

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede

Juniorprofessor für deutsches und  
europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.

Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan

Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

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

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

Eidam, LLM (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

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

Diethelm Kleczewski (Univ. Leipzig);

Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-

gen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann,

Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank

Meyer, LLM (Yale), (Univ. Zürich); RA

Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof.

Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA

Markus Rübenstahl, mag. iur. (Flick

Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Greifswald);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg)

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

## Publikationen

Prof. Dr. *Helmut Satzger*/Wiss. Mit. RRef. *Georg Langheld*, LMU – **Europarechtliche Verweisungen in Blankettstrafgesetzen und ihre Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot** (Anm. zu BGH HRRS 2011 Nr. 572) S. 460

Wiss. Mit., RA Dr. *Jens Bülte*, Univ. Heidelberg – **Zur Strafbarkeit der Verschleierung von Sanktionsansprüchen als Umsatzsteuerhinterziehung** (Bespr. zu BVerfG HRRS 2011 Nr. 1128) S. 465

Prof. Dr. *Johannes Feest*, Bremen, RiOLG Dr. *Wolfgang Lesting*, Oldenburg – **Wider das Vollzugsdefizit in Vollzugssachen** (zu KG HRRS 2011 Nr. 1126) S. 471

Richter Dr. *Jakob Pichon*, Mannheim – **Unendliche Geschichte: Neues zum Richtervorbehalt bei Blutentnahmen (§ 81a Abs. 2 StPO)** S. 472

Dr. *Sönke Gerhold*, Kiel – **Cannabis zur analgetischen Selbsttherapie** S. 477

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

## Entscheidungen

EGMR **Auf Gesetz beruhendes Gericht (*Richert vs. Polen*)**

BVerfG **Verhältnismäßigkeit bei Altfällen der Sicherungsverwahrung**

BVerfG **Bestimmtheitsgebot beim Blankettgesetz der Steuerhinterziehung – Anwendung auf innergemeinschaftliche Lieferungen**

BGHSt **Wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung im Ausländerrecht**

BGHR **Unerlaubte Ausübung der Heilkunde bei der Synergetik**

BGH **Rechtsfehlerhafter Freispruch eines Arztes nach eigenmächtiger Magenspiegelung**

BGH **Grenzen des § 216 StGB bei Epilepsie des Opfers**

BGH **Unwirksamer Verweis auf ein Video in den Urteilsgründen**

BGH **Rechtsfehlerhafte Verwerfung eines Beweisantrages im Fall Schreiber und Verjährung bei der Amtsträgerbestechung**

BGH **Vorsatz und Irrtum bei der Steuerhinterziehung**

BGH **Untreue durch Unterlassen und Verbot der Berücksichtigung hypothetischer Umstände beim Vermögensnachteil**

KG **Effektiver Rechtsschutz bei „renitenter Strafvollzugsanstalt“**

Die Ausgabe umfasst 76 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

12. Jahrgang, November 2011, Ausgabe

11

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1158. EGMR Nr. 54809/07 – Urteil der 4. Kammer vom 25. Oktober 2011 (Richert vs. Polen)

Auf Gesetz beruhendes Gericht (Wahrung des gesetzlichen Richters bei Abordnungen: Rückwirkung, Besetzungsrüge; faires Verfahren; Auslegung nationalen Rechts).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Die Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, nach der das Gericht auf Gesetz beruhen muss, ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips („rule of law“). Diese Bestimmung will sichern, dass die Organisation der Justiz nicht vom Ermessen der Exekutive abhängt, sondern durch Rechtsnormen konkretisiert wird, die auf das Parlament zurückgehen.

2. Die gesetzliche Bestimmung umfasst nicht nur die rechtliche Basis für die Eigenschaft als Gericht, sondern auch die Besetzung des Gerichts in jedem Einzelfall.

3. Einzelfall der Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK durch eine rückwirkende und mit nationalem Recht nicht begründetermaßen vereinbarte Abordnung eines Richters durch den Gerichtspräsidenten.

### 1132. BVerfG 2 BvR 1516/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. September 2011 (OLG Hamm/LG Arnsberg)

Sicherungsverwahrung („Altfälle“); Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen); psychische Störung; dissoziale Persönlichkeitsstörung.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigt die zehn Jahre überschreitende Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1, § 2 Abs. 6 StGB ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle). Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) besteht.

2. Die Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer, die diese einschränkende Voraussetzungen nicht beachtet, verstößt auch dann gegen die Verfassung, wenn sie bereits vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 ergangen ist. Entscheidend ist insoweit allein die objektive Grundrechtsverletzung und nicht, ob diese den Fachgerichten vorwerfbar ist.

3. Die den Vollstreckungsgerichten in dem genannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts gesetzte Überprüfungsfrist bis zum 31. Dezember 2011 ermächtigt die Gerichte nicht, den Entlassungstermin innerhalb der Frist nach ihrem Ermessen zu festzusetzen. Sie haben vielmehr die unverzügliche Entlassung des Betroffenen anzuordnen, wenn sie die Voraussetzungen einer weiteren Unterbringung für nicht gegeben erachten. Insbesondere rechtfertigt auch das Resozialisierungsgebot keine Fortdauer der Unterbringung zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen. Dem Erfordernis der Resozialisierung ist vielmehr durch Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht Rechnung zu tragen.

4. Der Begriff der psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG setzt nach dem Willen des Gesetzgebers gerade keine Einschränkung der Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB voraus. Er umfasst vielmehr auch spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz, der Impuls- und Triebkontrolle sowie insbesondere auch dissoziale oder antisoziale Persönlichkeitsstörungen. Bei diesen ist nicht der – typischerweise fehlende oder nur geringe – subjektive Leistungsdruck, sondern die objektive Beeinträchtigung der Lebensführung in sozialer und ethischer Hinsicht relevant. Zu deren Beurteilung ist auf das gesamte – auch strafrechtlich relevante – Verhalten des Betroffenen abzustellen.

**1129. BVerfG 2 BvR 633/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. Oktober 2011 (OLG Karlsruhe/LG Heidelberg)**

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; Rechtsgrundlage (verfassungsrechtliche Anforderungen); Einsichtsfähigkeit; Verfahrensgarantien.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 Absatz 2 Satz 2 UBG BW; § 109 StVollzG; § 138 Abs. 1 StVollzG

1. Die medizinische Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten greift in dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein, das die körperliche Integrität des Betroffenen sowie dessen Selbstbestimmungsrecht schützt. Zwangsbehandlung ist dabei jede Behandlung gegen den Willen des Betroffenen, auch wenn dieser sich in eine von ihm abgelehnte Behandlung fügt, weil er körperlichen Widerstand für aussichtslos hält.

2. Dient die Zwangsbehandlung eines Untergebrachten dazu, das Ziel des Maßregelvollzuges zu erreichen und dem Betroffenen die Wiedererlangung seiner Freiheit zu ermöglichen, so kann die Behandlung durch das Freiheitsgrundrecht des Untergebrachten gerechtfertigt sein.

3. § 8 Abs. 2 Satz 2 UBG BW, wonach der Untergebrachte nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderliche Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen zu dulden hat, soweit sie nicht einen operativen Eingriff erfordern oder mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind, verstößt gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 19 Abs. 4 GG und ist nichtig. Zum einen begrenzt die Vorschrift die Möglichkeit der Zwangsbehandlung nicht, wie verfassungsrechtlich geboten, auf die Fälle einer krankheitsbedingt fehlenden Fähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung. Zum anderen ist das Verfahren defizitär ausgestaltet; denn die Vorschrift regelt weder ein Bemühen um eine freiwillige Zustimmung noch die generelle Anordnung und Überwachung durch einen Arzt und eine Pflicht zur Dokumentation sowie zur vorausgehenden Überprüfung der Maßnahme durch unabhängige Dritte.

**1128. BVerfG 2 BvR 542/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Juni 2011 (BGH)**

Bestimmtheitsgebot (Blankettstrafgesetze und normative Tatbestandsmerkmale; Wortlautgrenze; Vertrauensschutz; Einstweilige Anordnung); Steuerhinterziehung (Verweigerung der steuerfreien innergemeinschaftlichen bei Lieferung von Kraftfahrzeugen aus Deutschland an einen Abnehmer in Italien bei Vortäuschung der Lieferung an einen Zwischenhändler zur Hinterziehung von Umsatzsteuer); redaktioneller Hinweis.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 4 UStG; § 6a UStG; § 370 Abs. 1 AO

1. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verwehrt den Gerichten jede tatbestandsausweitende Auslegung eines Strafgesetzes. Äußerste Grenze zulässiger Rechtsanwendung ist dabei der mögliche Wortlaut der Vorschrift. Für die Bestimmung des möglichen Wortsinns können auch gesetzessystematische und teleologische Erwägungen von Bedeutung sein (BVerfGK 3, 302, 303 ff.; 9, 420, 421 ff.; 10, 442, 447 ff.; 14, 177, 182 ff.).

2. Bei Blankettstrafgesetzen unterliegen nicht nur diese selbst, sondern auch die sie ausfüllenden Vorschriften den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes. Um eine solche Blankettstrafnorm handelt es sich bei § 370

Abs. 1 AO, welcher der Ausfüllung durch die Steuergesetze – hier insbesondere § 6a Abs. 1 UStG – bedarf.

3. Die Auslegung des § 6a Abs. 1 UStG durch den Bundesgerichtshof ist vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu beanstanden: Systematik und Wortlaut des § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG („den Vorschriften der Umsatzbesteuerung unterliegend“) lassen sowohl die Interpretation zu, dass entsprechende Bestimmungsvorschriften existieren, als auch, dass der Abnehmer der Steuer tatsächlich unterworfen wird. Die Auslegung durch den Bundesgerichtshof entspricht insbesondere der verbindlichen Auslegung der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH HRRS 2011 Nr. 276).

4. Die angegriffene Entscheidung verletzt Art. 103 Abs. 2 GG auch nicht unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes (BVerfG HRRS 2011 Nr. 737). Eine eindeutige Strafflosigkeit des Verhaltens ergab sich weder aus der damaligen Rechtsprechung der Strafgerichte, noch aus Entscheidungen des Bundesfinanzhofs oder des Europäischen Gerichtshofs. Bei Zweifeln über die Rechtslage ist es zumutbar, diese durch Aufdeckung des wahren Sachverhalts auszuräumen.

**1130. BVerfG 2 BvR 947/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. September 2011 (OLG Nürnberg/LG Nürnberg-Fürth/AG Erlangen)**

Gesetzlicher Richter (Verstoß durch eine Verletzung der Pflicht zur Vorlage an den EuGH); Unionsrecht (Führerscheinrichtlinie; Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis; Eintragung im Verkehrszentralregister). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; § 69a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 28 Abs. 4 FeV; Art. 11 Abs. 4 der 3. Führerscheinrichtlinie

1. Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

2. Verletzt ein Gericht die sich aus Art. 267 Abs. 3 AEUV ergebende Vorlagepflicht, entzieht es die Verfahrensbeteiligten nur dann dem gesetzlichen Richter, wenn seine Entscheidung willkürlich ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass die eigene Auslegung und Anwendung des Unionsrechts mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs übereinstimmt. Das Unionsrecht umfasst dabei das geschriebene und ungeschriebene Recht in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof sowie die von diesem entwickelten Auslegungsmethoden und -grundsätze.

3. Die Auffassung, eine ausländische Fahrerlaubnis im Inland sei ungültig, wenn eine inländische Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis zwar abgelaufen, aber noch im Verkehrszentralregister eingetragen ist und nicht getilgt, ist vor dem Hintergrund der 3. Führerscheinrichtlinie unter keinem Aspekt haltbar. Eine derartige Auslegung des § 28 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 FeV widerspricht eindeutig der bisherigen, noch zur 2. Führerscheinrichtlinie ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

**1127. BVerfG 2 BvR 449/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. September 2011 (AG Gladbeck)**

Strafverteidiger; Akteneinsicht (Aktenübersendung); Vollmacht (Zweifel an der Bevollmächtigung); Willkürverbot; Rechtsschutzbedürfnis (Wiederholungsgefahr). Art. 3 Abs. 1 GG; § 137 StPO; § 147 Abs. 4 StPO

1. Ein Strafverteidiger, der sich gegen die Versagung einer Aktenübersendung in seine Kanzleiräume wendet, kann die entsprechende gerichtliche Entscheidung selbständig mit der Verfassungsbeschwerde angreifen. Er ist nicht auf die Rechtsmittel in der Hauptsache zu verweisen, weil dort nur Rechtsverletzungen zum Nachteil seines Mandanten gerügt werden können.

2. Auch bei zwischenzeitlich erfolgter Aktenübersendung besteht für die Verfassungsbeschwerde des Verteidigers ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn etwa aufgrund von Äußerungen seitens des Gerichts von einer Wiederholungsgefahr auszugehen ist.

3. Die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ist grundsätzlich Sache der Fachgerichte. Das Bundesverfassungsgericht greift erst dann ein, wenn eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Willkürverbot in Betracht kommt. Willkürlich ist eine Entscheidung insbesondere dann, wenn sie bei objektiver Betrachtung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar oder in sich widersprüchlich ist oder wenn sie sachfremden Zwecken dient.

4. Die Gewährung von Akteneinsicht für den Verteidiger nur auf der Geschäftsstelle des Gerichts unter Verweigerung einer Aktenübersendung in die Kanzleiräume ist in sich widersprüchlich und damit objektiv willkürlich, wenn erkennbar ist, dass die Entscheidung auf Zweifeln an der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung basiert; denn in diesem Fall hätte die Akteneinsicht gänzlich verwehrt werden müssen.

5. Willkürlich ist auch die Verweigerung einer Aktenübersendung an den Verteidiger, wenn erkennbar ist, dass das Gericht hiermit die Nichtvorlage einer nach dem Gesetz nicht erforderlichen schriftlichen Vollmacht sanktionieren will.

**1131. BVerfG 2 BvR 1165/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. September 2011 (LG Bayreuth/AG Bayreuth)**

Recht auf Freiheit der Person; Strafaussetzung zur Bewährung (Widerruf); Bewährungsbeschluss (Auflagen und Weisungen); Bestimmtheiterfordernis; Konkretisierung; Sachverhaltsaufklärung; Sachverhaltsfeststellungen.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 56b StGB; § 56c Abs. 1 StGB; § 56f Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 36 Abs. 1 Satz 3 BtMG

1. Art. 104 Abs. 1 GG sichert das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Grundrecht auf Freiheit der Person in besonderer Weise ab, indem er die Pflicht, die sich aus einem freiheitsbeschränkenden Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt.

2. Die Befugnis zur Erteilung von Auflagen und Weisungen liegt nach § 56b und § 56c Abs. 1 StGB allein bei dem zuständigen Gericht. Dieses hat in einem Bewährungsbeschluss die Verhaltensmaßgaben so bestimmt zu aussprechen, dass der Verurteilte eindeutig erkennen kann, welches Verhalten von ihm erwartet wird und unter welchen Voraussetzungen ihm der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung droht.

3. Gewisse Konkretisierungen der dem Verurteilten auferlegten Pflichten darf das Gericht dem Bewährungshelfer überlassen, wenn dadurch etwa organisatorischen Erfordernissen Rechnung getragen wird. Dabei ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, eine bloße Präzisierung der Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf der Strafaussetzung droht, einem Dritten zu überlassen. Die Kammer lässt offen, ob dies auch für die Bestimmung des Zeitraums gilt, in dem eine vom Gericht festgelegte Anzahl an Arbeitsstunden zu erbringen ist.

4. Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, müssen auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen. Der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung setzt daher Feststellungen des Gerichts voraus, welche Aufforderungen wann und von wem an den Verurteilten ergangen sind, inwiefern er diese schuldhaft nicht befolgt hat und inwiefern für ihn erkennbar war, dass ein Verstoß einen Widerruf zur Folge haben werde.

**1133. BVerfG 2 BvR 2054/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2011 (OLG Koblenz/LG Koblenz)**

Sicherungsverwahrung; Weitergeltungsanordnung.  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 35 BVerfGG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) verstößt § 66 Abs. 1 StGB, wie die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung insgesamt, gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot.

2. Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung dürfen jedoch nach Maßgabe der in dem Urteil getroffenen Weitergeltungsanordnung bis zum 31. Mai 2013 weiter angewendet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt können gerichtliche Entscheidungen über die Anordnung oder Fortdauer der Sicherungsverwahrung nicht mit dem Argument angegriffen werden, die zugrundeliegenden Normen seien verfassungswidrig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Entscheidung nach oder bereits vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 ergangen ist.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**1135. BGH 1 StR 134/11 – Urteil vom 11. Oktober 2011 (LG Bayreuth)**

Körperverletzung mit Todesfolge nach eigenmächtiger Magenspiegelung (Vorsatz; eigenmächtiger Heileingriff und hypothetische Einwilligung; fahrlässige Perforation der Speiseröhre; Erlaubnistatbestandsirrtum: Abgrenzung vom Verbotsirrtum); Anforderungen an die Beweiswürdigung beim Freispruch (Mindestanforderungen an die Darstellung; Lückenhaftigkeit; Widersprüchlichkeit).

§ 223 StGB; § 227 StGB; § 222 StGB; § 228 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

1. Wird ein Patient wegen einer Medikamentenverabreichung in einem Urteil als unfähig angesehen, nach einer wirksamen Aufklärung in einen Heileingriff einzuwilligen, kann nicht zugleich aus seiner in diesem Zustand gegebenen Zustimmung zu diesem Heileingriff ein „nicht unerhebliches Indiz“ für eine hypothetische Einwilligung hergeleitet werden.

2. Eine Feststellung, dass der Heileingriff grundsätzlich indiziert war, sagt allein noch nichts darüber aus, dass diese Untersuchung eilig erfolgen musste und nicht eine vorherige Einwilligung des Patienten eingeholt werden konnte. Das zur Wahrung der Persönlichkeit des Patienten erforderliche Selbstbestimmungsrecht steht einer voreiligen ärztlichen Maßnahme entgegen, zumal, wenn es sich nicht um eine dringende Heilbehandlung, sondern lediglich um eine Untersuchung aus Diagnosegründen handelt. Dies ist in die Überzeugungsbildung einzustellen.

3. Ein Verbotsirrtum ist gegeben, wenn der Arzt das Fehlen des Einverständnisses für möglich, den Eingriff aber für zulässig hält, weil er medizinisch geboten ist; die Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums ist jedoch „kaum je zweifelhaft“ (vgl. u.a. BGHSt 45, 219, 225).

4. Wird hingegen festgestellt, dass der Angeklagte irrig angenommen hat, der Patient hätte bei vorheriger Befra-

gung der Erweiterung zugestimmt, so liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der entsprechend § 16 StGB zu behandeln ist (vgl. hierzu BGH NStZ-RR 2007, 340, 341; BGH NStZ 1996, 34, 35).

5. Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte (vgl. u.a. BGH NStZ 2004, 442). Dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre, ist dem Arzt nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre (vgl. BGH StV 2004, 376, 377 mwN). In Betracht kommt dann aber eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB), wenn die Todesfolge individuell vorhersehbar und vermeidbar war oder zumindest wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230 StGB).

#### **1145. BGH 2 StR 219/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Mühlhausen)**

Doppelsebstmord (Garantenstellung; Suizid; Totschlag); Rücktritt vom Versuch (erforderliche Vorstellungen: Verhindern, ernsthaftes Bemühen).

§ 13 StGB; § 212 StGB; § 24 StGB

1. § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB setzt voraus, dass der Täter tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist. Dabei reicht nicht bereits ein irgendwie geartetes Bemühen aus; erforderlich ist vielmehr ein solches Bemühen, das sich in der Vorstellung des Täters als ein Abbrechen des in Gang gesetzten Kausalverlaufs darstellt.

2. Für die Anwendung dieses Maßstabes müssen die Vorstellungen des Angeklagten als Grundlage der Beurteilung festgestellt werden. So muss zum Beispiel bei der vorsätzlichen Verursachung einer Explosionslage festgestellt werden, ob der Täter dachte, er könne eine zweite, möglicherweise zum Tod eines Menschen führende Explosion noch abwenden. Ebenso ist auszuschließen, dass der Angeklagte nach der ersten Explosion dachte, es nun nur noch mit einem Brand zu rechnen.

3. Soweit in der Vorstellung des Angeklagten keine besseren Rettungsmöglichkeiten existieren, kann er auch durch einen Warnruf im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB vom Versuch eines Tötungsdelikts zurücktreten.

#### **1137. BGH 1 StR 326/11 – Beschluss vom 20. September 2011 (LG München I)**

Totschlag (Kausalität und objektive Zurechnung; Vorsatz: unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf; Fall Brunner).

§ 212 StGB; Vor § 13 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf sind rechtlich bedeutungslos, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraus-

setzungen halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen. Dies ist auch anzunehmen, wenn der Tod infolge eines stressbedingten Herzversagens eintritt. Der Tod des Opfers ist auch in diesem Fall bei ausgeführten Schlägen oder Tritten gegen das Opfer nicht nur die Folge einer außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Verkettung unglücklicher Umstände, bei der eine Haftung des Angeklagten für den Erfolg ausscheiden würde.

#### **1144. BGH 2 StR 189/11 – Beschluss vom 21. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Natürliche Handlungseinheit und Verklammerungswirkung (Freiheitsberaubung; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; Tatmehrheit); verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit); Verhältnis zwischen Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 239 StGB; § 177 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB; § 66 Abs. 2 StGB

1. Auch wenn normative Gesichtspunkte bei der Beantwortung der Rechtsfrage der Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit im Sinne des § 21 StGB nicht außer Betracht bleiben können, so steht für die Beurteilung doch das tatsächliche Ausmaß der individuellen Einschränkung des Hemmungsvermögens beim Angeklagten zur Tatzeit zum Beispiel infolge von Alkoholeinfluss und kombinierter Persönlichkeitsstörung im Vordergrund. Die Urteilsgründe dürfen nicht lassen besorgen, dass das Tatgericht dies verkannt hat.

2. Die andauernde Freiheitsberaubung im Sinne von § 239 Abs. 1 StGB ist nicht dazu geeignet, schwere Sexualdelikte zur Tateinheit zu verklammern (vgl. BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 10).

#### **1134. BGH 1 StR 129/11 – Urteil vom 28. September 2011 (LG Aschaffenburg)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei einem „Waffennarr“ (drohende Schizophrenie); Voraussetzungen an die mangelnde Unrechtseinsicht beim Glauben an ein verfassungsrechtliches Recht auf Waffen.

