärt.¹¹

Im Folgenden soll die amtsgerichtliche Entscheidung dokumentiert und analysiert werden, da sie aus zwei Gründen bemerkenswert erscheint: Zum einen ist nicht auszuschließen, dass ihr zumindest in dem betroffenen Bundesland Musterwirkung zukommen könnte, da sie offenbar auch in staatsanwaltschaftliche „Vorlagensammlungen“ Eingang gefunden hat. Zum anderen zeigt die Entscheidung die Konsequenzen, wenn sich die strafprozessuale Diskussion bei der Rezeption eines verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses von der verfassungsrechtlichen Literatur gleichsam lossagt: In Bezug auf die Quellen-TKÜ kann auf diese Weise ein Beobachter, der sich auf die spezifisch strafprozessuale Literatur beschränkt, den Eindruck gewinnen, es habe sich eine „herrschende Meinung“ etabliert, die die Quellen-TKÜ auf der Grundlage des § 100a StPO für zulässig hält. Im Ergebnis tritt in der Bewertung der Quellen-TKÜ in der Literatur ein Schisma ein, gerade so, als gälte für strafprozessuale Eingriffe ein „Grundgesetz light“.

B. Beschluss des Amtsgerichts

Die Entscheidung des Amtsgerichts wird hier nahezu im Wortlaut dokumentiert. Angesichts des laufenden Ermittlungsverfahrens haben die Verfasser alle Details entfernt, die einen Rückschluss auf das konkrete Verfahren zulassen könnten. Sie haben jedoch keinen Anlass zu zweifeln, dass im Anlassverfahren die Voraussetzungen einer „klassischen“ Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO vorliegen. Die Nummern in Klammern zu Beginn jedes Absatzes sind Hinzufügungen der Verfasser; orthografische Fehler wurden korrigiert.

Beschluss des Amtsgerichts vom 17. September 2009

In dem Ermittlungsverfahren gegen ... wegen ...

⁹ BVerfG (Fn. 3), Rn. 188 ff; vgl. im Einzelnen unten S. 4 f.

¹⁰ Vgl. im Einzelnen unter C. I. 4.

¹¹ Bär erwähnt entsprechende Beschlüsse des Ermittlungsrichters des BGH und des AG München bereits in der 52. Ergänzungslieferung des KMR (§ 100a StPO Rn. 32 a.E.), ohne Einzelheiten zu nennen.

I. Der Beschluss des Amtsgerichts vom 28.05.2009 (Az Gs ...) auf Überwachung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs für die Rufnummer ... des Anschlussinhabers ... , verlängert durch Beschluss des gleichen Gerichts vom 19.08.2009 (Az. Gs ...), wird wie folgt ergänzt:

Zur Überwachung der über den oben genannten DSL-Anschluss geführten verschlüsselten Telekommunikation wird die Vornahme hierzu erforderlicher Maßnahmen im Rahmen der Fernsteuerung angeordnet.

II. Zulässig sind jedoch nur solche Maßnahmen, die der Überwachung der Telekommunikation dienen und die für deren Umsetzung zwingend erforderlich sind. Unzulässig sind insbesondere die Durchsuchung des fremden Computers nach bestimmten gespeicherten Dateien sowie das Übertragen und Kopieren entsprechender Daten außerhalb eines Telekommunikationsvorgangs (Datenspiegelung und Datenmonitoring).

III. Zur Überwachung der über den oben genannten DSL-Anschluss geführten verschlüsselten Telekommunikation wird die Vornahme hierzu erforderlicher Maßnahmen im Rahmen der Fernsteuerung angeordnet.

Gründe:

(1) Die von der Staatsanwaltschaft beantragte Maßnahme ist zulässig. Das Amtsgericht – Ermittlungsgericht ist dabei nach § 162 Abs. 1 Satz 1 StPO zur Entscheidung berufen, da zwar eine Abhörmaßnahme am Computer des Beschuldigten innerhalb seiner Wohnung stattfinden soll, damit jedoch ausschließlich die Telekommunikationsüberwachung beim Beschuldigten, nicht jedoch eine Überwachung des Wohnraums nach § 100c StPO i. V. mit § 74a Abs. 4 GVG erfolgen soll.

(2) 1. Die Anordnung der Maßnahme beruht auf § 100a StPO. Dessen Eingriffsvoraussetzungen in das Grundrecht nach Art. 10 GG umfassen auch die Internet-Telefonie und damit die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung nebst den erforderlichen Begleitmaßnahmen (Meyer-Goßner § 100a Rn. 7 m.w.N.; Graf: in, Beck-Onlinekommentar § 100a Rn. 31, 114; Nack, in: Karlsruher Kommentar § 100a Rn. 27; Bär, in KMR § 100a Rn. 30).

(3) Der Beschuldigte ist aufgrund bestimmter Tatsachen verdächtig, Täter einer Katalogstraftat gem. § 100a Abs. 1 [...] StPO zu sein, nämlich [...].

(4) Der Tatverdacht beruht auf dem Ergebnis der bisherigen Telekommunikationsüberwachung sowie der Mitteilung eines der [Kriminalpolizei] namentlich bekannten Zeugen, dem hinsichtlich seiner Personalien Vertraulichkeit zugesichert worden ist. Die bisherigen Ermittlungen haben ergeben, dass der Beschuldigte als Adressat der Maßnahme sich bei der Kommunikation der Sprachübertragung in Echtzeit mittels IP-Protokolls (VoIP) bedient, einer Form der Sprachübertragung über das Internet, wobei die eingesetzte Software (Skype) die Daten verschlüsselt (Bär, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren Rn. 121 ff.; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO § 100a Rn. 16).

(5) Die Tat wiegt auch im vorliegenden Fall schwer, weil [...].

(6) Auf Grund der dargestellten bisherigen Ermittlungen ergeben sich auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass durch diese Anordnung der Überwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden (§ 100a Abs. 4 Satz 1 StPO), weil die Maßnahme auf die im Tenor angegebenen Umfang beschränkt wurde und der Beschuldigte offensichtlich auf diesem Wege auch seine [Straftaten] mitorganisiert.

(7) 2. Bei der vom Beschuldigten für die Kommunikation eingesetzten Software, mittels derer die Telekommunikation verschlüsselt wird, ist der Vorgang nach der Verschlüsselung für die Ermittlungsbehörden weder hör- noch lesbar. Für die technische Umsetzung der Überwachungsmaßnahme ist es daher zwingend erforderlich, die Aufzeichnung der Telekommunikation vorher vorzunehmen. Dazu besteht nur die Möglichkeit, mittels einer noch zu installierenden speziellen Software auf dem Rechner des Betroffenen die noch unverschlüsselten Daten an die Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln. Die Installation dieser Software ist zulässig. Denn ohne die Installation des zusätzlichen Programms auf dem Rechner des Betroffenen kann die Überwachung der über das Internet geführten verschlüsselten Telefonate nicht erfolgen. Die Telekommunikationsüberwachung wäre mithin nicht möglich.

(8) Der Zulässigkeit steht auch nicht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.01.2007 (MMR 2007, S. 237 = HRRS 2007 Nr. 197) entgegen. Anders als dort geht es vorliegend nicht um eine zielgerichtete verdeckte Online-Durchsuchung eines Personalcomputers nach Beweismitteln, für die der BGH das Vorliegen einer gesetzlichen Befugnisnorm verneinte. Ziel der angeordneten Maßnahme ist allein die Überwachung der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und einem Dritten i. S. d. § 100 a StPO ähnlich wie bei einem Abhörgerät, das in ein Telefonendgerät eingebracht wird. Dass diese Maßnahme verdeckt erfolgt, steht dem nicht entgegen, denn Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen erfolgen schon ihrer Natur nach stets ohne Wissen der betroffenen Personen.

(10) 3. Einer speziellen gesetzlichen Regelung zur Installation der Software bedarf es nicht, denn der mit der Installation der entsprechenden Software verbundene ausschließliche Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) ist als Begleitmaßnahme zur Umsetzung der Überwachung gem. § 100a Abs. 1 StPO im Wege der Annexkompetenz zulässig, weil andere mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen (vgl. BGHSt 46, 266 [273 f.] für § 100c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b StPO a.F.). Dazu ist die Beschränkung der Maßnahme, wie im Tenor angeordnet, durch technische Maßnahmen sicherzustellen. Die Überwachung darf sich nur auf Daten eines laufenden Telekommunikationsvorgangs beschränken, es darf zu keinerlei Zugriff auf sonstige auf dem Rechner des Betroffenen gespeicherte Daten kommen, so dass keine Online-Durchsuchung vorgenommen wird (dazu BVerfG NJW 2008, 822, 826 = HRRS 2008 Nr. 160).

(11) 4. Der Anordnung steht auch nicht entgegen, dass der Gesprächsinhalt der verschlüsselten Telefonate nach der Installation des Programms ohne Beteiligung des Netzbetreibers an die Ermittlungsbehörden ausgeleitet wird. Zwar wird in der Kommentarliteratur überwiegend die Auffassung vertreten, § 100a StPO (a.F.) räume den Ermittlungsbehörden nicht die Befugnis ein, Telekommunikation ohne Zutun eines Netzbetreibers zu überwachen (Schäfer: in, Löwe/Rosenberg § 100a Rn. 9 und 31

f.; Meyer-Goßner § 100a Rn. 2; KK-Nack, 5. Aufl., § 100a Rn. 5; so auch Gercke CR 2007, 245, 252).

(12) Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, ergibt sich hieraus aber nicht die Unzulässigkeit der angeordneten Maßnahmen. Denn vorliegend erfolgt die Überwachungsmaßnahme nicht unter Ausschluss des Netzbetreibers. Vielmehr wurde diesem bereits aufgegeben, die in seinem Herrschaftsbereich anfallenden Daten an die Ermittlungsbehörden auszuleiten. Der entsprechende Anordnungsbeschluss dieses Gerichts wird vorliegend lediglich um eine zusätzliche Maßnahme erweitert. Die Daten des Netzbetreibers sind im entschlüsselten Zustand mit den Daten identisch, die mittels des auf dem Rechner des Betroffenen zu installierenden Programms ausgeleitet werden. Im Ergebnis dient die Maßnahme mithin nur der Entschlüsselung der auch beim Netzbetreiber anfallenden Daten (für die Zulässigkeit der Maßnahme auch Bär, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren, Rn. 318 m.w.N.).

(13) Die Anordnung war gem. § 33 Abs. 4 StPO ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten zu treffen, um den Zweck der Untersuchungsmaßnahme nicht zu gefährden.

(14) Eine gerichtliche Entscheidung zu § 101 Abs. 4 Nr. 3, Abs. 5 StPO unterbleibt, da die Entscheidung über das vorläufige Unterlassen der Mitteilung der Maßnahme an die Berechtigten von der Strafverfolgungsbehörde selbst zu treffen ist.

C. Diskussion

Lässt man den Beschluss auf sich wirken, so entsteht zunächst der Eindruck einer „runden“ Entscheidung, die die Kommentarliteratur auswertet und für sich betrachtet durchaus zu überzeugen scheint. Bei genauerer Analyse ergeben sich jedoch durchgreifende verfassungs- wie strafprozessrechtliche Bedenken.

I. Maßstab der OD-Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz versucht, eine Abgrenzung zwischen der „bloßen“ Überwachung der Internet-Telefonie, die als solche allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen ist, und weitergehenden Zugriffen auf das System der Zielperson zu treffen, die in den Schutzbereich des Grundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit des eigengenutzten informationstechnischen Systems eingreifen. Dabei orientiert es sich an Schutzbereich und Schutzzweck des IT- Grundrechts, das als weitere Schutzdimension aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) abzuleiten ist.

1. Schutzgegenstand

Das IT-Grundrecht schützt in sachlicher Hinsicht jedes hinreichend komplexe informationstechnische System.¹² Damit ist der Schutzgegenstand bewusst entwicklungssoffen formuliert: Computer sind unproblematisch erfasst, ebenso aber auch andere elektronische Geräte, sofern ein Zugriff „es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der

¹² BVerfG (Fn. 3), Rn. 203; vgl. vertiefend Bäcker in Uerpmann-Witzack, Das neue Computer-Grundrecht (2009), S. 1, 10 f.; Hornung CR 2008, 299 ff.

Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“.¹³ Darunter fallen etwa auch Handys, solange sie nur nicht lediglich ein Telefonbuch enthalten: Ein typisches Smartphone mit Telefonbuch, Kalender, eMail-Speicher und einigen Gigabyte Speicherkapazität für Fotos und Filme etwa lässt ebenso weitgehende Schlüsse über die Persönlichkeit des Nutzers zu wie mancher Rechner.¹⁴ Wesentlich ist dabei, dass eine so massive Datenerhebung nicht im konkreten Fall eintreten oder auch nur drohen muss; abzustellen ist vielmehr abstrakt auf die Leistungsfähigkeit des betroffenen Systems.¹⁵

2. Schutzrichtungen

Inhaltlich weist das IT-Grundrecht zwei unabhängige Schutzgehalte aus, denn es richtet sich gegen Verletzungen der *Integrität* ebenso wie der *Vertraulichkeit* des informationstechnischen Systems.

a) Integrität des Systems

Der Begriff der Integrität ist der Informationstechnik entlehnt und betrifft – in juristische Terminologie gewendet – die *Zurechenbarkeit* der auf dem betroffenen System gespeicherten Inhalte: Die Integrität des Systems ist bereits dann verletzt, wenn aufgrund der Infiltration nicht mehr zweifelsfrei zu klären ist, ob ein Berechtigter oder ein Dritter für einen gespeicherten Inhalt verantwortlich ist.¹⁶ In den Worten des BVerfG wird die Integrität des geschützten informationstechnischen Systems angetastet „indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen.“¹⁷

Die Schutzbereichsdimension „Integrität“ schützt daher insbesondere vor dem Einbau von Hintertüren in informationstechnische Systeme und vor der Installation sogenannter „Trojaner“.¹⁸ Dies bereits deshalb, weil jede Überwachungssoftware in mehr oder weniger großem Umfang die Kontrolle des Zielsystems ermöglicht und zugleich *prinzipbedingt* Veränderungen am Zielsystem vornimmt oder voraussetzt, nämlich zumindest die notwendigen Manipulationen, um die Funktion des Trojaners selbst zu ermöglichen. Damit ist jedoch die Zurechenbarkeit der Speicherinhalte zum Kreis der berechtigten Nutzer des Systems aufgehoben – und zwar unabhängig von der Frage, ob tatsächlich auch Daten verändert wurden.¹⁹ Derjenige, der einen nicht autorisierten Zugangsweg kontrolliert, hat damit virtuell seinen Fuß in die Tür des Systems gesetzt.

¹³ BVerfG (Fn. 3), Rn. 203.

¹⁴ BVerfG (Fn. 3), Rn. 203.

¹⁵ BVerfG (Fn. 3), Rn. 203; *Hornung* CR 2008, 299, 302.

¹⁶ *Bäcker* in *Uerpmann-Witzack* (oben Fn. 12) S. 13 f.

¹⁷ BVerfG (Fn. 3), Rn. 204.

¹⁸ Zum Begriffsinhalt und zur Herkunft vgl. eingehend *Buermeyer* HRRS 2007, 154 ff.

¹⁹ Ebenso *Böckenförde* JZ 2008, 925, 928.

b) Vertraulichkeit des Systems

Die Vertraulichkeit des eigengenutzten informationstechnischen Systems hingegen schützt „das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben.“²⁰ Ein Eingriff liegt insoweit in Datenerhebungen aus einem informationstechnischen System, die nicht von einem Berechtigten autorisiert sind.²¹

3. Konsequenzen für die Zulässigkeit einer Quellen-TKÜ mittels eines „Trojaners“

Legt man die eben skizzierten Maßstäbe zugrunde, so berührt die Telekommunikationsüberwachung „an der Quelle“ unter Einsatz eines Abhör-Trojaners *potentiell beide* Dimensionen des Schutzbereichs des IT-Grundrechts. Dazu führt das BVerfG wörtlich aus:

„Wird ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert („Quellen-Telekommunikationsüberwachung“), so ist mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung geht weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden ist. Insbesondere können auch die auf dem Personalcomputer abgelegten Daten zur Kenntnis genommen werden, die keinen Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems aufweisen.“

Nach Auskunft der in der mündlichen Verhandlung angehörten sachkundigen Auskunftspersonen kann es im Übrigen dazu kommen, dass im Anschluss an die Infiltration Daten ohne Bezug zur laufenden Telekommunikation erhoben werden, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist. In der Folge besteht für den Betroffenen – anders als in der Regel bei der herkömmlichen netzbasierten Telekommunikationsüberwachung – stets das Risiko, dass über die Inhalte und Umstände der Telekommunikation hinaus weitere persönlichkeitsrelevante Informationen erhoben werden. Den dadurch bewirkten spezifischen Gefährdungen der Persönlichkeit kann durch Art. 10 Abs. 1 GG nicht oder nicht hinreichend begegnet werden.“²²

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass auf der Wertungsebene kein Unterschied zwischen der Überwachung klassischer Telefoniedienste und der Internet-Telefonie besteht:²³ Naturgemäß genießen die kommunikativen Inhalte als solche auch von Verfassungen wegen keinen weitergehenden Schutz, nur weil die Gesprächspartner nicht telefonieren, sondern etwa „skypen“. In diesem Spannungsfeld zwischen den erheblichen Gefahren der Ausweitung der Datenerhebung bei einer Quellen-TKÜ einerseits und dem Streben nach Gleichbehandlung aller TKÜ unabhängig von der Übertragungstechnik andererseits hat sich das BVerfG für eine verfahrensrechtliche Lösung entschieden: Zwar ist auch die Quellen-TKÜ letztlich *materiell* nur an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn es im Einzelfall gelingt,

²⁰ BVerfG (Fn. 3), Rn. 204.

²¹ *Bäcker* in *Uerpmann-Witzack* (Fn. 12), S. 13.

²² BVerfG (Fn. 3), Rn. 188 f.

²³ *Buermeyer* RDV 2008, 8, 10; *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1021.

den Eingriff in die Integritätsdimension des IT-Grundrechts, der in der Installation eines Trojaners stets angelegt ist, gleichsam „einzuhegen“ und weitergehende Eingriffe in den Schutzbereich sicher zu verhindern. Solche weitergehenden Eingriffe könnten etwa in der Erhebung von Daten außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs (dann: Vertraulichkeitsdimension betroffen) oder in einer weitergehenden Beeinträchtigung der Systemfunktionen (Integritätsdimension) liegen. Daher ist die Beschränkung auf die „reine“ Überwachung der Telekommunikation zwingend sowohl durch die technische Gestaltung des Verfahrens als auch durch gesetzliche Vorgaben sicherzustellen. In den Worten des Gerichts:

„Art. 10 Abs. 1 GG ist hingegen der alleinige grundrechtliche Maßstab für die Beurteilung einer Ermächtigung zu einer „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt. Dies muss durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt sein.“²⁴

Man darf davon ausgehen, dass das Hilfsverb „muss“ vom Ersten Senat an dieser zentralen Stelle nicht zufällig verwandt wird.

4. Positionen in der Literatur

Die verfassungsrechtliche Literatur vertrat nach dem Urteil des Ersten Senats einhellig die Auffassung, ohne Gesetzesänderung sei eine strafprozessuale Quellen-TKÜ unzulässig: Die Ermächtigungsnormen in §§ 100a, 100b StPO sind auf eine netzbasierte TKÜ zugeschnitten und enthalten daher keinerlei rechtliche Vorkehrungen, um die Integrität eines infiltrierten Endgeräts zu schonen und „Exzesse“, also Datenänderungen oder Datenerfassungen über die bloße Überwachung der Telekommunikation hinaus, auszuschließen.²⁵ Daraus zogen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zumindest Th. Böckenförde²⁶, Hoffmann-Riem,²⁷ Hornung²⁸ und Bäcker²⁹ den Schluss, dass §§ 100a, 100b StPO den oben unter 3. skizzierten Anforderungen nicht genügen. Sankol³⁰ sowie das LG Hamburg³¹ waren bereits vor der Entscheidung des BVerfG aus anderen Gründen im Ergebnis derselben Ansicht.

In der strafprozessualen Literatur hingegen bekamen die Reaktionen auf die OD-Entscheidung schnell eine andere Färbung:

Nack³² stellte zwar ebenfalls fest, dass „das BVerfG [für die Quellen-TKÜ] verlangt, dass die Einschränkung [auf Daten aus einem laufenden Kommunikationsvorgang] durch technische und rechtliche Vorgaben sichergestellt ist“, und fand „für die Zukunft eine gesetzliche Regelung angezeigt“ – „für eine Übergangszeit“ allerdings meint er, auf die Erfüllung der grundgesetzlichen Vorgaben verzichten zu können,³³ gerade so, als handele es sich bei dem behördlichen Interesse an Maßnahmen der Quellen-TKÜ um einen Fall des Staatsnotstands.

Eine umfassende Aufzählung der Positionen im Schrifttum findet sich bei Meyer-Goßner in der Bearbeitung von Cierniak (56. Auflage), der die oben genannten Stimmen gegen die Tauglichkeit der geltenden StPO als Grundlage der Quellen-TKÜ sorgfältig zitiert, um sich dann jedoch – unter Verzicht auf die zeitliche Begrenzung Nacks – gleichwohl für die generelle Zulässigkeit der Quellen-TKÜ bereits nach geltendem Recht auszusprechen: § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StPO genüge den Vorgaben des BVerfG, denn er stelle sicher, „dass sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt.“³⁴ Inwieweit allerdings die dort normierte Verpflichtung des Richters bzw. Staatsanwalts, in dem die TKÜ anordnenden Beschluss „Art, Umfang und Dauer der Maßnahme unter Benennung des Endzeitpunktes“ anzugeben, wirklich geeignet ist, wirksam den Eingriff in die Integritätsdimension des IT-Grundrechts auf das unvermeidliche Maß zu begrenzen, erschließt sich nicht. Ebenso wenig leuchtet ein, inwieweit die zitierte Verfahrensregel Verletzungen der Vertraulichkeit des Systems verhindern könnte, damit tatsächlich nur in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG eingegriffen wird. Mit dem Verweis auf § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StPO wird der Schutz des IT-Grundrechts entgegen der Forderung des BVerfG maßgeblich dem Ermittlungsrichter überlassen, der über die Anordnung der Quellen-TKÜ entscheidet.

Weitgehend auf eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Lage und den Differenzierungen des BVerfG verzichten schließlich Graf³⁵ und Bär.³⁶ Ersterer konstatiert optimistisch, aber im Gegensatz zu den vom BVerfG hierzu gehörten EDV-Sachverständigen:³⁷ „Weitere Rechnerdaten werden durch eine [Quellen-TKÜ] nicht erhoben“. Daher stehe „der Quellen-TKÜ kein verfassungsrechtliches Hindernis entgegen“. Zum Beleg beruft er sich auf die OD-Entscheidung, wenn auch mit erkennbarem innerem Vorbehalt („so wohl auch BVerfG“). Bär zeichnet zwar die Vorgaben des BVerfG im Ansatz zutreffend nach, verzichtet aber (ohne dies explizit zu machen) auf dessen zentrale Anforderung, nämlich die rechtliche Regelung verfahrensrechtlicher Vorkehrungen zum Schutz der Integrität und Vertraulichkeit des Zielsystems. Es genüge vielmehr, wenn „dies durch die eingesetzte Software sichergestellt“ werde.

²⁴ BVerfG (Fn. 3), Rn. 190.

²⁵ Vgl. zu solchen Vorgaben hingegen § 20k Abs. 2 und 3 i.V.m. § 20l Abs. 2 Satz 2 BKAG und dazu Bäcker, Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, 2009, S. 105 f.

²⁶ JZ 2008, 925, 934 bei Fn. 96, vgl. auch 937.

²⁷ JZ 2008, 1009, 1022.

²⁸ CR 2008, 299, 300 f.

²⁹ In Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2009), S. 99, 131 sowie in Uerpmann-Witzack (oben Fn. 12), S. 22.

³⁰ CR 2008, 13, 17 f.

³¹ MMR 2008, 423 m. abl. Anm. Bär.

³² Nack in *Karlsruher Kommentar zur StPO*, § 100a StPO, Rn. 27.

³³ A.a.O. (vorige Fußnote).

³⁴ Meyer-Goßner, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 56. Auflage, § 100a StPO Rn. 7.

³⁵ Graf in Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, Edition 4 (Stand 15. Juni 2009), § 100a StPO Rn. 114.

³⁶ Bär in KMR, 52. Ergänzungslieferung (Dezember 2008), § 100a StPO Rn. 31.

³⁷ Vgl. BVerfG (Fn. 3), Rn. 189.

II. Unzureichender Schutz des Zielsystems durch das Amtsgericht

Auch der Beschluss des AG entspricht den Vorgaben des BVerfG nicht. Die Anordnung beruft sich ohne nähere Diskussion auf die eben zitierten strafprozessrechtlichen Literaturstellen (vgl. Abs. 2) und entnimmt ihnen, dass sowohl die Überwachung der Telekommunikation mittels eines Trojaners als solche als auch die Installation der Trojaner-Software auf der Grundlage des §§ 100a, 100b StPO zulässig sei. Dass das Gegenteil der Fall ist, wurde eben bereits dargelegt.