§ 63 StGB; § 20 StGB; Art. 14 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Ein vom Angeklagten ohne nähere Begründung behauptetes Recht auf Waffenbesitz trotz der gleichzeitig vorhandenen Kenntnis des gesetzlichen Verbots begründet nicht seine Unfähigkeit im Sinne des § 20 StGB, das Unrecht seiner Handlungen einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

2. Bei Angeklagten, die unter einer wahnhaften Störung leiden, ist für die Prüfung nach § 63 StGB zu berücksichtigen, dass sie in 20 % der Fälle im Laufe der Zeit schizophoren und damit für ihre Umwelt ungleich gefährlicher werden.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 1143. BGH 2 StR 145/11 – Urteil vom 14. September 2011 (LG Wiesbaden)

Totschlag (minder schwerer Fall; Doppelselbstmord); Tötung auf Verlangen (Ernstlichkeit; Verlangen; Epilepsie).

§ 212 StGB; § 216 StGB, § 213 StGB

1. Gemäß § 216 Abs. 1 StGB setzt die Privilegierung voraus, dass das Tötungsverlangen des Opfers, welches den Täter zur Tat bestimmt, ausdrücklich und ernsthaft ist. Ernstlich ist ein derartiges Verlangen nur, wenn es auf fehlerfreier Willensbildung beruht. Der seinen Tod verlangende Mensch muss dazu die Urteilskraft besitzen, um die Bedeutung und Tragweite seines Entschlusses zu überblicken und abzuwägen. Dem entsprechend ist einem Tötungsverlangen die Anerkennung im Sinne des Privilegierungstatbestands für den Täter zu versagen, wenn das Opfer durch eine Erkrankung in seiner natürlichen Einsichts- und Willensfähigkeit beeinträchtigt war und es deshalb die Tragweite seines Entschlusses, sich töten zu lassen, nicht überblickte. Unbeachtlich ist aber auch ein Tötungsverlangen in depressiver Augenblicksstimmung, zumindest wenn es nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen wird (Anwendung auf eine Äußerung nach einem epileptischen Anfall).

2. Geht der Täter allerdings irrtümlich davon aus, dass der Getötete seine Tötung ernstlich verlangt habe, dann greift § 16 Abs. 2 StGB ein, so dass die Privilegierung gemäß § 216 StGB im Ergebnis ebenfalls zu seinen Gunsten zur Anwendung kommen kann. Dies ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Angeklagte alle Umstände kannte, die zu der Äußerung des Todeswunsches seiner Ehefrau geführt hatten.

### 1138. BGH 1 StR 343/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG Augsburg)

Betrug (besonders schwerer Fall bei der Gewerbsmäßigkeit: Zahlungen an einen beherrschten Verein; Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für eine große Anzahl von Menschen; Spendenbetrug); Strafzumessung (Vorwurf der legitimer Strafverteidigung); Untreue (Vermögensnachteil durch persönlichen Schadenserschlag; Vermögensverlust großen Ausmaßes; zumutbare andere Verwertungsmöglichkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 266 StGB

1. Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Hierfür reicht aus, dass sich der Täter mittelbare Vorteile aus den Tathandlungen verspricht, etwa wenn die Vermögensvorteile an einen von ihm beherrschten Verein fließen; insoweit ist erforderlich, dass der Täter ohne weiteres auf diese Vorteile

zugreifen kann. Eines tatsächlichen Zugriffs bedarf es hierfür allerdings nicht. Maßgeblich und ausreichend ist vielmehr eine dahingehende Absicht.

2. Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (st. Rspr.).

3. Jedenfalls 123 Personen stellen eine große Anzahl von Menschen im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB dar. Auch bei diesem Regelbeispiel kann eine bestehende Absicht bereits die erste Tat zu einem besonders schweren Fall werden lassen.

### 1155. BGH 4 StR 129/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Bochum)

Anforderungen der Meinungsfreiheit an die strafjuristische Bewertung einer NPD-Kundgebung (Deutungsobliegenheiten; Grenzen der Volksverhetzung; Störung des öffentlichen Friedens).

§ 130 StGB; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK

1. Bei der Deutung des objektiven Sinns der Äußerungen des Angeklagten hat das Landgericht die Anforderungen beachtet, die sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ergeben: Dieses Grundrecht gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (BVerfGE 93, 266, 289). Jedermann hat insbesondere in der öffentlichen Auseinandersetzung, zumal im politischen Meinungskampf, das Recht, auch in überspitzter und polemischer Form Kritik zu äußern (BVerfG NJW 1992, 2750). Meinungen genießen den Schutz der Meinungsfreiheit, ohne dass es dabei auf deren Begründetheit, Werthaltigkeit oder Richtigkeit ankäme. Sie verlieren diesen Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert werden. Geschützt sind damit grundsätzlich auch – in den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG – rechtsextremistische Meinungen (vgl. BVerfGK 7, 221, 227; 8, 159, 163; BVerfG EuGRZ 2008, 769, 772; 2011, 88; NJW 2010, 47, 49).

2. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit findet gemäß Art. 5 Abs. 2 GG eine Schranke in den allgemeinen Gesetzen (vgl. näher BVerfGE 7, 198, 208 f.; BVerfGK 13, 1, 4 f.), zu denen auch § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF gehört. Bei der Subsumtion unter diese Strafvorschrift ist Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung, dass der Sinn der Meinungsäußerung zutreffend erfasst wird. Ziel der Deutung ist die Ermittlung des objektiven Sinns einer Äußerung. Maßgeblich ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv hat. Dabei ist stets von

dem Wortlaut der Äußerung auszugehen. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichen Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht, und ihren Begleitumständen bestimmt, soweit diese für den Rezipienten erkennbar sind (vgl. BVerfGE 93, 266, 295; BVerfG NJW 2008, 2907, 2908). Es ist deshalb von Bedeutung, ob sich die Äußerungen an einen in irgendeiner Richtung voreingenommenen Zuhörerkreis richten und ob den Zuhörern die politische Einstellung des Angeklagten bekannt ist.

3. Ist eine Äußerung mehrdeutig, so haben die Gerichte, wollen sie die zur Anwendung sanktionierender Normen führende Deutung ihrer rechtlichen Würdigung zu Grunde legen, andere Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen auszuschließen (vgl. BVerfGE 85, 1, 13 f.; 94, 1, 9; 114, 339, 349). Gründe dieser Art können sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen die Äußerung gefallen ist (vgl. BVerfGE 82, 43, 52). Frühere eigene Kundgebungen kommen nur in Betracht, wenn zu ihnen ein eindeutiger Bezug hergestellt wird (vgl. BVerfG aaO S. 52 f.). Denn mit Art. 5 Abs. 1 GG wäre es nicht vereinbar, wenn Meinungsäußerungen mit dem Risiko verbunden wären, dass der Äußernde wegen einer nachfolgenden Deutung durch die Strafgerichte verurteilt wird, die dem objektiven Sinn seiner Äußerung nicht entspricht. Der Einzelne darf vielmehr in der Freiheit seiner Meinungsäußerung nicht aufgrund von Meinungen eingeengt werden, die er zwar hegen oder bei anderer Gelegenheit geäußert haben mag, im konkreten Fall aber nicht kundgegeben hat (BVerfG aaO S. 53).

4. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen schließen zwar nicht aus, dass die Verurteilung auf ein Auseinanderfallen von sprachlicher Fassung und objektivem Sinn gestützt wird (vgl. BVerfGE 93, 266, 303), wie dies insbesondere auf in der Äußerung verdeckt enthaltene Aussagen zutrifft. Ein solches Verständnis muss aber unvermeidlich über die reine Wortinterpretation hinausgehen und bedarf daher der Heranziehung weiterer, dem Text nicht unmittelbar zu entnehmender Gesichtspunkte und Maßstäbe. Diese müssen mit Art. 5 Abs. 1 GG vereinbar sein (vgl. BVerfGE 43, 130, 139; BVerfG NJW 2008, 2907, 2908). Auf eine im Zusammenspiel der offenen Aussagen verdeckt enthaltene zusätzliche Aussage dürfen die Verurteilung zu einer Sanktion oder vergleichbar einschüchternd wirkende Rechtsfolgen daher nur gestützt werden, wenn sich die verdeckte Aussage dem angesprochenen Publikum als unabweisbare Schlussfolgerung aufdrängt (vgl. BVerfG NJW 2008, 1654, 1655; 2010, 2193). Hierfür müssen die Gerichte die Umstände benennen, aus denen sich ein solches am Wortlaut der Äußerung nicht erkennbares abweichendes Verständnis ergibt (BVerfG NJW 2008, 2907, 2908).

5. Die in Deutschland lebenden Ausländer kommen als hinreichend abgrenzbarer und damit vom Tatbestand der Volksverhetzung geschützter Teil der Bevölkerung in Betracht.

6. Unter Aufstachelung zum Hass ist ein Verhalten zu verstehen, welches auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine emotional gesteigerte, über die

bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung gegen den betreffenden Bevölkerungsteil oder die betreffende Gruppe zu erzeugen oder zu verstärken.

**1124. BGH StB 11/11 – Beschluss vom 16. September 2011 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Verschleppung; Gewalt- und Willkürmaßnahmen; politische Verfolgungsmaßnahmen.  
§ 234a StGB

1. Der Tatbestand der Verschleppung (§ 234a Abs. 1 StGB) setzt voraus, dass der Täter das Opfer mit zumindest bedingtem Vorsatz der Gefahr aussetzt, aus politischen Gründen verfolgt zu werden und hierbei im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen durch Gewalt- und Willkürmaßnahmen die näher bezeichneten Nachteile zu erleiden. Danach müssen dem Opfer Nachteile deshalb drohen, weil die Gefahr besteht, dass es vom fremden Staat aus politischen Gründen mit Maßnahmen überzogen wird, mag der fremde Staat neben politischen auch andere Gründe für eine Verfolgung des Opfers haben.

2. Die Verbringung des Opfers in ein Gebiet außerhalb des Geltungsbereichs des deutschen Strafgesetzbuchs zum Zwecke der Strafverfolgung erfüllt den Tatbestand daher grundsätzlich auch dann nicht, wenn ohne das Vorliegen derartiger politischer Gründe die Gefahr besteht, der fremde Staat werde dabei zu Mitteln greifen, die aus rechtsstaatlicher Sicht zu missbilligen sind und das Opfer an Leib oder Leben gefährden.

3. Politische Verfolgungsmaßnahmen sind solche, die entweder gesetzlich nicht erlaubt sind oder deren Rechtsgrundlage mit rechtsstaatlichen Grundsätzen in Widerspruch steht. Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die unter dem Deckmantel geschehen, kriminelles Unrecht nach Strafgesetzen, wie sie auch in einem Rechtsstaat gelten, sühnen zu wollen, in Wahrheit aber, jedenfalls vornehmlich, auf anderen Gründen beruhen (etwa wegen der Rasse, der Religion, der Weltanschauung, der politischen Überzeugung oder der systemkritischen Haltung des Opfers). Weiter erfasst der Tatbestand Akte, die dem Zweck dienen, den Bestand und die Sicherheit eines totalitären Regimes zu erhalten und seine Entwicklung durch Zwangsmaßnahmen gegen die Einwohner zu fördern, auch wenn sie formell im Rahmen des positiven Rechts vorgenommen werden.

4. Nicht auf politischen Gründen beruht demgegenüber eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen übereinstimmende Ordnungsmaßnahme zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes.

**1125. BGH StB 12/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung.  
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO

1. Die Frage, ob ein Täter, der in der Bundesrepublik Deutschland lebt, sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt, bedarf regelmä-



ßig bereits deshalb besonderer Prüfung, weil er sich nicht im unmittelbaren Betätigungsbereich der Organisation aufhält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Täter nie an einem Ort befunden hat, an dem Vereinigungsstrukturen bestehen, und ihn nur der Kontakt zu einem in Deutschland befindlichen Mitglied mit der Organisation verbindet.

2. Allein die Tätigkeit für eine terroristische Vereinigung im Ausland, mag sie auch besonders intensiv sein, reicht

für eine Mitgliedschaft nicht aus. Ein Außenstehender wird nicht allein durch die Förderung der Vereinigung zu deren Mitglied. Vielmehr setzt die Mitgliedschaft ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die der Vereinigung nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Eine Beteiligung als Mitglied scheidet deshalb aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sind.

## Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 1104. BGH 5 StR 235/11 – Urteil vom 30. August 2011 (LG Neuruppin)

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung; Antrag der Staatsanwaltschaft (Zulässigkeit; Darlegung der formellen Voraussetzungen; begründete Erwartung der Verhängung der Maßregel); hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen.

Art. 5 EMRK; § 7 Abs. 2 JGG; § 275a StPO; § 66 StGB; § 66b StGB

1. Auch im Verfahren über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ist eine Verwerfung des Antrags durch Prozessurteil möglich, denn die Zulässigkeit der Durchführung des Verfahrens ist davon abhängig, dass seine Verfahrensvoraussetzungen vorliegen.

2. Angesichts des Verzichts des Gesetzes auf ein Zwischenverfahren entsprechend §§ 199 ff. StPO hat das Gericht die Verfahrensvoraussetzungen im Sicherungsverfahren zu Beginn der Hauptverhandlung zu prüfen.

3. Die Antragschrift der Staatsanwaltschaft nach § 275a StPO muss jedenfalls eine Begründung enthalten. Diese darf sich nicht in der pauschalen Behauptung erschöpfen, die formellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung lägen vor. Vielmehr muss sie die Entschließung der Staatsanwaltschaft nachvollziehbar machen und die formellen Voraussetzungen der für gegeben erachteten Anordnungsnorm im Einzelnen darlegen. Ferner muss sie die Behauptung enthalten, dass nach vorläufiger Einschätzung der Staatsanwaltschaft die materiellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung im weiteren Verfahren festgestellt werden können.

4. Darüber hinaus kann die Staatsanwaltschaft die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nur dann beantragen, wenn nach Schlüssigkeitsprüfung und vorläufiger Bewertung die begründete Erwartung besteht, dass die Maßregel verhängt werden kann. Diese Vorbewertung unterliegt gleichfalls der tatgerichtlichen Überprüfung.

5. Unter den Aspekten der Rückwirkung und des rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutzes ist die Vorschrift des § 7 Abs. 2 JGG gegenüber § 66b StGB eher noch in stärkerem Maße bedenklich. Die Sicherungsverwahrung kann danach nachträglich nur noch dann angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Verurteilten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG leidet.

#### 1161. BGH 4 StR 434/11 – Beschluss vom 20. September 2011 (LG Frankenthal)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Reichweite der Pflicht zur Hinzuziehung von Sachverständigen; Aufgaben des Sachverständigen).

§ 64 StGB; § 246a StPO; § 72 StPO

1. Nach § 246a Satz 2 StPO ist ein Sachverständiger über den Zustand des Angeklagten und seine Behandlungsaussichten zu vernehmen, wenn das Gericht eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt erwägt. Diese Vorschrift ist § 454 Abs. 2 Satz 1 StPO nachgebildet und trägt nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie der zugleich vorgenommenen Umwandlung von § 64 StGB in eine Soll-Vorschrift Rechnung. Danach ist der Tatrichter auch weiterhin grundsätzlich verpflichtet, einen Sachverständigen anzuhören, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt in Betracht kommt und deshalb eine Anordnung dieser Maßregel konkret zu erwägen ist.

2. Von dieser Verpflichtung ist er allerdings dann befreit, wenn er die Maßregelanordnung nach § 64 StGB allein in Ausübung seines Ermessens nicht treffen will und diese Entscheidung von sachverständigen Feststellungen unabhängig ist. Ob darüber hinaus von einer Begutachtung auch dann abgesehen werden darf, wenn eine grundsätzlich in Betracht kommende Maßregelanordnung nach

§ 64 StGB nicht in Erwägung gezogen wird, weil nach den Umständen des Einzelfalls das Fehlen einer hinreichenden Erfolgsaussicht auf der Hand liegt, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

3. Kann über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine im Raum stehende Maßregelanordnung nach § 64 StGB keine Klarheit gewonnen werden, weil die Erkenntnismöglichkeiten des Tatrichters zur Beurteilung des Zustands des Angeklagten nicht ausreichen, ist die Beiziehung eines Sachverständigen nach § 246a Satz 2 StPO geboten. Dabei gehört es auch zu den Aufgaben des Sachverständigen, durch eine entsprechende Befragung des Angeklagten im Rahmen der Exploration und die Auswertung – gegebenenfalls noch herbeizuschaffenden – Aktenmaterials Defizite des Gerichts bei der Tatsachefeststellung auszugleichen.

**1106. BGH 5 StR 266/11 – Urteil vom 1. September 2011 (LG Cottbus)**

Totschlag in einem minder schweren Fall (Beleidigung; Kränkung; Berücksichtigung der Beziehung der Streitenden).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

1. Den Anforderungen des § 213 Alternative 1 StGB genügen nur solche Provokationen, die bei objektiver Betrachtung, also nicht nur aus der Sicht des Täters, geeignet sind, den Täter die erlittene Kränkung als schwere Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit empfinden zu lassen, und ihn deswegen in eine heftige Gemütsbewegung versetzen.

2. Insofern ist auf Grundlage aller dafür maßgebenden Umstände, namentlich unter Berücksichtigung der gesamten Beziehung der Streitenden, zu beurteilen, ob die Kränkung als schwere Beleidigung zu bewerten ist. Dabei ist auch deren Lebenskreis in den Blick zu nehmen, um so den Stellenwert der Provokation für die Motivationsgenese des Täters objektiv beurteilen zu können.

3. Auch eine für sich gesehen nicht als gravierend einzustufende Kränkung kann als schwer zu beurteilen sein, wenn sie nach einer Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen gebracht“ hat.

4. Die Provokation des Täters durch das Tatopfers muss von diesem bewusst ausgehen.

**1089. BGH 3 StR 186/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Lüneburg)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Spontantat; Kränkung; Kausalität); angemessene Strafe.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Für die Beurteilung eines Totschlags als minder schwerer Fall im Sinne des § 213 StGB ist nicht maßgebend, ob sich die Tat als Spontantat darstellt. Es kommt vielmehr darauf an, ob die in den Schlägen des Geschädigten liegende Kränkung einen noch anhaltenden Zorn des Angeklagten hervorgerufen und diese ihn zu seiner Tat hingeworfen hat.

**1136. BGH 1 StR 317/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Bochum)**

Steuerhinterziehung (Verletzung des Verwertungsverbots des BZRG bei der Rechtsfolgenentscheidung; Tilgungsreife, Beruhen; Verhängung kurzer Freiheitsstrafen).

§ 370 AO; § 51 Abs. 1 BZRG; § 47 StGB; § 337 StPO

Schon die – vorbehaltlos – Erwähnung der früheren Verurteilung in der Hauptverhandlung und in den Urteilsgründen stellt einen unzulässigen Vorhalt und daher einen Verstoß gegen § 51 Abs. 1 BZRG dar. Er kann den Bestand des Rechtsfolgenausspruchs allerdings dann nicht gefährden, wenn auszuschließen wäre, dass sich der Rechtsfehler bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat.

**1088. BGH 3 StR 173/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Mönchengladbach)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (krankhafte geistig-seelische Störung; Störung der Impulskontrolle); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 154 StPO; § 63 StGB; § 64 StGB

1. Ein die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus rechtfertigender Zustand im Sinne des § 63 StGB kann auch vorliegen, wenn der Täter an einer länger dauernden krankhaften geistig-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse eine akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies auch bereits getan haben.

2. Für einen Hang im Sinne des § 64 StGB reicht es aus, wenn der Angeklagte eine ihn treibende oder beherrschende Neigung hat, Alkohol in einem Umfang zu konsumieren, durch welchen Gesundheit, Arbeits- oder Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt werden.

**1099. BGH 3 StR 277/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG Krefeld)**

Einziehung von Betäubungsmitteln; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat; Verhältnismäßigkeit).

§ 33 BtMG; § 64 StGB; § 62 StGB

1. Voraussetzung der Einziehung nach § 33 Abs. 2 Satz 1 BtMG ist, dass die Betäubungsmittel Gegenstand der von der Anklage umschriebenen und vom Gericht festgestellten Tat sind.

2. Für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist. Vielmehr ist ein hinreichender Zusammenhang auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist.

3. Weist der Angeklagte – neben einem Hang im Sinne des § 64 StGB – für die Begehung von Straftaten mitur-

sächliche Persönlichkeitsmängel auf, so steht dies der Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB nur dann entgegen, wenn die Unterbringung ausschließlich der Besserung des Angeklagten dient, also sich nicht gleichzeitig günstig auf die Interessen der öffentlichen Sicherheit im Sinne einer Verminderung der von ihm ausgehenden Gefährlichkeit auswirkt, und wenn bei erfolgreichem Verlauf der Behandlung das Ausmaß seiner Gefährlichkeit nach Frequenz und krimineller Intensität der von ihm zu befürchtenden Straftaten nicht deutlich herabgesetzt wird.

**1141. BGH 1 StR 71/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Deggendorf)**

Verhängung der Sicherungsverwahrung neben der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (ultima ratio).

§ 63 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

Gemäß § 72 Abs. 2 StGB ist die kumulative Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und der Sicherungsverwahrung möglich, weil erstere gegenüber letzterer „kein geringeres, sondern ein anderes Übel“ ist. Die Gefahrenabwehr ist der gemeinsame Zweck beider Maßregeln. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zielt auf Heilung des psychischen Zustandes ab, um diesen Zweck zu erreichen. Ihr kann gegenüber der Sicherungsverwahrung der Vorrang eingeräumt werden, wenn der Hang zu erheblichen Straftaten auf einen psychischen Defekt zurückzuführen ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Sicherungsverwahrung ultima-ratio-Charakter zukommt.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**1117. BGH 5 StR 355/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Berlin)**

Verweis auf eine Abbildung in den Urteilsgründen (Video auf CD-ROM; wirksame Einbeziehung).  
§ 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Ein wirksamer Verweis auf Abbildungen gemäß § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO setzt jedenfalls die Angabe einer Fundstelle in der Akte voraus. Bezüglich eines Videos muss auch der Umfang der Verweisung hinreichend bestimmt sein. Auch hier kann es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, anhand der Beschreibungen des Tatverdächtigen im Urteil die Körpermerkmale eines auf einem Videofilm in Bezug genommenen Mannes nach wertender Betrachtung selbst an parater Stelle des Films aufzufinden.

2. Es bleibt offen, ob es sich bei Videofilmen, die auf einer CD gespeichert sind, um Abbildungen im Sinne dieser Vorschrift handelt.

**1154. BGH 2 StR 652/10 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Koblenz)**

Inbegriffsrüge (Inbegriff der Hauptverhandlung: Protokollierung der Verlesung von Urkunden, Vorhalt); Insolvenzverschleppung; Bankrott (omissio libera in causa; Feststellung der Zahlungsunfähigkeit); Untreue zulasten von GmbH und Personengesellschaften (Kommanditgesellschaft).

§ 266 StGB; § 283 StGB; § 266a StGB; § 261 StPO; § 249 StPO; § 130b Abs. 1 HGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15a Abs. 1 S. 1 InsO

1. Der Eintrag in einem Hauptverhandlungsprotokoll, Bankordner seien „zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und in richterlichen Augenschein“ ge-

nommen worden, ist nicht geeignet, eine förmliche Verlesung der Urkunden zu beweisen (BGHSt 11, 29, 30). Die Inaugenscheinnahme einer Urkunde beinhaltet im Übrigen nur dann eine zureichende Beweiserhebung, wenn es nicht auf ihren Inhalt, sondern auf ihr Vorhandensein oder ihren Zustand ankommt (BGHR StPO § 249 Abs. 1 Kontoauszüge 1).

2. Zwar kann der Inhalt einer Urkunde auch durch ihren Vorhalt an Zeugen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden (vgl. BGHR StPO § 249 Abs. 1 Verlesung, unterbliebene 1). Beweisgrundlage ist dann allerdings nicht der Vorhalt selbst, sondern die bestätigende Erklärung desjenigen, dem der Vorhalt gemacht wurde (BGHSt 11, 159, 160). Der Einführung einer Urkunde mittels Vorhalt sind deshalb Grenzen gesetzt.

3. Insbesondere wenn es sich um längere oder sehr komplexe Ausführungen handelt, besteht die Gefahr, dass die Auskunftsperson den Sinn der schriftlichen Erklärung auf den bloßen inhaltlichen Vorhalt hin nicht richtig oder nur unvollständig erfasst oder sich an den genauen Wortlaut eines Schriftstücks nicht zuverlässig erinnern kann (BGHSt 11, 159, 160; BGH NStZ 1991, 500). So liegt es etwa dann, wenn eine hohe Anzahl von Kontoauszügen und Einzelbuchungen zu verwerten ist. In diesem Fall ist auszuschließen, dass als Zeugen gehörte Bankmitarbeiter und Polizeibeamten das entsprechende Zahlenwerk aus eigener Erinnerung heraus im Einzelnen bestätigen konnten (vgl. BGH NJW 2002, 2480).

4. Im Rahmen des § 266 StGB kommt die Schädigung des Gesamthandvermögens einer Kommanditgesellschaft nur insoweit in Betracht, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt. Für die Frage des Nachteilsintritts ist demnach nicht allein auf die Gesellschaft,

sondern auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter abzustellen (vgl. BGHSt 34, 221, 223). Hierbei schließt ein Einverständnis des Gesellschafters die Annahme eines Vermögensnachteils auch dann aus, wenn er seine Kommanditanteile verpfändet hat.

5. Bei einer Komplementär-GmbH kommt ein Vermögensschaden insbesondere in Form der anteiligen Schädigung der GmbH im Verhältnis ihrer Einlageleistung zur Gesamteinlage in Betracht (vgl. BGH NStZ 1987, 279).

6. Auf die Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB finden die Grundsätze der *omissio libera in causa* Anwendung. Die finanzielle Unmöglichkeit, einen Steuerberater mit der Erstellung von Bilanzen zu beauftragen, kann den Angeklagten nicht entlasten, wenn er trotz sich abzeichnender Liquiditätsprobleme vorhandene Mittel nicht zur Bildung von Rücklagen, sondern zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten verwendet hat.

7. Zur Feststellung einer tatsächlichen oder drohenden Zahlungsunfähigkeit empfiehlt es sich, einen Liquiditätsstatus zu erstellen oder durch einen Sachverständigen erstellen zu lassen, in dem übersichtlich die Barmittel sowie die kurzfristig liquidierbaren Vermögenswerte aller bestehenden oder zu erwartenden Verbindlichkeiten entsprechend ihrer jeweiligen Fälligkeit gegenübergestellt werden (BGH NStZ 2003, 546; NJW 2010, 2894, 2898). Wird die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen vorgenommen, ist zu beachten, dass hierbei nur solche Verbindlichkeiten herangezogen werden können, die zu dem möglichst konkret zu bezeichnenden Bewertungszeitpunkt auch fällig waren (vgl. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO; BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 2).

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 1126. KG 2 Ws 258/11 Vollz/KG 2 Ws 260/11 Vollz – Beschluss vom 22. August 2011 (LG Berlin)

Effektiver Rechtsschutz bei „renitenter Strafvollzugsanstalt“ („Kampfansage an das Landgericht“; Nichtbefolgung richterlicher Beschlüsse durch den Strafvollzug); einstweilige Anordnung; Verfahrensverzögerung durch die Strafvollstreckungskammer; vollzugliche Entscheidung (aktuelle Erkenntnisse; aktueller und zutreffend ermittelter Sachverhalt; Berücksichtigung der Entwicklung des Betroffenen nach Aufhebung und Zurückverweisung); Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde (Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, Fortbildung des Rechts); Vollzugsplanung; Vollzugsplan-Konferenz; Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen für die Vollzugsbehörde (Aufgreifen gerichtlicher Überlegungen; Verbot des Opponierens; kein Zuzwarten bis zur Rechtskraft; Hemmung nur bei unverzüglicher Antragstellung); Eignung für den offenen Vollzug (kein Abstellen auf den Behandlungsbedarf); eigene Entscheidung des Gericht trotz Beurteilungs- oder Ermessensspielraum; Folgenbeseitigung; Vor-nahmeantrag; redaktioneller Hinweis.

§ 109 StVollzG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 StVollzG; § 159 StVollzG; § 10 StVollzG; § 116 StVollzG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 7 Abs. 3 StVollzG; § 115 Abs. 4 Satz 2 StVollzG; § 113 StVollzG

1. Hat die Vollzugsbehörde eine gerichtliche Entscheidung, in der sie zur Neubescheidung unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben des Gerichts verurteilt wurde, nicht oder unter willkürlicher Missachtung der Bindungswirkung umgesetzt, so darf das Gericht statt der Vollzugsbehörde in der Sache entscheiden.

2. Hat die Vollzugsanstalt nach Aufhebung und Zurückverweisung einer vollzuglichen Entscheidung eine neue Entscheidung zu treffen, so muss sie die weitere Entwicklung der Persönlichkeit des Gefangenen berücksichtigen und darf nicht auf dem zwangsläufig mehrere Monate alten Stand der aufgehobenen Entscheidung verharren. Die Vollzugsplanung hat sich jeweils an den zur Verfügung stehenden aktuellen Erkenntnissen zu orientieren (§ 7 Abs. 3 StVollzG). Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Beurteilung, ob ein Gefangener für Vollzugslockerungen oder den offenen Vollzug geeignet ist, aber auch für die Entscheidung über sonstige Behandlungsmaßnahmen. Bei der Ausübung des insoweit eröffneten Ermessens und der Ausfüllung der vorhandenen Beurteilungsspielräume hat die Vollzugsbehörde von zutreffenden und vollständigen tatsächlichen Grundlagen auszugehen.

3. Gleiches gilt, wenn die Entscheidung über die Verlegung und die Erstellung eines neuen Vollzugsplans vom Gericht gemäß § 115 Abs. 4 Satz 2 StVollzG als Maßnahme der Folgenbeseitigung angeordnet worden ist.

4. Die gerichtliche Entscheidung hat auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Vollzugsbehörde ihre letzte Entscheidung getroffen hat, wenn der Behörde ein Beurteilungsspielraum und ein Ermessen zusteht.

5. Zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist eine Rechtsbeschwerde in Strafvollzugssachen zulässig, wenn vermieden werden soll, dass schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung entstehen oder fortbestehen, wobei es auch darauf ankommt, welche Bedeutung die angefochtene Entscheidung für die Rechtsprechung im Ganzen hat.

6. Der der Vollzugsbehörde bei der Entscheidung über Flucht- oder Missbrauchsgefahr eingeräumte Beurteilungsspielraum und ihr Ermessen sind eingeschränkt, wenn zuvor eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist. Diese ist zwar nicht vollstreckbar; die Behörde muss sie aber umsetzen. Dies kann der Gefangene zu gegebener Zeit auch mittels eines Vornahmeantrags nach § 113 StVollzG durchsetzen.

7. In einem neuen Bescheid nach Aufhebung und Zurückverweisung muss die Vollzugsbehörde die gerichtliche Entscheidung nach deren Wortlaut und Sinn beachten, weil sie ihr gegenüber eine Bindungswirkung entfaltet. Die Beachtung dieser Bindung erfordert es, dass sich die gerichtlichen Überlegungen in der neuen Entscheidung wiederfinden und dass die Vollzugsbehörde nicht den Eindruck erweckt, gegen die Bindungswirkung zu opponieren.

8. Die Pflicht der Vollzugsbehörde, gerichtliche Anordnungen zu befolgen, setzt nicht die Rechtskraft voraus. Sie tritt gemäß § 116 Abs. 3 Satz 1 StVollzG ausdrücklich und ohne Einschränkung bereits mit deren Bekanntmachung gegenüber der Vollzugsbehörde ein, sofern das Rechtsmittelgericht keine einstweilige Anordnung gemäß § 116 Abs. 3, 114 Abs. 2 StVollzG erlässt. Sogar ein Antrag auf Aussetzung des Vollzuges hemmt diese Verpflichtung nur dann, wenn der Anstaltsleiter ihn unverzüglich gestellt hat.

9. Personale Defizite eines Strafgefangenen, die während einer früheren Strafaussetzung zur Bewährung zutage getreten sind, betreffen vor allem die Kriminalprognose für ein Verhalten in der Freiheit. Sie vermögen aber nicht ohne weiteres zu erklären, warum dem Gefangenen die für die Eignung für den offenen Vollzug spezifischen Fähigkeiten fehlen sollen, nämlich korrekte Führung unter geringerer Aufsicht, loyale Bereitschaft zu eigenem Bemühen und Einordnungsbereitschaft.

10. Der Behandlungsbedarf eines Gefangenen ist kein gesetzliches Merkmal des § 10 Abs. 1 StVollzG, das der Eignung für den offenen Vollzug entgegensteht oder eine Missbrauchsgefahr begründen könnte.

### 1092. BGH 3 StR 87/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Berlin)

BGHSt; wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung (Vorsatz; vorherige staatliche Reaktion auf die Ersttat; verfassungsrechtliche Schranken der Kriminalisierung: Übermaßverbot; Beharrlichkeit); Meistbegünstigungsprinzip.

Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG; § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG; § 61 AufenthG; § 15 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal der wiederholten Zuwiderhandlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG erfordert weder eine Ahndung des Erstverstößes noch eine sonstige behördliche Reaktion, die geeignet ist, dem Ausländer sein Fehlverhalten vor Augen zu führen. (BGHSt)

2. Eine wiederholte Zuwiderhandlung setzt einen vorsätzlich begangenen Erstverstoß voraus. (Bearbeiter)

3. Dem Übermaßverbot kommt wegen des in Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialemischen Unwerturteils als Maßstab für die verfassungsrechtliche Legitimierung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu (BVerfGE 90, 145, 185; 92, 277, 326). Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Demgemäß obliegt es diesem u.a., die Grenzlinie zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht im Einzelnen zu ziehen; ihm ist mit Blick auf die in diesem Grenzbereich unter Umständen nur graduellen Unterschiede ein nicht unerheblicher Spielraum eigenverantwortlicher Bewertung einzuräumen (BVerfGE 80, 182, 186; 96, 10, 26).

4. Diesen weiten Gestaltungsspielraum überschreitet die Regelung in § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG nicht dadurch, dass sie zur Erfüllung des Vergehenstatbestands eine staatliche Reaktion auf den Erstverstoß nicht verlangt. (Bearbeiter)

5. Ein beharrliches Handeln des Täters setzt voraus, dass das entsprechende Verbot aus Missachtung oder Gleichgültigkeit immer wieder übertreten wird. Erforderlich ist demnach in objektiver Hinsicht stets zumindest ein vorangegangener Verstoß. Hinzukommen muss allerdings als subjektives Element eine besondere Gesinnung. Zu deren Beurteilung ist eine Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen erforderlich. Dabei stehen die einzelnen in Betracht kommenden Elemente nicht isoliert nebeneinander; vielmehr bestehen Wechselwirkungen, die jeweils Rückschlüsse auf das Vorliegen der anderen Kriterien erlauben (vgl. im Einzelnen BGHSt 54, 189, 196, 198). (Bearbeiter)

### 1152. BGH 2 StR 580/10 – Urteil vom 22. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)

BGHR; unerlaubte Ausübung der Heilkunde als potentiell Gefährdungsdelikt (Eignungsdelikt; konkrete Gefahr; Synergetik-Methode; Erlaubnispflicht; Berufsfreiheit).

§ 5 HeilprG; Art. 12 GG

1. Unter die strafbewehrte Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HeilprG fallen nur solche Behandlungen, die gesundheitliche Schäden verursachen können. Bei dem Straftatbestand des § 5 HeilprG handelt es sich um ein potentielles Gefährdungsdelikt, bei dem nur eine generelle Gefährlichkeit der konkreten Tat, nicht aber der Eintritt einer konkreten Gefahr zum Tatbestand gehört. (BGHR)

2. Ausübung der Heilkunde ist jede berufsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen (§ 1 Abs. 2 HeilprG). Wegen der mit dem Erlaubniszwang verbundenen Beschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung dieses Begriffs geboten; danach fallen nur solche Behandlungen unter die Erlaubnispflicht, die gesundheitliche Schäden verursachen können,

wobei nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein nur geringfügiges Gefahrenmoment nicht ausreicht. Mit dieser Auslegung, nach der allein das Gefährdungspotential der in Rede stehenden Tätigkeit geeignet ist, die strafbewehrte Erlaubnispflicht nach dem Heilpraktikergesetz auszulösen, soll deren Gesetzeszweck Rechnung getragen werden, der Bevölkerung einen ausreichenden Schutz gegenüber Gesundheitsgefährdungen durch Unberufene zu geben. (Bearbeiter)

3. Einzelfall der bejahenden Anwendung auf die Psychotherapie in Form der Synergetik. (Bearbeiter)

#### **1142. BGH 1 StR 633/10 – Urteil vom 6. September 2011 (LG Augsburg)**

Rechtsfehlerhafte Verwerfung eines Beweisantrages (Begriff; Beweismittlungsantrag) als bedeutungslos (Fall Schreiber; Steuerhinterziehung bei Doppelbesteuerungsabkommen mit Kanada: Provisionseinnahmen, Rückfallklausel, Bedeutung und Reichweite des Kompensationsverbots bei der Schätzung); Strafverfolgungsverjährung und Bestechung (Anforderungen an ein Einstellungsurteil; Beendigung; Vorteilsannahme nach dem Ausscheiden aus dem Amt); Umfang der Aufhebung der Feststellungen nach Verfahrensfehlern; präsenten Beweismittel (Kopie; Beruhen); Anrechnung ausländischer Untersuchungshaft (Missbrauch).

§ 370 AO; § 78 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; Art. 4 DBA Kanada 1981; § 1 Abs. 1 EStG; § 8 AO; Part I Division A Subsection 2 des Kanadischen Income Tax Act; § 353 StPO; § 245 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 51 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Zwar beginnt die Verjährung der Bestechlichkeit nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spätestens mit dem Ausscheiden des Täters als Beamter, was auch dann gilt, wenn er noch später Vorteile für seine frühere Bestechlichkeit erhält und annimmt (BGHSt 11, 345). Der Senat lässt offen, ob er an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Bestechlichkeit festhält. Sie ist jedenfalls nicht auf den Tatbestand der Bestechung zu übertragen.

2. Sind sich der Amtsträger und der Bestechende über die pflichtwidrige Diensthandlung sowie die hierfür zu erbringende Gegenleistung einig und wird die Unrechtsvereinbarung auch tatsächlich vollständig umgesetzt, so kommt es für die Tatbeendigung auf die jeweils letzte Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung an. Wird die pflichtwidrige Diensthandlung hingegen erst nach der Zuwendung des Vorteils vorgenommen, so führt erst dies zur Beendigung der Tat. Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB; die Bestechlichkeit ist vielmehr bereits dann vollendet, wenn der Amtsträger für eine ausgeübte oder künftige pflichtwidrige Diensthandlung einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Die pflichtwidrige Diensthandlung ist aber dennoch zentraler Bezugspunkt all dieser Tatbestandsvarianten. Wird die pflichtwidrige Diensthandlung erst nach der Zuwendung des Vorteils vorgenommen, so findet der Angriff auf das Schutzgut des § 331 StGB erst darin seinen Abschluss.

3. Bei der Anwendung der Rückfallklausel des DBA Kanada muss zunächst die Vorfrage beantwortet werden, welcher Staat der Ansässigkeitsstaat war. Ein Beweisantrag, der auf den Beleg der Ansässigkeit in Kanada gerichtet ist, ist deshalb nicht bedeutungslos.

4. Erweist sich die Revision hinsichtlich der gesamten Verurteilung als begründet, so sind mit dem Urteil an sich auch die ihm zugrunde liegenden, gemäß § 267 Abs. 1 und Abs. 5 StPO in die Urteilsgründe aufgenommenen Feststellungen insgesamt aufzuheben, um dem Tatrichter, an den die Sache zurückverwiesen wird, Gelegenheit zu einer umfassenden neuen Sachverhaltsfeststellung zu geben. Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Das Revisionsgericht hat insbesondere zu prüfen, ob und inwiefern sich der angenommene Rechtsverstöß überhaupt auf die Sachverhaltsfeststellung ausgewirkt hat. Sodann ist zu untersuchen, in welchem Umfang die betroffenen Feststellungen aus dem Gesamtzusammenhang des festgestellten Sachverhalts herausgelöst werden können, ohne dass damit die anderen Feststellungen, und sei es auch nur durch Wegfall eines Beweisanzeichens, in Zweifel gezogen werden.

5. In den Urteilsgründen eines Einstellungsurteils wegen Verjährung muss grundsätzlich, von der zugelassenen Anklage ausgehend, in revisionsrechtlich nachprüfbarer Weise dargelegt werden, aus welchen Gründen die Durchführung des Strafverfahrens unzulässig ist, d.h. die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Verfahrenshindernisses sind festzustellen und anzugeben. Der Umfang der Darlegung richtet sich nach den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles, insbesondere nach der Eigenart des Verfahrenshindernisses (BGHSt 56, 6 mwN). Gerade bei der Prüfung der Voraussetzungen der Verjährung sind die tatsächlichen Voraussetzungen des behaupteten Verfahrenshindernisses, das zur Einstellung des Verfahrens nach § 260 Abs. 3 StPO führen müsste, hinreichend festzustellen. Hier benötigt ein Einstellungsurteil eine vom Tatrichter festzustellende Sachverhaltsgrundlage. Erst auf dieser Grundlage lässt sich die Verjährungsfrage beurteilen. Daher sind in solchen Fällen eine umfassende Beweisaufnahme und detaillierte Feststellungen zum Tatgeschehen erforderlich, bevor die Verjährungsfrage beurteilt werden kann.

6. Zu schätzen sind nicht die verkürzten Steuern, sondern die je nach Gewinnermittlungsmethode maßgeblichen Besteuerungsgrundlagen. Die Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich als Grundform hat nur Bedeutung für die Frage, nach welcher Methode der Gewinn zu ermitteln ist, wenn der Steuerpflichtige keine (wirksame) Wahl für die eine oder andere Gewinnermittlungsmethode getroffen hat. In einem solchen Fall bleibt es bei der Grundform des § 4 Abs. 1 EStG, also bei der Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich (BFHE 224, 513). Formal wird das Wahlrecht dabei allein durch die Bestandskraft der Steuerfestsetzung bzw. Feststellung begrenzt. In materiell-rechtlicher Hinsicht wird das Wahlrecht auch durch die in § 4 Abs. 3 Satz 1 EStG genannten Voraussetzungen beschränkt.

7. Eine Schätzung muss sich nicht auf nicht geltend gemachte steuermindernde Tatsachen erstrecken, wenn

diese vom Kompensationsverbot (§ 370 Abs. 4 Satz 3 AO) betroffen sind. Nicht vom Kompensationsverbot erfasst werden im Ergebnis aber auch solche Umstände, die als Faktoren im Rahmen der Schätzung selbst berücksichtigt werden müssen. In die Schätzung einbezogen werden müssen jedenfalls solche steuermindernde Faktoren, für die das Kompensationsverbot ohnehin nicht gilt, weil sie mit den verschwiegenen steuererhöhenden Umständen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, so dass die Steuerermäßigung nicht „aus anderen Gründen“ zu erfolgen hat. Die vom Kompensationsverbot erfassten steuermindernden Umstände sind dann aber bei der Strafzumessung zu berücksichtigen; ihr Umfang ist erforderlichenfalls ebenfalls durch Schätzung zu bestimmen. Wiegen die steuermindernden Tatsachen – einschließlich derjenigen, die dem Kompensationsverbot unterfallen – und die verschwiegenen steuererhöhenden Faktoren sich gegenseitig auf, kann dies ein Umstand sein, der für die Frage des Hinterziehungsvorsatzes von Bedeutung sein kann (vgl. BGH NStZ 1991, 89).

### 1139. BGH 1 StR 38/11 – Urteil vom 8. September 2011 (LG Koblenz)

Vorsatz und Irrtum bei der Steuerhinterziehung (Beweiswürdigung; Irrtum über die Umsatzsteuerpflicht; Leichtfertigkeit; Erkundigungspflichten; Ort der Lieferung; Unterlassung).

§ 370 AO; § 15 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 378 AO; § 24 UStG; § 3c UStG

1. Ob ein Tatumstandsirrtum auch dann vorliegt, wenn der Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs allein auf einer Fehlvorstellung über die Reichweite steuerlicher Normen beruht, oder ob dann vielmehr ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) gegeben ist, lässt der Senat offen. Diese Frage stellt sich erst dann, wenn ein rechts-erheblicher Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs festgestellt ist. Ein solcher Irrtum liegt aber dann nicht vor, wenn der Erklärungspflichtige hinsichtlich der Verkürzung eines Steueranspruchs mit Eventualvorsatz handelt.