Selbst wenn man mit dem AG §§ 100a, 100b StPO für eine taugliche Ermächtigungsgrundlage hielte, wäre zudem zu verlangen, dass die zentrale Anforderung des BVerfG nach Begrenzung der Infiltration des Systems auf die Quellen-TKÜ – und damit immerhin des Eingriffs auf einen solchen in Art. 10 Abs. 1 GG – wirksam umgesetzt wird. Denn mit der als solcher begrüßenswerten Tenorierung bestimmter Begrenzungen der Maßnahme (II. des Beschlusstextes) ist wenig gewonnen, wenn sich eine Quellen-TKÜ gar nicht durchführen lässt, ohne die Integrität und Vertraulichkeit des betreffenden Systems zu gefährden: Wenn Fremd-Software auf einem System installiert wird, so lässt sich nach Auskunft der in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG gehörten Sachverständigen³⁸ niemals ausschließen, dass Daten des Systems erhoben oder verändert werden. Denn zumindest muss die Software selbst auf den Datenträgern gespeichert und im System so verankert werden, dass sie möglichst nicht auffällt, aber z.B. bei jedem Neustart des Systems wieder aktiviert wird, was bestimmte Kenntnisse über das System und Manipulationen seiner Einstellungen und Speicher voraussetzt. All diese Eingriffe stellen zugleich Veränderungen am System dar, die dessen Integrität verletzen. Nicht umsonst wird in der Literatur Skepsis geäußert, ob sich die Anforderungen der OD-Entscheidung an eine Quellen-TKÜ, die allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen wäre, nach gegenwärtigem Stand der Technik überhaupt erfüllen lassen.³⁹ Es wäre Aufgabe des Ermittlungsrichters gewesen, sich zumindest davon zu überzeugen, welche konkreten Maßnahmen geplant sind und ob diese tatsächlich technisch sicherstellen, dass den Anforderungen des BVerfG genügt wird. Falls dies – was naheliegt – nicht möglich ist, bleibt ein einfacher Ausweg: Statt Unmögliches oder in sich Widersprüchliches auf die Gefahr hin anzuordnen, dass die gut gemeinten Begrenzungen in der Praxis missachtet werden müssen, ist der in Rede stehende Grundrechtseingriff abzulehnen.

Äußerst problematisch wäre schließlich, wenn bei einer Quellen-TKÜ – wie es das Papier des bayerischen Staatsministeriums der Justiz nahelegt – zu allem Überfluss Software von privaten Anbietern eingesetzt würde, die ohne den zugrundeliegenden Quelltext geliefert wird und sich damit jeder eingehenden technischen Evaluation durch die Staatsanwaltschaft, die Polizei und das anordnende Gericht entzieht: Selbst bei bestem Willen könnte

³⁸ Vgl. Rn. 189 und 240 der OD-Entscheidung.

³⁹ Bäcker in Rensen/Brink (oben Fn. 26) S. 131.; Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009, 1022; Hornung CR 2008, 299, 300 f.

die Exekutive den Vorgaben eines Beschlusses wie des hier besprochenen oder auch – *de lege ferenda* – gesetzlichen Vorgaben dann nicht folgen. Sie wüsste selbst nicht, ob die eingesetzte Infiltrierungssoftware Kollateralschäden oder überschießende Datenerhebungen sicher vermeidet. Angesichts der grundrechtlichen Relevanz der notwendigen Eingriffsbegrenzungen verbietet es sich, hier auf wohlfeile Zusicherungen privater Vertragspartner zu vertrauen.

III. Installation eines Trojaners als „mitlegitimierter Voreingriff“

Kritisch zu betrachten ist weiterhin die in Abs. 10 näher ausgeführte Auffassung des AG, wonach die Installation der zur Quellen-TKÜ eingesetzten Software auf dem System des Betroffenen als „Sekundärmaßnahme“ keiner *eigenständigen* gesetzlichen Ermächtigung bedürfe. Das AG bemüht hier einen Gedanken von Bär,⁴⁰ der die Installation eines Trojaners mit dem Einbau eines GPS-Positionssenders in einem Fahrzeug vergleicht und folgert, diese Umsetzungsmaßnahme sei von einer „Annexkompetenz“ der Strafverfolgungsbehörden umfasst.

Dabei verkennt das Gericht jedoch, dass die Infiltration des Zielsystems einen eigenständigen Eingriff in das IT-Grundrecht in seiner Integritätsdimension bewirkt. Das IT-Grundrecht tritt nämlich gerade nur dann hinter Art. 10 GG zurück, wenn rechtlich sichergestellt ist, dass die Integrität und Vertraulichkeit des Zielsystems über die Quellen-TKÜ hinaus nicht beeinträchtigt werden.⁴¹ Damit kommt man an dem Erfordernis einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage für die Quellen-TKÜ, die dann allerdings auch die Infiltration des Zielsystems decken würde, nicht vorbei.⁴²

IV. Kernbereichsschutz

Die Ausführungen des Beschlusses zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (Abs. 6) sind einfachrechtlich konsequent: Gemäß § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO sind Maßnahmen unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass dadurch allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Dies ist hier nicht der Fall; im Gegenteil liegt die Erhebung kernbereichsrelevanter Inhalte bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden, wo soweit ersichtlich allein Gespräche zwischen Tatgenossen in Rede stehen, überhaupt fern.

Ungeachtet der einfachrechtlich wohl zutreffenden Anwendung des Gesetzes durch das AG ist jedoch insbesondere dem Gesetzgeber vorzuhalten, dass die „kernbereichsschützende“ Regelung in § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO ihrerseits nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Ebenso wie andere neuere bundesrechtliche

⁴⁰ Etwa in K/M/R (oben Fn. 36) Rn. 32; zur Terminologie vgl. auch Sankol CR 2008, 13, 14 ff.

⁴¹ Bäcker in Uerpmann-Witzack (oben Fn. 12) 21 f.

⁴² Im Ergebnis wie hier AG Hamburg, Beschluss vom 28. August 2009 – 160 Gs 301/09 –, noch unveröffentlicht (erscheint in Heft 12/2009 des *Strafverteidigers*).

Normen⁴³ lässt sie den Kernbereichsschutz auf der ersten Stufe⁴⁴ faktisch leerlaufen, denn wann werden bei einem Kontakt mittels Telekommunikation tatsächlich einmal *ausschließlich* kernbereichsrelevante Inhalte übermittelt? Auch Ehe- und Lebenspartner oder Gläubige und Seelsorger dürften sich vielmehr praktisch stets *zumindest auch* über Alltägliches wie das Wetter, das Abendessen oder den nächsten Einkauf unterhalten, was der Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a Abs. 4 StPO den Weg ebnet, mögen die übrigen Gesprächsinhalte auch intimster Natur sein.⁴⁵ Ein so offenkundig leerlaufendes, fast augenzwinkernd anmutendes Regelungsmodell enthält in der Sache eine kaum verhohlene Auflehnung des Bundesgesetzgebers gegen das BVerfG.⁴⁶

V. Zugriff unter Umgehung des Providers

Strafprozessual nicht überzeugend erscheinen schließlich die Ausführungen des Beschlusses zur Frage, ob die Quellen-TKÜ in der angeordneten Form – also unter Einschaltung eines Trojaners – von den verfahrensrechtlichen Vorgaben des § 100b StPO gedeckt ist. Hier referiert das Amtsgericht zwar die einhellige Ansicht der Literatur, die Norm räume den Ermittlungsbehörden nicht die Befugnis ein, Telekommunikation ohne Zutun eines Netzbetreibers zu überwachen (Abs. 11). Bei der Subsumtion hierunter unterliegt es dann aber offenbar einem Missverständnis. Nach der zitierten Ansicht wäre die Quellen-TKÜ nämlich eindeutig abzulehnen gewesen, da bei dem gewählten Trojaner-Modell gerade *kein* Netzbetreiber mitwirkt: Die Installation erfolgt durch Hoheitsträger oder in ihrem Auftrag unmittelbar durch Dritte.⁴⁷ Die mitgeschnittenen Daten werden sogleich an die überwachende Behörde übermittelt – in der Praxis offenbar über mehrere Verschleierungs-Server als Zwischenstationen, wie man dem Papier des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz entnehmen kann. Der Provider ist in diese Form der Quellen-TKÜ in keiner Weise eingebunden.⁴⁸

⁴³ § 20k Abs. 7, § 20 l Abs. 6 BKAG; § 23a Abs. 4a ZFdG.

⁴⁴ Zu dem zweistufigen Schutzkonzept vgl. BVerfGE 109, 279, 318 ff.; 113, 348, 390 ff.; BVerfG (Fn. 3) Rn. 270 ff.; Bäcker (oben Fn. 25) S. 80 ff.

⁴⁵ Vgl. zur Wohnraumüberwachung bereits BVerfGE 109, 279, 330.

⁴⁶ Kritisch etwa Reiß StV 2008, 539, 541 f.; Wolter GA 2007, 183, 196; ebenso zu § 20k Abs. 7 BKAG Bäcker (Fn. 25), S. 89; Baum/Schantz ZRP 2008, 137, 138; Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009, 1021; Piltz/Pfister Recht und Politik 2009, 4, 5 f.; Poscher JZ 2009, 269, 276; Roggan NJW 2009, 257, 261.

⁴⁷ Vgl. zu den Infiltrationsmöglichkeiten eingehend Buermeyer HRRS 2007, 154 ff.

⁴⁸ Dabei soll nicht übersehen werden, dass die Manipulation des Datenstroms zum Nutzer unter Mitwirkung des Providers ein möglicher Weg ist, das System des Betroffenen zu infiltrieren, vgl. zum technischen Hintergrund Buermeyer HRRS 2007, 154, 163 f. unter c). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die eigentliche Überwachung ohne jedes Zutun des Providers erfolgt. Außerdem verhält sich der Beschluss des AG nicht zu der Frage, wie der Trojaner für die Quellen-TKÜ auf das Zielsystem gelangt. Naheliegender wäre eher ein – ebenfalls von keiner Ermächtigungsgrundlage gedecktes – Betreten der Wohnung zum „Verwanzen“ des Rechners, was den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG betreffen würde.

Demgegenüber beruft sich das AG darauf, dass die Erhebung zwar nicht unter Einschaltung, aber auch nicht unter Ausschluss des Netzbetreibers vorgenommen werde, denn parallel zur Quellen-TKÜ werde auch eine klassische TKÜ durchgeführt, bei der dieselben Daten in verschlüsselter Form mitgeschnitten werden (Abs. 12). Letzteres mag zutreffen, doch kann das Argument gleichwohl nicht überzeugen: Dass parallel zu dem fraglichen Eingriff ein zweiter durchgeführt wird, gibt für die Zulässigkeit des ersten Eingriffs naturgemäß nichts her – insbesondere dann nicht, wenn es um die Vereinbarkeit der ersten Maßnahme mit einer Verfahrensvorschrift geht und es sich verfahrenstechnisch um deutlich unterschiedliche Eingriffe handelt.

Aus demselben Grund kann auch das Argument des AG nicht überzeugen, dass es sich bei der Quellen-TKÜ letztlich um eine Entschlüsselung der beim Provider erhobenen Daten handle (Abs. 12): Wäre die unmittelbare Entschlüsselung dieser Daten möglich, bedürfte es gerade keiner Quellen-TKÜ. Gemeint ist offenbar, dass *materiell* dasselbe Ergebnis erzielt wird, wie es bei einer – fiktiven, da technisch nicht möglichen – Entschlüsselung zu erreichen wäre. Jedoch besagt auch die Zulässigkeit der staatlichen Kenntnisnahme von den Gesprächsinhalten auf einem Weg – nämlich der providergebundenen TKÜ – nichts über die in Rede stehende Kenntnisnahme auf einem anderen, gesetzlich gerade nicht ausdrücklich geregelten Weg, mag er auch im Ergebnis zu demselben Erkenntnisgewinn führen.

Ebenso unergiebig für die Vereinbarkeit der Quellen-TKÜ mit § 100b StPO ist schließlich die Tatsache, dass mit der (zulässigen) klassischen TKÜ die begehrten Daten gerade nicht erhoben werden können, sodass der Zugriff an der Quelle überhaupt erst notwendig wird. Dieser Gesichtspunkt mag rechtspolitisch dafür sprechen, eine Ermächtigungsgrundlage für die Quellen-TKÜ zu schaffen. Er hilft aber rechtlich nicht darüber hinweg, dass eine solche Ermächtigungsgrundlage bislang fehlt. Es ist nicht Sache des Ermittlungsrichters, selbst rechtsschöpfend tätig zu werden, um eine von ihm gesehene Ermittlungslücke zu füllen.⁴⁹

D. Fazit

§ 100a StPO ist keine taugliche Grundlage für eine Quellen-TKÜ, sofern dazu Software auf dem betroffenen Endgerät installiert werden soll. So begreiflich der Wunsch der Sicherheitsbehörden sein mag, VoIP-Gespräche ebenso abhören zu können wie Festnetz- und Mobilfunktelefonate – im Rechtsstaat des Grundgesetzes trifft allein der Gesetzgeber die Entscheidung, in welche Grundrechte unter welchen Voraussetzungen eingegriffen werden darf. Sofern der politische Wille besteht, auch die Über-

⁴⁹ BGH 3 StR 552/08, Urteil vom 14. August 2009, HRRS 2009 Nr. 890 (in diesem Heft), Rn. 36 ff. Zwar nimmt der BGH hier – wie so oft – letztlich kein strafprozessuales Verwertungsverbot an, obwohl er selbst mangels verfassungsgemäßer Ermächtigungsgrundlage von einem rechtswidrigen Ermittlungseingriff ausgeht. Für die Frage, ob ein Eingriff überhaupt erst angeordnet werden darf, kann es ungeachtet der Folgefrage des Verwertungsverbotes aber nur auf die Rechtmäßigkeit des Eingriffs ankommen.

wachung der Telefonie über das Internet zu repressiven Zwecken zuzulassen, müsste also der Bund eine spezifische Ermächtigungsgrundlage schaffen, die insbesondere den Vorgaben der OD-Entscheidung des BVerfG Rechnung zu tragen hätte. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe des Richters, fehlende formalgesetzliche Ermächtigungs-

grundlagen durch Beschlüsse zu ersetzen, in denen er den möglichen Gehalt einer geeigneten Befugnisnorm zu rekonstruieren versucht: Ermittlungseingriffe ohne gesetzliche Grundlage hat er abzulehnen.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Preis der Freiheit

Kommentar zur strafrechtlichen (Nicht-)Aufarbeitung der Finanzmarktkrise im Vergleich zum sog. Sengera-Urteil des BGH (BGH HRRS 2009 Nr. 900)

Von Rechtsanwalt Dr. h.c. iur. Gerhard Strate, Hamburg

Die unlängst – auch im SPIEGEL – zu lesenden Kommentare zum Jahrestag des Lehman-Konkurses und der dadurch unmittelbar ausgelösten Finanzkrise erwecken den Eindruck, als habe es sich um ein Ereignis gehandelt, dessen Zustandekommen und Vorhersehbarkeit der Verantwortung Einzelner entzogen gewesen wäre. Sogar Putin wird zitiert: „Nicht einzelne Personen haben verantwortungslos gehandelt, sondern das System selbst ist verantwortungslos“. Der zweite Halbsatz dieser Aussage ist richtig, der erste falsch.

Wir leben in einer der Freiheit verpflichteten Gesellschaft, in der die Menschenwürde ihr Spiegelbild in der Verantwortung findet. Ausdruck dieser Erkenntnis ist die staatliche Strafgewalt, die im Rahmen eines rechtlich geordneten Verfahrens nach persönlichen Verantwortlichkeiten fragt, wenn gesetzlich geschützte Rechtsgüter verletzt wurden. Im Umgang mit der Finanzkrise jedoch verlegen sich die Staatsanwaltschaften überwiegend aufs Abwarten, geben sich halbherzig oder gar gelähmt. Der Jahrestag des Lehman-Zusammenbruchs findet bei ihnen, die sich sonst häufig als Kavallerie der Justiz aufzuführen, in einem Zeltlager in der Etappe statt. Allein die Staatsanwaltschaft in Düsseldorf hat in der Aufarbeitung der Finanzkrise sich um einige Schritte bewegt: Der frühere Vorstandsvorsitzende der Mittelstandsbank IKB wurde wegen Börsenmanipulation und Untreue angeklagt. Aber nicht wegen der vielen Milliarden Euro, die während seiner Amtszeit in heute nicht mehr handelbare Derivative versenkt wurden. Ihm wird u.a. als Untreue vorgeworfen, auf Bankkosten eine überbeuerte Hifi-Anlage gekauft zu haben.

Jeder Arzt, der einen Heileingriff vornimmt, ohne seinen zu operierenden Patienten über die Erfolgsaussichten und Risiken aufzuklären, ist einer Anklage wegen Körperverletzung sicher, dies selbst dann, wenn eine Aufklärung stattgefunden, aber eine Einwilligung des Patienten nicht vorgelegen hat. Jeder Leiter eines kleinen Handwerksbetriebes steht als Garant für die Beachtung von

Arbeitsschutzvorschriften ein. Werden sie vernachlässigt und kommt es zu einem tödlichen Unfall, ist der Vorwurf der fahrlässigen Tötung schnell anklagereif.

Sind die Verantwortlichen in den Großbanken „systemisch“ von jeder strafrechtlichen Verantwortung von vornherein freizusprechen? Wer genauer hinsieht, wird schnell erkennen, dass jene Lehren, die nach den Worten des Deutsche-Bank-Chefs Ackermann von den Banken aus der Finanzkrise gezogen werden – Verbesserung des Risikomanagements, intensive „Stresstests“, Erhöhung des Eigenkapitals –, nicht neu sind. Sie wurden schon viel früher gewonnen und in detaillierten Empfehlungen umgesetzt. Genannt seien hier nur die bereits 1994 vom Baseler Ausschuss für die Bankenaufsicht herausgegebenen „Richtlinien für das Risikomanagement im Derivatgeschäft“. Eine Teilnahme daran soll nur verantwortet werden können, wenn es „vollständig durch eine angemessene Eigenkapitalbasis unterlegt“ ist. Den Banken wird aufgegeben, regelmäßige Stresstests durchzuführen, die auch den „worst case“ und seine Auswirkungen auf den Bestand des gesamten Instituts umfassen sollen. Hierbei wird als „worst case“ ausdrücklich auch die Illiquidität des Marktes (für Derivative) benannt – eben jene Situation, die 2008 eingetreten ist. Die Richtlinien des Baseler Ausschusses wurden fast wörtlich ein Jahr später, im Oktober 1995, durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen übernommen und galten nach der Installation des BaFin unverändert bis Dezember 2005 fort.

Was ist insbesondere von Landesbanken zu halten, die sich bis zum Wegfall der Gewährträgerhaftung im Juli 2005 bei den Zentralbanken mit Abermilliarden Euro auf Vorrat billig eingedeckt und diese überschüssigen Mittel nahezu in gleicher Höhe an die (überwiegend amerikanischen) Emittenten von Derivativen weitergegeben haben? Ihre Verantwortlichen kannten die Richtlinien des Baseler Ausschusses und des Bundesamtes für das Kreditwesen. Ein Risikomanagement, das zur Durchführung eines „worst-case“-Szenarios in der Lage war, hatten sie

nicht (das gilt – belegbar – zumindest für die HSH Nordbank und die SachsenLB).

Die Richtlinien wurden schlicht ignoriert. Dies ist umso sträflicher, als immer wieder einzelne Eruptionen auf dem Kapitalmarkt die Gefährlichkeit der Derivatgeschäfte offenbarten: So der Zusammenbruch des Hedgefonds LTCM im Jahre 1998, der schon damals fast zum Kollaps des Finanzsystems geführt hätte. Zu den warnenden Signalen zählt auch der im Jahre 2000 erfolgte Konkurs des texanischen Energiehändlers Enron, der im Kern ein Derivatehändler war. Auch mehrten sich bereits seit 2003 in der Fachpresse und den Wirtschaftsteilen der großen Tageszeitungen die Hinweise auf ein Platzen der amerikanischen Immobilienpreisblase.

Die Krise des Finanzsystems mag zeitweise apokalyptische Ausmaße angenommen haben. Sie kam aber nicht daher wie ein unberechenbares Erdbeben oder gar wie ein Tsunami. Sie war zu großen Teilen bestimmt durch Menschen, die in verantwortlicher Position verantwortungslos gehandelt haben.

Fast wie ein Fossil aus unvordenklicher Vorzeit wirkt im Vergleich der Fall des ehemaligen WestLB-Vorsitzenden Jürgen Sengera. Der Vorstand der WestLB hatte unter seinem Vorsitz im Jahre 1999 eine Finanzierung des

britischen Unternehmens Boxclever beschlossen. Die Rückführung des Kredits sollte durch Verbriefung der den Kunden von Boxclever gewährten Kleinkredite erfolgen. Das misslang. Der Schaden für die WestLB betrug 400 Mio. Euro. Der viele Jahre später erfolgte Freispruch durch das Landgericht Düsseldorf wurde vom Bundesgerichtshof am 13.8.2009 aufgehoben. In der jetzt vorgelegten Begründung des BGH-Urteils heißt es (vgl. in dieser Ausgabe BGH HRRS 2009 Nr. 900):

„Die Verneinung des Schädigungsvorsatzes mit der Begründung, die vorhandenen Risiken in ihrer drohenden Realisierung seien nicht konkret erkennbar gewesen, ist zirkulär und somit rechtsfehlerhaft, weil als Grund für die fehlende Erkennbarkeit das pflichtwidrige Unterlassen einer Risikoanalyse zumindest nahe liegt.“

Was für Sengera möglicherweise gilt – das wird in einer neuen Hauptverhandlung zu klären sein –, gilt sehr viel mehr und erst recht für jene Banker, die ohne jedes Risikomanagement, allein im Vertrauen auf die Empfehlungen nicht zertifizierter Analysten hin, hunderte von Milliarden Euro in heute wertlose Papiere investiert haben. Die Freiheit, so gehandelt zu haben, muss ihren Preis haben. Auch strafrechtlich.

Aufsätze und Anmerkungen

Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) – Ein Leitfaden für die Praxis

Fachanwalt für Strafrecht und Lehrbeauftragter der Universität Köln Dr. Björn Gercke, Köln;
Rechtsanwalt Ulrich Leimenstoll, Köln

Die strafrechtliche Sanktionierung des Verstoßes gegen die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen trägt neben der existenziellen Bedeutung des Sozialversicherungssystems insbesondere auch den verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Beitragserhebung Rechnung.¹ Denn die Berechnung, Erklärung und Abführung der Beiträge obliegt bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses allein dem Arbeitgeber; ein besonderes Prüfungs- oder Feststellungsverfahren ist – zunächst² – nicht vorgesehen.³ Damit werden dem Arbeitgeber nicht nur erhebliche Mitwirkungspflichten auferlegt, sondern auch Missbrauchsmög-

lichkeiten eröffnet, denen die strafrechtliche Sanktionierung entgegenwirken soll.⁴

Auch wenn die in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) erfassten Fälle seit 2006 rückläufig sind, ist die praktische Relevanz ungebrochen hoch: 2008 wurden 17.587 Fälle aufgenommen, bei einer Aufklärungsquote von 99,2 %.⁵ Da es sich bei § 266a StGB um ein typisches „Krisendelikt“ handelt,⁶ ist angesichts der derzeitigen wirtschaftlichen Situation mit einer weiterhin hohen Bedeutung dieses Tatbestands zu rechnen. Der folgende Beitrag soll unter besonderer Berücksichtigung aktueller

¹ Vgl. Heitmann, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2006), § 36 Rn. 2 ff.

² § 28p SGB IV sieht eine Betriebsprüfung min. alle 4 Jahre vor.

³ Vgl. Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 3.

⁴ Pananis, in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), § 6 Rn. 4.

⁵ Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, S. 46 (2006: 23.458 Fälle, 2007: 20.051 Fälle).

⁶ Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht (2009), Rn. 717.

höchstrichterlicher Urteile einen Leitfaden für die praktische Bearbeitung von Fällen mit Bezug zu § 266a StGB bieten.

I. Schutzrichtung der Norm

Geschütztes Rechtsgut der § 266a Abs. 1 u. 2 StGB sind die Vermögensinteressen der Sozialversicherungsträger,⁷ und somit letztlich die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung insgesamt.⁸ Diese Vorschriften dienen dagegen nicht dem Schutz der Vermögensinteressen einzelner Arbeitnehmer,⁹ sind somit auch keine Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Beschäftigten.¹⁰ Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 266a Abs. 1 StGB, der eindeutigen Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundestages zur Schutzrichtung der Norm¹¹ sowie insbesondere auch aus dem Umstand, dass der betroffene Arbeitnehmer durch die Nichtabführung der Beiträge grundsätzlich keine Nachteile in seinem Versicherungsschutz erleidet.¹²

§ 266a Abs. 3 StGB dient hingegen ausschließlich dem Schutz der Vermögensinteressen der Arbeitnehmer; zu deren Gunsten hat er mithin auch die Funktion eines Schutzgesetzgesetzes i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.¹³

II. Täterkreis des § 266a StGB

1. Für die Zahlung sowie die ordnungsgemäße Anmeldung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist gemäß §§ 249 Abs. 1 SGB V, § 58 SGB XI, § 346 Abs. 1 SGB III, 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV (allein) der Arbeitgeber verantwortlich, ebenso wie gemäß 28f Abs. 3 SGB IV für die Berechnung und die erforderlichen Erklärungen.¹⁴ Bei § 266a StGB handelt es sich daher um ein echtes Sonderdelikt;¹⁵ Täter kann nur der Arbeitgeber oder eine ihm gleichgestellte Person sein.