2. Bei der Klärung der Frage, ob ein solcher Irrtum bestanden hat, ist Folgendes zu beachten:

a) Die bloße Berufung eines Angeklagten auf einen derartigen Irrtum nötigt das Tatgericht nicht, einen solchen Irrtum als gegeben anzunehmen. Es bedarf vielmehr einer Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild des Angeklagten von Bedeutung waren. Auch hier ist es weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten eines Angeklagten Umstände oder Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen – außer der bloßen Behauptung des Angeklagten – keine Anhaltspunkte bestehen.

b) Ein Tatumstandsirrtum scheidet bei Steuerhinterziehung durch Unterlassen im Übrigen dann aus, wenn der Täter es für möglich hält, dass er die Finanzbehörde über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dass durch sein Verhalten Steuern verkürzt werden oder dass er oder ein anderer nicht gerechtfertigte Vorteile erlangt. Weitergehende Einschränkungen der Annahme eines Eventualvorsatzes ergeben sich auch nicht aus der

voluntativen Seite des Vorsatzes. Ob der Täter will, dass ein Steueranspruch besteht, ist für den Hinterziehungsvorsatz bedeutungslos. Hält er die Existenz eines Steueranspruchs für möglich und lässt er die Finanzbehörden über die Besteuerungsgrundlagen gleichwohl in Unkenntnis, findet er sich also mit der Möglichkeit der Steuerverkürzung ab, handelt er mit bedingtem Tatvorsatz.

c) Ob ein Angeklagter das Bestehen eines Steueranspruchs für möglich gehalten hat, muss vom Tatgericht im Rahmen der Beweiswürdigung geklärt werden. Dabei hat das Gericht bei Kaufleuten deren Umgang mit den in ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in die Würdigung einzubeziehen. Informiert sich ein Kaufmann über die in seinem Gewerbe bestehenden steuerrechtlichen Pflichten nicht, kann dies auf seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflichten hindeuten. Dasselbe gilt, wenn es ein Steuerpflichtiger unterlässt, in Zweifelsfällen Rechtsrat einzuholen. Auch in Fällen, in denen ein nicht steuerlich sachkundiger Steuerpflichtiger eine von ihm für möglich gehaltene Steuerpflicht dadurch vermeiden will, dass er von der üblichen Geschäftsabwicklung abweichende Vertragskonstruktionen oder Geschäftsabläufe wählt, kann es für die Inkaufnahme einer Steuerverkürzung sprechen, wenn er keinen zuverlässigen Rechtsrat einholt, sondern allein von seinem laienhaften Rechtsverständnis ausgeht. Dies gilt nicht nur bei rechtlich schwierigen oder ungewöhnlichen Inlandsgeschäften, sondern gerade auch bei grenzüberschreitenden Lieferungen oder Leistungen.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will. Für eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bedarf es aber keiner Absicht oder eines direkten Hinterziehungsvorsatzes; es genügt, dass der Täter die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestands für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (Eventualvorsatz). Der Hinterziehungsvorsatz setzt deshalb weder dem Grunde noch der Höhe nach eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs voraus (vgl. BGH HFR 2010, 866).

4. War das Gesamtsystem eines Geschäftsbetriebes schon vor der erstmaligen Konfrontation mit dem Vorwurf der Steuerhinterziehung auf Täuschung angelegt, dann kann auch die darin einbegriffene Ausstellung von Rechnungen mit gegenüber dem deutschen Steuersatz zum Teil deutlich niedrigeren ausländischen Umsatzsteuersätzen in der Beweiswürdigung kein Indiz für eine beabsichtigte Steuerehrlichkeit des Angeklagten sein.

5. Zwar können und müssen die Gründe auch eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweiserheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalles ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweismomente erübrigt. Insbesondere dann, wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es jedoch in seine

Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich möglicherweise gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten.

6. Ein Teilfreispruch vom Vorwurf der Steuerhinterziehung scheidet aus, wenn eine nahe liegende Ordnungswidrigkeit nach § 378 AO nicht geprüft wird.

7. Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm aufdrängen musste, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird. Jeder Steuerpflichtige muss sich über diejenigen steuerlichen Pflichten unterrichten, die ihn im Rahmen seines Lebenskreises treffen. Dies gilt in besonderem Maße in Bezug auf solche steuerrechtlichen Pflichten, die aus der Ausübung eines Gewerbes oder einer freiberuflichen Tätigkeit erwachsen. Bei einem Kaufmann sind deshalb jedenfalls bei Rechtsgeschäften, die zu seiner kaufmännischen Tätigkeit gehören, höhere Anforderungen an die Erkundigungspflichten zu stellen als bei anderen Steuerpflichtigen. In Zweifelsfällen hat er von sachkundiger Seite Rat einzuholen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er die erkannte Steuerpflichtigkeit eines Geschäfts durch eine modifizierte Gestaltung des Geschäfts zu vermeiden sucht. Zudem ist es Steuerpflichtigen regelmäßig möglich und zumutbar, offene Rechtsfragen nach Aufdeckung des vollständigen und wahren Sachverhalts im Besteuerungsverfahren zu klären.

#### **1140. BGH 1 StR 399/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Landshut)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff: unionsrechtskonforme Auslegung, Scheinverträge, Niederlassungsfreiheit; beschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit); Vorabentscheidungsverfahren.

§ 266a StGB; § 14 StGB; Art. 267 AEUV; Art. 288 AEUV; Art. 49 AEUV; Art. 45 AEUV

1. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich, nicht eine zur Verschleierung gewählte Rechtsform. Dementsprechend können die Vertragsparteien die sich aus einem Arbeitsverhältnis ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen.

2. Dieser Rechtsprechung stehen auch keine Rechtsakte der Europäischen Union (Art. 288 AEUV) entgegen, insbesondere ist die in Art. 49 AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit nicht berührt, wenn Arbeitsverhältnisse vorliegen.

3. Die hierfür vorzunehmende Abgrenzung erfolgt insoweit (auch) nach der Rechtsprechung des EuGH anhand objektiver Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen

Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

4. Ein Vorabentscheidungsverfahren nach Maßgabe des Art. 267 AEUV ist an den EuGH nur zu richten, wenn über die Auslegung der Verträge der Europäischen Union oder der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union zu entscheiden ist, wobei grundsätzlich sämtliche Rechtssätze des Unionsrechts Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens sein können. Sind demgegenüber die im konkreten Fall maßgeblichen Rechtssätze des Unionsrechts durch den EuGH eindeutig und zweifelsfrei ausgelegt und beschränkt sich die Anwendung des ausgelegten Rechts auf den konkret zur Entscheidung stehenden Einzelfall, ist diese Rechtsanwendung ebenso wie die Feststellung und tatsächliche Bewertung der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Tatsachen allein Aufgabe der innerstaatlichen Gerichte.

#### **1153. BGH 2 StR 600/10 – Urteil vom 7. September 2011 (LG Bonn)**

Untreue durch Unterlassen (Anforderungen an den Nachteil; bloße Wiedergutmachung; Verbot hypothetischer Betrachtungen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation nach unwirksamer Zustellung; mangelnde Unterschrift des Protokollführers; eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht im Wege der Analogie).

§ 266 StGB; § 13 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 271 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

1. Für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es auch bei der Untreue auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an, über das in wertender Würdigung zu entscheiden ist (BGHSt 6, 46, 59; NStZ 1999, 607). Insoweit kann sich die Erstellung falscher Abrechnungen bei wertender Betrachtung als bloße Vorbereitung gegenüber der den eigentlichen Schaden herbeiführenden und maßgeblichen Nichtabführung zu zahlender Prämien darstellen.

2. Ein Nachteil i.S.v. § 266 StGB liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, BGHSt 15, 342, 343 f.; 47, 295, 301 f.; BGH NStZ 2004, 205, 206; 2010, 330, 331). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Tat handlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach dieser Handlung.

3. Behält der Vermögensbetreuungspflichtige Prämien pflichtwidrig zurück, ohne die zurückgehaltenen Summen für angemeldete Ansprüche gegen den Treugeber tatsächlich verwenden zu wollen, liegt zu den vorgeschriebenen Abrechnungszeitpunkten bereits ein endgültiger Schaden vor. Die spätere Zahlung der zunächst nur vorgeschobenen Ansprüche ändert hieran nichts. Das Erlangen von durch spätere Geschäfte erzielten „Vermögensvorteilen“ (hier: Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber den Versicherten) durch die Treugeberin kann den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern nur eine bloße Schadenswiedergutmachung darstellen (vgl. BGHSt 55, 266, 284).



4. Der hypothetische Umstand, dass jedenfalls ein Teil der zum Schein angemeldeten und noch nicht regulierten Ansprüche gegen den Treugeber tatsächlich hätte angemeldet und einbehalten werden dürfen, bleibt bei der Berechnung des Nachteils unberücksichtigt. Eine Kompensation durch Zugrundelegung hypothetischer Sachverhalte findet bei der Schadensberechnung nicht statt (für den Bereich des Sozialversicherungsrechts BGH NStZ 1995, 85, 86; NStZ 2003, 313, 315).

5. Eine Urteilszustellung ist unwirksam, wenn das Hauptverhandlungsprotokoll von dem Protokollführer nicht unterschrieben und das Protokoll daher nicht fertig gestellt war (BGHSt 27, 80, 81). Fertig gestellt i.S.v. § 271 Abs. 1 Satz 2 StPO ist das Protokoll erst mit der letzten Unterschrift der Urkundsperson (BGHSt 23, 115, 117).

6. Über die angemessene Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, die nach der Urteilsverkündung eingetreten ist, kann das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO selbst entscheiden (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 208, 209).

**1094. BGH 3 StR 228/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Düsseldorf)**

Betrug (Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen); Untreue zum Nachteil einer GmbH (tatbestandsausschließendes Einverständnis; Missbräuchlichkeit; Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft); Abgrenzung zwischen Insolvenzdelikten und

Untreue (Interessentheorie; Geschäftskreis des Vertretenen).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB; § 14 Abs. 3 StGB

1. Da die Pflichtwidrigkeit des Handelns Merkmal des Untreuetatbestands ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens die Tatbestandsmäßigkeit aus (BGHSt 50, 331, 342; 54, 52, 57; 55, 266, 278). Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Gesamtheit ihrer Gesellschafter.

2. Aus dem Einverständnis der Gesellschafter folgt indes nicht in jedem Fall der Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit. Zwar können der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Zustimmung ihrer Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil sie gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. Ein Einverständnis der Gesellschafter ist allerdings unwirksam und die Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität (BGHSt 49, 147, 157 ff.; BGH NJW 2009, 2225, 2227; BGHSt 54, 52, 57 ff.).

Aufsätze und Anmerkungen

## Europarechtliche Verweisungen in Blankettstrafgesetzen und ihre Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot

Anmerkung zu BGH 5 StR 543/10 – 17. März 2011 (LG Hamburg) = HRRS 2011 Nr. 572

Von Prof. Dr. Helmut Satzger und Wiss. Mitarbeiter RRef. Georg Langheld, München

I. Der BGH hat in seinem Beschluss 5 StR 543/10 zur Strafbarkeit aufgrund sog. Blankettstrafnormen Stellung bezogen. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte das Landgericht Hamburg den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Essigsäureanhydrid verurteilt,

das nach §§ 3, 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG (§§ 3, 29 Abs. 1 Nr. 1 GÜG aF) unter Strafe steht.

**§ 3 GÜG:** Es ist verboten, einen Grundstoff, der zur unerlaubten Herstellung von Betäu-

bungsmitteln verwendet werden soll, zu besitzen, herzustellen, mit ihm Handel zu treiben, ....

**§ 19 (1) GÜG:** Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 3 einen Grundstoff besitzt, herstellt, mit ihm Handel treibt, ihn, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, durch den oder im Geltungsbereich dieses Gesetzes befördert, veräußert, abgibt oder in sonstiger Weise einem anderen die Möglichkeit eröffnet, die tatsächliche Verfügung über ihn zu erlangen, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft, ...

Dabei handelt es sich – genau betrachtet – um eine sog. Blankettstrafnorm<sup>1</sup>, weil sich die Strafbarkeit des Handel-treibens letztlich nicht in Gänze unmittelbar aus dem nationalen Recht ergibt, sondern die zentrale Frage, welche „Grundstoffe“ von dem strafbewehrten Verbot des § 3 GÜG erfasst werden, erst durch einen Verweis des § 1 GÜG auf Art. 2 lit. a iVm Anhang I der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Februar 2004 (VO (EG) Nr. 273/2004) beantwortet wird.

**§ 1 GÜG:** Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Grundstoff: ein erfasster Stoff im Sinne des Artikels 2 Buchstabe a in Verbindung mit Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 273/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 betreffend Drogenausgangsstoffe (Abl. EU Nr. L 47 S. 1) in ihrer jeweils geltenden Fassung ...;

Der deutsche Strafgesetzgeber hat es so letztlich dem europäischen Gesetzgeber überlassen, die Stoffe zu bestimmen, auf die sich das deutsche strafrechtliche Verbot bezieht.

Diese Verweisungstechnik erfreut sich gerade in europarechtlich harmonisierten Rechtsgebieten einer großen Beliebtheit, weil sie teilweise die einzige Möglichkeit darstellt, ein europarechtliches Ge- oder Verbot mit Strafe zu bewehren. Die Schaffung eines supranationalen Straftatbestands des Unionsrechts scheidet auch nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags aus, weil die Union – von bereichsspezifischen Ausnahmen abgesehen – auch weiterhin nicht strafrechtssetzend tätig werden darf.<sup>2</sup> Gleichzeitig ist die Schaffung eines rein nationalen Straftatbestands nicht möglich, weil hierzu die in der unionsrechtlichen Verordnung enthaltenen und damit unmittelbar wirkenden Voraussetzungen der Strafbarkeit im nationalen Recht wiederholt werden müssten. Dies ist

aber nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen, weil dadurch die unmittelbare Wirkung der Verordnung und somit ihre einheitliche Geltung und einheitliche Auslegung (letztendlich determiniert durch den EuGH) verschleiert würden.<sup>3</sup> Unmittelbar wirkende Regelungen in Verordnungen lassen sich daher nach geltendem Recht regelmäßig nur mittels einer nationalen Blankettstrafnorm unter Strafe stellen, die auf jene verweist und sie somit – insoweit – zu einem Teil der nationalen Rechtsnorm macht.<sup>4</sup>

II. 1. Diese Vorgehensweise ist mit Blick auf das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot aber nicht unproblematisch. Nach der Rechtsprechung des BVerfG enthält der Bestimmtheitsgrundsatz über die Verpflichtung des formellen Gesetzgebers, die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst festzulegen, hinaus auch eine freiheitsgewährleistende Komponente: Danach soll der Bürger vorhersehen können, worauf sich ein Verbot bezieht und wie weit es reicht; er soll sein Verhalten darauf einrichten können, um strafbares Handeln zu vermeiden.<sup>5</sup> Nun mögen sowohl die Blankettstrafnorm wie auch die mittels Verweisung einbezogene unionsrechtliche Norm<sup>6</sup> für sich diesen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Durch die Verweisungstechnik an sich kann jedoch eine zusätzliche Unsicherheit mit Blick auf den wahren Inhalt der Blankettstrafnorm entstehen, wenn nicht hinreichend deutlich wird, worauf sich die Verweisung bezieht.<sup>7</sup> Es muss daher auch der aus Blankettstrafnorm und Verweisungsobjekt zusammengesetzte „Gesamtwertungsakt“ den Bestimmtheitsanforderungen gerecht werden.<sup>8</sup> Dabei ist zwischen sog. statischen und dynamischen Verweisungen zu unterscheiden.

- Die *statische Verweisung* bezieht sich auf ein Verweisungsobjekt – hier auf einen Rechtsakt des Unionsrechts – in einer konkreten Fassung. Der nationale Gesetzgeber muss im Falle von Änderungen des Verweisungsobjekts in jedem Fall auch die nationale Blankettstrafnorm ändern und an das neue – modifizierte – Verweisungsobjekt anpassen.
- Wegen dieser umständlichen Vorgehensweise verwendet der deutsche Strafgesetzgeber oft von Haus aus Verweise auf die jeweils gültige Fas-

<sup>3</sup> EuGH, Rs. 34/73 (Variola), Slg. 1973, 981 (Rn. 9 ff); EuGH, Rs. 50/76 (Amsterdam Bulb), Slg. 1977, 137 (Leit-satz 2).

<sup>4</sup> Die Verordnung wird nur formal in den nationalen Straftatbestand einbezogen. Materiell-rechtlich bleibt sie Teil des Europarechts mit den entsprechenden Konsequenzen für ihre Auslegung, s. hierzu näher Satzger (Fn. 2), § 9 Rn. 61 ff.

<sup>5</sup> Ständige Rspr des BVerfG, s. nur BVerfGE 25, 285; 75, 340 f.

<sup>6</sup> Die Vielzahl der verbindlichen Sprachfassungen europäischer Rechtsakte hat auch Auswirkungen auf das Bestimmtheitsgebot, s. hierzu unten unter IV.

<sup>7</sup> BVerfGE 48, 48, 55; BVerfG wistra 2010, 396, 402 (Rn 55) = HRRS 2011 Nr. 120.

<sup>8</sup> Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 249; ders. (Fn. 2), § 9 Rn. 65; ders. (Fn. 1), § 1 Rn. 54; zust. Am-bos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2011), § 11 Rn. 30.

<sup>1</sup> Zum Begriff des Blankettstrafgesetzes s. nur Schmidt/Aßmann in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 62. Erg.Lieferung (2011), Art. 103 II GG, Rn. 199; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (2009), § 1 Rn. 53.

<sup>2</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), § 8 Rn. 18 ff.

sung (*dynamische Verweisung*).<sup>9</sup> Damit spart sich der Gesetzgeber die gegebenenfalls nötige Aktualisierung der Blankettstrafnorm und überlasst es dem Normunterworfenen, die jeweils aktuelle Fassung, die in das nationale Blankettstrafgesetz inkorporiert ist, selbst zu ermitteln.<sup>10</sup>

2. Ob eine statische oder eine dynamische Verweisung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>11</sup> Bei § 29 Abs. 1 Nr. 1 GÜG aF handelte es sich zunächst um eine *dynamische* Verweisung, weil die in § 1 Nr. 1 GÜG enthaltene Definition des „Grundstoffs“ durch die jeweils geltende Fassung der bezeichneten Verordnung bestimmt wurde. Mit der Rechtsänderung im März 2008 hat der Gesetzgeber den neuen § 19 Abs. 5 GÜG eingefügt, um für die strafrechtliche Beurteilung der Verordnung die dynamischen Verweisungen durch statische zu ersetzen und damit die Rechtsfindung zu erleichtern.<sup>12</sup> § 19 Abs. 5 GÜG lautet:

(5) Soweit auf die Verordnung (EG) Nr. 273/2004 oder die Verordnung (EG) Nr. 111/2005 Bezug genommen wird, ist jeweils die am 18. August 2005 geltende Fassung maßgeblich.

a) Obwohl das Ansinnen des Gesetzgebers, die Rechtsfindung für den Bürger zu erleichtern, zu begrüßen ist, wird der Inhalt der Strafvorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG durch § 19 Abs. 5 GÜG nicht klarer. Insoweit trägt § 19 Abs. 5 GÜG – im Gegenteil – zur Verkomplizierung bei. Er ist nur vermeintlich klar gefasst, weil in § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG überhaupt keine europarechtlichen Verweisungen enthalten sind. § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG verweist nur auf die strafrechtliche Primärnorm des § 3 GÜG, die wiederum auch keinen Hinweis auf die Verordnung 273/2004/EG enthält. Erst durch Hinzuziehen der allgemeinen Begriffsbestimmungen, die in § 1 GÜG enthalten sind, werden verschiedene Begriffe dieses Verbots – so beispielsweise „Grundstoff“ in Nr. 1 – unter Bezugnahme auf diese Verordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung definiert.<sup>13</sup>

b) Es ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln, ob § 19 Abs. 5 GÜG auch hinsichtlich § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG (bzw. der dadurch einbezogenen weiteren Normen des GÜG) statische Verweisungen anordnet. Der Wortlaut des § 19 GÜG deutet darauf nicht hin. Gegen ein solches Verständnis spricht nämlich die Unterscheidung zwischen einem nationalen Verbot und weiteren europa-

rechtlichen Verboten, die § 19 Abs. 1 GÜG selbst zu Grunde liegt. Der gesamte § 19 Abs. 1 GÜG lautet:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ...

1. entgegen § 3 einen Grundstoff besitzt, herstellt, mit ihm Handel treibt, ihn, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, durch den oder im Geltungsbereich dieses Gesetzes befördert, veräußert, abgibt oder in sonstiger Weise einem anderen die Möglichkeit eröffnet, die tatsächliche Verfügung über ihn zu erlangen, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft,

2. entgegen Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 273/2004 einen in Kategorie 1 des Anhangs I dieser Verordnung bezeichneten Grundstoff ohne Erlaubnis besitzt oder in den Verkehr bringt,

3. entgegen Artikel 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 einen in Kategorie 1 des Anhangs dieser Verordnung bezeichneten Grundstoff ohne Erlaubnis einführt, ausführt oder ein Vermittlungsgeschäft mit ihm betreibt,

4. entgegen Artikel 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 einen in Kategorie 1, 2 oder 3 des Anhangs dieser Verordnung bezeichneten Grundstoff ohne Ausfuhrgenehmigung ausführt oder

5. entgegen Artikel 20 der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 einen in Kategorie 1 des Anhangs dieser Verordnung bezeichneten Grundstoff ohne Einfuhrgenehmigung einführt.

Die einzelnen Nummern dieses Absatzes lassen sich danach inhaltlich voneinander abgrenzen: Während die Nrn. 2 bis 5 ausdrücklich Verstöße gegen die in den dort bezeichneten *Verordnungen* enthaltenen Erlaubnis- (Nr. 2 und 3) bzw. Genehmigungspflichten (Nrn. 4 und 5) sanktionieren, stellt Nr. 1 einen Verstoß gegen *nationales Recht* (§ 3 GÜG) unter Strafe.<sup>14</sup> Der Wortlaut des § 19 Abs. 5 GÜG legt es angesichts der in Abs. 1 getroffenen inhaltlichen Unterscheidung nahe, den Anwendungsbereich auf die Nrn. 2 bis 5 zu begrenzen. Auch die *systematische Stellung* des § 19 Abs. 5 GÜG spricht hierfür, weil eine entsprechende Klarstellung im Rahmen der Begriffsbestimmungen des § 1 GÜG fehlt. Wenn damit eine

<sup>9</sup> Zu den verschiedenen Verweisungstypen s. Satzger, in: Sieber/Satzger/Brüner/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht (2011), § 9 Rn. 24 ff.

<sup>10</sup> Satzger (Fn. 2), § 9 Rn. 68.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Köln NJW 1988, 657, 658; Krey EWR 1981, 152; Satzger, Europäisierung (Fn. 8), S. 216 sowie ders. (Fn. 9), § 9 Rn. 22.

<sup>12</sup> So die Begründung des Regierungsentwurfs, vgl. BT-Drs. 16/7414, S. 21.