Eine eigenständige strafrechtliche Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs existiert nicht. In der Literatur wird darüber diskutiert, ob insoweit an arbeitsrechtliche

Grundsätze anzuknüpfen¹⁶ oder auf den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberbegriff abzustellen ist.¹⁷ In der Praxis führen diese Ansichten aber nicht zu relevanten Unterschieden.¹⁸

§ 266a StGB knüpft allein an den Umstand der Anstellung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer an, die in persönlicher Abhängigkeit Dienste gegen Lohnzahlung leisten; daher ist es für die grundsätzliche Tätertauglichkeit irrelevant, ob der Arbeitgeber Gewinn erzielt oder dies beabsichtigt.¹⁹ Es genügt ein faktisches Arbeitsverhältnis, unabhängig vom Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrags.²⁰ Maßgeblich sind die tatsächlichen Verhältnisse, nicht die vertragliche Bezeichnung.²¹ Auch in Fällen der sog. Scheinselbständigkeit, in denen de facto ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis besteht, ist daher die Arbeitgeberbereienseigenschaft im Sinne des § 266a StGB zu bejahen.²²

2. Arbeitgeber kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein. Im letzteren Fall haften gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 StGB die Organe (bzw. deren Mitglieder) oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Ausnahmsweise haftet gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 u. 2 StGB auch ein mit der Betriebsleitung oder eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung Beauftragter.²³ Schließlich kann gemäß §§ 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB, 80 Abs.1 InsO auch der Insolvenzverwalter als gesetzlicher Vertreter des Arbeitgebers strafrechtlich haften.²⁴

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers beginnt grds. erst mit seiner Bestellung;²⁵ sie endet mit seiner Abberufung oder Amtsniederlegung,²⁶ soweit diese nicht rechtsmissbräuchlich ist.²⁷ Grundsätzlich reicht die bloß formale Bestellung zum Geschäftsführer auch ohne faktische Tätigkeit aus.²⁸ Ausnahmsweise kann das tatsächliche Fehlen jeglicher Kompetenzen aber unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens eine strafrechtliche Verantwortung für die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen entfallen lassen.²⁹

⁷ Vgl. BT-Drs. 10/5058 S. 31; BVerfG, NJW 2003, 961; BGH(Z) wistra 2005, 339; BGH NStZ 2006, 227 = HRRS 2005 Nr. 863.

⁸ Vgl. Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 13; Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 8.

⁹ BGH NStZ 2006, 227 = HRRS 2005 Nr. 863; OLG Köln NStZ-RR 2003, 212; OLG Celle NJW 1992, 190; Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), § 266a Rn. 2; Radtke, in: MüKo-StGB (2006), § 266a Rn. 4; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 266a Rn. 2; Bente, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl. (2007), XII 2 Rn. 5 f; Brüßow/Petri, Arbeitsstrafrecht (2008), Rn. 171; Steinberg wistra 2009, 55, 56; a.A. BSGE 78, 20, 23 f.; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 13.

¹⁰ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1999, 915.

¹¹ BT-Drs. 10/5058 S. 31.

¹² Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 4.

¹³ LAG Düsseldorf ZIP 2005, 90; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 9.

¹⁴ Greeve, in: Volk, Münchener Anwaltshandbuch – Verteidigung in Wirtschafts- u. Steuerstrafsachen (2006), § 27 Rn. 162.

¹⁵ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 3.

¹⁶ Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 7.

¹⁷ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 11.

¹⁸ Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 10.

¹⁹ BVerfG NJW 2003, 961.

²⁰ Köhler, in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. (2007), Kap. 7 Rn. 223; Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht (2006), Rn. 908.

²¹ BGH NStZ 2001, 599.

²² Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 11; Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 227.

²³ Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 10.

²⁴ Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn.11; Wegner wistra 1998, 283, 285.

²⁵ BGH NJW 2002, 1122.

²⁶ BGH ZIP 1993, 430.

²⁷ Vgl. BayObLG DB 1992, 1923; OLG Düsseldorf GmbHRR 2001, 14; danach ist die Amtsniederlegung durch den alleinigen Geschäftsführer und einzigen Gesellschafter einer GmbH, der nicht zugleich einen neuen Gesellschafter bestellt, i.d.R. rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam.

²⁸ Vgl. OLG Rostock BB 1998, 54.

²⁹ OLG Hamm NStZ-RR 2001, 173.

Nach herrschender Meinung soll auch der faktische Geschäftsführer als Arbeitgeber im Sinne von § 266a StGB zu behandeln sein.³⁰ Dem wird zutreffend entgegengehalten, dass der GmbH-Geschäftsführer gar nicht Normadressat des § 266a StGB und regelmäßig auch nicht „Arbeitgeber“ ist.³¹ Vertretungsberechtigt im Sinne der §§ 14 Abs. 1 StGB, 35 GmbHG ist der faktische Geschäftsführer nicht; auch kommt eine Haftung nach § 14 Abs. 3 StGB nicht in Betracht, da dieser lediglich einen rechtlichen Wirksamkeitsmangel überwinden kann, nicht aber das Fehlen eines die formal wirksame Bestellung intendierenden Aktes selbst.³² Mithin kann allenfalls im Fall einer Beauftragung im Sinne von § 14 Abs. 2 S. 1 StGB (zur Erfüllung der sozialrechtlichen Abführungspflicht) der faktische Geschäftsführer tauglicher Täter sein.³³ Allein die tatsächliche Wahrnehmung gewichtiger Aufgaben kann hingegen angesichts des klaren Wortlauts des § 14 StGB keine Verantwortlichkeit nach § 266a StGB begründen.³⁴

3. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so ist jeder von ihnen gemäß §§ 35 Abs. 1, 37 GmbHG grundsätzlich Normadressat der der Gesellschaft obliegenden Pflichten, wozu auch die Verpflichtung zur Abgabe der sozialversicherungsrechtlichen Erklärungen sowie zur Abführung der entsprechenden Beiträge gehört.³⁵

Interne Zuständigkeitsvereinbarungen können jedoch zu einer Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des (einzelnen) Geschäftsführers führen.³⁶ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die gegenüber der Gesellschaft bestehenden (Tätigkeits-)Pflichten auch durch organisatorische Maßnahmen erfüllt werden können: Durch eine interne Regelung zur Aufgabenverteilung wird die Verantwortlichkeit der anderen (insoweit nunmehr intern unzuständigen) Geschäftsführer beschränkt, da sie sich grundsätzlich auf eine gewissenhafte Aufgabenerfüllung durch den zuständigen Kollegen verlassen dürfen, sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, die ein Misstrauen rechtfertigen würden.³⁷ Allerdings besteht stets die Verpflichtung zur Überwachung der ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung, insbesondere in der Krise können sich daraus (wieder) Handlungspflichten zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Beitragsabführung ergeben.³⁸

³⁰ BGH NStZ 2002, 547, 549; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 5.

³¹ Vgl. KG NJW-RR 1997, 1126; Wegner wistra 1998, 283, 284.

³² Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 13; Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 12.

³³ KG NJW-RR 1997, 1126; Radtke in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 13.

³⁴ So auch KG NJW-RR 1997, 1126; Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 13; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 11; Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 12; Wegner wistra 1998, 283, 284 f.

³⁵ Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 14; Wegner wistra 1998, 284

³⁶ BGH NStZ 1997, 125 ff; Bittmann, in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht – Handbuch für die Praxis (2004), § 21 Rn. 24.

³⁷ Vgl. Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 14.

³⁸ BGH NStZ 2002, 547, 549; GmbHR 2001, 236.

Entsprechendes gilt für die Delegation dieser Aufgabe auf eine untere Leitungsebene; auch insoweit treffen den delegierenden Arbeitgeber Überwachungspflichten, die sich in einer wirtschaftlichen Krise deutlich verschärfen.³⁹

4. Nicht Arbeitgeber im Sinne der Norm ist im Falle der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher, (strafrechtlich) verantwortlich für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bleibt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG der Verleiher.⁴⁰ Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung wird die Arbeitgeberstellung des Entleihers gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert, so dass er Täter i. S. d. § 266a StGB sein kann. Nach § 10 Abs. 3 S. 2 AÜG gilt daneben auch der Verleiher als Arbeitgeber, wenn und soweit er die Entlohnung der Leiharbeitnehmer vornimmt.⁴¹

5. Bestimmte Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung einnehmen, werden durch die Regelung des § 266a Abs. 5 StGB dem Arbeitgeber gleichgestellt: der Auftraggeber eines Heimarbeiters, eines Hausgewerbetreibenden oder einer Person, die diesen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes (HeimArbG)⁴² gleichgestellt ist, sowie der Zwischenmeister. Der Begriff des Auftraggebers entspricht dem des Arbeitgebers des Hausgewerbetreibenden in § 12 Abs. 3 SGB IV.⁴³ Der Begriff des Heimarbeiters ist §§ 1, 2 HeimArbG zu entnehmen. Zwischenmeister schließlich ist gem. §§ 12 Abs. 4 SGB IV, 2 Abs. 3 HeimArbG derjenige, der, ohne Arbeitnehmer zu sein, die ihm vom Gewerbetreibenden übertragene Arbeit an Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibende weitergibt.

III. Die objektiven Straftatbestände des § 266a StGB

1. § 266a Abs. 1 StGB

Gemäß § 266a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (einschließlich der Arbeitsförderung) vorenthält.

a) Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB ist das Vorliegen eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses. Ein solches entsteht durch die Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV (nichtselbständige Arbeit).⁴⁴ Das Sozialversicherungsverhältnis kommt kraft Gesetzes mit der Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit zustande (vgl. §§ 22 SGB IV, 186 Abs. 1 SGB V), unabhängig davon, ob der Arbeitgeber der zuständigen

³⁹ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 5.

⁴⁰ Krekeler/Werner a.a.O. (Fn. 20), Rn. 909.

⁴¹ BGH NStZ 2001, 599.

⁴² BGBl. I 1951, S. 191.

⁴³ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 7.

⁴⁴ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 6.

Einzugsstelle die Aufnahme der Beschäftigung gemeldet hat,⁴⁵ oder ob ein wirksamer Arbeitsvertrag vorliegt.⁴⁶

Die Beitragspflicht zur Sozialversicherung muss in der BRD bestehen. Wenn ein ausländischer Sozialversicherungsträger eine sog. E-101-Bescheinigung⁴⁷ ausgestellt hat, so ist nach § 5 Abs. I SGB IV das deutsche Sozialversicherungsrecht unanwendbar (sog. Einstrahlung); die deutschen Organe der Strafrechtspflege sind – solange die Bescheinigung nicht zurückgenommen ist – insoweit gebunden.⁴⁸ Wird ohne Vorliegen einer E-101-Bescheinigung ein Entsendetatbestand nur vorgetäuscht, und werden alle maßgeblichen, das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer betreffenden Vorgänge durch den Geschäftsführer des deutschen Auftraggebers einer ausländischen Scheinfirma in Deutschland abgewickelt, sind die Beschäftigungsverhältnisse dem deutschen Auftraggeber zuzuordnen, weshalb die ausländischen Arbeitnehmer der deutschen Sozialversicherungspflicht unterliegen.⁴⁹ Für eine zeitlich begrenzte Entsendung inländischer Beschäftigter ins Ausland besteht gem. § 4 SGB IV eine inländische Sozialversicherungspflicht (sog. Ausstrahlung).⁵⁰

b) Die Beitragspflicht des Arbeitgebers richtet sich nach den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. Von § 266a Abs. 1 StGB werden allein die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung erfasst, die Teil des Bruttolohns sind, und die vom Arbeitgeber gemäß §§ 28e, 28g SGB IV einzubehalten und alleinverantwortlich abzuführen sind.⁵¹ Nicht erfasst sind hingegen die Arbeitgeberanteile [für sie gilt Abs. 2] sowie freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung und Beiträge zu einer freiwilligen Krankenversicherung [für sie gilt Abs. 3].⁵² Keine Sozialversicherungspflicht im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB besteht im Falle der selbständigen Beschäftigung,⁵³ eines geringfügig entlohnten Ausbildungsverhältnisses sowie eines freiwilligen sozialen Jahres (vgl. § 20 Abs. 3 SGB IV).⁵⁴ Das gleiche gilt im

Fall der geringfügigen Beschäftigung⁵⁵ (§ 8 SGB IV).⁵⁶ Insoweit kann aber Abs. 2 einschlägig sein.⁵⁷ Verzichtet der geringfügig Beschäftigte allerdings nach § 5 Abs. 2 S. 2 SGB VI durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber auf die Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung, so handelt es sich bei dem daraufhin abzuführenden Aufstockungsbetrag um einen Arbeitnehmeranteil zur Rentenversicherung (vgl. § 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI) i. S. d. § 266a Abs. 1 StGB.⁵⁸

Die Höhe der Beiträge hängt vom materiellen Sozialversicherungsrecht ab, also den einschlägigen Normen der Sozialgesetzbücher in Verbindung mit den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkasse; sie können bei einem längeren Tatzeitraum schwanken.⁵⁹ Maßgebliche Bezugsgröße ist grundsätzlich das vereinbarte Bruttentgelt, welches auf der Grundlage von § 14 SGB IV zu berechnen ist.⁶⁰ Im Falle der (rechtlich zulässigen) Nettolohnabrede ist das gem. § 14 Abs. 2 SGB IV aus dem ausgezahlten Nettobetrag hochzurechnende Bruttogehalt als Beitragsbemessungsgrundlage heranzuziehen.⁶¹ Dies gilt – durch die Neueinfügung der Nettolohn-Fiktion des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV⁶² bestätigt – auch im Fall der Schwarzlohnabrede, die im Übrigen der Entstehung eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses nicht entgegensteht (vgl. §§ 7, 22 SGB IV).⁶³

c) Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB ist das Unterlassen der Zahlung der Beiträge spätestens am Fälligkeitstag.⁶⁴ Ein darüber hinausgehendes Unrechtselement ist nicht erforderlich, das Vergehen setzt also keine Täuschungs- oder Verschleierungsaktivitäten voraus.⁶⁵

Die Beiträge zur Sozialversicherung werden gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV (Sonderregelungen in S. 3, 4) grundsätzlich am drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld fällig.⁶⁶ Eine Stundung des Lohnanspruchs des Arbeit-

⁴⁵ Insoweit kommt eine Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV bzw. ein Vergehen nach § 266a Abs. 2 StGB in Betracht.

⁴⁶ *Bente* a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 15; *Pananis* a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 18.

⁴⁷ Die VO (EWG) Nr. 1408/71 enthält für Fälle grenzüberschreitender Beschäftigung Kollisionsvorschriften. Sie wird ergänzt durch die VO (EWG) Nr. 574/72. Für die Fälle einer Entsendung nach Art. 14 Abs. 1 der VO 1408/71 sieht Art. 11 der VO 574/72 ein Verfahren vor, in dem der zuständige Sozialversicherungsträger des Herkunftsstaates auf Antrag des betroffenen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers die Entsendung bestätigt und für einen begrenzten Zeitraum bescheinigt, dass der Beschäftigte den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaates unterstellt bleibt.“

⁴⁸ BGHSt 51, 124 = HRRS 2006 Nr. 948; *Bente* a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 16.

⁴⁹ BGH wistra 2007, 218 = HRRS 2007 Nr. 256.

⁵⁰ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 6.

⁵¹ *Fischer* a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 9.

⁵² *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 4.

⁵³ *Bente* a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 21.

⁵⁴ *Heitmann* a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 38; *Köhler* a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 230.

⁵⁵ Vgl. zu den Einzelheiten *Heitmann* a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 31 sowie *Pananis* a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 21; zu beachten ist insbesondere die Zusammenrechnung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen gemäß § 8 Abs. 2 SGB IV.

⁵⁶ BGH StV 1993, 364; *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 23.

⁵⁷ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 4.

⁵⁸ *Pananis* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 21.

⁵⁹ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 4.

⁶⁰ *Fischer* a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 9b; *Heitmann* a.a.O. (Fn. 1), Rn. 25.

⁶¹ BGHSt 30, 265, 266.

⁶² Vgl. zur alten Rechtslage noch BGHSt 38, 285, 289, wonach der ausgezahlte Lohn als Bruttolohn zugrunde gelegt wurde.

⁶³ Vgl. BGH wistra 2009, 107 = HRRS 2009 Nr. 127; *Pananis* a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 22; für Einschränkungen bei Lohnschätzung *Röthlein* wistra 2009, 113; kritisch zur Anwendung des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV *Lübbertmann* PStR 2009, 67, 69.

⁶⁴ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 5.

⁶⁵ *Fischer* a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 10.

⁶⁶ Bis 31.12.2005: Fälligkeit spätestens am 15. des Folgemonats.

nehmers schiebt die Fälligkeit auf,⁶⁷ ebenso eine (vorhergehende) Stundung durch die Einziehungsstelle.⁶⁸ Dagegen heben eine bloße stillschweigende Duldung der nicht fristgerechten Zahlung oder eine erst im Nachhinein vereinbarte Stundung die bereits eingetretene Strafbarkeit nicht auf.⁶⁹ Das gilt auch für die verspätete Zahlung; sie wird sich aber regelmäßig als Schadenswiedergutmachung bei der Strafzumessung mildernd auswirken.⁷⁰ Zahlungen Dritter in Absprache mit dem Arbeitgeber kommen diesen zugute und verhindern eine tatbestandsmäßige Schädigung der Einzugsstelle.⁷¹

Die Strafbarkeit setzt nicht voraus, dass eine (zumindest teilweise) Lohnauszahlung an die Arbeitnehmer erfolgt. Diese lange Zeit umstrittene Frage, die in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits bejaht worden war (sog. Lohnpflichttheorie⁷², in Anlehnung an das sog. Entstehungsprinzip des Sozialversicherungsrechts⁷³), hat der Gesetzgeber durch die Neufassung des Absatz 1 im Jahre 2002 ausdrücklich geregelt.

Auch die (nur) teilweise Nichtbezahlung fälliger Beiträge ist tatbestandsmäßig.⁷⁴ Teilzahlungen sind allerdings derart zu berücksichtigen, dass eine Strafbarkeit so weitgehend wie möglich ausgeschlossen wird.⁷⁵ Sofern keine sozialversicherungsrechtlichen Erklärungspflichten i.S.d. § 266a Abs. 2 StGB verletzt wurden, sind Teilzahlungen des Arbeitgebers daher auch ohne ausdrückliche Bestimmung vorrangig auf die fälligen Arbeitnehmeranteile zu verrechnen.⁷⁶

d) § 266a Abs. 1 StGB setzt als echtes Unterlassungsdelikt die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung voraus.⁷⁷ Ein strafbares Verhalten liegt nur dann vor, wenn der verpflichtete Arbeitgeber die tatsächliche Möglichkeit zur Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeit hatte.⁷⁸

Daran kann es fehlen, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit Zahlungsunfähigkeit vorliegt.⁷⁹ Denn eine verschuldenunabhängige Einstandspflicht für die finanzielle Leistungsfähigkeit, orientiert an zivilrechtlichen Haftungsprinzipien, ist mit strafrechtlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen.⁸⁰ Überschuldung oder nur partielle Zahlungsunfähigkeit schließen allerdings nicht zwingend die Möglichkeit der Zahlung aus. Denn die Sozialversicherungsbeiträge sind vorrangig zu entrichten; finanzielles Unvermögen führt also erst dann zum Tatbestandsausschluss, wenn der Arbeitgeber nicht über die konkret benötigten Mittel zur Abführung nur der Arbeitnehmeranteile verfügt.⁸¹

Auch bei tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt ist jedoch eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB nicht per se ausgeschlossen. Wer zwar bei Fälligkeit nicht leistungsfähig war, es im Vorfeld aber bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen pflichtwidrig und vorwerfbar unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen, macht sich ebenfalls strafbar.⁸² Der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB wird weitgehend unstreitig dann erfüllt, wenn trotz sich abzeichnender Liquiditätsprobleme eine mögliche Kreditaufnahme unterbleibt, andere Gläubiger inkongruent befriedigt oder Gelder beiseite geschafft werden.⁸³ Denn eine derartige Reduktion der verfügbaren Mittel ist mit den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft unvereinbar. Die Aufnahme eines Kredites oder die Ausschöpfung einer bestehenden Kreditlinie kann allerdings dann nicht verlangt werden, wenn die Rückzahlung nicht gewährleistet werden kann.⁸⁴ Auch muss in den Fällen des § 14 StGB ein verantwortlicher „Dritter“ – der nicht selbst Arbeitgeber ist – keine eigenen Mittel einsetzen.⁸⁵

Umstritten ist, ob der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein (auf die Strafbewehrung des § 266a StGB zurückzuführender) absoluter Vorrang vor anderen Verbindlichkeiten zukommt.⁸⁶ Nach herrschender Auffassung ist jede anderweitige Verwendung von Geldern als pflichtwidrig anzusehen und eine Strafbarkeit nach § 266a StGB auch dann zu

⁶⁷ Bittmann a.a.O. (Fn. 36), § 21 Rn. 67.

⁶⁸ Möglich nur unter den engen Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 SGB IV.

⁶⁹ Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 235.

⁷⁰ OLG Dresden GmbHR 1997, 647; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 29.

⁷¹ BGH StraFo 2005, 515, 516 = HRRS 2005 Nr. 863.

⁷² Vgl. BGH NStZ 2001, 91; OLG Dresden NStZ 2001, 198; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1448; Heghmanns wistra 2001, 51; Wegner wistra 1998, 283, 286 f; vgl. zur Gegenansicht (sog. Lohnzahlungstheorie) OLG Hamm NJW-RR 1999, 915 f; Bittmann wistra 1999, 441 ff.

⁷³ Anders im Steuerrecht, wo nach dem sog. Zuflussprinzip nur tatsächlich zugeflossene Einnahmen veranschlagt werden.

⁷⁴ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 9; Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 25 m.w.N..

⁷⁵ Vgl. hierzu: BGH NStZ 1990, 588.

⁷⁶ Vgl. Bay OBLG NStZ-RR 1999, 142; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 6; Wegner wistra 2000, 35 ff; a.A. BGH NJW 1998, 1485 (6. ZS).

⁷⁷ BGHSt 47, 318, 320; BGH NJW 1997, 134; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 14; Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 32.

⁷⁸ BGHSt 47, 318, 320.

⁷⁹ BGHSt 47, 318, 320; BGHZ 134, 304, 307; Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 39.

⁸⁰ BGHSt 47, 318, 322; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 15; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 41; Radtke NStZ 2003, 154 ff.; a.A. noch OLG Celle, NStZ 1998, 303 sowie NStZ-RR 1997, 324 f (aufgegeben in: NJW 2001, 2985).

⁸¹ BGH wistra 1997, 64; OLG Köln wistra 1997, 231; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 15; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 41.

⁸² Vgl. BGH NJW 2002, 1123, 1125; OLG Köln wistra 1997, 231; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 15a; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 10 (ommissio libera in causa); Wegner wistra 1998, 283, 290 f (Ausschluss der Berufung auf die Unmöglichkeit).

⁸³ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 15a; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 10 m.w.N.

⁸⁴ BGH NStZ 2002, 547, 549, Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 39; Krekeler/Werner a.a.O. (Fn. 20), Rn. 925.

⁸⁵ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 39.

⁸⁶ Vgl. Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht (2004), Rn. 794 ff m.w.N., sowie den Überblick bei Pananis a.a.O. (Fn. 4), Rn. 29 m.w.N.

bejahen, wenn der Arbeitgeber vor Fälligkeit der Beiträge Ansprüche anderer Gläubiger (kongruent) befriedigt, und so (sehenden Auges) seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.⁸⁷ Danach ist der Arbeitgeber also dazu verpflichtet, im Falle erkennbarer Bedenken hinsichtlich der Liquidität des Unternehmens seine Zahlungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Fälligkeit durch Bildung ausreichender Rücklagen sicherzustellen – unter Zurückstellung anderweitiger Zahlungen, und notfalls sogar durch die Kürzung der zu zahlenden Löhne.⁸⁸ Dieser Auffassung wird zu Recht entgegengehalten, dass es sich bei dem Verweis auf die Strafbewehrung zur Begründung eines Vorrangs um einen Zirkelschluss handelt,⁸⁹ ein solcher Vorrang den Zusammenbruch eines kriselnden Unternehmens überhaupt erst herbeiführen kann⁹⁰ und nicht mit dem in §§ 288, 283, 283c StGB verankerte allgemeine Gläubigerschutzsystem des StGB vereinbar ist.⁹¹

Eine Ausnahme vom Vorrang soll allerdings auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung während des Laufs der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist gelten; § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG rechtfertigt im Interesse der Massesicherung die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge innerhalb dieses Zeitraums.⁹² Nach Ablauf dieser Frist gelte der Vorrang der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB aber selbst dann, wenn die Zahlung im Insolvenzverfahren später möglicherweise angefochten werden könne.⁹³ Denn der Arbeitgeber könne durch rechtzeitige Antragstellung eine Pflichtenkollision vermeiden.⁹⁴ In der Literatur ist die Thematik des Verhältnisses von § 64 Abs. 1 GmbHG zu § 266a Abs. 1 StGB nach wie vor hochumstritten.⁹⁵ Allerdings hat sich der 2. Zivilsenat des BGH mittlerweile unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung⁹⁶ der gefestigten Rechtsprechung des 5. Strafsenats angeschlossen,⁹⁷ und so unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung bestehende Unsicherheiten in der Praxis (jedenfalls vorerst) beseitigt.