<sup>13</sup> Die Tathandlungen „einführen“ und „ausführen“, die in Nr. 1 angeführt werden, enthalten allerdings – anders als die entsprechenden Tathandlungen in Nr. 3-5 – keine Bezugnahme auf die europarechtliche Definitionen von „Einfuhr“ und „Ausfuhr“, wie sie sich in der Verordnung (EG) Nr. 111/2005 finden.

<sup>14</sup> Diese Unterscheidung war dem Gesetzgeber bewusst, vgl. BT-Drs. 16/7414, S. 21. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG selbst auch einen europarechtlichen Hintergrund hat. Er dient der Umsetzung von Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a, iv sowie Buchstabe c, ii und iv de Suchtstoffübereinkommens von 1988 sowie Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe d des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (s. hierzu auch BT-Drs. 16/7414, S. 13).

allgemeine Regelung für sämtliche strafrechtliche Verweisungen auf Unionsrecht innerhalb des GÜG hätte getroffen werden sollen, so ist für den Rechtsanwender nicht ersichtlich, warum die Regelung des § 19 Abs. 5 GÜG nicht etwa als § 19a eingefügt wurde. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, für die Strafvorschriften dynamische Verweisungen durch die Einführung des § 19 Abs. 5 GÜG zu vermeiden und durch statische zu ersetzen, spricht zwar für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 5 GÜG auch auf § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG. Dieser Zweck allein ist jedoch nicht geeignet, die durch unpräzise Gesetzesformulierung entstandene Auslegungsbedürftigkeit eindeutig in eine andere Richtung zu lenken. Schließlich ist auch der *historische Wille* des Gesetzgebers nicht so eindeutig artikuliert, dass von § 19 Abs. 5 GÜG auch zwingend § 19 Abs. 1 Nr. 1 erfasst sein müsste. In der Gesetzesbegründung heißt es zwar, dass durch Absatz 5 dynamische („gleitende“) Verweisungen vermieden würden. Diese Formulierung bringt selbst aber keine weitere Erkenntnis, weil sie sich nur auf die Strafvorschriften bezieht, „soweit sie auf die EG-Verordnungen Bezug nehmen“.<sup>15</sup> Damit können aber eben so gut nur die Nrn. 2 bis 5 des Absatzes 1 gemeint sein. Aus diesen Gründen ist § 19 Abs. 5 GÜG dahingehend auszulegen, dass nur die im systematischen Zusammenhang stehenden Verweisungen auf Verordnungen in § 19 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 GÜG statisch sein sollen.

c) Für eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 5 GÜG besteht kein Raum. In Analogie zu § 19 Abs. 5 GÜG würde danach auch für die in § 1 GÜG enthaltenen Verweisungen die Fassung vom 18.08.2005 gelten. Dies verstößt nicht zwingend gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Verbot strafbegründender oder strafschärfender Analogie<sup>16</sup>, weil der Rückgriff auf eine bestimmte Fassung auch für den Täter günstig sein kann. Allerdings wirft die Diskussion um eine Analogie ein bezeichnendes Licht auf die Bestimmtheit der strafrechtlichen Gesamtregelung.

d) § 19 Abs. 5 GÜG bezieht sich damit nicht auf § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG, der damit – auch nach der gesetzlichen Neufassung – eine dynamische Verweisung enthält.

III. Bei der Beurteilung der Verfassungskonformität solcher Verweisklauseln hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots ist zwischen statischen und dynamischen Verweisungen zu unterscheiden.

1. Eine statische Verweisung ist – mit dem BGH – zu Recht als mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar anzusehen. Bei statischen Verweisungen innerhalb des nationalen Rechts geht auch die überwiegende Auffassung von einer Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot aus.<sup>17</sup> Für statische Verweisungen auf unionsrechtliche Vorschriften kann letztlich nichts grundlegend anderes gelten. Zwar liegt ein gewisser Unterschied darin, dass bei einer Verweisung auf EU-Rechtsakte zwischen zwei autonomen Rechtsordnungen verwiesen wird (dazu s. noch unten). Gleichwohl ist es Unionsbürgern nicht

unzumutbar, dass sie sich in gleicher Weise Kenntnis von europäischen Rechtsvorschriften wie von nationalen verschaffen. Die Rechtsfindung durch den Unionsbürger wird deshalb dann nicht wesentlich erschwert, wenn das einbezogene Verweisungsobjekt und die maßgebliche Fassung – etwa durch Angabe der Fundstelle im Amtsblatt – durch die Blankettstrafnorm bestimmt werden.

2. a) Dynamische Verweisungen auf Rechtsnormen des Unionsrechts sind dagegen grundsätzlich als unzulässig zu betrachten. Schon bei dynamischen Verweisungen innerhalb der nationalen Rechtsordnung ist ein sehr strenger Maßstab an die Bestimmtheit anzulegen,<sup>18</sup> weil sich die jeweils maßgebliche Fassung aus dem Wortlaut der Blankettstrafnorm nicht entnehmen lässt und die Verwendung dynamischer Verweisungen deshalb dem Normunterworfenen die Ermittlung des Verweisungsobjekts aufbürdet. Eine Angabe der genauen Fundstelle ist bei dynamischen Verweisungen naturgemäß nicht möglich.

Entgegen der Auffassung des BVerfG<sup>19</sup> sind bei dynamischen Verweisungen auf das Unionsrecht nicht dieselben, sondern gegenüber rein innerstaatlichen dynamischen Verweisungen erhöhte Anforderungen zu stellen. Die weitaus komplexere europäische Rechtsordnung birgt mit ihrer Vielzahl von Änderungsvorschriften und teilweise nicht zugänglichen konsolidierten Fassungen noch viel größere Rechtsfindungsschwierigkeiten. Gerade wenn dann noch die inkorporierten europäischen Normen weitere Verweisungen auf andere Rechtsakte enthalten, ist die Grenze der noch zumutbaren Rechtsfindung durch den verständigen Bürger überschritten und eine dynamische Verweisung verfassungswidrig.<sup>20</sup>

b) Der BGH hat zu dieser verfassungsrechtlichen Problematik dynamischer Verweisungen in seinem Beschluss nicht Stellung bezogen und die Frage offen gelassen, ob die bis zur Rechtsänderung in §§ 3, 29 Abs. 1 Nr. 1 GÜG enthaltene dynamische Verweisung den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genüge, weil die in Bezug genommene Verordnung während des angeklagten Zeitraums des Handelns keinerlei Änderungen unterworfen war. Die dynamische Verweisung des Blankettstrafgesetzes habe sich deshalb – bei rein faktischer Betrachtung – wie eine statische Verweisung ausgewirkt. Wenn der Angeklagte die einbezogene Verordnung vor Beginn des Handelns zu Rate gezogen hätte, so hätte er damit die Strafbarkeit seines Handelns für den gesamten Zeitraum des Handelns erfasst.

c) Durch seinen Hinweis auf die im konkreten Fall bestehende Kontinuität des Verweisungsobjekts entledigt sich der BGH dieses Problems allerdings nur vordergrün-

<sup>15</sup> BT-Drs. 16/7414, S. 21.

<sup>16</sup> Hierzu Schmidt-Aßmann (Fn. 1), Art. 103 II GG, Rn. 225 ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 26, 338, 367; Böse, Strafen und Sanktionen (1996), S. 438; Krey EWR 1981, 143.

<sup>18</sup> S. hierzu Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 8), S. 253 ff.; MK-Schmitz, Band 1, 1. Aufl. (2003), § 1 StGB Rn. 51.

<sup>19</sup> BVerfGE 29, 198, 209 f. (Rn. 27).

<sup>20</sup> Vgl. Ambos (Fn. 8), § 11 Rn. 30; im Ergebnis so auch OLG Koblenz NSZ 1989, 1988 f.; ähnlich mit Blick auf das AWG BVerfG NJW 2004, 2218; zum Zollstrafrecht Bender wistra 2006, 41; s. auch Dannecker Jura 2006, 101; zurückhaltender Böse (Fn. 17), S. 439; Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? (1998), S. 154; aA Streinz WiVerw 1993, 33.

dig. Denn damit hält der BGH es implizit für zumutbar, dass sich der verständige Bürger mit Hilfe des dynamischen Verweises zumindest eine Fassung des Verweisungsobjekts beschafft und sein Verhalten danach einrichtet. Genau hier liegt aber u.E. der Fehler: Im Gegensatz zur statischen Verweisung kann der verständige Bürger nicht durch Angabe einer genauen Fundstelle derart geleitet werden, dass er sich das maßgebliche Verweisungsobjekt selbst beschafft. Und selbst wenn es ihm durch selbständige Recherche gelänge, den Anforderungen des BGH entsprechend von einer Fassung des Verweisungsobjekts Kenntnis zu nehmen, oder wenn er durch Angabe der Fundstelle zur ursprünglichen Fassung geleitet würde, bliebe er dennoch mit der Unsicherheit über deren Maßgeblichkeit belastet. Er müsste in weiteren Schritten ermitteln, ob diese Version nicht zwischenzeitlich geändert worden ist. Genau hier liegt aber das Problem mit dem Bestimmtheitsgebot: Dieses fordert, dass der verständige Bürger das ihm auferlegte Ge- oder Verbot auch tatsächlich voraussehen und nicht bloß vermuten kann.<sup>21</sup> Aus diesem Grund sind dynamische Verweisungen auf EU-Verordnungen grundsätzlich unzulässig. Allenfalls im Bereich des sog. „Expertenstrafrechts“, in dessen Rahmen höhere Anforderungen an die Kenntnisse der betroffenen Experten gestellt werden können, wird man ausnahmsweise eine solche dynamische Verweisung als verfassungsgemäß einordnen können.<sup>22</sup> Hier liegt jedoch kein Fall des „Expertenstrafrechts“ vor, weil sich § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG an jedermann und eben nicht nur an eine bestimmte Expertengruppe richtet.

An dieser strukturell bedingten Unsicherheit ändert sich auch daran nichts, dass im konkreten Fall die Fundstelle der ursprünglichen Fassung in § 1 GÜG angegeben war und dass das Verweisungsobjekt zum Tatzeitpunkt noch in seiner ursprünglichen Fassung galt. Im vorliegenden Fall hätte er damit nur zufällig die richtige Fassung „getroffen“.

IV. Abgesehen von der Problematik der Verweisungstechnik sind Verweisungen auf Unionsrecht auch inhaltlich mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot zweifelhaft. Denn im Unterschied zu Verweisungen innerhalb des nationalen Rechts ergeben sich Unsicherheiten über den Normgehalt eines Verweisungsobjekts aus der Vielzahl der verbindlichen Sprachfassungen.<sup>23</sup> Dabei handelt es

sich um ein strukturelles Bestimmtheitsproblem, denn auch wenn die in Bezug genommene Verordnung durch die Verweisung Teil des nationalen Rechts wird, bleibt sie – inhaltlich – europäisches Recht. Dies hat zur Folge, dass für eine Auslegung des Norminhalts alle verbindlichen Sprachfassungen gleichberechtigt berücksichtigt werden müssen, um den zutreffenden Inhalt der Norm korrekt zu ermitteln.<sup>24</sup> Dies stellt für den Normunterworfenen wie auch für den Richter ein regelmäßig unzumutbares (wenn nicht sogar unmögliches) Unterfangen dar. In einem unlängst ergangenen Beschluss<sup>25</sup> hat das BVerfG in dieser Mehrsprachigkeit europäischer Rechtsakte allerdings kein generelles Problem gesehen, sondern auf eine Beurteilung im Einzelfall abgestellt. Eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots sei danach abzulehnen, wenn nicht im Einzelfall dargelegt wird, warum sich aus der Verbindlichkeit mehrerer Sprachfassungen konkret Unsicherheiten ergeben haben.<sup>26</sup> Diese Auffassung des BVerfG steht im Widerspruch zum Amtsermittlungsgrundsatz im deutschen Strafprozessrecht, das eine Darlegungslast des Angeklagten nicht kennt, und zeugt von einem falschen Verständnis der unionsrechtlichen Auslegungsregeln: Die Unsicherheit über den Inhalt der Norm beruht gerade darauf, dass alle Sprachfassungen gleich verbindlich sind und dass eine umfassende Auslegung der unionsrechtlichen Norm nicht zumutbar ist. Es darf deshalb weder vorrangig von der deutschen Fassung ausgegangen, noch dürfen die übrigen Sprachfassungen nur ergänzend herangezogen werden. Bei einer Verweisung auf Normen des Unionsrechts kann der verständige Bürger letztlich nur erraten, welches Verhalten wohl unter Strafe steht. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt aber gerade, dass der Bürger strafbares Verhalten voraussehen können muss, ohne auf bloße Vermutungen angewiesen zu sein.<sup>27</sup> Strafrechtliche Verweisungen auf Normen des Unionsrechts leiden deshalb an einem systemimmanenten Bestimmtheitsmangel.

Im vorliegenden Fall wirkt sich dies allerdings tatsächlich nicht aus, weil die in Bezug genommene Verordnung lediglich verbotene Stoffe anhand ihrer wissenschaftlich eindeutigen Bezeichnung benennt. Der Anhang zur Verordnung ist insofern nicht auslegungsbedürftig.

---

schriften dieselben Anforderungen zu stellen seien wie bei rein nationalen Verweisungen.

<sup>24</sup> EuGH, Rs C-64/95 „Konservenfabrik Lubella Friedrich Bueker GmbH & Co KG ./ Hauptzollamt Cottbus“, Slg. 1996, I-5105 (Rn. 17). Satzger (Fn. 9), § 9 Rn. 23 sowie ders. (Fn. 2), § 9 Rn. 68.

<sup>25</sup> BVerfG wistra 2010, 396 ff.

<sup>26</sup> BVerfG wistra 2010, 396, 404 (Rn. 66).

<sup>27</sup> Ständige Rspr des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 75, 329, 341.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 75, 329, 341 – st. Rspr.

<sup>22</sup> Satzger, Europäisierung (Fn. 8), S. 263; ders. (Fn. 9), § 9 Rn. 33; zust. Ambos (Fn. 8), § 11 Rn. 28.

<sup>23</sup> BVerfGE 29, 198, 209 f. geht deshalb zu Unrecht davon aus, dass an die Verweisungen auf unionsrechtliche Vor-

# Zur Strafbarkeit der Verschleierung von Sanktionsansprüchen als Umsatzsteuerhinterziehung

Der Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 16.06.2011 (2 BvR 542/09) = HRRS 2011 Nr. 1128

Von wiss. Mitarbeiter und RA Dr. Jens Bülte, Universität Heidelberg

Der Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 16.06.2011<sup>1</sup> stellt einen weiteren Baustein in der Judikatur zur Umsatzsteuerhinterziehung im Kontext der Steuerfreiheit innergemeinschaftlicher Lieferungen nach § 4 Nr. 1a, § 6a UStG dar. Hier hatte sich in der Rechtsprechung und Literatur eine heftige Kontroverse entwickelt, die durch eine Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH<sup>2</sup> entzündet worden ist und in der Zwischenzeit auch den BFH, den EuGH und das BVerfG<sup>3</sup> beschäftigt hat.

## 1. Steuerrechtlicher Kontext der Entscheidung des BVerfG

Im Fokus der Betrachtung stand bis zur Entscheidung der Großen Kammer des EuGH vom 07.12.2010 die Frage, ob die Steuerfreiheit einer innergemeinschaftlichen Lieferung versagt werden darf, wenn ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens zwar tatsächlich eine Lieferung von Waren oder Leistungen von einem Mitgliedstaat in einen anderen durchführt, dabei aber Kenntnis davon hat, dass der Empfänger die im Bestimmungsland anfallende Umsatzsteuer nicht abführen wird.

Diese Frage war in der Rechtsprechung zunächst unterschiedlich beantwortet worden. Der wesentliche Streitpunkt zwischen den Strafgerichten<sup>4</sup> und der Finanzgerichtsbarkeit<sup>5</sup> war ein steuerrechtlicher, nämlich die Fra-

ge, ob dem Unternehmer, der objektiv eine innergemeinschaftliche und damit grundsätzlich nach §§ 4 Nr. 1b, 6a UStG steuerbefreite Lieferung durchführt, diese Steuerbefreiung verwehrt werden darf, weil er durch im Kontext der Lieferung begangene Verschleierungshandlungen wie Scheinrechnungen dabei mitgewirkt hat, dass der Empfänger im Bestimmungsland sich der Erwerbsbesteuerung der Lieferung in krimineller Weise entziehen kann.<sup>6</sup> Der BGH hatte sich in der Entscheidung vom 22.11.2008<sup>7</sup> auf das gemeinschaftsrechtliche Missbrauchsverbot berufen und eine Versagung der Steuerbefreiung angenommen, um so die Strafbarkeit der Geldtendmachung der Steuerfreiheit für die entsprechende Lieferung als Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO zu begründen. Die zu Haftstrafen Verurteilten hatten einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim BVerfG gestellt. Der begehrte Vollstreckungsschutz wurde durch Beschluss vom 23.07.2009 mit der Begründung gewährt, eine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG durch die Entscheidungen des BGH könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden.<sup>8</sup>

Damit ergaben sich im vorliegenden Kontext zunächst zwei Problemkreise: Zum einen musste die Frage erörtert werden, ob das Gemeinschaftsrecht eine Versagung der Steuerbefreiung trotz Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen im Hinblick auf das Missbrauchsverbot überhaupt zulässt. Diese Frage hat der EuGH zumindest für den Fall der aktiven und gezielten Mitwirkung des Lieferanten an der ausländischen Umsatzsteuerhinterziehung in dem Urteil der Großen Kammer vom 07.12.2009<sup>9</sup> zu

<sup>1</sup> BVerfG UR 2011, 775 ff. = HRRS 2011 Nr. 1986; Randnummernangaben im Text beziehen sich auf diese Entscheidung.

<sup>2</sup> BGHSt 53, 45 ff. = HRRS 2009 Nr. 178

<sup>3</sup> BFHE 226, 449 ff.; IStR 2011, 638 ff.; EuGH NJW 2011, 203 ff. (*Rechtssache "R"*) = HRRS 2011 Nr. 276; BVerfG HFR 2009, 1031 f. = HRRS 2009 Nr. 656; vgl. ferner *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 370 AO Rn. 375 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 53, 45 ff.; BGH wistra 2009, 238 = HRRS 2009 Nr. 311; DStR 2009, 1688 ff. = HRRS 2009 Nr. 728; OLG Karlsruhe PStR 2009, 57.

<sup>5</sup> FG Baden-Württemberg, Beschl. vom 11.03.2009, 1 V 4305/08, BeckRS 2009, 26026977, Rn. 24 ff.; FG Rhein-

land-Pfalz, 6 K 1463/08, zitiert nach juris; vgl. auch BFHE 226, 449, 454 ff.; a.A. nunmehr BFH BStBl II 2011, 769, 771, Rn. 23 ff.; BFH DStR 2011, 1901, 1904, Rn. 24 ff.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Bülte* BB 2010, 1759 ff.

<sup>7</sup> BGHSt 53, 45 ff.; zust. *Sterzinger* BB 2009, 1563; abl. *Bielefeld* DStR 2009, 580 f.; vgl. auch BGH wistra 2009, 238.

<sup>8</sup> BVerfG HFR 2009, 1031 f., Rn. 10.

<sup>9</sup> EuGH NJW 2011, 203, 206, Rn. 49 ff. auf Vorlage des BGH mit Beschluss vom 07.07.2009, DStR 2009, 1688 ff.; vgl. hierzu auch *Billig* UR 2009, 710, 711.

Recht bejaht<sup>10</sup> und insofern die Auffassung des BGH<sup>11</sup> bestätigt.

Zum anderen stand die vom BVerfG aufgeworfene verfassungsrechtliche Frage im Raum, ob die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 6a UStG mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist. Hierauf gibt der Beschluss vom 16.06.2011 nun die Antwort der 1. Kammer des Zweiten Senats: Durch die Entscheidungen des BGH vom 22.11.2008 und 19.02.2009 sei Art. 103 Abs. 2 GG nicht verletzt. Die Ausführungen der Kammer bedürfen jedoch der Erörterung, um die verfassungsrechtlichen Fragen, die durch die Entscheidung lediglich angedeutet werden, näher zu beleuchten. Hier ist es notwendig, den europarechtlichen Kontext der Umsatzsteuerhinterziehung einzubeziehen, um die hier relevanten Fragen zutreffend einordnen zu können.

## 2. Strafrechtliches Analogieverbot: Teleologische Reduktion eines Steuerbefreiungstatbestandes

In ihrer Entscheidung über den vorläufigen Rechtsschutz hatte sich die nun erkennende Kammer auf die Feststellung beschränkt, eine Verletzung der strafrechtlichen Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG durch die Entscheidungen des BGH sei „nicht von vornherein ausgeschlossen“. Diese Andeutung einer Verfassungswidrigkeit der Auslegung von § 6a UStG im vorliegenden Kontext durch den BGH wurde nun durch den Beschluss vom 16.06.2011 beseitigt.

### a) Ablehnung eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG setzt sich insofern ausschließlich mit dem Aspekt des strafrechtlichen Analogieverbots auseinander. Dass die Kammer diesen Passus mit dem Zitat des Art. 103 Abs. 2 GG einleitet und daher auch von der hinreichenden Bestimmtheit des Strafgesetzes die Rede ist, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die relevanten Ausführungen des Gerichts (Rn. 58–64) ausschließlich mit dem Analogieverbot auseinandersetzen. Auch die späteren Ausführungen der Kammer, in denen die Problematik des Vertrauendürfens in die steuerrechtliche Rechtslage angesprochen wird (Rn. 67 ff.), betreffen nicht unmittelbar die verfassungsrechtliche Bestimmtheit der Strafnorm, sondern die Bedeutung von § 17 StGB.<sup>12</sup>

Die Analogieproblematik ergibt sich daraus, dass der BGH mit dem Missbrauchsverbot möglicherweise ein zusätzliches negatives Tatbestandsmerkmal in den § 6a UStG hineingelesen und damit den Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift entgegen dem Gesetzeswortlaut

eingeschränkt hat.<sup>13</sup> Der 1. Senat verstand die Tatbestandsvoraussetzung, die Lieferung müsse „den Vorschriften der Umsatzbesteuerung unterliegen“, wohl dahingehend, dass die konkrete Lieferung faktisch der Umsatzbesteuerung unterworfen sein müsse. Dies sei dann nicht der Fall, wenn die Besteuerung des Erwerbsvorgangs gezielt umgangen werden solle.<sup>14</sup> Die Kritik in der Literatur, eine solche Auslegung sei vom Wortlaut des § 6a UStG nicht gedeckt und beinhalte daher einen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot,<sup>15</sup> hat die Kammer mit dem Hinweis zurückgewiesen, man könne das Tatbestandsmerkmal des Unterliegens zwar in der Weise verstehen, dass die Lieferung lediglich rechtlich in den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Umsatzbesteuerung fallen müsse, also „dass lediglich die Existenz entsprechender Vorschriften erforderlich“ sei. Das Verständnis des BGH, dass „der Erwerb beim Abnehmer diesen Vorschriften auch tatsächlich unterworfen“ werden müsse – das im Übrigen zu der gefestigten Judikatur des BFH,<sup>16</sup> die die Steuerbarkeit ausreichen lässt, in einem gewissen Widerspruch steht –, sei jedoch ebenso vom Wortlaut des § 6a UStG gedeckt (Rn. 60 f.). Zur Stützung dieser These zieht die Kammer die Systematik des Umsatzsteuergesetzes heran: § 4 Nr. 1 b UStG verweise auch auf § 6a Abs. 3 UStG, woraus geschlossen werden könne, dass die Steuerbefreiung auch von der Erfüllung der Nachweispflichten abhängen. Zumindest könne die Steuerbefreiung dann nicht eingreifen, wenn die Erwerbsbesteuerung im Bestimmungsland unterlaufen werde (Rn. 63).