Nach allgemeinen Grundsätzen entfällt die Strafbarkeit schließlich, wenn dem Arbeitgeber die Abführung der

Arbeitnehmerbeiträge nicht zumutbar ist. Das kann der Fall sein, wenn es infolge der Zahlung zu einer Gefahr für die höchstpersönlichen Rechtsgüter des Beitragspflichtigen oder ihm nahestehender Personen käme, wie beispielsweise im Fall der Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfs.⁹⁸ Hinsichtlich „nur“ materieller Opfer ist allerdings von einer relativ hohen Schwelle für die Annahme der Unzumutbarkeit auszugehen.⁹⁹

2. § 266a Abs. 2 StGB

Durch § 266a Abs. 2 StGB wird das Nichtabführen von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung mit Strafe bewehrt.

a) Erfasst werden von der Norm auch solche Beiträge, die vom Arbeitgeber allein zu tragen sind (z. B. die Unfallversicherung nach § 150 I SGB VII).¹⁰⁰ Ausgenommen sind die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung geringfügig Beschäftigter in Privathaushalten.¹⁰¹

Der Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB setzt neben der Nichtabführung der Beiträge auch eine Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Erklärungspflichten voraus.¹⁰² Es werden so auch betrugsähnliche Konstellationen unter Strafe gestellt, in denen mangels konkreter diesbezüglicher (Fehl-)Vorstellungen seitens der Sozialversicherungsträger eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB regelmäßig nicht in Betracht kommt.¹⁰³

Zwischen dem Vorenthalten der Beiträge und der Verletzung der Erklärungspflichten muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.¹⁰⁴ Anders als im Anwendungsbereich des Abs. 1 (s.o.) ist nicht von einem Vorrang gegenüber anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten des Arbeitgebers auszugehen, es besteht also keine Verpflichtung zur vorsorglichen Rücklagenbildung.¹⁰⁵

b) § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB stellt das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung unter Strafe, wenn dieses darauf beruht, dass der Arbeitgeber gegenüber der zuständigen Einzugsstelle unrichtige oder unvollständige Angaben über Tatsachen macht, die Einfluss auf Grund und/oder Höhe der Sozialversicherungsbeiträge haben können.¹⁰⁶ Die (Un-)Richtigkeit hängt von den objektiven Gegebenheiten ab; Unvollständigkeit liegt vor, wenn die Angaben entgegen dem Anschein der Vollständigkeit in wesentlichen Punkten lückenhaft sind.¹⁰⁷

⁸⁷ BGHSt 46, 318; BGH NJW 1997, 1237; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 10; *Bittmann wistra* 1999, 441, 449.

⁸⁸ Vgl. BGH NJW 1997, 1237; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, 3. Aufl. (2008), Rn. 1695; *Heitmann a.a.O.* (Fn. 1), § 36 Rn. 41.

⁸⁹ *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 16; *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 39; *Rönnau wistra* 1997, 13, 16.

⁹⁰ OLG Celle wistra 1996, 115; *Wegner wistra* 1998, 289.

⁹¹ *Panaris a.a.O.* (Fn. 4), § 6 Rn. 30.

⁹² BGHSt 48, 307; *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 17; *Bente a.a.O.* (Fn. 9), XII 2 Rn. 44; *Bittmann wistra* 2004, 327 ff.

⁹³ BGH wistra 2006, 17 = HRRS 2005 Nr. 745; BGHSt 48, 307; a.A. noch BGH (Z) wistra 2005, 339.

⁹⁴ BGH wistra 2006, 17 = HRRS 2005 Nr. 745; BGHSt 48, 307 ff; *Eidam a.a.O.* (Fn. 88), Rn. 1698.

⁹⁵ Einen hervorragenden Überblick zum Streitstand bietet die Dissertation von *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH (2009).

⁹⁶ Vgl. BGHZ 146, 264; BGH ZIP 2005, 1026.

⁹⁷ BGH (Urt. V. 14.05.2007 – II ZR 48/06) wistra 2007, 347 ff.

⁹⁸ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 10.

⁹⁹ BGHSt 4, 20 ff.

¹⁰⁰ *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 19.

¹⁰¹ BT-Drs. 15/2573 S. 28. Insoweit kann aber eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 111 SGB V, 209 SGB VII in Betracht kommen

¹⁰² *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 51.

¹⁰³ Vgl. BT-Drs. 15/2573, S. 28.

¹⁰⁴ *Panaris a.a.O.* (Fn. 4), § 6 Rn. 37.

¹⁰⁵ Vgl. *Heitmann a.a.O.* (Fn. 1), § 36 Rn. 42; *Rönnau/Kirch-Heim wistra* 2005, 321, 326.

¹⁰⁶ *Krekel/Werner a.a.O.* (Fn. 20), Rn. 922.

¹⁰⁷ *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 52.

Nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist das Unterlassen verbindlich vorgeschriebener Angaben gegenüber den Sozialversicherungsträgern mit Strafe bewehrt. Gemäß §§ 28a, 28d SGB IV (ggfs. i. V. m. §§ 10 DEÜV, 28f Abs. 3 SGB IV) hat der Arbeitgeber gegenüber der zuständigen Einzugsstelle bezüglich jedes kraft Gesetzes in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherten Arbeitnehmers Mitteilung über Beginn und Ende der versicherungspflichtigen Tätigkeit zu machen, sowie entsprechende Beitragsnachweise einzureichen. Das Merkmal des In-Unkenntnis-Lassens ist dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber als Mitteilungspflichtiger Tatsachen gar nicht oder nicht rechtzeitig übermittelt.¹⁰⁸ Es handelt sich (wie bei Abs. 1) um ein echtes Unterlassensdelikt.¹⁰⁹ Eine Täuschung oder Irrtumsregelung bei der Einzugsstelle ist nicht erforderlich.¹¹⁰

3. § 266a Abs. 3 StGB

Das strafrechtliche Unrecht des § 266a Abs. 3 StGB trifft – im Unterschied zu Abs. 1 und 2 – den Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt veruntreut wird, und dem der Arbeitgeber das Unterlassen der jeweiligen Zahlung verheimlicht.¹¹¹ Das Einbehalten setzt die tatsächliche Auszahlung des (entsprechend gekürzten) Arbeitsentgelts voraus.¹¹² Eine (auch formlose) Unterrichtung des Arbeitnehmers unverzüglich nach Fälligkeit reicht aus, um die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden.¹¹³

Der Anwendungsbereich des § 266a Abs. 3 StGB umfasst Lohnbestandteile, die der Arbeitgeber einbehalten und entgegen einer (auch vertraglichen) Verpflichtung nicht an einen Dritten abgeführt hat, und die nicht unter Abs. 1 fallen (z. B. Pfändungen, Abtretungen, vermögenswirksame Leistungen, Beiträge zu (Direkt)Versicherungen oder Pensionskassen).¹¹⁴

IV. Subjektiver Tatbestand und Irrtumsfragen

1. Eine Strafbarkeit nach § 266a (Abs. 1-3) StGB setzt zumindest bedingten Vorsatz voraus.¹¹⁵ Dieser muss sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands umfassen: die Arbeitgeberereignenschaft, die Fälligkeit der Beiträge, die Nichtzahlung sowie die Möglichkeit der Zahlung (bzw. die vorwerfbare Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit), etc.¹¹⁶ Das gilt auch in Fällen der Delegation der Beitragsabführung, in denen den Geschäftsführer (nur)

eine Überwachungspflicht trifft; auch er muss hinsichtlich der Nichtabführung der Beiträge zumindest bedingten Vorsatz haben.¹¹⁷

Ein Unterlassungsvorsatz ist zu verneinen, wenn der Arbeitgeber – wenn auch erfolglos – zumindest versucht die Beiträge abzuführen, sofern er dabei auf den Zahlungserfolg vertraut.¹¹⁸ Gleiches gilt, wenn ein Geschäftsführer sein Amt niedergelegt hat oder keine organschaftlichen Funktionen mehr ausübt, und deshalb davon ausgeht, nicht (mehr) Arbeitgeber zu sein.¹¹⁹ Wird dem Arbeitgeber ein vor dem Fälligkeitszeitpunkt liegendes Verhalten zur Last gelegt wird, muss er die Anzeichen von Liquiditätsproblemen im Vorfeld zumindest erkannt haben.¹²⁰

2. Bei irrtümlicher Annahme einer (vermeintlichen) Stundung, der Unkenntnis eines Beschäftigungsverhältnisses oder des Fälligkeitszeitpunktes sowie im Fall des irrigen Ausgehens von Umständen, nach denen ihm die ordnungsgemäße Beitragsabführung unmöglich wäre, liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor.¹²¹

Die Einholung von (fehlerhaftem) Rechtsrat bei einer nicht offensichtlich unzuständigen Behörde, welche auch nicht darauf hingewiesen hat, sich zur Beurteilung dieser Fragestellung selbst nicht für hinreichend kompetent zu halten, lässt die Schuld des Betroffenen entfallen.¹²² Ein – in der Regel vermeidbarer – Verbotsirrtum liegt nach herrschender Auffassung vor, wenn der Betreffende über das Vorliegen (und den Umfang) der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge irrt;¹²³ der Vorsatz muss sich nur auf die pflichtbegründenden Umstände beziehen, insbesondere auf das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Auch eine Fehlvorstellung über die Überwachungspflicht im Fall der Aufgabendelegation stellt einen bloßen Verbotsirrtum dar.¹²⁴

V. Besonders schwere Fälle, § 266a Abs. 4 StGB

1. § 266a Abs. 4 S. 2 StGB enthält einen – nicht abschließenden¹²⁵ – Katalog von Regelbeispielen. Diesen kommt zwar indizielle Wirkung zu, dennoch kann aufgrund einzelfallspezifischer schuldildernder Besonderheiten ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen sein.¹²⁶ Umgekehrt kann ein solcher aber auch ohne die

¹⁰⁸ Bt-Drs. 15/2573, S. 28; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 11e; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. (2007), § 266a Rn. 12.

¹⁰⁹ *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 53; *Pananis a.a.O.* (Fn. 4), § 6 Rn. 36.

¹¹⁰ *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 21a.

¹¹¹ *Krekel/Werner a.a.O.* (Fn. 20), Rn. 926.

¹¹² *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 57.

¹¹³ *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 22b.

¹¹⁴ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 13.

¹¹⁵ BGH NJW 1992, 177, 178.

¹¹⁶ Vgl. *Bente a.a.O.* (Fn. 9), XII 2 Rn. 37.

¹¹⁷ *Pananis a.a.O.* (Fn. 4), § 6 Rn. 14.

¹¹⁸ Vgl. BGH NJW 1992, 177, 179 zur versuchten Zahlung mit einem später nicht eingelösten Scheck.

¹¹⁹ BGH ZIP 2003, 2213 ff; *Bente a.a.O.* (Fn. 9), XII 2 Rn. 38.

¹²⁰ BGHSt 47, 318.

¹²¹ *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 23.

¹²² BGH NSTZ 2000, 364 f.

¹²³ BGI. BGHZ 133, 370, 381; *Fischer a.a.O.* (Fn. 9), § 266a Rn. 23; *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 61; *Bente a.a.O.* (Fn. 9), XII 2 Rn. 42; a.A. *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 17, wonach sich der Vorsatz auch auf die Rechtspflicht selbst beziehen soll.

¹²⁴ BGH GmbHR 2001, 236.

¹²⁵ Vgl. *Pananis a.a.O.* (Fn. 4), § 6 Rn. 43.

¹²⁶ *Radtke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 72.

Voraussetzungen eines der benannten Regelbeispiele vorliegen.

Der Gesetzgeber hat auf eine Aufnahme des Strafschärfungsgrundes der Gewerbsmäßigkeit in den Katalog des § 266a Abs. 4 S. 2 StGB verzichtet; der BGH hat konsequenterweise klargestellt, dass der gewerbsmäßigen Begehungsweise als einem dem Tatbestand des § 266a StGB immanenten Merkmal im Regelfall keine strafschärfende Bedeutung zukommt, und insoweit regelmäßig die Annahme eines – auch unbenannten – besonders schweren Falles gemäß § 266a Abs. 4 StGB nicht in Betracht kommt.¹²⁷

2. Ein großes Ausmaß im Sinne von § 266 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB soll dann vorliegen, wenn der Gesamtschaden sich deutlich von der Schadenshöhe gewöhnlicher Fälle abhebt.¹²⁸ Die Vorschläge für einen Schwellenwert reichen von 50.000 Euro bis zum Erfordernis eines Millionenschadens.¹²⁹ Der 5. Strafsenat hat bereits wiederholt verfassungsrechtliche Bedenken wegen mangelnder Bestimmtheit des Begriffs des „großen Ausmaßes“ eingeräumt – diese allerdings (nur) im Rahmen von Strafzumessungsvorschriften noch für hinnehmbar erachtet.¹³⁰ Mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ist § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB aber jedenfalls restriktiv zu handhaben. Ohnehin dürfte in den in Betracht kommenden Fallkonstellationen häufig eine Vielzahl rechtlich selbständiger Einzeltaten vorliegen, eine angemessene Sanktionierung daher – auch ohne Rückgriff auf Abs. 4 S. 2 Nr. 1 – im Rahmen der Gesamtstrafenbildung möglich sein.¹³¹

Grober Eigennutz ist gegeben, wenn der Verantwortliche sich bei der Tat in besonders anstößigem Maße vom Streben nach seinem eigenen Vorteil leiten lässt.¹³² Drittbereicherungsabsicht ist insoweit nicht ausreichend; es muss dem Täter um einen persönlichen, materiellen Vorteil gehen.¹³³ Allein die Höhe der nicht abgeführten Beträge begründet noch keinen „groben“ Eigennutz; die erhöhte Strafwürdigkeit kann sich etwa aus besonderer Skrupellosigkeit gegenüber den Arbeitnehmern ergeben.¹³⁴

3. Strafschärfend wirkt gemäß § 266 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB regelmäßig die fortgesetzte Beitragsvorenthaltung unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege.

Das Nachmachen und Verfälschen setzt wie bei § 267 StGB eine Täuschung über den Aussteller voraus; die

¹²⁷ BGH wistra 2007, 307 = HRRS 2007 Nr. 615; Steinberg wistra 2009, 55, 57.

¹²⁸ Erbs/Kohlhaas – Senge, § 370a AO Rn. 9; Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 46.

¹²⁹ Lackner/Kühl a.a.O. (Fn. 108), § 266a Rn. 16b; Wegner wistra 2002, 382, 383 (50.000 Euro); Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29b; Ignor/Rixen NStZ 2002, 510, 512 f (Millionenschaden).

¹³⁰ BGH wistra 2004, 393 = HRRS 2004 Nr. 714; wistra 2005, 30 = HRRS 2004 Nr. 1004.

¹³¹ Vgl. Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 40.

¹³² BGH NStZ 1985, 459.

¹³³ Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 40.

¹³⁴ Vgl. Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 26.

schriftliche Lüge des erkennbaren Ausstellers ist folglich nicht erfasst.¹³⁵ Belege im Sinne der Nr. 2 sind Schriftstücke, mit denen sozialrechtlich erhebliche Tatsachen nachgewiesen werden.¹³⁶ Durch den falschen Beleg muss sich ein unrichtiges Bild gerade über die sozialrechtlich erheblichen Tatsachen ergeben.¹³⁷ Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich; für die Verwendung genügt es, wenn der Beleg der zuständigen Einzugsstelle vorgelegt oder sonstwie zugänglich gemacht wird.¹³⁸ Fortgesetzt werden Beiträge dann vorenthalten, wenn mehrere selbständige Taten (nach Abs. 1 oder 2) vorliegen, wobei jeweils nachgemachte oder gefälschte Belege verwendet oder zumindest (erneut) in Bezug genommen werden müssen.¹³⁹

4. Der Begriff des Amtsträgers in § 266 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB richtet sich nach § 11 Nr. 2 StGB.¹⁴⁰ Ein Missbrauch der Befugnisse oder der Stellung ist an den konkreten Anforderungen der jeweiligen Amtsstellung zu messen; ein solcher wird bei jedem dienstpflichtwidrigen Verhalten anzunehmen sein.¹⁴¹ Mithilfe setzt eine Teilnahme des Amtsträgers an der Tat voraus¹⁴² – eine Täterschaft scheidet mangels Arbeitgeberstellung aus. Ausnutzen erfordert neben der objektiven Förderung der Tat auch den Vorsatz des Täters hinsichtlich der Bösgläubigkeit des Amtsträgers.¹⁴³

VI. Rechtswidrigkeit bzw. Rechtfertigungsgründe

Der einzelne Arbeitnehmer ist angesichts des geschützten (Kollektiv-)Rechtsguts des Beitragsaufkommens nicht dispositionsbefugt; daher kommt eine rechtfertigende Einwilligung des Arbeitnehmers weder im Falle des Abs. 1 noch des Abs. 2 in Betracht.¹⁴⁴

Ein rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB oder eine Pflichtenkollision (zu § 64 GmbHG s.o.) kommen allenfalls in extremen Ausnahmesituation in Betracht; grundsätzlich gebührt dem Schutz der Sozialversicherung Vorrang gegenüber dem Bemühen um die Aufrechterhaltung eines konkursbedrohten Unternehmens.¹⁴⁵ Nimmt

¹³⁵ BGH wistra 1991, 106.

¹³⁶ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29c.

¹³⁷ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29c.

¹³⁸ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 73; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29c.

¹³⁹ BGHSt 31, 225 (zu § 370 AO); Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 28.

¹⁴⁰ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29d; vgl. zu den Korruptionsdelikten Bernsmann/Gatzweiler, Verteidigung in Korruptionsfällen (2008), S. 2 ff.

¹⁴¹ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 74.

¹⁴² Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 29; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 29d.

¹⁴³ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 74.

¹⁴⁴ Vgl. LG Fürth NJW 1988, 1857; Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 44.

¹⁴⁵ Vgl. Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 24; Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 64.

der Arbeitgeber dennoch irrtümlich an, sein Handeln sei gerechtfertigt, so handelt es sich in der Regel um einen Verbotsirrtum.¹⁴⁶

VII. Strafbefreiende Selbstanzeige, § 266a Abs. 6 StGB

In § 266a Abs. 6 StGB hat der Gesetzgeber – wie im Steuerstrafrecht in § 371 AO¹⁴⁷ – die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige vorgesehen.¹⁴⁸ Dem Arbeitgeber, der sich in einem voraussichtlich behebbaren finanziellen Engpass befindet, soll eine „goldene Brücke“ gebaut und seiner Situation Rechnung getragen werden, ohne indes die strafrechtliche Sicherung des Beitragsaufkommens zu gefährden.¹⁴⁹ Teilweise wird davon ausgegangen, dass trotz des eng gefassten Wortlauts eine weite Auslegung vorzunehmen ist, um der gesetzgeberischen Intention gerecht zu werden und dem Gedanken der Unrechts- und Schuldinderung Rechnung zu tragen.¹⁵⁰ Die Gegenansicht lehnt dies unter dem Hinweis auf die vom Gesetzgeber bewusst aufgenommenen Unterschiede zu § 371 AO ab.¹⁵¹

Gemäß § 266a Abs. 6 S. 1 StGB kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Strafe absehen, wenn sich der Arbeitgeber der Einzugsstelle durch schriftliche Mitteilung rechtzeitig und vollständig offenbart. Umstritten ist, ob eine Mitteilung nur dann „rechtzeitig“ abgegeben wird, wenn sie bei Fälligkeit oder „unverzüglich“ danach erfolgt.¹⁵² Zumindest im Hinblick auf § 266a Abs. 2 StGB muss sinnvollerweise auch ein späterer Zeitpunkt in Betracht kommen, um überhaupt einen gewissen praktischen Anwendungsbereich des Abs. 6 zu erhalten.¹⁵³

Erforderlich ist eine Angabe zur Höhe der abzuführenden Beiträge sowie eine nachvollziehbare Begründung dafür, dass der Arbeitgeber trotz ernsthafter Bemühungen zur fristgerechten Beitragszahlung nicht in der Lage ist.¹⁵⁴ Bei objektiver Unmöglichkeit der Zahlung fehlt es schon an einem tatbestandsmäßigen Unterlassen; daher muss in Fällen des (Vor-)Verschuldens eine Strafaufhebung entgegen dem missglückten Wortlaut des § 266 Abs. 6 StGB auch dann in Betracht kommen, wenn eine Zahlung

zwar möglich, aber (aus Gründen der Erhaltung des Betriebes) erheblich erschwert gewesen wäre.¹⁵⁵

Nach § 266a Abs. 6 S. 2 StGB tritt – zwingend – Straffreiheit ein, wenn die ausstehenden Beiträge innerhalb einer dem Arbeitgeber von der Einzugsstelle gesetzten Frist bezahlt werden. Der staatliche Strafanspruch ist für diesen Fall der nachträglichen Bewilligung einer solchen Frist auflösend bedingt.¹⁵⁶ Voraussetzung ist allerdings das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Mitteilung im Sinne des S. 1.¹⁵⁷

In formeller Hinsicht verlangt die Selbstanzeige eine schriftliche Mitteilung an die Einzugsstelle, welche die in Abs. 6 S. 1 Nr. 1 vorgegebenen Angaben beinhalten muss; die Einzugsstelle soll so in die Lage zu versetzt werden, „auf zutreffender Basis ihre weiteren Entscheidungen zu treffen“.¹⁵⁸

VIII. Konkurrenzen

Nach herrschender Auffassung ist bei Vorenthalten von Beiträgen für mehrere Arbeitnehmer gegenüber einer Einzugsstelle von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen.¹⁵⁹ Ist eine Mehrzahl von Einzugsstellen betroffen liegt hingegen Tatmehrheit vor,¹⁶⁰ ebenso wenn Beiträge über mehrere Monate hinweg vorenthalten werden. Verstöße gegen § 266a Abs. 1 StGB und Abs. 2 stehen in der Regel in Tateinheit zueinander.¹⁶¹

Das Verhältnis von § 266a Abs. 1 zum (Beitrags-)Betrug war lange Zeit umstritten. Nunmehr ist der gesetzgeberischen Entscheidung zur Neueinführung des Abs. 2 mit seinen betrugsähnlichen Tatmodalitäten im Jahre 2004 Rechnung zu tragen: Soweit Fälle der Beitragsvorenthaltung auch Sachverhalte des Betrugstatbestandes umfassen, gilt § 266a StGB als *lex specialis* gegenüber § 263 StGB; dies gilt sowohl für Fälle des § 266a Abs. 2 StGB als auch für Fälle des Abs. 1.¹⁶² Der 5. Strafsenat hat seine Rechtsprechung zum Vorrang des § 263 StGB aufgegeben und sich dem 1. Strafsenat angeschlossen,¹⁶³ der unter Hinweis auf die Begründung zur Gesetzesänderung (aus dem Jahre 2004) einen Vorrang des § 266a StGB als *lex specialis* angenommen hat.¹⁶⁴ Soweit einschlägig, kann § 266a StGB „n.F.“ – beispielsweise bei Gewerbsmäßigkeit – als günstigeres Gesetz über § 2 Abs. 3 StGB nunmehr auch in „alten“ Fälle des Beitragsbetru-

¹⁴⁶ Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 44.

¹⁴⁷ Zu den Unterschieden vgl. Winkelbauer wistra 1988, 16 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 46.

¹⁴⁹ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 78 m.w.N..

¹⁵⁰ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 78; Krekeler/Werner a.a.O. (Fn. 20), Rn. 935; Brüssow/Petri a.a.O. (Fn. 9), Rn. 200; Joecks wistra 2004, 441, 443.

¹⁵¹ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 30 ff; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 21; Laitenberger NJW 2004, 2703 ff.

¹⁵² So die wohl h.M., vgl. Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 32; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 24; Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 48.

¹⁵³ So auch Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 78; Brüssow/Petri a.a.O. (Fn. 9), Rn. 200; Joecks wistra 2004, 441, 443.

¹⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 10/318 S. 31; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 24; Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 251.

¹⁵⁵ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 30 ff.

¹⁵⁶ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 84.

¹⁵⁷ BGH wistra 1990, 353.

¹⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 10/318 S. 30.

¹⁵⁹ BGH wistra 2007, 307 = HRRS 2007 Nr. 615; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 36; Bente a.a.O. (Fn. 9), XII 2 Rn. 72.

¹⁶⁰ BGHSt 48, 307, 314; OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 1999, 104; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 28.

¹⁶¹ Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 36; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 49; Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 252.

¹⁶² BT-Drs. 14/2573, S. 32; Fischer a.a.O. (Fn. 9), § 266a Rn. 21a; Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 84; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 52; Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 251.

¹⁶³ BGH StraFo 2008, 219 = HRRS 2008 Nr. 238.

¹⁶⁴ BGH wistra 2007, 307 = HRRS 2007 Nr. 615.

ges vorrangig anzuwenden sein.¹⁶⁵ Damit verbleibt § 263 StGB im Bereich der Vorenthaltung von Beiträgen zur Sozialversicherung kaum noch ein Anwendungsbereich neben den spezielleren Regelungen des § 266a Abs. 1 u. Abs. 2 StGB.¹⁶⁶ Allenfalls dort wo der Schutzbereich des Betrugs weiter gefasst ist verbleiben mögliche Anwendungsfälle.¹⁶⁷ Einen solchen hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung bereits angedeutet: Wird eine durch Täuschung erschlichene E-101-Bescheinigung (s.o.), die während ihres Vorliegens Pflichten i. S. d. § 266a StGB nicht entstehen lässt und eine Verfolgung nach deutschem Recht grundsätzlich ausschließt, wieder zurückgenommen, so kommt eine Strafverfolgung wegen Betruges zu Lasten deutscher Sozialversicherungsträger in Betracht.¹⁶⁸

Beitragsvorenthaltung und Steuerhinterziehung stehen in Tatmehrheit zueinander, selbst wenn Steuer- und Beitragsteile sich auf denselben Arbeitnehmer beziehen und die Nichtabführung auf einem Gesamtplan beruht.¹⁶⁹ Auch zu Ordnungswidrigkeiten nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III bzw. Straftaten nach §§ 10, 11 SchwarzArbG besteht Tatmehrheit.¹⁷⁰ Mit §§ 283, 283c, 288 StGB kann je nach Umständen Tateinheit (z.B. Beiseiteschaffen von Vermögenswerten zugleich als schuldhaftes Vorverhalten im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB, s.o.) oder Tatmehrheit gegeben sein.¹⁷¹

IX. Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen

Neben dem gesetzlichen Strafraumen, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (sechs Monate bis zehn Jahre in besonders schweren Fällen) oder Geldstrafe vorsieht, drohen im Fall einer Verurteilung nach § 266a StGB eine Reihe weiterer rechtlicher Konsequenzen.

Gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG kann bei einer Verurteilung nach § 266a StGB – unter den Voraussetzungen des S. 2 sogar bereits vor der Durchführung

eines Straf- oder Bußgeldverfahrens – der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu drei Jahren erfolgen, wenn das Gericht eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder eine Geldbuße von mindestens 2.500 Euro verhängt.¹⁷² Je nach landesrechtlicher Regelung¹⁷³ – auf eine bundesgesetzliche Regelung konnte man sich bisher nicht einigen – können Verstöße gegen § 266a StGB auch zur Eintragung in ein sogenanntes Korruptionsregister führen.¹⁷⁴ Über das Korruptionsregister können die Vergabestellen der öffentlichen Hand Informationen über die Zuverlässigkeit von Bewerbern einholen und verfahrensbezogene Auftrags- und Vergabesperren aussprechen.¹⁷⁵

§ 266a Abs. 1 u. 2 StGB begründen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB die persönliche zivilrechtliche Haftung des Täters gegenüber der Einzugsstelle.¹⁷⁶ Eine rechtskräftige Verurteilung wird nicht nur ins BZR eingetragen, sondern – soweit das Strafmaß 90 Tagessätze bzw. drei Monate Freiheitsstrafe übersteigt – auch ins Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 4 GewO); sie kann mithin auch für die Frage der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit eine folgenschwere Bedeutung erlangen.¹⁷⁷ Zudem ist ein Berufsverbot gemäß § 70 StGB möglich.¹⁷⁸ Schließlich ist zu beachten, dass bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von (mindestens) einem Jahr ein Ausschlussgrund im Sinne von § 6 Abs. 2 GmbHG bzw. § 76 Abs. 3 AktG vorliegt, welcher für die Dauer von fünf Jahren eine Tätigkeit des Verurteilten als Geschäftsführer ausschließt.¹⁷⁹

¹⁶⁵ Vgl. BGH wistra 2007, 307 f = HRRS 2007 Nr. 615; StraFo 2008, 219 f = HRRS 2008 Nr. 238; Steinberg wistra 2009, 55, 57.

¹⁶⁶ Dagegen tritt nach überwiegender Auffassung § 266a Abs. 3 StGB im Verhältnis zu einem tateinheitlich verwirklichten Betrug zurück, vgl. Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 67; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 28.

¹⁶⁷ Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 59; Krekeler/Werner a.a.O. (Fn. 20), Rn. 937.

¹⁶⁸ Vgl. BGH wistra 2007, 65, 68 = HRRS 2006 Nr. 948.

¹⁶⁹ BGH StV 2006, 14 = HRRS 2005 Nr. 863.

¹⁷⁰ OLG Stuttgart NStZ 1982, 514; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266a Rn. 28; Heitmann a.a.O. (Fn. 1), § 36 Rn. 50.

¹⁷¹ Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 67.

¹⁷² Vgl. OLG München, VergabeR 2006, 561; Radtke, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 266a Rn. 70; Krekeler/Werner a.a.O. (Fn. 20), Rn. 943.

¹⁷³ Vgl. z.B. Antikorruptionsgesetz NRW v. 15.12.2004; Korruptionsregistergesetz (KRG) Berlin v. 19.04.2006.

¹⁷⁴ Vgl. Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 48.

¹⁷⁵ Vgl. Pananis a.a.O. (Fn. 4), § 6 Rn. 48.

¹⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2002, 1122, 1123.

¹⁷⁷ OLG München, VergabeR 2006, 561.

¹⁷⁸ LG Marburg NStZ-RR 2007, 172; Köhler a.a.O. (Fn. 20), Kap. 7 Rn. 250.

¹⁷⁹ Weiß wistra 2009, 209, 211.

Ein Plädoyer für die Transparenz bei der Pflichtverteidigerbeordnung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

Die Pflichtverteidigerbeordnung ist diejenige Handlung, durch die ein Richter den vermeintlich größten Einfluss auf einen anstehenden Prozess nehmen kann. Die Bestimmung des Verteidigers kann helfen, den Lauf des Verfahrens in die eine oder andere Richtung zu lenken, je nachdem ob ein engagierter oder ein konfliktscheuer Rechtsanwalt ausgewählt wird. Auswahlkriterien enthält das Gesetz dabei nicht; ein Richter handelt ermessensfehlerfrei, wenn er einen Anwalt auswählt, der die Gewähr für eine sachgerechte und ordnungsgemäße Verteidigung bietet.¹ Unter „sachgerecht und ordnungsgemäß“ ist aber alles bis zur untersten Grenze der Minimalstandards zu verstehen. In diesem Bereich wird sehr viel im Verborgenen gearbeitet, was einer rechtsstaatlichen Justiz nicht gut zu Gesicht steht.² Nicht selten treibt die Beordnung des altbekannten und -bewährten Rechtsanwalts wilde Blüten, die nur dann zum Vorschein kommen, wenn sich ein außen stehender Rechtsanwalt zufällig in die Akte verirrt, der nicht in das System eingeweiht ist und nur mit ungläubigen Staunen zur Kenntnis nehmen kann, was sich hinter den Kulissen bisweilen für Abgründe auftun. Zwei Beispiele seien im Folgenden näher erläutert.

1. In einem Kaufhaus werden zwei Rumäninnen beim Stehlen erwischt, wobei nicht weit entfernt zwei dazugehörige Männer stehen. Obwohl niemand gesehen hat, dass die Männer etwas Strafbares getan haben, werden alle vier wegen gewerbsmäßigen Bandendiebstahls in Untersuchungshaft genommen. Die Staatsanwaltschaft arbeitet schnell und klagt innerhalb von zehn Tagen an. Dann passiert an einem einzigen Tag mehr, als in manchen Verfahren in einem halben Jahr. Zunächst kommt es zu einem Gespräch zwischen der Jugendrichterin – eine der Frauen ist unter 18 Jahre alt – und der Staatsanwältin, in deren Folge die Staatsanwältin die Anklage bezüglich der beiden Männer zurücknimmt und sogleich Strafbefehle beantragt (jeweils 6 Monate Freiheitsstrafe auf Bewährung). Weiterhin wird die Aufhebung der Haftbefehle bzgl. der Männer beantragt. Am gleichen Tag werden diese Strafbefehle erlassen und den nicht der deutschen Sprache kundigen Männern zugleich mit dem Entlassungsschein an der JVA-Tür ausgehändigt. Während sich einer der Männer in der JVA um einen Anwalt bemüht hatte, ordnet die Richterin dem anderen für das

Strafbefehlsverfahren gem. § 408b StPO einen Anwalt bei, der im Gerichtsbezirk als „ständiger“ Pflichtverteidiger bekannt ist. Die Richterin unterlässt es sodann, ihm den Strafbefehl und die Akte zukommen zu lassen. Eine weitere Verfügung vom gleichen Tag betrifft die beiden Frauen, denen die Anklage übersetzt und zugestellt wird mit dem Hinweis, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt und ihnen zwei – namentlich benannte – Rechtsanwälte beigeordnet werden, wenn sie nicht andere nennen. Der Name des einen in diesem Schreiben genannten Rechtsanwalts ist identisch mit dem zuvor im Strafbefehlsverfahren beigeordneten Advokaten. Da sich in der Folge für diese Angeschuldigte eine Wahlverteidigerin bestellt, fällt dieses Vorgehen der Richterin nicht weiter auf. Die andere vom Gericht beigeordnete Rechtsanwältin, die ebenfalls sehr gern beigeordnet wird, trifft sich mit ihrer Mandantin zum ersten Mal über einen Monat nach der Beordnung unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung im Gerichtsgewahrsam und zeigt sich danach gegenüber ihren Kollegen überrascht, dass ihre Mandantin ihr gegenüber unfreundlich und ungehalten gewesen sei.

Das bedeutet im Klartext, dass

- die Richterin ein und denselben Rechtsanwalt in ein und demselben Verfahren zwei unterschiedlichen Beschuldigten beordnen wollte, einmal für das Strafbefehlsverfahren, das im Falle eines nicht erfolgten Einspruchs spätestens nach zwei Wochen erledigt gewesen wäre, und einmal für das Hauptverfahren.
- die beigeordnete Verteidigerin es nicht für nötig hielt, ihre minderjährige, nicht der deutschen Sprache mächtige und inhaftierte Mandantin innerhalb eines ganzen Monats auch nur einmal in der JVA zu besuchen.

Dieser Fall zeigt das ganze Dilemma der „professionellen Pflichtverteidigung“. Es ergibt sich zwar aus der Akte nicht, ob die Richterin bewusst zweimal auf „ihren“ Pflichtverteidiger setzen wollte oder ob sie unabsichtlich seinen Namen ein zweites Mal niedergeschrieben hat. Beide Alternativen sind jedoch nicht akzeptabel. Die Richterin hätte allenfalls dann ein zweites Mal beordnen können, wenn kein Einspruch gegen „ihren“ Strafbefehl erfolgt. Der Umstand, dass der der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte den deutschen Strafbefehl in

¹ Vgl. Meyer-Gofßner, StPO, 51. Auflage (2008), § 142 Rn.3.

² Vgl. zu dieser Thematik Thielmann, „Die Auswahl des Pflichtverteidigers“, StraFo 2006, 258 f.

die Hand gedrückt bekam und gleichzeitig der beigeordnete Anwalt nicht einmal darüber informiert wurde, könnte für Absicht sprechen. Wenn sie in Gedanken versunken seinen Namen auch für die zweite Beordnung verwendet hatte, zeigt dies den Automatismus, mit dem sie diesen Anwalt offenbar als Pflichtverteidiger bestellt.

Was die stets beigeordnete Verteidigerin betrifft, so zeigt ihr Verhalten, dass der Mandant nicht an erster Stelle steht und sie sich anscheinend ganz sicher sein kann, auch weiterhin Beordnungen zu bekommen. Da scheint es auch keine Rolle zu spielen, dass ein solches Verhalten selbst nach der Rechtsprechung mittlerweile eine grobe Pflichtverletzung darstellt, die die Mindeststandards der Verteidigung unterschreitet und die Entpflichtung rechtfertigt.³ Schließlich stört es scheinbar keinen, wenn eine minderjährige Rumänin auch mal insgesamt zwei Monate ohne Anwaltsbesuch in einem deutschen Gefängnis sitzen muss. Das fehlende Unrechtsbewusstsein zeigt sich daran, dass die Rechtsanwältin sogar öffentlich ihr Unverständnis äußert, dass die Angeklagte nicht gut auf sie zu sprechen war. Die Richterin hätte im Nachhinein auch erkennen können, dass eben kein JVA-Besuch stattgefunden hat, weil die Anwältin einen solchen in ihrer Pflichtverteidigerabrechnung auch nicht aufgeführt hatte.

2. Im Strafbefehlsverfahren wird ein sehr erfahrener Rechtsanwalt, der laut Internetseite der Kanzlei auf den Gebieten Baurecht, Immobilienrecht, Erbrecht und Verwaltungsrecht zu Hause ist, gem. § 408 b StPO als Pflichtverteidiger beigeordnet. Eine Anhörung des Beschuldigten hierzu erfolgte – wie nach dem Standardkommentar der Strafprozessordnung auch zutreffend⁴ – nicht. Es machte somit keinen Eindruck bei Gericht, als sich kurz darauf der vom Beschuldigten gewählte Verteidiger bestellte und trotz des Wissens um die geringe Erfolgsaussicht Pflichtverteidigerwechsel beantragte. Am gleichen Tag erhielt das Gericht nämlich auch einen Schriftsatz von der Kanzlei des beigeordneten Verteidigers. Darin „bestellte“ sich der Sohn des Pflichtverteidigers – seines Zeichens Fachanwalt für Verkehrsrecht und Verwaltungsrecht, laut Internetseite aber auch im Strafrecht aktiv – für den Beschuldigten, ohne eine Vollmacht vorzulegen oder auch nur zu behaupten, bevollmächtigt zu sein. Nach der Bestellung heißt es im Schriftsatz fettgedruckt wie folgt:

„Gemäß Gerichtsbeschluss vom 16.07.2009 wurde der Vater des Unterzeichners, Herr Rechtsanwalt H.H., als Pflichtverteidiger des Angeklagten bestellt. Ich gehe davon aus, dass es sich hierbei um einen Irrtum handelt und sich die Beordnung per Beschluss auf den Unterzeichner beziehen sollte. Insofern bitte ich höflich darum, den Angeklagten dem Unterzeichner als Pflichtverteidiger beizuordnen und den früheren Beschluss vom 16.07.2009 aufzuheben.“⁵

Sodann legte der Sohn Einspruch gegen den Strafbefehl ein und bat um Akteneinsicht. Knapp zwei Wochen später entpflichtete das Amtsgericht den Vater, um antragsgemäß den Sohn als Pflichtverteidiger beizuordnen, und teilte dem Wahlverteidiger mit Schriftsatz vom selben Tag mit, dass „der beigeordnete Pflichtverteidiger Rechtsanwalt H.“ Einspruch eingelegt habe und damit seine Tätigkeit beendet sei.

Dies bedeutet im Klartext, dass

- der Vater trotz Beordnungsbeschluss nicht tätig geworden ist und statt dessen die Sache ohne Ermächtigung und Entbindung von der Schweigepflicht an seinen Sohn weitergegeben hat;
- der Sohn sich ohne Bevollmächtigung als Verteidiger bestellt, einen Irrtum bei Gericht angemahnt und einen unwirksamen Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt hat;
- die Richterin per Beschluss den so handelnden Sohn im Nachhinein zum Pflichtverteidiger bestellt hat, obwohl ein bevollmächtigter Wahlverteidiger denselben Antrag gestellt hatte, und gegenüber dem Wahlverteidiger zu erkennen gegeben hat, dass sie den unwirksamen Einspruch gegen den Strafbefehl akzeptiert.

Keiner der handelnden Personen hat sich richtig verhalten. Zumindest berufsrechtliche Verfehlungen sind beiden Anwälten vorzuwerfen, während die Richterin völlig ohne Rechtsgrundlage einen Beordnungsbeschluss ändert. Zwar kann das Verhalten des Vaters als grobe Pflichtverletzung angesehen werden und zum Widerruf der Beordnung führen,⁶ aber das Verhalten des Sohnes widerspricht eigentlich einer Beordnung, zumal sich noch ein Wahlverteidiger gemeldet und um Beordnung im Namen des Beschuldigten ersucht hat. Der gesamte Sachverhalt ist eigentlich nur dann erklärlich, wenn es schon seit langer Zeit die Praxis der Amtsrichterin ist, den Sohn beizuordnen und diesmal aus unbekanntem Gründen – vielleicht eine nicht informierte Vertreterin in der Geschäftsstelle – etwas schief gelaufen ist und der Vater beigeordnet wurde. Angesichts der Tatsache, dass keiner aus der Familie in erster Linie Strafsachen bearbeitet, wäre schon dieser Umstand bezeichnend für die Praxis der Beordnung, die sich nicht selten auf Rechtsanwälte konzentriert, die mit Strafrecht ansonsten nicht allzu viel zu tun haben. Der weitere Ablauf zeigt, dass in diesem Bereich „gemauschelt“ wird, ohne dass die beteiligten Personen offenbar wissen, was sie tun. Anders ist diese Vorgehensweise nicht zu erklären. Auch hier die Devise: Solange sich keiner beschwert, ist das alles schon in Ordnung

3. Die beiden Sachverhalte zeigen beispielhaft, dass sich endlich etwas tun sollte im Bereich der Pflichtverteidigererstellung.

³ Vgl. OLG Köln StraFo 2007, 157; BGH NStZ 2009, 463.

⁴ Meyer-Goßner (Fn. 1) § 408 b Rn.4.

⁵ Es hieß tatsächlich „den Angeklagten dem Unterzeichner“. Dieser grammatikalische Lapsus hat jedoch – wenn man genauer darüber nachdenkt – mehr als ein Körnchen

Wahrheit in sich, denn oftmals geht es eben nicht in erster Linie darum, dem Beschuldigten einen Anwalt beizuordnen, sondern darum den Anwalt mit einem Mandat zu unterstützen.

⁶ Vgl. Meyer-Goßner, (o.Fn.1) § 143 Rn.4.

- Es sollte erforderlich sein, in erster Linie diejenigen Rechtsanwälte beizuordnen, die sich hauptsächlich mit Strafrecht befassen, denn nur das garantiert eine vernünftige Vertretung desjenigen Beschuldigten, der in dieser Phase auf die Fürsorgepflicht des Richters angewiesen ist. Die große Gefahr der „Schlechtverteidigung“ würde dadurch zumindest minimiert, wenn auch natürlich nicht völlig ausgeschlossen. Je schwerer der Vorwurf, desto erfahrener sollte der Verteidiger sein, so dass für Verbrechensvorwürfe in erster Linie Fachanwälte für Strafrecht ausgesucht werden sollten. Der Bundesgerichtshof hat zwar bereits zu diesem Punkt ausgeführt hat, dass es keinen Rechtssatz gibt, wonach grundsätzlich oder zumindest in Kapitalstrafsachen nur ein Fachanwalt für Strafrecht als Verteidiger bestellt werden könnte und auch keine forensische Erfahrung bestehe, wonach deshalb, weil ein Rechtsanwalt kein Fachanwalt für Strafrecht ist, regelmäßig zu erwarten sei, dass eine von ihm geführte Verteidigung weniger sachgerecht wäre.⁷ Dies ist natürlich insofern richtig, als dass ein überarbeiteter, müder, desillusionierter oder einfach nur fauler Fachanwalt – auch das alles soll es geben – oftmals weniger für eine Verteidigung geeignet ist als ein engagierter, interessierter und mit viel Zeit ausgestatteter Berufsanfänger. Allerdings würde durch eine Beordnung von erwiesenen Spezialisten in Kapital- oder Staatsschutzsachen das Risiko eines Fehlgriffs wesentlich verringert.⁸ Dabei ist das Problem in der Praxis nicht die Beordnung von unbekannt ungeeigneten, sondern von bekannt ungeeigneten Rechtsanwälten, zu denen aus bestimmtem Grund eine besondere Nähebeziehung besteht und deren rechtliche Zurückhaltung dem Richter nicht als störend auffällt.
- Womit wir beim zweiten Punkt wären: „Alte Seilschaften“ zwischen Richtern und Rechtsanwälten sollten verhindert werden, selbst wenn sie erfahrene und engagierte Strafverteidiger betreffen. Zu große Nähe zwischen Gericht und Verteidiger kann entweder für den Beschuldigten Probleme bringen – wenn sich der Verteidiger duckt – oder für den Rechtsstaat – wenn sich der Richter duckt. Dass bedeutet natürlich nicht, dass ein Richter einen ihm bekannten engagierten Strafverteidiger nicht für eine bestimmte Sache ansprechen darf, wenn er ihn für geeignet hält. Nach der derzeitigen Gesetzeslage ist dies schließlich der einzige Weg, dass ein Beschuldiger einen geeigneten Anwalt erhält. Aber eine „ständige Vertretung“ eines bestimmten Anwalts bei einer bestimmten Strafkammer ist nicht angemessen. Auch wenn es menschlich verständlich ist, dass man als Richter lieber einen ebenso fröhlichen wie juristisch zurückhaltenden Kumpeltyp in der Hauptverhandlung neben dem Angeklagten sitzen hat, so gebietet es die Rechtsordnung, dass lieber der um das Recht kämpfende Unsympath ausgewählt wird. Diese Entscheidung trifft ein Vorsitzender jedoch ganz allein in seinem stillen Kämmerlein.
- Womit wir beim dritten und letzten Punkt wären: Die Beordnungspraxis der Richter sollte endlich von der dunklen Kammer ins helle Licht der Rechtsstaatlichkeit geholt werden. Immer dann, wenn gerichtliche Entscheidung hinter verschlossenen Türen und nicht überprüfbar gefällt werden, ist dies dem Ansehen der Justiz abträglich. Die Idee von einer für alle Anwälte mit nachgewiesener Qualifikation zugänglichen „Liste von Pflichtverteidigern“, die bei den Gerichten vorliegt und nach der die Verteidiger ohne Zutun des für das Hauptverfahren zuständigen Richters beigeordnet werden, gibt es schon sehr lange,⁹ ohne dass sich in dieser Hinsicht etwas bewegt hätte. Wenn aber schon nicht dieser Weg der Abkoppelung der Beordnung von den persönlichen Präferenzen der Vorsitzenden Richter beschritten wird, so ist zumindest notwendig, die Gerichte zu verpflichten, in jährlichen Statistiken mitzuteilen, welche Anwälte von den Richtern in den Fällen beigeordnet worden sind, in denen ein Beschuldigter eben keinen ausdrücklichen Wunsch äußert, einen bestimmten Anwalt zu bekommen. Nur in diesem Bereich besteht noch das Auswahlrecht des Richters gem. § 142 StPO und deshalb ist nur dieser Bereich interessant. Eine Veröffentlichung dieser Informationen führt in keiner Weise zu einer Einschränkung der Wahlfreiheit der Vorsitzenden, sondern hilft auch in diesem Bereich, mehr Transparenz zu gewähren. Eine solche Transparenz ist dringend notwendig und sollte dazu führen, dass sich sowohl das Problem der „Unterqualifizierung von Pflichtverteidigern“ als auch das Problem der „Seilschaften“ in Zukunft verringert. Nach und nach würden böse Bezeichnungen wie „Verteidigung zweiter Klasse“,¹⁰ „Beordnungsprostitution“¹¹ oder „Verteidiger mit eingebautem Rechtsmittelverzicht“¹² aus dem juristischen Wortschatz gestrichen werden. Dies ist gerade im Hinblick auf die Gesetzesänderung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO mit einer zwingenden Beordnung in jedem Fall einer vollstreckten Untersuchungshaft unbedingt erforderlich. Entsprechendes Engagement der Strafverteidigervereinigungen (u.a. Hamburg und Nordrhein-Westfalen) mit Veranstaltungen bzw. Forderungsaufstellungen¹³ zeigt, dass der unbefriedigende Ist-Zustand nicht länger akzeptiert wird und jetzt der richtige Zeitpunkt ist, um nach den langen Jahren des Stillstands etwas zu verändern.

⁷ BGH NStZ 2008, 231 (= HRRS 2007 Nr. 967).

⁸ Ähnlich: Gaede, „Schlechtverteidigung – Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung?“, HRRS 2007, 402 (413).

⁹ Vgl. nur Schlothauer, „Die Auswahl des Pflichtverteidigers“, StV 1981, 443ff.; Thielmann (Fn. 2) StraFo 2006, 362; eine Änderung für „wünschenswert“ hält auch Mehle, „Zeitpunkt und Umfang der Pflichtverteidigerbestellung“, NJW 2007, 969, 974.

¹⁰ Leipold „Die Pflichtverteidigung – Verteidigung 2. Klasse?“ in AnwBl 2004, 683ff.

¹¹ Hilbers/Lam. StraFo 2005, 70, 71.

¹² Ein Ausdruck von Sarstedt, zitiert nach Müller, „Pflichtverteidiger – Verteidiger wessen Vertrauens?, StV 1981, 570

¹³ Vgl. z.B. den Beitrag „Zur Praxis der Beordnung von notwendigen Verteidigern ab dem 1. Januar 2010“ auf der Homepage der Strafverteidigervereinigung Nordrhein-Westfalen (http://www.strafverteidigervereinigung-nrw.de/index.php?article_id=34).

Strafzumessung bei Kettengeschäften

Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 565

Regierungsdirektor Stefan Rolletschke, Alfter/Köln

Die BGH-Entscheidung (1 StR 342/08 = BGH HRRS 2009 Nr. 565) enthält zwar keine bahnbrechenden Neuigkeiten. Interessant ist die umfassende steuerstrafrechtliche Aufarbeitung von „Kettengeschäften“ aber allemal.

I. Vereinfachter Sachverhalt des Besprechungsfalles

Um den durch das LG festgestellten Sachverhalt und die Entscheidungsgründe einfacher verstehen zu können, wird der Besprechungsfall nachfolgend anhand einer einzigen (Schein-)Lieferkette beispielhaft dargestellt und steuer- sowie strafrechtlich bewertet.

Der ursprüngliche Halter H besitzt ein Gebrauchtfahrzeug, das tatsächlich 100.000 € wert ist. Dieses verkauft er für 60.000 € zzgl. 11.400 € USt an einen Erstankäufer E. Die Wertdifferenz in Höhe von 40.000 € erhält H „schwarz“ von E.¹ E verkauft das Fahrzeug für 130.000 € zzgl. 24.700 € weiter an einen Zwischenhändler Z. Der wiederum veräußert weiter an J für 150.000 € zzgl. 28.500 €. J seinerseits verkauft das Fahrzeug umsatzsteuerfrei ins EU-Ausland für 170.000 €. Tatsächlich trifft J die Entscheidung, welches Fahrzeug von H angekauft wird. Das Fahrzeug wird unmittelbar von H an J geliefert.

J erklärt gegenüber dem Finanzamt USt-freie innergemeinschaftliche Lieferungen (170.000 €) und lässt sich die ihm von Z gesondert in Rechnung gestellte USt (28.500 €) vergüten. Z deklariert seinen Umsatz (150.000 €), zieht von der darauf entfallenden USt (28.500 €) aber die Vorsteuer ab, die in seiner Eingangsrechnung gesondert ausgewiesen ist (24.700 €). Die sich ergebende Zahllast (28.500 € – 24.700 € = 3.800 €) führt er an das Finanzamt ab. E gibt indes weder eine Steuervoranmeldung ab, noch entrichtet er die von ihm rechnungsmäßig geschuldete USt (24.700 € – 11.400 € = 13.300 €).

Das LG verurteilt J wegen USt-Hinterziehung in Höhe von 7.600 € (19%ige USt auf die „schwarz“ von E an H bezahlte Wertdifferenz in Höhe von 40.000 €). Diesen

¹ Die Schwarzzahlung ist für die weitergehende Betrachtung ohne Bedeutung. Im Besprechungsfall diene sie wohl nur dazu, auch dem H einen „steuerfreien Gewinn“ zu verschaffen.

Betrag legt das LG auch seiner Strafzumessung zu Grunde.