### b) Zur Tragfähigkeit der systematischen Argumentation

Diese systematischen Ausführungen des BVerfG beinhalten jedoch einen gewissen Widerspruch zum *Collé*-Urteil<sup>17</sup> des EuGH. In dieser Entscheidung wurde klargestellt, dass die umsatzsteuerrechtlichen Nachweispflichten des nationalen Rechts keinesfalls als materielle Voraussetzung der Gewährung einer Steuerbefreiung angesehen werden dürfen.<sup>18</sup> Ist die Erbringung des Nachweises jedoch allein formelle Voraussetzung der Steuerbefreiung, so wird nicht deutlich, inwiefern der Verweis des § 4 Nr. 1b UStG auf den gesamten § 6a UStG und damit auch auf die rein formellen Beweisregeln materiell-systematische Bedeutung haben soll. Zudem überzeugt das Argument, § 4 Nr. 1b UStG verweise nicht nur auf § 6a Abs. 1 UStG, sondern auch auf dessen Absatz 3, deswegen nicht, weil dieser Schluss zu kurz greift: In § 4

<sup>10</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Billig* UR 2009, 710 ff.; *Bülte* BB 2010, 1759 ff.

<sup>11</sup> BGH DStR 2009, 1688 ff.; vgl. auch *Bülte* DB 2011, 442 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu BVerfG HRRS 2011 Nr. 737, Rn. 15 f.

<sup>13</sup> Vgl. grundlegend zur Problematik der teleologischen Reduktion zum Nachteil des Handelnden *Dannecker* in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 12. Aufl. (2007), § 1 Rn. 140, 262.

<sup>14</sup> BGHSt 53, 45, 50 f. Rn. 13.

<sup>15</sup> So *Schauf/Hoink* PStR 2009, 200; *Wulf* Stbg 2009, 313; a.A. *Sterzinger* BB 2009, 1563, 1566; vgl. ferner *Bülte* in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 3), § 370 Rn. 376.

<sup>16</sup> Vgl. nur BFHE 219, 469, 473; 226, 449, 454 m.w.N.; ferner *Schwarz* in: *Vogel/Schwarz, Kommentar zum UStG*, Stand 15.02.2010, § 6a UStG Rn. 112.

<sup>17</sup> EuGH IStR 2007, 748 ff. (*Collé*), Rn 26 ff.

<sup>18</sup> Vgl. auch BFHE 219, 422, 427; 219, 469, 474 f.; 226, 449, 455 m.w.N.; BGHSt 54, 133 ff. für die Ausfuhrlieferung; a.A. noch BFHE 130, 118 ff.; BGHSt 31, 248, 249 ff.; vgl. hierzu auch *Dannecker*, NBW Nr. 4 v. 20.01.2003, Fach 13, S. 1013 ff.

Nr. 1b UStG heißt es gerade nicht, dass die Steuerfreiheit vorliegt, wenn der Tatbestand des § 6a UStG erfüllt ist, sondern dass „die innergemeinschaftliche Lieferung (§ 6a)“ steuerfrei ist. Der Begriff der innergemeinschaftlichen Lieferung ist ausschließlich in § 6a Abs. 1 UStG definiert. Dies spricht dafür, dass sich der Verweis des § 4 Nr. 1b UStG allein auf diese Definition in § 6a UStG bezieht. Dementsprechend ist auch der Rückverweis in § 6a Abs. 1 UStG gestaltet. Dort heißt es: „Eine innergemeinschaftliche Lieferung (§ 4 Nr. 1 Buchstabe b) liegt vor, wenn...“. Insofern überzeugt die systematische Argumentation der Kammer nicht.

Ferner erschöpft sich die Begründung des BVerfG dafür, dass keine Überschreitung des Gesetzeswortlauts und damit keine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG durch die Auslegung des BGH gegeben sei, in der Aussage, das dort zugrunde gelegte Verständnis sei möglich. Einer etymologischen oder semantischen Begründung<sup>19</sup> enthält sich die Kammer. Dies erscheint zur Klärung dieser grundlegenden Frage im Hinblick auf die Kritik aus der Literatur<sup>20</sup> zu wenig. Schließlich stellt die Kammer fest, dass die Auslegung des BGH, der zwischenzeitlich erfolgten verbindlichen Auslegung der zur Tatzeit geltenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen durch den EuGH entspreche. Diese Feststellung greift insofern zu kurz, als der BGH die Auslegung eines deutschen Straftatbestandes vorgenommen hat, während der EuGH eine Frage des europäischen Mehrwehrtsteuerrechts zu beantworten hatte. Die Auslegung durch den EuGH hatte der BGH fraglos zugrunde zu legen, musste und durfte sie aber nicht unkritisch in das deutsche Steuerstrafrecht transferieren.

### c) „Steuerlich erheblich“ als Blankettverweisung

Diese Monita bedeuten noch nicht zwingend, dass die Entscheidung des BGH und damit auch des BVerfG im Ergebnis unzutreffend sind. Denn die Problematik der verfassungsrechtlich unzulässigen Wortlautüberschreitung lässt sich vermeiden, wenn man der herrschenden Lehre folgt, die § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht – wie die Kammer (Rn. 59) – als Blankettstraftatbestand, sondern das Merkmal der *steuerlichen Erheblichkeit* in dieser Vorschrift als rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal ansieht.<sup>21</sup> In diesem Fall würde nämlich nach herrschender Meinung das strafrechtliche Analogieverbot zwar für den Straftatbestand selbst gelten, jedoch müsste die Auslegung des außerstrafrechtlichen Merkmals *steuerliche Erheblichkeit* nach rein steuerrechtlichen Maßstäben erfol-

gen.<sup>22</sup> Wird die Gewährung der Steuerbefreiung in steuerrechtlicher Hinsicht, die nicht in dieser strengen Weise an ein Analogieverbot gebunden ist, mit Blick auf das europäische Recht abgelehnt, so hat das grundsätzlich zur Folge, dass diese steuerrechtliche Bewertung auch für das Strafrecht verbindlich ist.<sup>23</sup> Denn der Straftatbestand übernimmt mit dem rechtsnormativen Tatbestandsmerkmal, vorbehaltlich der Verletzung anderer strafrechtlicher Garantien, die außerstrafrechtliche Wertung. Anders als bei einem Blankettstraftatbestand, bei dem die außerstrafrechtliche Bezugsvorschrift als Teil der Strafvorschrift zu behandeln ist,<sup>24</sup> wird das rechtsnormative Tatbestandsmerkmal durch die außerstrafrechtliche Wertung ausgefüllt.<sup>25</sup>

Wäre die Kammer daher der Auffassung der Lehre gefolgt und hätte § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO im Hinblick auf das Merkmal der *steuerlichen Erheblichkeit* als rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal verstanden, so hätte die Ausfüllung des Straftatbestandes über die steuerrechtliche Wertung keinen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot bedeutet.<sup>26</sup> Doch die Kammer hat sich gegen diesen Weg entschieden und hat die in der jüngeren Judikatur des BVerfG bisweilen offen gelassene Frage nach der Natur der *steuerlichen Erheblichkeit*<sup>27</sup> mit der Feststellung entschieden, § 370 Abs. 1 AO sei eine Blankettstrafvorschrift,<sup>28</sup> ohne hieraus die Konsequenzen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu ziehen. Vor dem Hintergrund der weit reichenden Konsequenzen einer Bewertung als Blankettverweisung oder rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal gewinnt die von *Rönnau* im Kontext des § 266 StGB geäußerte Auffassung, eine formale Abgrenzung werde „der fundamentalen Bedeutung des verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebots nicht gerecht“,<sup>29</sup> im steuerstrafrechtlichen Zusammenhang besonderes Gewicht.

## 3. Verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz: Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos bei steuerlich unklarer Rechtslage

Die Entscheidung des BVerfG ist damit in der Begründung wenig überzeugend, steht aber im Ergebnis mit der wohl herrschenden Ansicht in Literatur und strafgerichtlicher Rechtsprechung im Einklang, dass die durch den BGH vorgenommene Auslegung des § 6a UStG keinen

<sup>19</sup> Vgl. hierzu *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 3), § 370 AO Rn. 383 f.

<sup>20</sup> *Bielefeld* DStR 2009, 580; *Bülte* BB 2010, 1759, 1765 f.; *Ransiek* HRRS 2009, 421, 423; *Schauf/Hoink* PStR 2009, 200; *Wulf* Stbg 2009, 313, 318.

<sup>21</sup> *Dannecker* (in: LK § 1 [Fn. 13] Rn. 149) spricht von einem „hochgradig normativ bestimmten“ Tatbestandsmerkmal; *ders.* in: Achenbach FS (2011), S. 83, 86 ff. m.w.N.; vgl. ferner *Rolletschke*, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 14; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2008, Rn. 113; *Hellmann* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Stand Mai 2010, § 370 AO Rn. 47; *Ransiek* in: Tiedemann FS (2008), 171, 184 ff.; *ders.* HRRS 2009, 421 ff.; *Walter* in: Tiedemann FS (2008), S. 969, 970.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 126, 170, 196.

<sup>23</sup> Vgl. *Ransiek* HRRS 2009, 421.

<sup>24</sup> *Dannecker* in: Achenbach FS (2011), S. 83, 87 m.w.N.

<sup>25</sup> *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 149; *ders.* in: Achenbach FS (2011), S. 83, 86 f.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu *Ransiek* HRRS 2009, 421, 423; ferner *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 149; *ders.* in: Achenbach FS (2011), S. 83, 87.

<sup>27</sup> Vgl. nur BVerfG wistra 2010, 396, 403 = HRRS 2010 Nr. 656; NJW 2008, 3346 f. = HRRS 2008 Nr. 1016.

<sup>28</sup> So auch die st. Rspr. des BGH, vgl. nur BGHSt 53, 222, 229, Rn. 36 = HRRS 2009 Nr. 483; ferner BVerfG NJW 1995, 1883; relativierend jedoch BVerfG NJW 2008, 3346 f. = HRRS 2011 Nr. 120; vgl. zudem *Dannecker* in: Achenbach FS (2011), S. 83, 86.

<sup>29</sup> *Rönnau* NStZ 2011, 559 zu BGH NStZ 2010, 632 ff. m.Anm. *Beckemper* ZJS 2010, 554 ff.



Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot darstellt. Damit ist jedoch die Frage nach einer Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG nicht abschließend beantwortet. Denn vor dem Hintergrund, dass ein heftiger Streit zwischen den Straferichtern und der Finanzgerichtsbarkeit<sup>30</sup> ausgebrochen ist, ob die Steuerbefreiung zu gewähren ist, muss die weiter führende Frage gestellt werden, ob § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO in Verbindung mit dem im Lichte der Missbrauchsrechtsprechung des EuGH ausgelegten § 6a UStG eine hinreichend bestimmte Grundlage für die Verhängung von Strafsanktionen darstellt. Diese Problematik der hinreichenden Bestimmtheit hat zumindest die schriftliche Begründung des Beschlusses nicht im Blick.

### a) Zur Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes

In der Literatur ist der Hinweis auf eine möglicherweise mangelnde Bestimmtheit der auf diese Weise geschaffenen „Strafvorschrift“<sup>31</sup> mit der Argumentation zurückgewiesen worden, der Gesetzgeber könne nicht jede kriminelle Denkweise voraussehen und dafür eine gesetzliche Regelung treffen, weil diese Anforderungen das Strafrecht überfrachten würden.<sup>32</sup> Außerdem sei den Verurteilten im konkreten Fall die Gefahr des Strafbarkeitsrisikos nachweisbar bewusst gewesen. Letzteres Argument kann wohl nur indizielle Wirkung haben, weil es für die Beurteilung einer hinreichenden Bestimmtheit der Strafvorschrift nicht auf die konkret-individuelle Bewertung im Einzelfall, sondern auf die Vorhersehbarkeit für den einzelnen Bürger ankommt.<sup>33</sup> Der Bestimmtheitsgrundsatz darf nicht mit dem individuellen Vorsatz oder dem Unrechtsbewusstsein in Zusammenhang gebracht werden. Das Bestimmtheitsgebot soll „Orientierungsgewissheit für den Bürger“ schaffen, so dass die Erkennbarkeit nicht als „individualpsychologischer Befund, sondern als generalisierende Erkenntnismöglichkeit“ anzusehen ist, „die durch die Objektivierung nicht frei von generalisierenden Elementen sein kann“.<sup>34</sup>

Das Bestimmtheitsgebot richtet sich grundsätzlich an den Gesetzgeber, und der Vorwurf der mangelnden Bestimmtheit kann den Normanwender nur dann treffen, wenn er eine Vorschrift zur Vervollständigung oder Ausfüllung einer Strafvorschrift heranzieht, die grundsätzlich nicht oder nicht typischerweise als Strafgesetz konzipiert ist. Wenn auf diese Weise das außerstrafrechtliche Gesetz zur Ausfüllung eines Strafgesetzes dient, ist das Ergebnis auch am strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu messen.<sup>35</sup> Zudem ist fraglich, ob sich die Verurteilten

tatsächlich des strafrechtlichen Risikos oder nur der Gefahr einer steuerlichen Versagung der Befreiung bewusst gewesen sind. Aus der Entscheidung des BVerfG ergibt sich lediglich, dass sie Kopien aus einer Kommentierung des § 6a UStG mit *Markierungen einschlägiger finanzgerichtlicher Entscheidungen* aufbewahrt hatten. Auf diesen „individualpsychologischen Befund“ kommt es jedoch im Ergebnis auch nicht an.

### b) Zu den Kriterien der Bestimmtheit

Für die Frage der hinreichenden Bestimmtheit ist letztlich entscheidend, ob die Strafbarkeit objektiv so klar erkennbar war, dass die Verurteilten ihr Verhalten nach diesem Appell des Strafrechts ausrichten konnten. Ob sie objektiv damit rechnen mussten, dass ihre Lieferungen *steuerrechtlich* anerkannt würden, ist nur dann entscheidend, wenn man im Hinblick auf die Bestimmtheit der Blankettvorschrift oder des normativen Tatbestandsmerkmals im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG die Erkennbarkeit der Möglichkeit ausreichen lässt, dass eine steuerrechtliche Konstruktion zwar von den Finanzgerichten anerkannt, von der grundsätzlich unabhängig entscheidenden Strafgerichtsbarkeit und letztlich auch vom EuGH aber abgelehnt wird. Ein solches Verständnis des Bestimmtheitsgebots weicht diesen Verfassungsgrundsatz jedoch in erheblicher Weise auf und wälzt steuerrechtliche Rechtsunsicherheiten vollkommen auf den Steuerpflichtigen ab. Die in der Literatur vorgetragene Argumentation, die Verurteilten hätten gewusst, dass ihr Handeln nicht rechtmäßig sei,<sup>36</sup> vermischt konkretes Unrechtsbewusstsein und Bestimmtheit der Strafnorm im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG. Daher erörtert die Kammer diese Fragen auch völlig zu Recht im Kontext des Verbotsirrtums (Rn. 68).

Zwar stehen die vorgenannten Kriterien für die Bestimmtheit der Strafvorschrift wohl in formeller Übereinstimmung mit der verfassungsgerichtlichen Judikatur, die die Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos „in Grenzfällen“ als ausreichend ansieht, um eine Strafvorschrift als hinreichend bestimmt zu bewerten.<sup>37</sup> Doch sollte nicht vernachlässigt werden, dass der Erste Senat des BVerfG in der ersten Sitzblockade-Entscheidung die Tragfähigkeit der Argumentation, dass ein Straftatbestand hinreichend bestimmt sei, wenn das Risiko der Strafbarkeit erkennbar sei, selbst ausdrücklich in Frage gestellt hat. Es heißt dort wörtlich:

*„Die erforderliche Bestimmtheit ergibt sich auch nicht daraus, daß aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zumindest das Risiko der Bestrafung erkennbar ist. Abgesehen von der Fragwürdigkeit dieses Arguments, demzufolge das Risiko der Bestrafung um so höher ist, je vager ein Straftatbestand formuliert wird, kann es bei der Bestimmtheitsprüfung jedenfalls nur in bezug auf die Norm, nicht auch in bezug auf ihre Auslegung herangezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht wollte mit dem Verweis auf die Erkennbarkeit des Risikos dem Umstand Rechnung tragen, daß der Gesetzgeber auch im Strafrecht vor der Notwendigkeit steht, die Vieltätigkeit des Lebens in*

<sup>30</sup> Vgl. im Einzelnen hierzu *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 3) § 370 AO Rn. 376 ff.

<sup>31</sup> So *Bülte* BB 2010, 1759, 1767; *Wulf/Alvermann* DB 2011, 731, 735 f. mit Hinweis auf BVerfG wistra 2010, 380, 386 Rn. 69 ff. = BVerfGE 126, 170, 194 ff. = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>32</sup> So *Schenkewitz* BB 2011, 350, 356; vgl. auch *Hölzle* DStR 2011, 602, 607.

<sup>33</sup> Vgl. nur *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 9; ferner *ders.* in: *Samson* FS (2010), S. 257, 263; *Rönnau* NStZ 2011, 558 f. jeweils m.w.N.

<sup>34</sup> *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 179 m.w.N.

<sup>35</sup> *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 118, 152 m.w.N.; *ders.* in: *Samson* FS (2010), S. 257, 263.

<sup>36</sup> *Schenkewitz* BB 2011, 350, 356.

<sup>37</sup> So BVerfGE 87, 209, 224; 87, 363, 391 f.; 92, 1, 12; 126, 170, 195; vgl. ferner *Radtke/Hagemeyer* in: *Epping/Hillgruber*, Grundgesetz (2009) Art. 103 Abs. 2 Rn. 24 m.w.N.

generellen und abstrakten Normen einzufangen, und nur denjenigen Grad an tatbestandlicher Präzision aufbringen kann, den der Regelungsbereich zulässt (vgl. BVerfGE 71, 108 [115]). Insoweit hängt die verfassungsrechtlich verlangbare Bestimmtheit von der Möglichkeit der gesetzlichen Beschreibung des als strafwürdig angesehenen Verhaltens ab. Der Grundsatz kann aber nicht Auslegungen einer unvermeidlich vagen Strafnorm rechtfertigen, welche die Unbestimmtheit abermals erhöhen und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG entfernen.<sup>38</sup>

### c) Zur Bestimmtheit des Straftatbestandes der Steuerhinterziehung im konkreten Entscheidungskontext

Dem Gesetzgeber wäre es jedoch im hier relevanten Kontext möglich gewesen, eine Ausnahmeklausel in den § 6a UStG aufzunehmen, die die Gewährung der Steuerbefreiung versagt, soweit der Lieferant aktiv an der Begehung einer Hinterziehung ausländischen Erwerbsbesteuerung mitwirkt. Daher scheidet eine Berufung auf die Erkennbarkeit des Risikos der Strafbarkeit zur Begründung der Bestimmtheit der aus §§ 370 Abs. 1 AO und der Nichtanwendung von § 6a UStG unter Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Missbrauchsverbots gebildeten Strafvorschrift wohl aus. Es handelt sich hier nicht um einen Grenzfall in dem Sinne, wie die oben zitierte Judikatur des BVerfG diesen Begriff versteht. Gesetzgeber und Rechtsanwender können sich hier nicht auf eine mangelnde Formulierbarkeit der Strafvorschrift, die eine hinreichende Bestimmtheit hindern könnte, berufen.

Zudem sollte in diesem Zusammenhang nicht vergessen werden, dass hier allein aus dem Erkennen-Können der steuerrechtlichen Bewertung, also der Möglichkeit der zutreffenden Auslegung steuerrechtlicher Normen, die hinreichende Bestimmtheit der Strafvorschrift gefolgert werden müsste. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung des BVerfG – die eine Norm, deren Strafbarkeitsrisiko erkennbar ist, als hinreichend bestimmt ansieht – in der Literatur mit guten Gründen angegriffen worden ist,<sup>39</sup> ist eine solche Steigerung der Ungewissheit besonders bedenklich.

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass die Fallgestaltungen, in denen das BVerfG bislang die Erkennbarkeit des Risikos einer Strafbarkeit hat ausreichen lassen, um die Sanktionsvorschrift als hinreichend bestimmt anzusehen, keine Fälle schwerer Kriminalität waren. Es handelte sich nicht wie bei § 370 AO um Strafdrohungen von fünf Jahren Freiheitsstrafe oder sogar mehr (§ 370 Abs. 3 AO), sondern um § 131 StGB, der eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr androht,<sup>40</sup> sowie um einen Bußgeldtatbestand aus § 15 BAZG.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> BVerfGE 92, 1, 18 f.

<sup>39</sup> Dannecker in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 184 m.w.N.; Appel, Verfassung und Strafe (1998), S. 119; Schmidhäuser, Form und Gehalt der Strafgesetze (1988), S. 49; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht (1991), S. 44 f.

<sup>40</sup> BVerfGE 87, 209 ff.

<sup>41</sup> BVerfGE 87, 363 ff.