II. Tatbestandsmäßigkeit

Wenn man jede einzelne Scheinlieferung (H an E, E an Z und Z an J) für sich betrachtet, könnte man zunächst auf den Gedanken kommen, weder J noch Z hätten Steuerhinterziehungen begangen. Vielmehr haben sie ihre Umsätze ja gerade gegenüber den Finanzbehörden erklärt. Dabei würde aber verkannt werden, dass es sich im Sachverhalt der Besprechungsentscheidung nicht um gutgläubige fremde Dritte handelt, die das Fahrzeug tatsächlich in Kette weitergeliefert haben. Vielmehr haben die Beteiligten dolos zusammengearbeitet und nur eine echte Lieferung (H an J) bewirkt. Die „Zwischenlieferungen“ sind als bloße Scheinlieferungen zu qualifizieren.

Dieser Umstand führt u.a. dazu, dass J der Vorsteuerabzug aus der Eingangsrechnung des Z zu versagen ist. Zum Vorsteuerabzug berechtigt eine ordnungsgemäße Eingangsrechnung nur dann, wenn ihr eine Lieferung eines Unternehmers (hier Z; tatsächlich hat aber H geliefert) an einen anderen Unternehmer (hier J) zu Grunde liegt (§§ 14, 15 UStG). Damit enthält die USt-Voranmeldung des J, mit der er die entsprechende Vorsteuer geltend macht, unrichtige Angaben i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO. Die Steuerverkürzung beläuft sich insoweit auf die geltend gemachte Vorsteuer (28.500 €).

Entsprechendes gilt für Z, der in seiner USt-Voranmeldung zu Unrecht Vorsteuer aus der Eingangsrechnung des E „zieht“ (24.700 €).

E begeht seinerseits durch die Nichterklärung der von ihm angeblich an Z bewirkten Lieferung eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO). Er verkürzt die von ihm gesondert gegenüber Z ausgewiesene USt (24.700 €), die er als Scheinunternehmer anzumelden hat (§§ 14 Abs. 3 UStG a.F., 14c Abs. 2 UStG n.F.).²

² Vgl. BGH, Beschl. v. 20.2.2001 – 5 StR 544/00, wistra 2002, 220; Rolletschke, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. (2009), Rn. 181.

III. Strafzumessung

Eine von der Tatbestandsmäßigkeit zu trennende Frage ist die der Strafzumessung. Der 1. Senat stellt insoweit eine „Selbstverständlichkeit“ an den Beginn seiner Entscheidungsgründe. Die Höhe der verkürzten Steuer ist ein bestimmender Strafzumessungsgrund i.S.d. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO. Dies bedeutet freilich nicht, dass bei einer Steuerhinterziehung der beschriebenen Art eine Addition sämtlicher Verkürzungsbeträge zu erfolgen hat. Im Zahlenbeispiel hätte das ansonsten zur Folge, dass sich die Verkürzung auf 28.500 € + 24.700 € + 24.700 € = insgesamt 77.900 € belaufen würde.

Maßgebend sind vielmehr die „verschuldeten Auswirkungen“ der Tat“ (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB). Diese bestimmen sich aber nach dem vom Vorsatz umfassten, aus dem Gesamtsystem erwachsenen deliktischen Schaden.³ Sprich: aus einem Vergleich zwischen gezahlter

³ Vgl. BGH, Urt. v. 11.7.2002 – 5 StR 516/01, BGHSt 47, 343 = wistra 2002, 384, Beschl. v. 11.12.2002 – 5 StR 212/02, wistra 2003, 140; Rolletschke, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. (2009), Rn. 149.

Umsatzsteuer und gezogener Vorsteuer. Im Zahlenbeispiel wurde USt in Höhe von 28.500 € gezahlt (von Z). Dem stehen gezogene Vorsteuern in Höhe von 28.500 € (von J) + 24.700 € (von Z) = insgesamt 53.200 € gegenüber. Per saldo beläuft sich der „Steuerschaden“ also auf 24.700 €.

IV. Strafaussetzung zur Bewährung

Mehr oder weniger in Fortschreibung seines „Strafzumessungsgrundsatzurteils“ vom 2.12.2008⁴ weist der 1. Senat darauf hin, dass gerade bei einer USt-Hinterziehung der vorliegenden Art die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe geboten sein könne. USt-Hinterziehungen verursachten nicht nur große Steuerausfälle. Die Beteiligung an einem komplexen und aufwändigen Täuschungssystems weise auch Merkmale organisierter Kriminalität auf.

⁴ 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 = wistra 2009, 107 = HRRS 2009 Nr. 127.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Christoph Burchard: Irren ist menschlich. Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen. Mohr Siebeck, XXXII, 529 Seiten, Ln. 104,- €, Tübingen 2008.

Burchard (zukünftig: B.) geht es um eine bereichsweise Entpsychologisierung der Regeln zur Behandlung des Irrtums im Strafrecht. Zwar hat der Täter das Recht, nur

für eine Tat einstehen zu müssen, die sich als *seine* Tat darstellen lässt, aber das heißt nicht, er könne sich bei jeder Differenz zwischen Tatvorstellung und Tatverlauf vom gesamten Geschehen distanzieren. B. argumentiert, da Irren menschlich ist, müsse der Täter mit seiner Irrtumsanfälligkeit rechnen und könne sich, soweit er das pflichtwidrig unterlassen hat, nicht auf seine mangelnde Voraussicht des Geschehens berufen: „Vorsatz trotz Irrtum“ (S. 318 ff.). Auch könne eine irrige Vorstellung des Täters immer noch eine „im Vorsatz personalisierte Straf-

begründungsschuld“ produzieren, die „dem subjektiv zurechnungsbedürftigen Tatgeschehen entspricht“: „Vorsatz kraft Irrtum“ (S. 257 ff.). Der Ansatz von B. ist durchaus originell; denn er operiert nicht nach üblicher Art mit der – mehr oder manchmal auch weniger fiktionfrei – rekonstruierten Täterpsyche sowie mit irgendwelchen Annahmen zu den hermeneutischen Dimensionen der Normen, sondern mit der sozialen Beziehung von Täter und Opfer sowie dem Recht der Sozialität selbst. Das Problem formuliert B. wie folgt: „Ist der Angegriffene als Schutzobjekt dem Joch des Täters unterworfen, der seine Vorsatztat in Eigenregie führt? Oder ist umgekehrt der Täter dem Joch des Angegriffenen unterworfen, der die Angriffsrichtung der Vorsatztat über den Kopf des Täters hinweg festlegt? Weniger polemisch formuliert: Geht die Schutzindividualität des zukünftig angegriffenen Mitmenschen der einer Handlung innewohnenden Vergegenwärtigung einer strafrechtlich missbilligten Zukunft durch den Täter vor? Oder aber geht der Schutz des Täters vor, dass über das Vehikel des Angegriffenen nicht eine Lebenswirklichkeit zu seiner gemacht wird, die im maßgeblichen Handlungszeitpunkt nicht seiner bewussten Zukunftsplanung entsprach?“ (S. 198). B. liefert seine Antwort auf diese Fragen noch auf derselben Seite mit: Es gelte, den „angegriffenen Mitmensch(en) den psychologischen Klauen des Täters zu entreißen“.

Wie die Argumentation von B. verläuft, soll zunächst am Beispiel der *aberratio ictus* bei objektiver Zurechenbarkeit der Abweichung vorgestellt werden: Das nun einmal eingetretene Tatgeschehen hat sich der Täter so nicht vergegenwärtigt, aber (bei Gleichwertigkeit) doch ein entsprechendes Geschehen, und deshalb – wie soeben berichtet: Vorsatz kraft Irrtum! – wäre es „nicht illegitim, dem Täter die Läsion am Zweitobjekt kraft seiner Entscheidung gegen die Integrität des tatbestandlich gleichwertigen Intentionsobjekts subjektiv zuzurechnen“ (S. 295). Aber das ist nur der Argumentationsbeginn von B.; denn bei dieser „Vollendungslösung“ wird der Erfolg gattungsmäßig bestimmt, und dagegen kann nach B. das beim Angriff auf Individualrechtsgüter ausgewählte Opfer einwenden, durch diese Bestimmung werde seine „Emanzipation ... gegenüber der Gemeinschaft“ (S. 130 ff.), also seine Eigenständigkeit, marginalisiert (S. 436). Um wen es bei diesem eigenständigen Opfer geht, will B. allerdings nicht aus der Sicht des Täters festlegen (S. 433, 435, 438), vielmehr mittels einer *objektiven* Konkretisierung (i. e. mittels der objektiven Bestimmung des konkret Gefährdeten) aus dem Tatgeschehen erschließen (S. 439 ff.).

Die Bestimmung darf *objektiv* sein und bleiben, weil es nicht um Fahrlässigkeit geht: Bei dieser, so B., entscheide sich der Täter „nicht bewusst gegen das Recht“ und hätte deshalb bei nur objektiver und subjektiv ausgeschlossener Zurechnung „für ein *Sollen* einzustehen ..., das er schlechterdings nicht erfüllen kann“ (S. 383). Anders soll es sich bei gegebenem Vorsatz verhalten: Hier überfordere der nur-objektive Maßstab nicht; denn „wer sich zur Gewalt gegen seine Mitmenschen versteigt“, müsse „es gegen sich gelten lassen, wenn ihm ein allgemein Menschen- oder Erfahrungsmögliches als sein Werk zugeschrieben wird“ (S. 384, 494 f.). Auch wenn B. das nur auf Handlungsfolgen bezieht, die *in entsprechender Art*

vom Vorsatz umfasst werden, fällt so die Vorsatzhaftung im Grenzfall strenger aus als diejenige für Fahrlässigkeit: So wird etwa Totschlagshaftung möglich (nur objektive Erfolgszurechnung), wo Körperverletzung mit Todesfolge ausscheidet (subjektive Erkennbarkeit erforderlich). B. würde dieses Ergebnis wohl damit erklären, dass der Totschlagstäter eben mit *Tötungsvorsatz* gehandelt hat.

Nach dem Referierten kann auch die Lösung von B. zu Fällen nach der Art von „Rose-Rosahl“ nicht zweifelhaft sein: Es soll nicht darauf ankommen, welches Unheil der Anstifter vorausgesehen hat, sondern welches zu managen seine Aufgabe war; er kann also das Irrtumsrisiko nicht abwälzen, vielmehr hat er es zu tragen, solange keine „qualitative Abweichung“ vorliegt (S. 495 ff., 498). *Vulgo*, Niemand kann die Individualisierung einer zu verletzenden Person einem anderen überlassen und dadurch rechtlich wirksam das Irrtumsrisiko übertragen. Nicht anders verhält es sich in den Fällen der Doppelindividualisierung (B. nennt sie „Fallenstellerfälle: Wer sich so und so verhält, gerät in eine tödliche Falle [erste Individualisierung], und das wird der X sein [zweite Individualisierung].). „Liefert der Täter sich selbst und letztlich auch seine Mitmenschen dem Zufall aus, dass die Falle ... den ersten treffe, der sich ihr nähert, so dürfen auch jene im konkreten Einzelfall nicht ernsthaft voraussehbaren Kausalverläufe als Werk des Täters ausgewiesen werden, der seine eigene Irrtumsanfälligkeit und die eigene Finalohnmächtigkeit, die den Umgang mit den Mitmenschen prägt, vergessen oder übersehen hat“ (S. 502). – Diese Lösung von B. vermag zu überzeugen – jedenfalls den *Rezensenten* –, wenn es um eine Unkenntnis aus Desinteresse am Fortgang geht. Anders mögen die Fälle eines Irrtums im engeren Sinn zu entscheiden sein, i. e. einer dem Täter selbst missliebigen Unkenntnis (entstanden aus Überlastung etc.); mit anderen Worten, es wäre noch zu prüfen, ob B. nicht „Verantwortung für Irrtum“ sagt und dabei die Plausibilität seiner Argumente aus dem Bereich des *dolus indirectus* bezieht.

Diese Beispiele für die Argumentationsweise von B. sollen genügen, zumal ohnehin nicht die geringste Hoffnung besteht, an dieser Stelle den Inhalt der gedanken- und materialreichen, zudem sehr umfangreichen Arbeit (Text und Fn. füllen 500 S.!) auch nur skizzenhaft einigermaßen vollständig wiederzugeben. B. weicht im Tatbestandsbereich keiner Irrtumsform aus. Der Stand der Behandlung aller Formen wird eingangs gründlich dargestellt (bis S. 118). Sodann erfolgt die Vorbereitung der eigenen Lösung, und zwar nicht thesenartig, sondern in einer immer wieder vertieften Untersuchung zu den Beziehungen zwischen einem Angreifer, einem Angegriffenen und der – wie B. sie nennt: – „Gemeinschaft“ (bis S. 198). Da B. anschließend die funktionalistische Sicht des *Rezensenten* schonungslos verwirft (bei einigen Verdunkelungen, „um das eigene Gewissen zu beruhigen“, S. 217, werde „Autonomie als unverhohlene Camouflage vollkommener Heteronomie“ vorgespiegelt, S. 218) darf von diesem gefragt werden, wie B. selbst die Geltung der Normen begründen will, die seiner normativierenden Betrachtung zugrunde liegen. Die „Individuen“ (S. 199 ff.) oder auch „Mitmenschen“ haben sie sich ja wohl kaum aus dem Nichts heraus ausgedacht und dadurch in Kraft gesetzt. Woher „kommen“ sie dann? B. hat einen Weg gezeigt, auf dem sich die Irrtumslehre von der Um-

klammerung durch Psychologismen oder gar psychologisierende Fiktionen befreien lässt. An die Stelle dieser (fingierten) Naturalismen tritt bei ihm – etwas großartig gesprochen – Geist, aber der gewinnt nur als *objektiver* Geist eine Geltung, die zählt; ansonsten bleibt er bloße Meinung. Allerdings, wenn die Zeit für die Individuen spricht, mag es diesen leicht fallen, ihre „Emanzipation“ (S. 130 ff.) sich selbst zuzuschreiben. – Wie dem auch sei, der Ansatz von B. frischt die Diskussion um die strafrechtliche Irrtumslehre durch seine Renormativierung auf, und zwar gründlich.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Günther Jakobs**, Bonn

Frank H. Gerkaus: Untreue und objektive Zurechnung – Eine Untersuchung zur Restriktion der Untreuestrafbarkeit auf der Ebene des objektiven Tatbestandes; Verlag Dr. Kovač, ISBN 978-3-8300-3713-2, 273 Seiten, 88,00 EUR, Hamburg 2008.

I. Die zentrale Fragestellung der Dissertation *Gerkaus* ist in den letzten Jahren in der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur so intensiv diskutiert worden wie kaum eine andere: Genügt der Straftatbestand des § 266 StGB – gerade vor dem Hintergrund seiner Auslegung durch die aktuelle Rechtsprechung – dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG? Auch nach der inhaltlichen Fertigstellung des Werkes – es berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Ende 2007 – hat der Bundesgerichtshof weitere spektakuläre Entscheidungen zur Untreue getroffen, wie beispielsweise die Entscheidung zur Einrichtung verdeckter Kassen bei Siemens (BGHSt 52, 323 = HRRS 2008 Nr. 1100), welche ein großes Echo und harsche Kritik in der Literatur hervorgerufen hat (vgl. *Rönnau*, StV 2009, 246; *Knauer*, NStZ 2009, 151 u.a.). Die praktische Relevanz der Untersuchungen *Gerkaus* wird nicht zuletzt durch den Umstand illustriert, dass erst im März des laufenden Jahres das Bundesverfassungsgericht über die hinreichende Bestimmtheit des § 266 StGB zu befinden hatte (BVerfG, Beschluss v. 10.03.2009 – 2 BvR 1980/07 = HRRS 2009 Nr. 558). Der 2. Senat hat die Verfassungsbeschwerde, der eine Entscheidung des BGH zur sogenannten „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ zugrunde lag (BGH wistra 2007, 422 = HRRS 2007 Nr. 937), nicht zur Entscheidung angenommen. Die Strafvorschrift des § 266 Abs. 1 StGB verstoße „jedenfalls nicht ohne weiteres“ gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Das Tatbestandsmerkmal des Nachteils sei „noch hinreichend bestimmt“; die Rechtsprechung sei „bemüht, den sehr weiten Tatbestand der Untreue weiter einzugrenzen“. „Eine Grundrechtswidrigkeit [liege] (noch) nicht vor, wenn die Anwendungen einfachen Rechts durch den hierzu zuständigen Richter zu einem Ergebnis führt, über dessen „Richtigkeit“ sich streiten [lasse]“. Diese Ausführungen dürften wohl kaum geeignet sein, den Kritikern der Rechtsprechung des BGH – unter ihnen auch der Autor des vorliegenden Werkes – den Wind aus den Segeln zu nehmen.

II. In der Einleitung seines Werks stellt *Gerkaus* fest, dass der aktuelle „Boom“ der Untreue nicht auf eine erkennbare Steigerung der Zahl der Ermittlungsverfahren zurückzuführen ist, sondern auf die Vielzahl (scheinbar) neuer Fallkonstellationen, in denen Strafverfolgungsbehörden und Rechtsprechung den Straftatbestand für einschlägig erachten (S. 2). Die Frage nach der Bestimmtheit der Tatbestandstruktur stelle sich nicht nur bei der endgültigen Prüfung der Strafbarkeit in der Hauptverhandlung, sondern bereits im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Anfangsverdachts im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO (S. 6). Die von *Seier* kritisch als „Allzweckwaffe“ (*Kohlmann/Nestler/Seier*, Entwicklungen und Probleme des Strafrechts an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 105) bezeichnete Untreue werde häufig als „Einstiegsdelikt“ genutzt, um Ermittlungen aufzunehmen, die dann im weiteren Verlauf häufig nur zu einem Tatverdacht hinsichtlich anderer Straftaten führten; ein Anfangsverdacht hinsichtlich § 266 StGB scheine allerdings nicht ausreichend justiziabel (S. 8).

Im Anschluss an diese Feststellungen stellt der Verfasser einleitend den Gang seiner Untersuchungen vor, und zeigt die strukturellen Parallelen und Unterschiede einiger von ihm in den Focus seiner Arbeit gestellten markanten Untreuefallgruppen auf.

III. Im ersten Teil des Werkes erfolgt eine Darstellung und Auseinandersetzung *Gerkaus* mit den bisherigen Restriktionsversuchen und ihrer Wirkung (S. 40 – 66). Dabei konzentriert er sich – unter Hinweis auf die dogmatische „Unsauberkeit“ von Versuchen der Vorsatzrestriktion zur Erreichung von Einzelfallgerechtigkeit (S. 45) – auf den objektiven Tatbestand der Untreue. Der Verfasser setzt sich in diesem Zusammenhang zunächst mit den von der Rechtsprechung entwickelten Ansätzen der Einschränkungen unter formellen Gesichtspunkten, dem – inzwischen durch die Entscheidung BGH NStZ 2006, 214 (= HRRS 2006 Nr. 100) bereits wieder relativierten – Kriterium der „gravierenden“ Pflichtverletzung sowie dem Merkmal des „Vermögensbezugs“ des Pflichtverstoßes auseinander.

Seine Untersuchung zur Effektivität dieser Ansätze führt ihn zu der Einschätzung, die Restriktionen würden durch die allgemeinen Tatbestandsstrukturen „aufgezehrt“ (S. 55) – insbesondere durch die Vorverlagerung des Schadens unter dem Gesichtspunkt einer konkreten Vermögensgefährdung, die Einbeziehung des „subjektiven Schadensschlags“ sowie die Möglichkeit einer zeitlichen Vorverlagerung des Vorsatzes durch Einbeziehung des dolus eventualis. § 266 StGB werde durch die aktuelle Handhabung „von einem Verletzungsdelikt zu einem Risikodelikt“ verändert (S. 62). Bei isolierter Feststellung von Pflichtverstoß und Vermögensnachteil sei eine greifbare Strafbarkeitsabschätzung für den Handelnden nicht möglich. Daher sei der – notwendigerweise zu fordernde – Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg bei der Untreue näher zu untersuchen (S. 66).

IV. Den zweiten Teil seines Werkes widmet der Verfasser der Tatbestandsanalyse des § 266 StGB sowie der Problematik der isolierten Übernahme von Merkmalen aus

spezifisch regulierten Delikten. Im Focus dieser Herangehensweise steht das Bestreben des Autors, der Ausweitung des Untreuetatbestandes auf tatbestandsfremde Felder entgegenzuwirken (S. 67 – 97).

Gerkau weist darauf hin, dass § 266 StGB wesentlich weniger – einschränkend wirkende – objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale voraussetzt als der Betrugs-tatbestand, aus dem das Merkmal des Vermögensnachteils übernommen wurde oder zumindest deckungsgleich zur Anwendung kommt. Zudem weise die Untreue als Sonderdelikt eine anders geartete Schutzrichtung auf. Da durch Rechtsprechung und Lehre regelmäßig eine Anpassung von Tatbestandsmerkmalen an die speziellen Bedürfnisse der Ursprungs-Tatbestandsstruktur vorgenommen werde, könne durch eine isolierte Übernahme einzelner Merkmale – ohne Kausalitäts-, Zurechnungs-, Unmittelbarkeits- und Stoffgleichheitskriterien – die erforderliche Feinabstimmung verloren gehen (S. 76).

Ohne das Erfordernis eines Zurechnungszusammenhangs sei – zu Unrecht – bereits bei isolierter Feststellung eines Schadens oder einer Pflichtwidrigkeit eine Strafbarkeit nach § 266 StGB indiziert, ein Anfangsverdacht kaum von der Hand zu weisen. Ausgehend von Gesetzeslage und Tatbestandsanalyse sei daher zu untersuchen, ob Merkmale der objektiven Zurechnung und der Unmittelbarkeit erforderlich seien, die als allgemeine strafrechtliche Regulative ein legitimes Mittel zur Herstellung und Kontrolle der erforderlichen dogmatischer Zusammenhänge bieten könnten.

V. Im dritten Teil, dem Hauptstück seines Werkes (S. 98 – 250), analysiert *Gerkau* die Verletzung von grundlegenden Strafbarkeits- und Strafrechtsgrundsätzen durch die aktuelle Rechtsprechung zu 266 StGB, und entwickelt im Anschluss daran die von ihm postulierten Erfordernisse der objektiven Zurechnung und des Zurechnungszusammenhangs.

1. Nach seiner Feststellung stehen die Lösungsansätze des BGH in keinerlei Zusammenhang mit der Natur des Pflichtverstoßes und der Zurechnung des Schadens. Der Verfasser wirft daher die Frage auf, ob durch spezifische Einschränkungsvorhaben der Blick auf allgemeine Zurechnungsregeln vernachlässigt wird (S. 118).

2. *Gerkau* untersucht, ob bei der Untreue das Bedürfnis besteht, einen „tatbestandsspezifischen Gefährdungszusammenhang“ zu fordern, wie er beispielsweise beim Tatbestand des § 227 StGB allgemein anerkannt ist (umstritten insoweit ist allein der Anknüpfungspunkt). Ein solches Bedürfnis sieht er dann nicht gegeben, wenn auch das Kriterium des „allgemeinen“ Zurechnungszusammenhangs geeignet ist, einer unzulässigen Ausweitung des Untreuetatbestandes auf tatbestandsfremde Felder entgegenzuwirken (S. 135).

3. Ausführlich setzt sich der Autor im Anschluss mit der allgemeinen Zurechnungslehre auseinander, wobei er zunächst mit einer Darlegung von inhaltlicher Bedeutung, Herkunft, Sinn und Zweck des Zurechnungszusammenhangs beginnt, und die dargelegten Grundsätze anschließend auf seine Untersuchungen zu § 266 StGB

umsetzt. Dabei nimmt er zunächst eine allgemeine Analyse vor, bevor er sich im Anschluss mit den spezifischen Besonderheiten der im Focus seiner Untersuchung stehenden Unterfallgruppen der Gesellschafts-/Organuntreue (S. 166 ff), der Bankenuntreue (S. 176 ff), der Haushaltsuntreue (S. 193 ff) sowie Konstellationen der Verbandsgeldbuße und ähnlich gelagerten Fällen (S. 196 ff) befasst.

4. Eine noch größere Ungewissheit als im Bereich der objektiven Zurechnung sieht *Gerkau* derzeit im Hinblick auf die Frage nach dem Erfordernis eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden bei der Untreue (S. 213). In einem ersten Schritt befasst sich der Verfasser bei seinen Untersuchungen zu diesem Themenkomplex mit Fallgestaltungen, in denen die Schädigung nicht durch eine Verfügung über Vermögensgegenstände selbst erfolgt, sondern der Vermögenswert im Wege der Sanktion dem zu betreuenden Vermögen von dritter Seite entzogen wird. In einem zweiten Schritt wendet er die gewonnenen Erkenntnisse sodann auch auf „klassische“ Untreuefelder an. Überzeugend illustriert der Autor am Beispiel von Risikoentscheidungen bei der Kreditvergabe – bei denen nach der Rechtsprechung eine sog. „konkrete Vermögensgefährdung“ einen untreuerelevanten Schaden darstellt – die Notwendigkeit eines Unmittelbarkeitskriteriums.

VI. Abschließend gelangt *Gerkau* zu der Einschätzung, dass die „Regulative des allgemeinen objektiven Zurechnungszusammenhangs [...] durchaus in der Lage sind, auch in der verzweigten Untreuekasuistik präzise Strafbarkeitskriterien zu gewährleisten“ (S. 251). In Fällen von Bankenuntreue und Risikoentscheidungen sei nach den Grundsätzen des pflichtgemäßen Alternativverhaltens stets eine deliktsbezogene Verknüpfung von Pflichtverletzung und Schadenseintritt zu fordern. Unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm seien in Fällen der Banken- und Haushaltsuntreue sowie in Spendenfällen außertatbestandliche Pflichtennormen schon auf Ebene des objektiven Tatbestands auszuschließen. Auch Eingriffe Dritter in den Kausalverlauf seien zwingend zu berücksichtigen, um die Strafbarkeit nach § 266 StGB nicht von Zufälligkeiten abhängig zu machen. Nur das Erfordernis eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden könne zudem das Entstehen eines „Tatbestandsvakuums“ verhindern (S. 252). Schließlich seien die Fallgruppen aus dem Anwendungsbereich der Untreue ganz herauszunehmen, in denen der Annahme eines Schadens ausschließlich ein „Sanktionscharakter“ innewohne, wie beispielsweise in Fällen der Verbandsgeldbuße (S. 253).

VII. Die Arbeit *Gerkaus* überzeugt insbesondere durch ihre saubere dogmatische Herangehensweise, die bei der Restriktion des Untreuetatbestandes auf allgemein anerkannte Rechtsprinzipien abstellt, und so eine von der Rechtsprechung geprägte Einzelfallkasuistik entbehrlich macht. Allein ein derart dogmatisch fundierter Ansatz scheint geeignet, dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit genügende Abgrenzungskriterien zu liefern, und somit die Vorhersehbarkeit der Strafbewehrung bestimmter Verhaltensweisen für den Normadressaten sicherzustellen.

In Zeiten der „Hochkonjunktur“ der Untreue leistet der Autor einen rhetorisch überzeugenden und gut strukturierten Beitrag, von dem ohne Zweifel eine weitere Belegung und erhebliche Förderung der derzeit ohnehin sehr regen wissenschaftlichen Diskussion zu erwarten ist.

Rechtsanwalt **Ulrich Leimenstoll**, Köln

Klaus Laubenthal: Strafvollzug, 5. Aufl., XX, 703 S., kart. EUR 32,95, Verlag Springer, Berlin, Heidelberg, 2008.

13 Jahre nach Erscheinen der ersten und nur ein Jahr nach dem Erscheinen der vierten Auflage legt der Würzburger Ordinarius *Laubenthal* eine aktualisierte Auflage seines Lehrbuches zum Strafvollzug vor. Die gegenüber der Voraufgabe aus 2007 zeitnahe Neuerscheinung war u.a. deswegen erforderlich, weil mittlerweile einige Bundesländer von ihrer Gesetzgebungskompetenz für den Erwachsenenstrafvollzug Gebrauch gemacht haben sowie in allen Bundesländern spätestens zum 1. Januar 2008 Jugendstrafvollzugsgesetze in Kraft getreten sind. Das Lehrbuch berücksichtigt insoweit die ausbildungsrelevante und praxisbedeutsame Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2008.

Als Zielgruppe sind im Vorwort des Buches ausdrücklich Studierende und Referendare angesprochen, die sich mit dem Schwerpunktbereich „Strafvollzug“ befassen. Darüber hinaus wendet sich das Werk aber auch ausdrücklich an die in diesem Bereich tätigen Praktiker.

Inhaltlich gliedert *Laubenthal* seine Darstellung in eine Einleitung und insgesamt zehn Teile, wobei insbesondere der Teil zum Jugendstrafvollzug (9.1) grundlegend neu überarbeitet wurde. Das Werk erklärt das Erwachsenstrafvollzugsrecht auf der Grundlage des Bundesstrafvollzugsgesetzes, bezieht die neuen landesrechtlichen Regelungen zum Erwachsenstrafvollzug jedoch immer mit ein. Hier soll aufgrund der Fülle des Stoffes nur auf die wichtigsten Neuerungen des Buches eingegangen werden bzw. auf die Stellen, die die neuen landesrechtlichen Regelungen besonders betonen.

Im zweiten Teil, der inhaltlich der historischen Entwicklung des Strafvollzugs gewidmet ist, schildert *Laubenthal* kurz und prägnant die Föderalismusreform in deren Zuge die Aufgabe des Strafvollzugs der Kompetenz der Landesgesetzgebung zugeordnet wurde.

Im dritten Teil, der Vollzugsaufgaben und Gestaltungsprinzipien zum Gegenstand hat, werden die landesgesetzlichen Regelungen zur Resozialisierung als Vollzugsziel (Rn. 151) und zur Vollzugsaufgabe der Sicherung (Rn. 173) gesondert dargestellt. Besonders lesenswert im dritten Teil – wenn auch nicht von den Neuerungen betroffen – sind die Ausführungen zu den allgemeinen Strafzwecken als mögliche Gestaltungskriterien des Strafvollzugs, insbesondere ihre Beachtung im Rahmen der Gewährung von Vollzugslockerungen oder Urlaub aus der Haft. (Rn. 175 – 195). Mit erfreulicher Deutlichkeit weist der *Verf.* insbesondere die Berücksichtigung

Schuldsschwere bei Gestaltungsentscheidungen der Vollzugsbehörden zurück.

Im fünften Teil, der den Vollzugsablauf behandelt, geht der Autor recht ausführlich auf die abweichenden landesrechtlichen Regelungen zur Verlegung und Überstellung ein (Rn. 366). Dies gilt auch für die Regelungen zur Unterbringung während der Ruhezeit (Rn. 381) sowie die Vorschriften zum Paketempfang (Rn. 503) bzw. der Telekommunikation (Rn. 506).

Im siebten Teil hebt der *Verf.* die landesrechtlichen Unterschiede bei den Vorschriften zu den erkennungsdienstlichen Maßnahmen (Rn. 711) hervor. Der neunte Teil widmet sich den besonderen Vollzugsformen. Hier ist das Unterkapitel 9.1 zum Jugendvollzug grundlegend überarbeitet worden. Zunächst gewährt der *Verf.* einen zahlenmäßigen Überblick über die Gefangenenpopulation im Jugendstrafvollzug. Sodann werden die Reformversuche der letzten 40 Jahre nachgezeichnet, bevor die Verfassungsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 2006 besprochen wird, die eine eigenständige gesetzliche Regelung des Jugendstrafvollzugs anmahnte und dem Gesetzgeber eine Frist bis zum Ablauf des Jahres 2007 setzte (Rn. 860). Nachdem der *Verf.* die wenigen bundesgesetzlichen Vorschriften aus dem JGG zum Jugendstrafvollzug sowie die Landes-Jugendstrafvollzugsgesetze vorgestellt hat, widmet es sich ausführlich den Vollzugsgrundsätzen und der Vollzugsorganisation im Jugendstrafvollzug (Rn. 863 – 867), wobei er die in manchen Landes-Jugendstrafvollzugsgesetzen normierte Aufgabe des Schutzes der Allgemeinheit zu Recht kritisiert (Rn. 863). Weiter beanstandet *Laubenthal* zu Recht, dass in einigen Bundesländern die Trennung der Jugendstrafgefangenen von erwachsenen Inhaftierten nicht strikt und ausnahmslos kodifiziert ist (Rn. 865).

Im Anschluss daran behandelt er den Vollzugsablauf, wobei hier auf die Unterschiede zum Erwachsenenvollzug hingewiesen wird. Dies gilt auch für die Darstellung der Sicherheit und Ordnung (Rn. 877 – 882) sowie den Rechtsschutz (Rn. 883 – 886) im Jugendstrafvollzug.

Die übersichtliche Struktur sowie der leserfreundliche Sprachstil des Autors verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden. Darüber hinaus verfügt das Buch über ein lernfreundliches Format. So werden die abstrakten Ausführungen durch optisch eingerückte Beispiele der höchstrichterlichen Rechtsprechung anschaulich illustriert und die Argumentationszusammenhänge prüfungsrelevant verdeutlicht. Das Lehrbuch ist damit ein echtes „Lernbuch“, das sich zur Vorbereitung auf Prüfungen sehr gut eignet. Inhalts- und Tabellenverzeichnis sowie das ausführliche Literatur- und Sachverzeichnis erlauben aber darüber hinaus eine gute Orientierung und ein schnelles Nachschlagen ausgewählter Probleme. Aufgrund der dargestellten Vorzüge kann das Lehrbuch uneingeschränkt empfohlen werden.

Wiss. Ass. Dr. **Janique Brüning**, Bucerius Law School, Hamburg

Kerstin Schlecht: Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers; Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 99, 270 Seiten, 84.- Euro, Mohr Siebeck 2006.

I. Das Thema „Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers“ erscheint nicht sonderlich praxisrelevant. Ist es nicht so, wie das Bundesverfassungsgericht (E 60, 253, 299f.) einmal entschied, dass ein Verschulden des Verteidigers dem Beschuldigten – angesichts der besonderen Belastungen eines Strafverfahrens und einer strafgerichtlichen Verurteilung – nicht ohne weiteres zugerechnet werden kann? Fehlt es im Strafverfahren nicht etwa an einer dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Norm, wonach sich der Mandant ein Organisationsverschulden, namentlich Fristversäumnisse seines Anwalts, zurechnen lassen muss? Und schließlich: Staatsanwaltschaften und Gerichte haben den Sachverhalt nach §§ 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO ohnehin von Amts wegen aufzuklären. Kann es da noch Platz für eine haftungsmäßige Zurechnung eines Verteidigerverschuldens geben?

Doch: So einfach ist es nicht! Der unterbliebene oder nicht rechtzeitig geltend gemachte Widerspruch gegen die Verwertung bemakelten Beweisstoffes führt endgültig zum Rügeverlust. Selbst nach einer erfolgreichen Revision und Aufhebung und Zurückverweisung der Sache soll das Widerspruchsrecht nicht revitalisiert werden können (BGHSt 50, 272 mit abl. Anm. *Schlothauer* StV 2006, 397; a. A. auch schon *Neuhaus* ZAP 2001, 981, 983 f. = F. 22, 339, 341 f.). Wird der Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO gegen (mutmaßlich) rechtswidrige sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden nicht ergriffen, führt auch dies zum Rügeverlust. Und trägt der Verteidiger in der Revisionsbegründung entgegen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO nicht alle den Mangel enthaltenden Tatsachen vor, so kann er dies nach Ablauf der Begründungsfrist nicht mehr reparieren. Der Mandant muss erleben, wie die sonst vielleicht erfolgreiche Revision scheitert. Rien ne va plus – nichts geht mehr.

Es ist also keineswegs so, dass Versäumnisse und Fehler des Verteidigers niemals dem Beschuldigten zugerechnet werden könnten. Wenn das aber so ist, dann muss man die Frage stellen, warum der Verteidiger nicht auch haften können sollte. Und so ist es in der Tat. Rechtsprechung und Literatur nehmen den Strafverteidiger nicht aus der zivilrechtlichen Haftung aus. Was nicht wenige Verteidiger annehmen lässt, sie säßen auf einer „Insel der Glückseligen“, die aus einem haftungsrechtlichen Freiraum besteht, ist vor allem der Umstand, dass beim Klientel, also den Beschuldigten, offenbar nur sehr wenig Bewusstsein dafür entwickelt worden ist, dass man Schäden u. U. auf den Verteidiger abwälzen kann. Das mag mit der geringen Anzahl bislang veröffentlichter Entscheidungen zusammenhängen. Die wachsende Bedeutung des Themas wird aber nicht zuletzt daran deutlich, dass es unlängst erstmals in einem Praxishandbuch für Strafverteidiger angesprochen und erläutert wurde (*Barton*, in: *Widmaier* [Hrsg.], *Münchener Handbuch Strafverteidigung*, 2006, § 57) und mit der hier zu besprechenden Arbeit innerhalb von nur zwei Jahren eine

zweite Dissertation zum Thema vorgelegt wurde (vgl. sonst *Anja Müller-Gerteis*, *Die zivilrechtliche Haftungssituation des Strafverteidigers*, 2005).

II. 1. Im ersten Kapitel geht *Kerstin Schlecht* der Frage nach, welche Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen. Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist dabei, dass der Verteidiger i. d. R. nicht einen bestimmten Erfolg schuldet, sondern „nur“ eine fachgerechte Verteidigung (S. 4 f.). Infolgedessen kommt zwischen dem Beschuldigten und seinem Wahlverteidiger regelmäßig kein Werkvertrag zustande, sondern ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. An diesem Standard richtet die Autorin ihre Untersuchung aus und lässt den Werkvertrag als Haftungsgrundlage außer Acht. Das ist schade, denn die praktisch durchaus bedeutsame Frage, ob und ggf. nach welchen Regeln der Revisionsverteidiger dafür haftet, dass die Revisionsbegründung wenigstens zulässig ist, harrt nach der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform noch einer endgültigen Klärung, mag auch viel dafür sprechen, die zum alten Recht entwickelten Überlegungen (vgl. *Barton* StV 1991, 332) auf die Neuregelung zu übertragen.

Kerstin Schlecht sieht zutreffend in §§ 611, 675, 280 Abs. 1 BGB die regelmäßig in Betracht kommende Anspruchsgrundlage, denn es wird so gut wie immer um Schlechterfüllung des Dienstvertrages gehen. Nur in seltenen Fällen, nämlich dann, wenn der Verteidiger überhaupt nicht tätig wird und es deshalb zu einem Schaden kommt, sind die §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB einschlägig (S. 13 f.). Die Haftung des Pflichtverteidigers richtet sich nach Ansicht der Autorin nach denselben Vorschriften, gleichviel, ob man der Vertragstheorie in ihren unterschiedlichen Facetten folge (S. 16 ff.) oder von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgehe (S. 21 ff.). Dem wird man beizupflichten haben, denn es gibt keinen sachlichen Grund, denjenigen, der sich keinen Wahlverteidiger zu leisten vermag, haftungsrechtlich etwa dadurch schlechter zu stellen, dass man ihn auf eine analoge Anwendung des § 1833 BGB verweist (so aber: *Schäfer*, in: *Wahle* [Hrsg.], *Mandant und Verteidiger – Symposium zum 60. Geburtstag von Rechtsanwalt Prof. Dr. Egon Müller*, 2000, S. 63, 68).

2. Im knapp 100 Seiten umfassenden zweiten Kapitel (S. 40 ff.) befasst sich *Kerstin Schlecht* mit den Pflichten, die den Verteidiger allgemein treffen, welche Pflichten also verletzt werden können. Dabei stellt sie ihren Ausführungen die abstrakte Untersuchung voran, ob das Pflichtenprogramm durch Weisungen des Beschuldigten beeinflusst werden kann. Nach sorgfältiger Darstellung und Analyse des Streitstandes zur Frage, ob eine Bindung des Verteidigers an Weisungen des Mandanten besteht (S. 42 ff.), gelangt die Autorin zu dem Ergebnis, dass eine Weisung weder als Einverständnis oder Einwilligung noch als Angebot auf Vereinbarung eines Haftungsausschlusses gewertet werden kann (S. 73). Zwar habe der Verteidiger die subjektiven Interessen seines Mandanten stets in seine Überlegungen einzubeziehen (S. 52). Doch trage allein der Verteidiger die uneingeschränkte Verantwortung für sein konzeptionelles, strategisches und rechtliches Tun oder Unterlassen im Verfahren. Auch unter

Zurechnungsgesichtspunkten könne eine Weisung den Verteidiger nicht entlasten (S. 74). Im Anschluss an diese Weichenstellung erfolgt die Darlegung, welche haftungsbewehrten allgemeinen Pflichten des Verteidigers im Verhältnis zum Mandanten bestehen (S. 75 ff.). *Kerstin Schlecht* überträgt und modifiziert hier die in Rechtsprechung und Literatur für den zivilrechtlich tätigen Anwalt entwickelten Grundpflichten. Die nachfolgende Übersicht ist notgedrungen unvollständig:

a. *Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts* (S. 84 ff.): Der Amtsermittlungsgrundsatz stehe nicht entgegen (S. 78 f., 88). Der Verteidiger habe die Pflicht, sich so schnell wie möglich Akteneinsicht zu verschaffen und müsse sie zumindest nach Abschluss der Ermittlungen nochmals einsehen (S. 91). An richterlichen Vernehmungen gem. § 168c StPO habe er teilzunehmen (S. 93). Eigene Ermittlungen müsse er nur höchst ausnahmsweise durchführen, denn grds. dürfe er den Angaben seines Mandanten glauben (S. 95 f.).

b. *Rechtliche Prüfung* (S. 96 ff.): Es bestehe die Pflicht, die Amtliche Sammlung und die NJW auf relevante Entscheidungen und/oder Publikationen durchzusehen (S. 103). Fachanwälte treffe eine intensivere Pflicht zur rechtlichen Durchdringung in Form von zusätzlicher Hinzuziehung einschlägiger Kommentare und Durchsicht von Fachzeitschriften (S. 106).

c. *Pflicht zur Beratung des Mandanten* (S. 108 ff.): Sie bestehe trotz fehlender Bindung an Weisungen (S. 114 f.).

d. *Beschreiten des sichersten Weges* (S. 119 ff.): Dieser Grundsatz gelte auch für den Verteidiger, was sich darin ausdrücke, dass i. d. R. ein „ordentlicher“ Beweisantrag zu stellen sei und kein Hilfsbeweisantrag, über den das Gericht bekanntlich erst in den Urteilsgründen befinden darf (S. 122). Doch sei es dem Verteidiger nicht zumutbar, sich in Grenzfragen der Gefahr der Strafverfolgung wegen Strafvereitelung auszusetzen. Werde z. B. der „sichere Weg“ von auch nur einer vereinzelt gebliebenen Literaturstimme für unzulässig gehalten, so verletze der Verteidiger nicht seine Pflichten, wenn er diesen „sicheren Weg“ gerade nicht wähle (S. 128 ff.).

e. *Fehlervorhütung* (S. 132 ff.): Dem Verteidiger komme keine allgemeine Überwachungspflicht gegenüber dem Gericht zu (S. 133). Dennoch habe er von Amts wegen zu beachtende Umstände, namentlich Verjährung, selbst zu prüfen und ggf. in das Verfahren einzubringen (S. 135).

Wurde einer der beschriebenen Pflichten verletzt, dann, so legt die Autorin dar, sind auch Rechtswidrigkeit und Verschulden so gut wie immer zu bejahen (S. 137 f., 141 ff.).

3. Im folgenden Kapitel geht es um die Fragen von Schaden und Kausalität (S. 160 ff.), die wohl schwierigsten Probleme der Verteidigerhaftung. Mit akribischer und überzeugender Argumentation widerlegt *Kerstin Schlecht* zunächst all die in Rechtsprechung und Schrifttum vorgebrachten Argumente, die die Ersatzfähigkeit von Strafen vor allem mit Blick auf ihre Sühnefunktion oder ihren

höchstpersönlichen Charakter in Frage stellen (S. 170 ff.). Es spreche nichts dagegen, die Belastung mit einer Geldstrafe oder sonstige aus strafrechtlichen Sanktionen resultierende materielle Nachteile an wirtschaftlichen Kriterien zu messen. Was den Hinweis auf mögliche Wertungswidersprüche im Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe betreffe, so sei die Situation mit Neufassung des allgemeinen Schadenrechts eine andere geworden. Denn § 253 Abs. 2 BGB lasse auch bei vertraglichen Ansprüchen den Ersatz immaterieller, u. a. in Folge einer Verletzung der Freiheit eingetretener Schäden zu, und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner eine Haupt- oder Nebenpflicht verletzt habe. Folglich bestehe die Möglichkeit, dem durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe erlittenen Übel mittels Gewährung von Schmerzensgeld Rechnung zu tragen (S. 180 f.). Ob der Mandant die ihm zur Last gelegte Tat auch wirklich begangen hat, also schuldig ist oder nicht, ist in diesem Zusammenhang, wie *Kerstin Schlecht* überzeugend ausführt, bedeutungslos (S. 183 ff.), denn für die Frage nach dem Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens kommt es nur darauf an, welches Urteil ohne Verteidigerfehler ergangen wäre. Als ersatzfähige Vermögensschäden kommen etwa in Betracht (S. 223 ff.): Verlust des Arbeitsplatzes, Verlust der Beamtenstellung oder der Versorgungsbezüge, entgangener Gewinn sowie die Schäden, die dem Mandanten infolge der Verhängung eines Fahrverbots entstehen. Auch die im Zuge einer Verfahrensbeendigung nach § 153a StPO gezahlte Geldauflage könne ein Schaden sein (S. 228); des Weiteren sei auch in den Verfahrenskosten ein ersatzfähiger Schaden zu sehen. Außerdem habe der Fehler des Verteidigers auch Auswirkungen auf dessen Honoraranspruch. Bei den immateriellen Schäden sei an ein Schmerzensgeld für zu Unrecht erlittene Haft zu denken. Eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 3 StrEG (11,00 €/Tag) lehnt sie ab (S. 225).

Die Autorin wendet sich dann der Thematik des hypothetischen Kausalverlaufs zu: Wie wäre das Strafverfahren ohne Verteidigerfehler verlaufen? *Kerstin Schlecht* arbeitet treffend heraus, dass es insoweit nicht auf die hypothetische Entscheidung des Strafgerichts ankommt (S. 214 ff.), sondern auf die nach Ansicht des Regressgerichts richtige Entscheidung, und zwar auch in Bezug auf Beweiswürdigung (S. 219 ff.) und Strafzumessung (S. 203 ff.). Dabei trägt der Ex-Mandant die Beweislast für den ihn günstigeren Ausgang des Strafverfahrens. *Kerstin Schlecht* legt überzeugend dar, dass eine Beweislastumkehr, wie sie von der Rechtsprechung im Bereich der Arzthaftung bei groben Behandlungsfehlern entwickelt wurde (BGHZ 72, 132, 139; 107, 222, 228) für den Regressprozess gegen den Verteidiger nicht in Betracht kommt (S. 240 ff.): Es seien nämlich wegen der Anwendbarkeit des § 287 ZPO keine außergewöhnlichen Beweisprobleme feststellbar. Außerdem könne auch nicht von einem typischerweise mit einer Vertragsverletzung des Verteidigers verbundenen Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs die Rede sein (S. 244; a. A. OLG Nürnberg StV 1997, 481, 483 mit zutr. abl. Anm. Barton StV 1998, 606).

III. Die Arbeit überzeugt in Aufbau, Diktion, Klarheit der Gedankenführung und wegen ihrer ausgewogenen Ergebnisse. In Fällen, in denen es um die zivilrechtliche

Haftung des Strafverteidigers geht, wird an ihr nicht vorbeizukommen sein.

Dr. **Ralf Neuhaus**, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld

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.

808. EGMR Nr. 45749/06 und Nr. 51115/05 – Urteil vom 22. Januar 2009 (Kaemena und Thöneböhn v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof; Recht auf Beschwerde (mangelnde Prüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren; mangelnde angemessene Abhilfe; keine Rückwirkung der Vollstreckungslösung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 35 EMRK; § 211 StGB; § 51 StGB

809. BGH 1 StR 107/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG München I)

Freiheitsberaubung durch Unterlassen (Garantenstellung; Ingerenz); unterlassene Hilfeleistung.
§ 239 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

810. BGH 1 StR 107/09 – Urteil vom 18. August 2009 (LG München I)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Lücken; Unklarheiten; Widersprüche; nachvollziehbare Begründung bei einem teilweisen Glauben).
§ 261 StPO

811. BGH 1 StR 155/09 – Urteil vom 18. August 2009 (LG Regensburg)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung; Hilfsbeweis Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens (eigene Sachkunde).
§ 261 StPO; § 244 Abs. 4 StPO

812. BGH 1 StR 222/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG München II)

Unvollständige Verlesung des Anklagesatzes bei einer rund 1000seitigen Anklage (Informationsfunktion; mangelndes Beruhen; analoge Anwendung des Selbstleseverfahrens).
Art. 6 EMRK; § 243 Abs. 3 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

813. BGH 1 StR 282/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Mannheim)

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

814. BGH 1 StR 287/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (BGH)

Unbegründete Anhöhrungsrüge (vorgesehene Entscheidung durch den iudex a quo; unterbliebenes Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH).
§ 356a StPO; § 24 Abs. 2 StPO

815. BGH 1 StR 289/09 – Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Stuttgart)

Unabhängiges und unparteiliches Gericht (zu Unrecht als unzulässig verworfenes Ablehnungsgesuch; Prüfung nach Beschwerdegrundsätzen; Recht auf den gesetzlichen Richter; Willkür; Prozessverschleppungsabsicht).
Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

816. BGH 1 StR 297/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlages; Täter-Opfer-Ausgleich bei Überschreitung des zulässigen Maßes der Verteidigungshandlung (Notwehrlage).
§ 213 StGB; § 46a StGB

817. BGH 1 StR 300/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG München II)

Sicherungsverwahrung (Begründung des Hangs anhand zulässigen Verteidigerverhaltens; Ermessensausübung); Vergewaltigung von Prostituierten; Begriff der wesentlichen Förmlichkeiten.
§ 177 Abs. 2 StGB; § 66 StGB; § 273 StPO; § 274 StPO

818. BGH 1 StR 301/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Mannheim)

Untreue; Bankrott (Aufgabe der Interessentheorie).