## 4. Europarechtliche Implikationen: Versagung der Steuerbefreiung als Sanktionsmaßnahme und das strafrechtliche Analogieverbot

Im Hinblick auf den hier erhobenen Vorwurf der mangelnden Bestimmtheit muss eingeräumt werden, dass die Große Kammer des EuGH offensichtlich davon ausgegangen ist, dass § 6a UStG als Ausformung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des Art. 28c Teil A lit. a der damals noch geltenden Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie 77/388/EWG eine hinreichend bestimmte Grundlage zur Verhängung einer Sanktion bildet. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung mehrfach betont, dass die Verhängung einer Sanktion einer „klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“ bedürfe. Der Rechtsunterworfenen müsse „anhand des Wortlauts der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe ihrer Auslegung durch die Gerichte erkennen“ können, „welche Handlungen und Unterlassungen seine strafrechtliche Verantwortung begründen“.<sup>42</sup>

### a) Versagung der Umsatzsteuerbefreiung als Sanktion

Zu den Sanktionen zählt die Große Kammer ausweislich ihrer Entscheidung vom 7.12.2010 auch die Versagung der Steuerbefreiung bei innergemeinschaftlichen Lieferungen, weil sie eine finanziell nachteilige Wirkung für den Steuerpflichtigen hat und sich hierbei nicht lediglich in der Rückzahlung eines gewährten Fiskalvorteils erschöpft; es handelt sich um eine abschreckende Verwaltungssanktion.<sup>43</sup> Dem Steuerpflichtigen wird aufgrund seines Fehlverhaltens und seiner Verwicklung in kriminelle Machenschaften und wegen Handlungen, die die Lieferung als solche nicht unmittelbar berühren, sondern sie flankieren, der ihm grundsätzlich zustehende Steuervorteil verwehrt. Entsprechend hat der EuGH bereits anderweitig entschieden, dass eine „zusätzliche Steuerschuld“, die dem Unternehmer aufgrund unrechtmäßig geltend gemachter Vorsteuern auferlegt werde, keine Steuer sondern eine Verwaltungssanktion.<sup>44</sup> Insofern ist zweifelhaft, ob eine solche Sanktion überhaupt die Steuerneutralität berühren kann.<sup>45</sup>

Damit, dass der EuGH nun die Versagung dieses Steuervorteils zulässt und sogar vorgibt, lässt er eine strafähnliche Sanktion zu und muss damit zwangsläufig davon ausgehen, dass die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen hinreichend klar und eindeutig sind, um diese Maßnahme zu rechtfertigen. Der EuGH sieht in der Auslegung und Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zu Sanktionszwecken also offensichtlich keinen

<sup>42</sup> EuGH NJW 2007, 2237, 2239 (Europäischer Haftbefehl), Rn. 50; vgl. auch DStR 2006, 420, 426, Rn. 93 (Halifax).

<sup>43</sup> EuGH NJW 2011, 203, 205, Rn. 50; vgl. auch Korf, IStR 2011, 30, 31 f.

<sup>44</sup> EuGH DStRE 2009, 370, 372 (Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy), Rn. 18 ff.

<sup>45</sup> So aber Korf, IStR 2011, 30, 31; mit diesen Bedenken auch BFHE 226, 449, 455; FG Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.03.2009, 1 V 4305/08.

Verstoß gegen den europäischen Bestimmtheitsgrundsatz. Damit dürfte zumindest eine Verletzung grundrechtsgleicher Garantien nach dem Unionsrecht (Art. 49 Abs. 1 S. 1 GR-Charta) auszuschließen sein. Jedoch folgt daraus noch nicht zwangsläufig, dass eine verfassungsrechtlich hinreichende Bestimmtheit auch nach dem deutschen Verfassungsrecht anzunehmen ist. Denn in Bezug auf die Frage nach der Bestimmtheit der Strafvorschrift als Grundlage einer Kriminalstrafe sagt diese Feststellung vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips wenig aus, da die Bestimmtheit einer Sanktionsvorschrift nicht abstrakt-generell beurteilt werden kann, sondern nach der Judikatur des BVerfG stets in Relation zu den Rechtsfolgen bewertet werden muss: Je schwerer die drohenden Rechtsfolgen sind, desto strenger sind die Maßstäbe, die das Gesetzlichkeitsprinzip an die Rechtsgrundlage der Sanktion anlegen muss.<sup>46</sup>

### **b) Verfassungsrechtliches Folgeproblem: analoge Anwendung des § 370 Abs. 1 AO auf Sanktionen durch Ausweitung des Steuerbegriffs in § 3 Abs. 1 AO**

Die Bewertung einer Versagung der Steuerbefreiung als Sanktion wirft ein weiteres Problem auf: Die nicht angegebenen und abgeführten Umsatzsteuern, die auf die Lieferungen angefallen sind, sind keine Steuern, sondern strafähnliche Sanktionen. Einfachgesetzlich und strafrechtsdogmatisch hat dies zur Folge, dass diese „Umsatzsteuer“, die auf die innergemeinschaftlichen Lieferungen anfällt, nicht mehr vom Schutzbereich des § 370 AO erfasst ist. Demnach sind unrichtige Angaben des Steuerpflichtigen darüber, dass er an einer ausländischen Umsatzsteuerhinterziehung seine innergemeinschaftliche Lieferung betreffend bewusst mitgewirkt hat, nicht steuerlich erheblich, weil sie sich nicht auf den Steueranspruch auswirken können. Es besteht kein Anspruch auf die Leistung von Umsatzsteuern; durch die Mithilfe an der Auslandstat entsteht lediglich ein Anspruch auf Zahlung einer Fiskalsanktion in Höhe der auf die Lieferung anfallenden Umsatzsteuer.<sup>47</sup>

Zwar ist diese strafrechtliche Frage deswegen nicht vom Prüfungsumfang im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erfasst, weil sie nicht unmittelbar die Verletzung von Verfassungsrecht betrifft. Dennoch ergibt sich hier die verfassungsrechtliche Problematik einer Überschreitung der Wortlautgrenze:<sup>48</sup> § 370 AO verwendet im Rahmen einer Blankettverweisung, für die Art. 103 Abs. 2 GG uneingeschränkt gilt, den Begriff der *Steuer*, der in § 3 Abs. 1 AO legaldefiniert ist. Danach sind „*Steuern Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von steuerlichen Einnahmen allen auferlegt*

*werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein*“. Im Hinblick auf die Versagung der Steuerbefreiung zur Verhinderung eines Missbrauchs des europäischen Steuersystems ist die Frage zu stellen, ob die Erzielung von Einnahmen hier tatsächlich noch einen Nebenzweck der Maßnahmen darstellt. Diesbezügliche Zweifel ergeben sich daraus, dass die Große Kammer des EuGH in ihrer Entscheidung allein darauf abstellt, dass die Versagung der Steuerbefreiung dazu dient, Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und Steuermissbrauchshandlungen zu verhindern.<sup>49</sup> Die entsprechende Missbrauchsrechtsprechung des EuGH steht damit mit der Einnahmenerzielung nur insofern im Zusammenhang, als sie diese ermöglicht will; sie dient mithin nur mittelbar der Einnahmenerzielung. Damit begründet die Sanktionsvorschrift keinen Steueranspruch und wird deshalb nicht durch den Begriff der Steuerverkürzung in Bezug genommen.

Die Strafbarkeitslücken, die sich aus dieser Auslegung ergeben, hat der Gesetzgeber wohl im Wesentlichen durch die Neufassung des § 370 Abs. 6 AO durch das Jahressteuergesetz 2010<sup>50</sup> beseitigt, wonach nunmehr auch die von anderen Mitgliedstaaten verwalteten EU-Umsatzsteuern taugliches Tatobjekt des § 370 Abs. 1 AO sind,<sup>51</sup> mag er dies auch nicht beabsichtigt haben.<sup>52</sup>

### **c) Verstoß gegen das Nemo-tenetur-Prinzip durch Sanktionierung einer „Hinterziehung“ von Sanktionszahlungen?**

Geht man ferner mit dem EuGH davon aus, dass es sich bei der Versagung der Steuerbefreiung um eine Sanktion handelt, so muss die Folgefrage gestellt werden, ob eine strafrechtliche Sanktionierung der Nichtoffenbarung der Sanktionsvoraussetzungen durch den Betroffenen gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstößt und deswegen verfassungswidrig sein könnte.<sup>53</sup>

## **5. Fazit: Keine Steuerhinterziehung – Verschleierung der Voraussetzungen einer Sanktion**

Die Entscheidung des BVerfG überzeugt letztlich weder im Ergebnis noch in der Begründung: Der Weg, den das BVerfG eingeschlagen hat, ist zwar im Hinblick auf die bisherige Judikatur des Gerichts und auch des BGH konsequent, setzt sich aber aufgrund seiner Prämisse, § 370 Abs. 1 AO beinhalte einen Blanketttatbestand, zumindest dem Monitum der unzureichenden Begründung, wenn nicht sogar der Zweifelhaftheit des Ergebnisses aus. Das von der Kammer gewünschte Ergebnis wäre auf anderem Wege besser zu begründen gewesen, nämlich wenn das Merkmal der *steuerlichen Erheblichkeit* in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO als rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal eingestuft worden wäre. Dann hätte sich das Gericht

<sup>46</sup> BVerfGE 75, 329, 342; 126, 170, 196; krit. im Hinblick auf die Gefahr einer Aufgabe der Bestimmtheitsanforderungen bei Bagatellkriminalität *Dannecker* in: LK (Fn. 13) § 1 Rn. 186 m.w.N.; *ders.* in: Samson FS (2010), S. 257, 266.

<sup>47</sup> Vgl. *Bülte* DB 2011, 442, 444; ebenso *Wulf/Alvermann* DB 2011, 731, 736.

<sup>48</sup> Folgt man dem BGH (St 43, 381, 400), so handelt es sich eher um ein Problem des Bestimmtheitsgrundsatzes.

<sup>49</sup> Vgl. EuGH NJW 2011, 203, 206, Rn. 50.

<sup>50</sup> BGBl. I 2010, 1768.

<sup>51</sup> Vgl. *Lipsky* in: Graf/Wittig/Jäger (Fn. 3) § 370 Rn. 204 ff.

<sup>52</sup> Vgl. die Nachweise BVerfG UR 2011, 775, 779, Rn. 64.

<sup>53</sup> Dahin tendierend *Wulf/Alvermann* DB 2011, 731, 736.

mehr Argumentationsraum geschaffen und hätte dem Vorwurf, die Wortlautgrenze des § 6a UStG sei durch die Auslegung verletzt, entgegen können.

Mag man aber dem Beschluss in seinem Ergebnis noch so weit folgen und sogar noch akzeptieren, dass der BGH in seinen Entscheidungen zur Umsatzsteuerhinterziehung bei innergemeinschaftlichen Lieferungen keinen zu unbestimmten Straftatbestand geschaffen habe, so berücksichtigt der Nichtannahmebeschluss vom 16.06.2011 nicht hinreichend die europarechtlichen und sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Implikationen, die im hiesigen Kontext durch die EuGH-Judikatur entstehen, nach der die Versagung der Steuerbefreiung eine Sanktionsmaßnahme, im weiteren Sinne eine Strafe, darstellt. Diese Bewertung hat zur Folge, dass der gegen den Lieferanten gerichtete Zahlungsanspruch kein Steueranspruch im Sinne von § 370 AO ist, weil die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 AO nicht erfüllt sind. Daher fällt dieser Anspruch nicht in den Schutzbereich des § 370 AO, weil dieser nur Steueransprüche erfasst. Zudem dürfte eine Anwendung des § 370 Abs. 1 AO auf die Verschleierung der Anspruchsvoraussetzungen durch unrichtige Angaben in der Umsatzsteuervoranmeldung oder Umsatzsteuerjahreserklärung den Wortlaut des § 370 AO überschreiten. § 370 Abs. 1 AO setzt Angaben über *steuerlich* erhebliche Umstände und eine Verkürzung eines *Steueranspruchs* voraus. Den Inhalt des Begriffs der *Steuer* und damit auch *steuerlich* definiert § 3 Abs. 1 AO, der bestimmt, dass nur die Geldleistungen Steuern sind, die zumindest auch der Einnahmenerzielung dienen. Mag die

sanktionsweise Versagung der Steuerbefreiung auch Steuereinnahmen schützen und reflexartig zu Einnahmen führen, so ist sie doch nicht auf die Einnahmenerzielung selbst gerichtet, dient ihr mithin nicht. Eine Anwendung des § 370 Abs. 1 AO auf die „Hinterziehung“ dieses Strafanspruchs stellt eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Strafvorschrift auf Nichtsteuern dar. Darin liegt eine nach Art. 103 Abs. 2 GG verbotene Analogie.

In der Gesamtbewertung kann festgehalten werden, dass der hier zugrunde liegende Sachverhalt nicht nur die zweifelhafte verfassungsrechtliche Belastbarkeit einer formalen Abgrenzung zwischen normativem Tatbestandsmerkmal und Blankettverweisung im Kontext des § 370 AO, sondern auch die Vielschichtigkeit der Bedeutung von Art. 103 Abs. 2 GG in diesem Kontext deutlich werden lässt. Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip kommt im Zusammenhang mit der europäischen Missbrauchsjudikatur zumindest in drei Aspekten zum Tragen: Das strafrechtliche Analogieverbot wirft sowohl bezüglich § 6a UStG in Verbindung mit § 370 Abs. 1 AO als auch auf § 370 Abs. 1 AO unmittelbar Zweifelsfragen auf. Zudem bestehen Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des durch Inkorporierung der EuGH-Judikatur zur Versagung der Steuerbefreiung gebildeten Straftatbestandes der Steuerhinterziehung. Ohne eine hinreichende Abschichtung dieser Problemfelder, die gesondert betrachtet und bewertet werden müssen, ist eine Lösung, die sowohl den europarechtlichen als auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Strafrecht Rechnung trägt, nicht zu erreichen.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Wider das Vollzugsdefizit in Vollzugssachen

Anmerkung zu KG 2 Ws 258/11 Vollz/2 Ws 260/11 Vollz – Beschluss vom 22. August 2011 = HRRS 2011 Nr. 1126

Von Prof. Dr. Johannes Feest, Bremen, und RiOLG Dr. Wolfgang Lesting, Oldenburg

Die weit verbreitete Erwartung, „in einem Rechtsstaat (sei) grundsätzlich davon auszugehen, dass Behörden gerichtliche Entscheidungen beachten“,<sup>1</sup> wird im Strafvollzug nicht immer erfüllt. „Renitente Strafvollzugsbehörden“<sup>2</sup> verweigern in erstaunlicher Zahl eine zügige und konsequente Umsetzung gerichtlicher Entscheidungen. Dies führte zunächst nur vereinzelt zu kritischen

Anmerkungen in der Strafvollzugsliteratur. Inzwischen sind aber auch viele Gerichte sensibilisiert, wenn das Verhalten der Vollzugsbehörden den Eindruck erweckt, gegen die Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen zu opponieren.<sup>3</sup> In immer deutlicheren Worten wird das renitente Verhalten der Justizvollzugsanstalten beschrieben und eine Änderung angemahnt.<sup>4</sup> Für die Gefangenen blieb die gestiegene Aufmerksamkeit jedoch bislang zu-

<sup>1</sup> So zuletzt auch BGH III ZR 124/09 – Urteil vom 11. März 2010, StraFo 2011, 157, 158.

<sup>2</sup> Lesting/Feest ZRP 1987, 390.

<sup>3</sup> Feest/Lesting, Festschrift für Ulrich Eisenberg, S. 675.

<sup>4</sup> Vgl. etwa KG StV 2011, 230 = StraFo 2001, 112.

meist folgenlos, da eine Vollstreckungsregelung im Strafvollzugsgesetz fehlt und die Rechtsprechung eine analoge Anwendung der Zwangsgeldregelung in §§ 170, 172 VwGO im Strafvollzug einhellig ablehnt. Zuletzt war auch das BVerfG<sup>5</sup> der Frage, ob die fehlende gesetzliche Vollstreckungsregelung noch mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz und dem Anspruch der Gefangenen auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle der angegriffenen Vollzugsmaßnahmen vereinbar ist, unter Hinweis auf den Vornahmeantrag nach § 113 Abs. 1 StVollzG ausgewichen.

Diesem „Vollzugsdefizit“ ist das KG in spektakulärer Weise entgegengetreten. Anstatt die Anstalt ein weiteres Mal zur (absehbaren) Neubescheidung zu verpflichten,

<sup>5</sup> BVerfG 2 BvR 1377/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. November 2010, HRRS 2011 Nr. 209.

hat es einen Ausweg aufgezeigt, mit dem die Gerichte anstelle der Anstalten in der Sache entscheiden und auf diese Weise zugleich für die Durchsetzung ihrer Entscheidungen sorgen können. Damit hat es nicht nur den Rechtsschutz der Gefangenen gestärkt und deren Wartezeit auf eine verbindliche (positive) Entscheidung entscheidend verkürzt, sondern eine erfolversprechende Sanktionsmöglichkeit gegenüber einer Verweigerungsstrategie der Anstalten aufgezeigt. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Weg bei den Gerichten viele Nachahmer findet, zumindest bis eine gesetzliche Vollstreckungsregelung – wie in den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zur Sicherungsverwahrung vorgesehen – den renitenten Vollzugsbehörden Einhaltung gebietet. Denn auch verbindliche Entscheidungen der Gerichte könnten sich als zahllos erweisen, wenn sie nicht vollstreckbar sind.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Unendliche Geschichte: Neues zum Richtervorbehalt bei Blutentnahmen (§ 81a Abs. 2 StPO)

Von Dr. Jakob Pichon, Mannheim\*

## I. Was bisher geschah

Wie einfach war es doch früher: Polizeibeamte, die vermeintlich alkoholisierte Autofahrer aus dem Verkehr winkten, durften ohne Rücksicht auf den schon damals existierenden Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 StPO Blutentnahmen selbst anordnen. In den Worten des LG Hamburg: „Denn beim Verdacht einer Trunkenheitsfahrt [...] würde jedes weitere Zuwarten den Untersuchungserfolg gefährden. Wegen des Abbaus des Blutalkoholgehalts führt jede zeitliche Verzögerung bei der Blutentnahme zu größeren Ungenauigkeiten oder gar zu einer Unmöglichkeit der Rückrechnung und damit zu größeren Ungenauigkeiten bei der Feststellung des Blutalkoholgehalts im Tatzeitpunkt.“<sup>1</sup>

Doch als das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2007 zum ersten Mal mit dieser Thematik befasst wurde,<sup>2</sup> änderten sich die Dinge. Der Richtervorbehalt wurde grundlegend gestärkt, der bloße Verweis auf den Abbau des Blutalkohols für die Begründung von Gefahr im Verzug ist seither unzulässig, da jedenfalls zwischen dem

ersten Verdacht der Trunkenheits- oder Drogenfahrt und der Ankunft des Arztes eine telefonische<sup>3</sup> richterliche Anordnung regelmäßig problemlos möglich und daher geboten sei.<sup>4</sup>

Nichtsdestoweniger ist das Endergebnis heute häufig das Gleiche wie früher: Denn je unklarer das Ermittlungsbild und je komplexer der Sachverhalt, desto eher darf die Polizei<sup>5</sup> auch weiterhin Gefahr im Verzug annehmen.

<sup>3</sup> Dass richterliche Anordnungen per Telefon zulässig sind, wird vom BGH – sogar im Bereich des verfassungsrechtlich abgesicherten Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen – als selbstverständlich vorausgesetzt, BGH 5 StR 546/06, Urt. v. 18.04.2007, Rn. 28 (juris) = HRRS 2007 Nr. 463; die Zulässigkeit telefonischer Anordnungen verneinend aber LG Hamburg 603 Qs 470/07, Beschl. v. 12.11.2007, Rn. 9 (juris).

<sup>4</sup> Zum Problem des „unwilligen“ Richters, der eine mündliche Entscheidung ablehnt, insb. zur Frage, ob der Polizeibeamte in solchen Fällen die Blutentnahme doch noch selbst anordnen darf s.u. Fn. 54 und Kraft JuS 2011, 591, 592 f.

<sup>5</sup> Zur Frage des Verhältnisses der Polizeibeamten zur Staatsanwaltschaft BVerfG 2 BvR 1046/08, Beschl. v. 11.06.2010, Rn. 26 (juris) = HRRS 2010 Nr. 652; Ebert ZIS 2010, 249, 255. Unabhängig hiervon führt die falsche Beantwortung dieser Frage durch den Polizeibeamten jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, Beschl. v. 24.02.2011, Rn. 14. (juris) = HRRS 2011 Nr. 478.

\* Der Verfasser ist als Richter am Amtsgericht Mannheim tätig. Der Beitrag gibt allein seine persönliche Ansicht wieder.

<sup>1</sup> LG Hamburg 603 Qs 470/07, Beschl. v. 12.11.2007, Rn. 8 (juris).

<sup>2</sup> BVerfG 2 BvR 273/06, Beschl. v. 12.02.2007 = HRRS 2007 Nr. 200.

Dies ist dann umso eher der Fall, wenn eine Rückrechnung nicht möglich ist (Betäubungsmittel- oder Medikamentenkonsum).<sup>6</sup> Zwar nehmen die Gerichte auf Grund der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts heute durchaus häufiger Beweiserhebungsverbote an,<sup>7</sup> lehnen dann aber in der Regel ein Beweisverwertungsverbot<sup>8</sup> ab, da ein hierfür gefordertes willkürliches Handeln unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts oder ein schwerwiegender Fehler<sup>9</sup> selten angenommen werden.<sup>10</sup>

Weitgehend unumstritten ist und bleibt, dass die Polizei den Beschuldigten bei der Anordnung der Blutentnahme vorübergehend festnehmen darf (Annexkompetenz).<sup>11</sup> Hat der Beamte die Anordnung ohne den Richter einzuschalten einmal rechtmäßig getroffen, so bleibt sie auch dann rechtmäßig, wenn durch eine Änderung der Umstände der Richter nun gefahrlos kontaktiert werden könnte.<sup>12</sup> Die bloße Verweigerung einer freiwilligen Blutentnahme begründet keine Fluchtgefahr.<sup>13</sup> Verfahren zur Verwertbarkeit von Blutentnahmen sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung als schwierige Rechtslage und damit als Fall notwendiger Verteilung gemäß § 140 Abs. 2 S. 1 Var. 2 StPO anerkannt.<sup>14</sup>

## II. Die Geschichte geht weiter: Neue Folgen 2011

Auch unter den 2011 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen finden sich viele, die sich zu der Fortsetzungsgeschichte des § 81a StPO im Straßenverkehr äußern. Im Folgenden soll an Hand der betroffenen Themenkreise (Gefahr im Verzug, Dispositionsbefugnis, Nachtrunk, richterlicher Bereitschaftsdienst und Dokumentation) aufgezeigt werden, ob diese Entscheidungen Neues brachten oder eher als Wiederholungsfolgen anzusehen sind.

<sup>6</sup> Ebert ZIS 2010, 249, 254.

<sup>7</sup> Interessanter Weise geschieht das unter den nördlichen Oberlandesgerichte häufiger als unter den südlichen, Vergho SVR 2011, 201, 202 m.w.N.