§ 266 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 8 StGB

819. BGH 1 StR 314/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Essen)

Anwendung von ausländischem Recht und von Gemeinschaftsrecht bei der gewerbsmäßigen Steuerhhelei und der Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung; Verkürzung von Einfuhrabgaben; Auswirkungen der EU-Osterweiterung; Bestimmung des Zollwerts geschmugelter Zigaretten durch Schätzung nach Art. 31 Zollkodex); redaktioneller Hinweis.
§ 374 AO; § 370 AO; Art. 29 Zollkodex; Art. 31 Zollkodex

820. BGH 1 StR 338/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Traunstein)

Unzulässige Entscheidung im Sicherungsverfahren ohne förmliche Überleitung aus dem Strafverfahren (Verweisung der kleinen Strafkammer an die große Strafkammer; Unzulässigkeit nach Eröffnung des Hauptverfahrens).
§ 416 StPO; § 413 StPO; § 331 StPO

821. BGH 1 StR 344/08 – Verfügung des Vorsitzenden vom 20. Juli 2009

Antrag auf nachträgliche Bestellung eines Verteidigers für die Revisionshauptverhandlung (stillschweigende Bestellung).
§ 140 StPO; § 142 StPO; § 141 StPO

822. BGH 1 StR 346/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Hof)

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

823. BGH 1 StR 351/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Stuttgart)

Maßgeblichkeit der Wertvorstellungen des deutschen Kulturkreises bei der Strafzumessung (Prägung durch archaische Wertvorstellungen insbesondere gegenüber Frauen; häusliche Gewalt; minder schwerer Fall).
§ 46 StGB

824. BGH 1 StR 357/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG München I)

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

825. BGH 1 StR 363/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Nürnberg)

Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerungen allein durch die Feststellung der Rechtsverletzung.
Art. 13 EMRK; Art. 6 EMRK; § 51 StGB; § 46 StGB

826. BGH 1 StR 370/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG München I)

Täterschaft und Teilnahme bei der Hehlelei.
§ 259 StGB

827. BGH 1 StR 371/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Waldshut-Tiengen)

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

828. BGH 1 StR 380/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG München I)

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

829. BGH 1 StR 382/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Ansbach)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; unzulässiger Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Schlechtverteidigung; Fristversäumung durch behauptetes Anwaltsverschulden; Glaubhaftmachung; Beachtung der Wiedereinsetzungsfrist).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 44 StPO; § 45 StPO

830. BGH 1 StR 391/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG München I)

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 44 StPO

831. BGH 1 StR 400/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Freiburg)

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

832. BGH 1 StR 401/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Karlsruhe)

Begründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Anwaltsverschulden).
§ 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

833. BGH 1 StR 412/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG München I)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision (nötiger Tatsachenvortrag); Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 346 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

834. BGH 1 StR 727/08 – Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München I)

Bandenmäßige Geldfälschung (erforderliche Feststellungen zur Bandenmitgliedschaft des Täters; besonderes persönliches Merkmal).
§ 28 Abs. 2 StGB; § 146 Abs. 2 StGB

835. BGH 1 StR 727/08 – Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München I)

Strafzumessungslösung bei der Tatprovokation durch Vertrauensperson bei erheblicher Druckausübung und Bedrohung mit der „serbischen Mafia“ für den Fall der Tataufgabe (Recht auf ein faires Verfahren; Tatfortsetzungsprovokation); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 EMRK

836. BGH 1 ARs 6/09 – Beschluss vom 22. April 2009 (BGH)

Fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen kein absoluter Revisionsgrund.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

837. BGH 1 ARs 6/09 – Beschluss vom 22. April 2009 (BGH)

Revisibilität der förmlichen Augenscheinseinnahme nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO (Unterrichtung unter Vorzeigung des Augenscheinobjekts; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

838. BGH 2 StR 91/09 – Beschluss vom 29. Juli 2009 (LG Kassel)

Betrug (Täuschung über die Angemessenheit eines Preises; Galavitfall: überteuertes Angebot eines in seiner Wirksamkeit zweifelhaften Krebsheilmittels; Kausalität der Täuschung; Irrtum bei Zweifeln); Voraussetzungen des „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ (Tatmehrheit beim Betrug).

§ 263 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

839. BGH 2 StR 105/09 – Urteil vom 17. Juni 2009 (LG Frankfurt am Main)

Freispruchsaufhebung wegen lückenhafter Beweiswürdigung und möglicherweise rechtsfehlerhaftem Verständnis des Zweifelsgrundsatzes (pauschale Notwehrbeurteilung).

§ 261 StPO; § 32 StGB

840. BGH 2 StR 131/09 – Beschluss vom 31. Juli 2009 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

841. BGH 2 StR 165/09 – Urteil vom 12. August 2009 (LG Mainz)

Fahrlässige Tötung und Körperverletzung (Umgang mit Kindern; Hinweispflicht gegenüber Ärzten; Tatmehrheit und Tateinheit bei Fahrlässigkeitsdelikten); Beweiswürdigung zur Verneinung des Tötungsvorsatzes und des Körperverletzungsvorsatzes (mangelnde Lebensnähe; „Kniehöhefall“).

§ 212 StGB; § 222 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO

842. BGH 2 StR 175/09 – Beschluss vom 14. August 2009 (LG Frankfurt am Main)

Keine Mittäterschaft bei eigenhändigen Delikten (Führen einer Kurzladewaffe).

§ 25 Abs. 2 StGB

843. BGH 2 StR 91/09 – Beschluss vom 8. September 2009

Berichtigungsbeschluss.

§ 267 StPO

844. BGH 2 StR 95/09 – Beschluss vom 31. Juli 2009 (LG Bonn)

BGHSt; GmbH-Untreue (Pflichtwidrigkeit bei Untreuehandlungen zulasten konzernintegrierter GmbHs bei Zustimmung der Alleingesellschafterin); Vermögensnachteil (Anforderungen an die Feststellungen zur vermögensschädigenden Überschuldung konzernabhängiger

Gesellschaften durch Darlehensgewährung bei zentralem Cash-Management); Untreuevorsatz (mangelnde Kenntnis der Folgen einer Sicherungsabtretung).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 64 S. 3 GmbHG; § 76 AktG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 14 StGB

845. BGH 2 StR 186/09 – Beschluss vom 14. August 2009 (LG Gießen)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

846. BGH 2 StR 223/09 – Urteil vom 26. August 2009 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes bei der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben (Hilfeleistungen: Beleg der Tatförderung).

§ 261 StPO; § 15 StGB; § 29 BtMG; § 27 StGB

847. BGH 2 StR 226/09 – Urteil vom 12. August 2009 (LG Marburg)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (Erörterungsmängel bei besonders gefährlichen Handlungen und in Kauf genommenem Siechtum des Opfers; Anhaltspunkte zum Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

848. BGH 2 StR 244/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Hanau)

Berücksichtigung verjährter Taten bei der Strafzumessung; Täter-Opfer-Ausgleich bei Sexualdelikten; verfassungskonforme Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO.

§ 78 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 354 Abs. 1a StPO

849. BGH 2 StR 261/09 – Beschluss vom 31. Juli 2009 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

850. BGH 2 StR 262/09 – Urteil vom 12. August 2009 (LG Frankfurt am Main)

Garantenstellung durch Ingerenz; rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung.

§ 13 StGB; § 261 StPO

851. BGH 2 StR 263/09 – Beschluss vom 26. August 2009 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

852. BGH 2 StR 265/09 – Beschluss vom 29. Juli 2009 (LG Meiningen)

Körperverletzung mit Todesfolge (Vorsatz; Fahrlässigkeit; Erkennbarkeit, Vorhersehbarkeit des Erfolgesintritts).

§ 227 StGB

853. BGH 2 StR 266/09 – Beschluss vom 29. Juli 2009 (LG Aachen)

Tenorierung beim Diebstahl im besonders schweren Fall.

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 260 StPO

854. BGH 2 StR 274/09 – Beschluss vom 26. August 2009 (LG Bonn)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang).

§ 64 StGB

855. BGH 2 StR 284/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

856. BGH 2 StR 301/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung eines Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus trotz mangelnder Therapieaussicht (erforderliche konkreten Erfolgsaussicht der Maßregel).

§ 64 StGB

857. BGH 2 StR 302/09 – Beschluss vom 26. August 2009 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat).

§ 64 StGB

858. BGH 2 StR 304/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Gießen)

Untreue (Haushaltsuntreue; direkter Vorsatz; Verbotsirrtum).

§ 266 StGB; § 17 StGB; § 15 StGB

859. BGH 2 AR 194/09 – Beschluss vom 12. August 2009

Zuständigkeit über den Widerruf der Aussetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung.

§ 462a StPO

860. BGH 2 ARs 240/09 (2 AR 175/09) – Beschluss vom 26. August 2009 (LG Bochum)

Abgabe einer Gegenvorstellung an das zuständige Gericht.

Vor § 1 StPO

861. BGH 2 ARs 363/09 2 AR 226/09 – Beschluss vom 26. August 2009

Voraussetzungen der Übertragung der Zuständigkeit für ein Klageerzwingungsverfahren gemäß § 15 StPO (rechtliche Verhinderung; dienstliche Beziehungen zwischen dem Beschuldigten und seinem Richter).

§ 15 StPO; § 172 Abs. 2 StPO

862. BGH 4 StR 101/09 – Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegung des Symptomenzusammenhangs: Revisibilität ermöglichende Urteilsbegründung, fehlerhafte Bezugnahmen im Urteil; drogeninduzierte Schizophrenie; Bedeutung der ICD-10-Klassifikation); Beweiswürdigung (geringer Beweiswert einer fehlerhaft durchgeführten Wiedererkennung).

§ 64 StGB; § 20 StGB; § 267 StPO; § 261 StPO

863. BGH 4 StR 188/09 – Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Landau)

BGHSt; Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde bei einer Entscheidung in dem mit der Revision angegriffenen Urteil (Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen der Telekommunikation und gegen den Einsatz Verdeckter Ermittler; Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO; Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG; § 135 Abs. 2 GVG; § 348 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

864. BGH 4 StR 258/09 – Beschluss vom 30. Juli 2009 (LG Dortmund)

Strafzumessung (fehlerhafter Vorwurf der Missachtung der Warnfunktion einer einschlägigen Vorstrafe).

§ 46 StGB

865. BGH 4 ARs 6/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (BGH)

Anfrageverfahren zur Revisibilität der fortdauernden Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO; Recht des Angeklagten auf effektive Befragung (Konfrontationsrecht; Fragerecht).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 240 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

866. BGH 4 ARs 7/09 – Beschluss vom 25. August 2009 (BGH)

Anfrageverfahren zur Revisibilität der Augenscheinseinnahme anlässlich einer Zeugenvernehmung unter Ausschluss des Angeklagten von der Hauptverhandlung (absoluter Revisionsgrund; Divergenz; Entscheidungserheblichkeit); Anwesenheitsrecht des Angeklagten und Heilung durch nachträgliche Besichtigung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

867. BGH 4 StR 79/09 – Beschluss vom 25. August 2009

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

868. BGH 4 StR 266/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

869. BGH 4 StR 288/09 – Beschluss vom 30. Juli 2009 (LG Essen)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt wegen einer vermeintlich in einer Ausnahmesituation begangenen Straftat.

§ 64 StGB

870. BGH 4 StR 309/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Saarbrücken)

Schuldpruchänderung ohne Auswirkung auf den Strafausspruch (Beruhen).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

871. BGH 4 StR 332/09 – Beschluss vom 10. September 2009 (LG Saarbrücken)

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

872. BVerfG 2 BvR 1036/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (LG München I/AG München)

Durchsuchung von Kanzleiräumen von Rechtsanwälten als nichtverdächtige Dritten (Beratung in steuerrechtlichen Angelegenheiten; flächendeckende Aufklärung nur bei flächendeckender Beteiligung an Straftaten der Mandanten; Unverletzlichkeit der Wohnung; informationelle Selbstbestimmung); Durchsicht als Teil der Durchsuchung; Rechtswegerschöpfung (Durchführung des Verfahrens nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch gegen die Durchsicht von elektronischen Daten nach § 110 StPO; eigene Beschwer von Personengesellschaft und Gesellschaftern; Subsidiarität).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

873. BVerfG 2 BvR 1691/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2009 (OLG Hamburg)

Längerfristige Observation nach § 163f StPO a.F. bei Verletzung des Richtervorbehalts (Fristbeginn und prozeduraler Grundrechtsschutz); Verwertungsverbot (keine Geltung des Zweifelsgrundsatzes; Grenze bei Verletzung gesetzlicher Dokumentationspflichten); Willkürverbot; Recht auf ein faires Verfahren.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 163f Abs. 4 Satz 2 StPO a.F.

874. BVerfG 2 BvR 941/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. August 2009 (OLG Rostock/AG Güstrow/LRA Güstrow)

Fehlende gesetzliche Grundlage für Geschwindigkeitsmessungen mit allgemeiner oder automatisierter Videoüberwachung in Mecklenburg-Vorpommern; richterlicher Verstoß gegen das Willkürverbot (unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar; Abstützung eines Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung allein auf eine Verwaltungsvorschrift); Möglichkeit eines Verwertungsverbots bei fehlender gesetzlicher Grundlage.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

875. BVerfG 2 BvR 1724/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Aachen/OLG Köln)

Verfassungsrechtliche Anforderungen bei der Durchführung eines Strafverfahrens trotz gesundheitlicher Risiken für einen hochbetagten und herzkranken Beschuldigten (Prognoseanforderungen; Abwägung; Verhältnismäßigkeitsprinzip; Einstellung; Sitzungsleitende Maßnahmen); Rechtsstaatsprinzip (Durchsetzung materieller Gerech-

tigkeit; funktionstüchtige Strafrechtspflege); Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 203 StPO

876. BVerfG 2 BvR 2279/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (OLG Karlsruhe/LG Mannheim)

Anhalten von Haftpost (grob unrichtige Darstellung von Anstaltsverhältnissen; Kritik an der Unterbringung von Gefangenen im besonders gesicherten Haftraum); Verhältnismäßigkeit (Beifügung eines richtigstellenden Begleitschreibens); Meinungsfreiheit; Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Schutz der Familie; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unzulässig).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 31 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG; § 31 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

877. BVerfG 2 BvR 2280/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. August 2009 (OLG Hamburg/JVA Fuhlsbüttel)

Verpflichtung zur Abgabe einer Urinprobe (Drogenkonsum; einschlägige Vorbelastung; disziplinarische Ahndung bei Weigerung; Offenlassen der Frage einer disziplinarischen Ahndung eines festgestellten Drogenkonsums).

§ 102 Abs. 1 StVollzG; § 82 Abs. 1 StVollzG

878. BGH 3 StR 137/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Stade)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

879. BGH 3 StR 156/09 – Beschluss vom 3. September 2009 (LG München I)

Verständigung (Rechtsmittelbefugnis hinsichtlich der örtlichen Unzuständigkeit).

§ 257c StPO

880. BGH 3 StR 270/09 – Beschluss vom 30. Juli 2009 (LG Lübeck)

Ablehnung eines Beweisantrages (eigene Sachkunde; Aussagetüchtigkeit eines Zeugen); Beruhen.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

881. BGH 3 StR 283/09 – Beschluss vom 11. August 2009 (LG Wuppertal)

Verschlechterungsverbot.

§ 358 Abs. 2 StPO

882. BGH 3 StR 293/09 – Urteil vom 10. September 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln (obligatorische Feststellung des Wirkstoffgehalts; minder schwerer Fall); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB

883. BGH 3 StR 296/09 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Duisburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis).

§ 55 StGB; § 69 StGB

884. BGH 3 StR 308/09 – Beschluss vom 11. August 2009 (LG Flensburg)

Entfernung des Angeklagten (keine Rügeobliegenheit).
§ 247 StPO

885. BGH 3 StR 319/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Mönchengladbach)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 45 StPO; § 346 StPO

886. BGH 3 ARs 7/09 – Beschluss vom 7. Juli 2009

Anfrageverfahren; Anwesenheit des Angeklagten bei Augenscheinseinnahme; Begriff der Vernehmung; entgegenstehende Rechtsprechung; grundsätzliche Bedeutung der Sache.
§ 247 StPO; § 171a GVG; § 132 GVG

887. BGH 3 ARs 7/09 – Beschluss vom 7. Juli 2009

Fragerecht (Konfrontationsrecht); Anfrageverfahren; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen.
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 132 GVG; § 247 StPO

888. BGH 3 StR 331/09 – Beschluss vom 8. September 2009 (LG Duisburg)

Strafzumessung (Geständnis).
§ 46 StGB

889. BGH 3 StR 333/09 – Beschluss vom 8. September 2009 (LG Oldenburg)

Gesamtstrafenbildung.
§ 54 StGB

890. BGH 3 StR 552/08 – Urteil vom 14. August 2009 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Akustische Wohnraumüberwachung (Verwertung von Erkenntnissen; verfassungswidrige Grundlage); Beweisverwertungsverbot (relatives, absolutes; hypothetischer Ersatzeingriff); Kernbereich privater Lebensgestaltung (gesetzlicher Schutz); Zeugnisverweigerungsrecht (Konkurrenzen); Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung; Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung; Eingehungsbetrug (Versuch; Vollendung; Abschluss einer Lebensversicherung); Vermögensschaden (kalkulatorische Grundlagen eines Versicherungsvertrages); kumulative heimliche Überwachungsmethoden (Totalüberwachung; additiver Grundrechtseingriff); Freibeweisverfahren (Maßstab der revisionsgerichtlichen Prüfung).
Art. 13 GG; § 100c StPO; § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 29 POG Rheinland-Pfalz; § 263 StGB; § 337 StPO; § 52 Abs. 1 StGB

891. BGH 5 StR 216/09 – Beschluss vom 5. August 2009

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

892. BGH 5 StR 268/09 – Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Berlin)

Tateinheit (Dauerdelikt; Fahren ohne Fahrerlaubnis; Klammerwirkung).
§ 52 StGB; § 21 StVG

893. BGH 5 StR 302/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Berlin)

Kompensationslösung (Gesamtstrafe als Bezugspunkt der Vollstreckterklärung).
§ 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

894. BGH 5 StR 312/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Potsdam)

Verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholisierung; Leistungsverhalten; Sachverständiger; eigene Sachkunde).
§ 21 StGB; § 244 StPO

895. BGH 5 StR 323/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Hamburg)

Unzulässige Verfahrensrüge (fehlende Begründung).
§ 344 Abs. 2 StPO

896. BGH 5 StR 338/09 – Beschluss vom 1. September 2009

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (anwaltliches Verschulden); Frist zur Begründung der Revision.
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

897. BGH 3 StR 248/09 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Kleve)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).
§ 400 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

898. BGH 5 StR 227/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Berlin)

Raub mit Todesfolge (Zeitpunkt des Todeseintritts; Vollendung).
§ 251 StGB

899. BGH 5 StR 253/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Berlin)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung durch Behörde außerhalb der Justiz (Meldebehörde); Spezialprävention (langer Zeitablauf seit Ende der Tat); Strafbedürfnis.
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 51 StGB

900. BGH 3 StR 576/08 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Düsseldorf)

Kredituntreue (Pflichtverletzung; unterlassene Informationsbeschaffung; unterlassene Marktanalyse); pflichtwidrige Kreditvergabe (Beurteilungsspielraum; sorgfältig erhobene und geprüfte Grundlage); Vermögensschaden (schadensgleiche Vermögensgefährdung; Gefährdungsschaden; Kompensationsgefährdung; Schadenshöhe; bedingter Vorsatz; Herausgabe eines Commitment Letters); Treubruchstatbestand; Missbrauchstatbestand; Sengera-Urteil.
§ 266 StGB; § 15 StGB; § 263 StGB; § 18 KWG

901. BGH 5 StR 255/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Hamburg)

Verfahrensrüge (Begründung); Inbegriff der Hauptverhandlung; Einführung des Inhalt einer Urkunde durch Bericht.
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 249 StPO

902. BGH 5 StR 256/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Bremen)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

903. BGH 5 StR 257/09 (alt: 5 StR 197/08) – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Chemnitz)

Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände; ganz überwiegend verbüßte Freiheitsstrafe).
§ 56 Abs. 2 StGB

904. BGH 5 StR 260/09 (alt: 5 StR 398/07) – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

905. BGH 5 StR 266/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Berlin)

BGHSt; unerlaubter Aufenthalt eines Ausländers (Beihilfe; omisso libera in causa); mittelbare Falschbeurkundung (Konsumtion); Duldungsbescheinigung (öffentliche Urkunde).
§ 27 StGB; § 271 StGB; § 95 AufenthG; § 60a Abs. 4 AufenthG

906. BGH 5 StR 269/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Berlin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

907. BGH 5 StR 278/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Berlin)

Betrug und Unterschlagung (Sicherungsbetrug; Entkräftung eines Regelbeispiels); Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Unvollständigkeit; Widersprüchlichkeit); Erörterungsmangel (teilweise Einstellung des Verfahrens; „Glattbügeln“ des Prozessstoffs).
§ 263 StGB; § 246 StGB; § 154 StPO; § 261 StPO

908. BGH 5 StR 280/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (LG Berlin)

Anrechnungsmaßstab für in den Niederlanden erlittene Untersuchungshaft (1:1).
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

909. BGH 5 StR 285/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Bautzen)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (unauflöslicher Widerspruch).
§ 261 StPO

910. BGH 5 StR 287/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Hamburg)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Feststellung eines Eingangsmerkmals; Feststellungen zur konkreten Auswirkung zur Tatzeit; Beweiswürdigung).
§ 21 StGB; § 261 StPO

911. BGH 5 StR 294/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Bautzen)

Gesamtstrafenbildung (rechtsfehlerhafte Orientierung an der Summe der Einzelstrafen).
§ 54 StGB

912. BGH 5 StR 304/09 – Beschluss vom 19. August 2009 (LG Leipzig)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).
§ 64 StGB

913. BGH 5 StR 311/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Potsdam)

Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts (Sicherungsverwahrung; Hinweis auf die in Betracht kommende Variante); Beauftragung eines Sachverständigen.
§ 66 StGB; § 265 Abs. 2 StPO

914. BGH 5 StR 325/09 – Beschluss vom 17. September 2009 (LG Chemnitz)

Strafzumessung (Gewinnstreben; moralisierende Wendungen); Doppelverwertungsverbot.
§ 46 StGB

915. BGH 5 StR 327/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Hamburg)

Vorwegvollzug (Abstellen auf den Halbstrafenzeitpunkt).
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

916. BGH 5 StR 334/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Braunschweig)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Anordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen); Strafzumessung (Beruhen auf der Maßregelentscheidung).
§ 64 StGB; § 64 StGB; § 337 StPO

917. BGH 5 StR 335/09 – Beschluss vom 15. September 2009 (LG Berlin)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Feststellung der Betäubungsmittelmenge).
§ 29a BtMG; § 30a BtMG

918. BGH 5 StR 339/09 (alt: 5 StR 500/08) – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Potsdam)

Bemessung des Vorwegvollzuges (keinerlei Spielraum des Tatrichters).
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

919. BGH 5 StR 340/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Hamburg)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen; Einsatzstrafe von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe).
§ 66 Abs. 1 StGB

920. BGH 5 StR 343/09 – Beschluss vom 17. September 2009 (LG Göttingen)

Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Gewicht der Rechtsverletzung).
§ 18 Abs. 1 Satz 2 JGG

921. BGH 5 StR 348/09 – Beschluss vom 16. September 2009 (LG Hamburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung nach der verfahrensgenständlichen Tat begangener Straftaten); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

922. BGH 5 StR 353/08 – Beschluss vom 17. Juli 2009

Unzulässige Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

923. BGH 5 StR 370/09 – Beschluss vom 23. September 2009 (LG Braunschweig)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit).
§ 62 StGB; § 63 StGB

924. BGH 5 StR 595/08 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation: Bemessung durch das Revisionsgericht); Vollstreckungslösung.
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 StGB

925. BGH 3 StR 228/09 – Urteil vom 13. August 2009 (LG Gera)

BGHSt; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Übersetzung von Leitsprüchen; Name der Organisation; Blood and Honour); Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen; Einziehung; Wortlautgrenze; Garantiefunktion des Strafrechts.
§ 86a StGB; § 86 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 74 StGB

926. BGH 5 StR 207/09 – Urteil vom 3. September 2009 (LG Hamburg)

Erweiterter Verfall (deliktische Herkunft von Vermögensgegenständen).
§ 73d StGB

927. BGH 5 StR 213/09 – Beschluss vom 18. August 2009 (LG Berlin)

Begründung der Verfahrensrüge (Nichtbescheidung eines Beweisantrages; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 StPO

928. BGH 5 StR 221/09 – Beschluss vom 16. Juli 2009 (LG Chemnitz)

Anrechnung in Polen erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).
§ 51 StGB

929. BGH 5 StR 233/09 – Beschluss vom 20. August 2009 (LG Cottbus)

Bemessung der Jugendstrafe (moralisierende Wendungen; reduzierter Erziehungsbedarf; Schwere der Schuld).
§ 17 Abs. 2 JGG

930. BGH 5 StR 235/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Berlin)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Identifizierung; wiederholtes Wiedererkennen (Wahllichtbildvorlage; suggestive Wirkung); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Teilhabe der Verteidigung; Ermittlungsmaßnahmen während laufender Hauptverhandlung).
§ 261 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

931. BGH 5 StR 238/09 – Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (widerrufenes Geständnis; Verständigungsversuch; Sanktionsschere); Strafzumessung.
§ 261 StPO; § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO; § 46 StGB

932. BGH 5 StR 240/09 – Beschluss vom 3. September 2009 (LG Göttingen)

Schuldunfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Urteilsgründe.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

933. BGH 5 StR 241/09 – Beschluss vom 17. Juli 2009 (LG Cottbus)

Konkrete Strafzumessung (Begründung; Verweis auf die abstrakte Strafzumessung; minder schwerer Fall).
§ 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB

934. BGH 5 StR 243/09 – Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Dresden)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Gesamtstrafübel; besondere Umstände; Erörterungspflicht); Strafzumessung bei Mittätern (Diskrepanzen; Geständnis; Sanktionsschere).
§ 46 StGB; § 55 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

935. BGH 5 StR 244/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Dresden)

Urteilsformel (gleichartige Tateinheit); Versagung der Strafrahmenschiebung (Begründungspflicht).
§ 260 Abs. 4 StPO; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

936. BGH 5 StR 246/09 – Beschluss vom 21. Juli 2009 (LG Chemnitz)

Strafzumessung (Begründungsmangel; Beruhen).
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

937. BGH 5 StR 248/09 – Beschluss vom 5. August 2009 (LG Berlin)

Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Bodybuilding); unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln (Gesundheitsgefährdung mehrerer Personen).
§ 6a Abs. 1 AMG; § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BtMG