<sup>8</sup> Anzumerken sei, dass auch die Annahme eines Beweisverwertungsverbot nicht zwangsläufig zum Freispruch des Angeklagten führen muss, da der Tatnachweis ggf. auch durch andere Beweise – wie Zeugen oder leere Bierflaschen im Unfallfahrzeug – möglich bleibt, vgl. OLG Naumburg 1 Ss 38/10, Urt. v. 07.02.2011, Rn. 30 (juris). Für die Fahrerlaubnisbehörde bei der Beurteilung der Fahreignung gilt das strafrechtliche Beweisverwertungsverbot im Übrigen nicht. Anders als im Strafverfahren kann die Behörde daher die Anordnung auch auf das Ergebnis einer Blutentnahme stützen, die unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt gewonnen worden ist.

<sup>9</sup> BVerfG 2 BvR 784/08, Beschl. v. 28.07.2008, Rn. 9 (juris) = HRRS 2009 Nr. 221.

<sup>10</sup> Siehe hierzu näher unten 6.

<sup>11</sup> Ebert ZIS 2010, 249, 254.

<sup>12</sup> Kraft JuS 2011, 591, 595, mit Hinweisen zur Gegenmeinung; Ebert ZIS 2010, 249, 254.

<sup>13</sup> Kraft JuS 2011, 591, 594.

<sup>14</sup> OLG Brandenburg 1 Ws 7/09, Beschl. v. 26.01.2009, Rn. 3 (juris).

## 1. Gefahr im Verzug

Ende 2010 äußerten sich die Oberlandesgerichte Frankfurt und Köln zu der Frage, ob und unter welchen Umständen eine drohende Unterschreitung der Grenzwerte der Blutalkoholkonzentration (BAK) – wie insbesondere die Grenze zur absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,1 Promille – Gefahr im Verzug<sup>15</sup> begründen kann.

So schloss sich das OLG Köln einer bereits vorhandenen Tendenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung an, wonach knappe Grenzwertüberschreitungen jedenfalls als Indiz für die Bejahung von Gefahr im Verzug angesehen werden können. Nötig sei aber weiter eine Gesamtschau aller Umstände. Während z.B. das OLG Hamm schon 2009 trotz Grenzwertnähe Gefahr im Verzug unter Verweis auf fehlende weitere Umstände ablehnte,<sup>16</sup> nahm das OLG Köln eine solche Gefahr mit der Begründung an, neben der Grenzwertnähe sei ein Richter mangels nächtlichen Bereitschaftsdienstes mindestens sechs Stunden – und damit über einen erheblichen Zeitraum hinweg – nicht erreichbar gewesen.<sup>17</sup>

Anders zu verstehen ist offenbar das OLG Frankfurt. Obwohl die hier in Rede stehende Blutentnahme nachmittags – und damit zu einem Zeitpunkt, an dem ein Richter mit großer Wahrscheinlichkeit um eine Entscheidung hätte ersucht werden können – vorgenommen wurde, ließ das Gericht die drohende Grenzwertunterschreitung *allein* ausreichen, um Gefahr im Verzug zu bejahen.<sup>18</sup>

Die Rechtsansicht des OLG Frankfurt dürfte wohl vereinzelt bleiben. Trotz unproblematischer Erreichbarkeit eines Richters Gefahr im Verzug allein wegen drohender Grenzwertunterschreitung anzunehmen, würde den Richtervorbehalt in vielen Fällen weitgehend aushöhlen. Zuzustimmen ist hingegen dem OLG Köln, das eine drohende Grenzwertunterschreitung zwar als Indiz für Gefahr im Verzug annimmt, diese allein aber nicht ausreichen lässt.

## 2. Dispositionsbefugnis: Widerspruchslösung und Einwilligung in die Blutentnahme

Mit der Anordnung einer Blutentnahme greift der Staat in die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten ein. Da es sich hierbei um ein disponibles Rechtsgut handelt,<sup>19</sup> kann der Beschuldigte in die Blutentnahme einwilligen. Darüber hinaus findet auf Blutentnahmen die Wi-

<sup>15</sup> Bei § 81a Abs. 2 StPO heißt es „bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“, was aber dem kürzeren Begriff Gefahr im Verzug entspricht, Ebert ZIS 2010, 249, 251.

<sup>16</sup> OLG Hamm, 2 Ss 117/09, Beschl. v. 28.04.2009, Rn. 25 (juris).

<sup>17</sup> OLG Köln III-1 RVs 220/10, 1 RVs 220/10, Beschl. v. 21.12.2010, Rn. 13 (juris).

<sup>18</sup> OLG Frankfurt 3 Ss 285/10, Urt. v. 08.11.2010, Rn. 11 (juris).

<sup>19</sup> OLG Hamm 2 Ss 117/09, Beschl. v. 28.04.2009, Rn. 14 (juris).

derspruchslösung Anwendung.<sup>20</sup> Auch insoweit unterliegt es der Dispositionsfreiheit des Beschuldigten, bis zu dem in § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt Widerspruch gegen die Verwertung einzulegen oder nicht; von Amts wegen wird ein etwaiges Verwertungsverbot nicht überprüft.

Während die Geltung der Widerspruchslösung in Bezug auf Blutentnahmen in insoweit unspektakulären Entscheidungen auch für Berufungsverhandlungen nach erstinstanzlichen Freisprüchen<sup>21</sup> bestätigt wurde,<sup>22</sup> entwickelte das OLG Hamm die Rechtsprechung in Bezug auf Einwilligungen in Blutentnahmen weiter.

In der Rechtsprechung entschieden war bereits zuvor, dass die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe durch den Richter nicht erforderlich ist, wenn die Einwilligung des Beschuldigten in den körperlichen Eingriff vorliegt.<sup>23</sup> Für eine solche Einwilligung – über die der Beschuldigte belehrt werden soll<sup>24</sup> und die jederzeit widerruflich ist<sup>25</sup> – muss der Beschuldigte die Sachlage und sein Weigerungsrecht kennen und die Einwilligung ausdrücklich, eindeutig und aus freiem Entschluss erklären.<sup>26</sup> Darüber hinaus muss er zum Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligung in die Blutentnahme genügend verstandesreif sein, um die Tragweite seiner Einwilligungserklärung zu erkennen.<sup>27</sup> Das OLG Hamm äußert sich nun zwei Mal zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Alkoholeinfluss zum Ausschluss der Verstandesreife führen kann.

So ließ der Senat für einen solchen Ausschluss zunächst 1,23 Promille Blutalkohol nicht ausreichen, sondern erklärte, dass der Ausschluss der Verstandesreife in der Regel wohl erst ab 2 Promille Blutalkohol ernsthaft in Erwägung gezogen werden könne.<sup>28</sup> Im zweiten Verfahren konkretisierte der Senat seine Rechtsprechung dann dahingehend, dass die Einwilligungsfähigkeit durchaus auch bei über 2 Promille Blutalkohol gegeben sein könne. Hierzu bedürfe es jedoch „einer näheren Darlegung der insoweit relevanten Umstände, etwa des Vorhandenseins von Ausfallerscheinungen, des vorangegangenen Trinkverhaltens, der Trinkgewohnheiten und ggf. weiterer

Umstände, die Anhaltspunkte für die Beurteilung einer Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten des Angeklagten aufgrund der gegebenen Alkoholisierung darstellen.“ Das angefochtene Urteil lasse hinreichende Ausführungen hierzu aber vermissen.<sup>29</sup> Damit hielt, soweit ersichtlich, zum ersten Mal ein deutsches Obergericht die Einwilligungsfähigkeit bei einem solch hohen Promillewert für möglich.

In beiden Entscheidungen ist dem OLG Hamm zuzustimmen. Während eine BAK von knapp über 1 Promille in der Regel kaum ausreichen dürfte, um dem Beschuldigten die für die Einwilligungsfähigkeit erforderliche Verstandesreife abzusprechen, muss sich das entscheidende Gericht bei über 2 Promille ernsthaft mit dieser Frage auseinandersetzen. Einen Automatismus hin zur fehlenden Verstandesreife ab 2 Promille gibt es aber nicht. Entscheidend ist der Einzelfall; dabei gilt: Je höher die BAK, desto überzeugender muss die Darstellung der Begleitumstände sein.

### 3. Nachtrunk

Was zuvor schon gelegentlich in *obiter dicta* angesprochen worden war,<sup>30</sup> bekräftigte das OLG Bamberg nun, soweit ersichtlich, erstmals in der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>31</sup> auch in den entscheidungstragenden Ausführungen: Bei drohendem Nachtrunk – wenn der Beschuldigte also nach der Fahrt weiter Alkohol zu sich nimmt – darf der ermittelnde Polizeibeamte Gefahr im Verzug annehmen, dies unabhängig davon, ob ein Richter erreichbar ist.<sup>32</sup>

Die Entscheidung des OLG Bamberg verdient uneingeschränkte Zustimmung, was offenbar auch Stimmen aus der Verteidigerschaft so sehen.<sup>33</sup>

### 4. Richterlicher Bereitschaftsdienst

Weitaus umstrittener ist hingegen die Frage, ob nächtliche, von Polizeibeamten angeordnete Blutentnahmen erhoben und verwertet werden dürfen, wenn zum Zeitpunkt der Entnahme kein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst eingerichtet ist. Ihre Beantwortung differiert abhängig davon, ob auf Grundlage der Fallzahlen<sup>34</sup> des jeweiligen Gerichtsbezirks Bedarf für einen nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst besteht oder nicht.

Besteht ein solcher Bedarf, so wird zum Teil ein Beweis-erhebungsverbot angenommen. Zwar hätte dann „der einzelne Polizeibeamte subjektiv nicht vorwerfbar die Anordnung wegen Gefahr im Verzuge treffen können,

<sup>20</sup> Vgl. Kudlich HRRS 2011, 114 ff., der der Widerspruchslösung allerdings generell kritisch gegenübersteht.

<sup>21</sup> OLG Frankfurt 3 Ss 285/10, Urt. v. 08.11.2010, Leitsatz 2 (juris).

<sup>22</sup> Thüringer OLG 1 Ss Bs 23/11, Beschl. v. 30.05.2011, Rn. 9 (juris).

<sup>23</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm 3 RVs 93/10, III-3 RVs 93/10, Beschl. v. 02.11.2010, Rn. 14 m.w.N. (juris).

<sup>24</sup> Kraft JuS 2011, 591. Die fehlende Belehrung wird aber in der Regel nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, vgl. LG Saarbrücken 2 Qs 53/08, Beschl. v. 13.11.2008, Rn. 10; vgl. ferner Verghe SVR 2011, 201, 203, wonach die Einwilligung jedenfalls dann unwirksam sein soll, wenn die fehlende Belehrung im Zusammenhang mit einer bewussten und gezielten Umgehung des Richtervorbehalts seitens der Strafverfolgungsbehörden steht.

<sup>25</sup> Zu beachten ist jedoch, dass das, was vor dem Widerruf ermittelt worden ist, verwertbar bleibt, Kraft JuS 2011, 591.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm 3 RVs 93/10, III-3 RVs 93/10, Beschl. v. 02.11.2010, Rn. 15 m.w.N. (juris).

<sup>27</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm 3 RVs 93/10, III-3 RVs 93/10, Beschl. v. 02.11.2010, Rn. 16 m.w.N. (juris).

<sup>28</sup> OLG Hamm 3 RVs 93/10, III-3 RVs 93/10, Beschl. v. 02.11.2010, Rn. 17 (juris).

<sup>29</sup> OLG Hamm III-3 RVs 104/10, 3 RVs 104/10, Beschl. v. 20.02.2011, Rn. 22 (juris).

<sup>30</sup> OLG Hamm 2 Ss 117/09, Beschl. v. 28.04.2009, Rn. 23; OLG Bamberg 2 Ss 15/09, 2 Ss 15/2009, Beschl. v. 19.03.2009, Rn. 26; HansOLG 2 – 81/07 (REV), 2 – 81/07 (REV) – 1 Ss 226/07, Beschl. v. 04.02.2008, Rn. 21 (juris).

<sup>31</sup> Deutscher StRR 2011, 196, 198.

<sup>32</sup> OLG Bamberg 3 Ss 14/11, Urt. v. 22.03.2011, Leitsatz 1 (juris).

<sup>33</sup> Verghe SVR 2011, 201, 204.

<sup>34</sup> Wie viele Blutentnahmen werden in der Nacht im Durchschnitt vorgenommen?

denn eine richterliche Anordnung wäre dann frühestens am nächsten Werktag in den Dienststunden des Gerichts zu erlangen gewesen. Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt läge dann allerdings im Bereich der Justizorganisation. Hieraus kann dem Beschuldigten kein Nachteil erwachsen, so dass das Fehlen des gesetzlich gebotenen Eildienstes bzw. der Erreichbarkeit des Eildienststrichers objektiv Gefahr im Verzuge nicht zu begründen vermag<sup>35</sup>. In dem Umstand, dass auf Grund der Fallzahlen ein Bereitschaftsdienst hätte eingerichtet werden müssen, liege zugleich ein schwerwiegender Fehler der Justizorganisation, der zu einem Beweisverwertungsverbot führe. So sei zu berücksichtigen, dass der Polizeibeamte – bzw. die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft generell – sich in Fällen, in denen bekanntermaßen kein richterlicher Bereitschaftsdienst vorliege, keinerlei Gedanken über die Fragen von Gefahr im Verzuge und richterlicher Anordnungscompetenz mache, sondern allein aufgrund entsprechender langjähriger Praxis eine eigene Anordnung treffe.<sup>36</sup>

Die wohl herrschende Ansicht innerhalb der obergerichtlichen Rechtsprechung stellt hingegen nicht auf den Justizapparat, sondern auf den handelnden Polizeibeamten ab.<sup>37</sup> Da ein Richter objektiv nicht erreichbar sei, liege – jedenfalls bei einem erheblichen Zeitraum der Nichterreichbarkeit des Richters – Gefahr im Verzuge und daher bereits kein Beweisverwertungsverbot vor.<sup>38</sup> Selbst wenn man diesbezüglich anderer Ansicht sei, folge jedenfalls kein Beweisverwertungsverbot, da der Polizeibeamte bei seiner Anordnung der Blutentnahme jedenfalls nicht willkürlich oder unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts gehandelt habe.<sup>39</sup> Schließlich sei ihm bekannt gewesen, dass ein Richter während der Nachtzeit nicht zu erreichen sei.

Diese obergerichtliche herrschende Meinung erklärte das Bundesverfassungsgericht in Fortschreibung seiner seit 2007 bestehenden Rechtsprechung<sup>40</sup> verfassungsrechtlich für zulässig. Die Ablehnung eines Verwertungsverbots trotz Fehlens eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da die Strafgerichte in einem solchen Fall darauf verweisen könnten, dass die handelnden Polizeibeamten den Richtervorbehalt nicht willkürlich oder zielgerichtet umgingen.<sup>41</sup> Bestrebungen, die vom Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf Wohnungsdurchsuchungen festgestellte Pflicht zur Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes auf Blutentnahmen im Straßenverkehr zu übertragen, erteilte das Bundesverfassungsgericht eine klare Absage, da es sich bei § 81a Abs. 2 StPO – anders als im Rahmen von Wohnungsdurchsu-

chungen – nicht um einen verfassungsrechtlich abgesicherten Richtervorbehalt handele.<sup>42</sup>

Besteht hingegen auf Grund niedriger Fallzahlen kein Bedarf für einen nächtlichen Bereitschaftsdienst, so liegen die Dinge einfacher: In der Regel dürfte dann bereits kein Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein; jedenfalls liegt kein Beweisverwertungsverbot vor, da in diesem Fall weder dem Polizeibeamten bei seiner Anordnung, noch dem Gericht bei der Nichteinrichtung eines Bereitschaftsdienstes Willkür vorzuwerfen ist. Eine solche Fallkonstellation lag der Entscheidung des OLG Naumburg zugrunde, das sich dieser Ansicht anschloss.<sup>43</sup>

Wenngleich das Bundesverfassungsgericht die herrschende Meinung verfassungsrechtlich abgesegnet hat, bleibt einfachgesetzlich die Annahme eines Verwertungsverbots bei Fehlen eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes weiter möglich. Da § 81a Abs. 2 StPO einen Richtervorbehalt unabhängig von der konkreten Uhrzeit anordnet, sollte man bei der Frage, ob willkürlich gehandelt wurde, jedenfalls nicht auf den handelnden Polizeibeamten abstellen, da so – insbesondere unter Beachtung der Tatsache, dass die meisten Blutentnahmen nachts vorgenommen werden – die gesetzliche Regelung nachts weitgehend leer liefe. Stellt man hingegen – zu Recht – auf den Justizapparat insgesamt ab, so ist auch der Entscheidung des OLG Naumburg zuzustimmen, welches das Erfordernis eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes für Sachsen-Anhalt verneinte.

## 5. Fehlende Dokumentation

In dem Beschluss zu Blutentnahmen im Straßenverkehr vom Februar 2011<sup>44</sup> äußerte sich das Bundesverfassungsgericht zudem dahingehend, dass es ebenso wenig zu beanstanden sei, dass nach der strafgerichtlichen Rechtsprechung eine fehlende Dokumentation allein nicht zu einem Verwertungsverbot führe, sondern stattdessen lediglich mit in die Gesamtabwägung einfließe. Insoweit enthält der Beschluss keine Neuerungen gegenüber einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus 2008.<sup>45</sup>

## 6. Tendenz zur Annahme von Beweisverwertungsverboten?

Manche Stimmen in der Wissenschaft konstatieren eine zunehmende Tendenz der Gerichte, Beweisverwertungsverbote anzunehmen.<sup>46</sup> Zuzustimmen ist dem insoweit, als angesichts der bloßen Anzahl von sich in der letzten Zeit häufenden veröffentlichten Entscheidungen zum Richtervorbehalt gemäß § 81a Abs. 2 StPO nunmehr

<sup>35</sup> OLG Hamm 3 Ss 31/09, Beschl. v. 12.03.2009, Rn. 12 (juris).

<sup>36</sup> OLG Hamm 3 Ss 31/09, Beschl. v. 12.03.2009, Rn. 23 (juris).

<sup>37</sup> Peglau jurisPR-StrafR 9/2011 Anm. 1.

<sup>38</sup> OLG Köln 83 Ss 100/09, Beschl. v. 15.01.2010, Rn. 15 (juris).

<sup>39</sup> OLG Köln 83 Ss 100/09, Beschl. v. 15.01.2010, Rn. 16 ff. (juris).

<sup>40</sup> Burhoff StRR 2011, 154.

<sup>41</sup> BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, Beschl. v. 24.02.2011, Orientierungssatz 2b (juris) = HRRS 2011 Nr. 478.

<sup>42</sup> BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, Beschl. v. 24.02.2011, Orientierungssatz 2b (juris) = HRRS 2011 Nr. 478.

<sup>43</sup> OLG Naumburg 1 Ss 38/10, Urt. v. 07.02.2011, Rn. 17 ff. (juris).

<sup>44</sup> Siehe zu diesem Beschluss bereits oben 4.

<sup>45</sup> BVerfG 2 BvR 784/08, Beschl. v. 28.07.2008, Orientierungssatz 1c (juris) = HRRS 2009 Nr. 221; vgl. auch Burhoff StRR 2011, 154.

<sup>46</sup> Ebert ZIS 2010, 249, 255 f.; Kraft JuS 2011, 591, 593 f.



davon ausgegangen werden kann, dass die Thematik auch „in den Kreisen der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfspersonen hinreichend bekannt ist“ und somit die Annahme eines nicht willkürlichen Verhalten in Zukunft nicht mehr ohne Weiteres aufrechtzuerhalten ist.<sup>47</sup> Auch gab es Gerichte, die unter diesem Gesichtspunkt tatsächlich Beweisverwertungsverbote annahmen.<sup>48</sup> Nichtsdestoweniger wird diese Tendenz durch die jüngste gerichtliche Praxis nicht bestätigt. Hingegen lesen sich Entscheidungen wie die z.B. die des OLG Frankfurt<sup>49</sup> und des OLG Düsseldorf<sup>50</sup> wie Bilderbuchanleitungen in Sachen Abwägung, die – nicht zuletzt unter Hinweis auf den nur einfachgesetzlichen Richtervorbehalt<sup>51</sup> und den lediglich geringfügigen körperlichen Eingriff<sup>52</sup> – letztlich doch zu Gunsten der Verwertbarkeit ausfällt. Zuzugeben ist allerdings, dass sich die Lage in den kommenden Jahren noch ändern kann, da die bisher von Oberlandesgerichten entschiedenen Verfahren in der Regel aus der Zeit bis 2009 stammen, und damit einer Zeit, zu der durchaus auch gerichtlich noch eine ständige Anordnungscompetenz von Polizeibeamten vertreten wurde.<sup>53</sup>

### III. Fazit und Ausblick

Entscheidende Fortschritte in Sachen Blutentnahmen im Straßenverkehr hat 2011 sicherlich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts gebracht. So wurde verfassungsgerichtlich abgesegnet, dass bei Fehlen eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes die Berufung auf ein Beweisverwertungsverbot praktisch unmöglich ist und die fehlende Dokumentation durch den Polizeibeamten allein nicht für die Begründung eines Beweisverwertungsverbots genügt. Aber auch die übrigen obergerichtlichen Entscheidungen haben mehr Licht in die Diskussion gebracht: Während drohender Nachtrunk in der Regel schon für sich genommen für die Begründung von Gefahr im Verzug ausreicht, gilt die drohende Grenzwertunterschreitung lediglich als Indiz hierfür. Eine BAK über 2 Promille schließt die Einwilligungsfähigkeit des Beschuldigten nicht zwangsläufig aus.

Ebenso entscheidend legte das Bundesverfassungsgericht allerdings – eher unbewusst – den Finger in die Wunde des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts. Gerade mit der Billigung der obergerichtlichen Rechtsprechung zum nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst wird der Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO *ad absurdum* geführt: So ist in der Nacht – also zu einer Zeit, zu der mit Abstand die meisten Fahrten unter Alkohol- und Dro-

geneinfluss unternommen werden – im Ergebnis die Polizei in aller Regel selbst zur Anordnung der Blutentnahme „befugt“, jedenfalls dort, wo keine nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienste existieren. Wenn zudem in der Rechtsprechung gegen die Annahme von Willkür des Polizeibeamten angeführt wird, der Richter hätte die Blutentnahme ohnehin angeordnet, macht der Richter sich selbst überflüssig. Darüber hinaus führen paradoxer Weise komplexe Sachverhalte häufig dazu, dass der Richter sich ohne Aktenkenntnis nicht in der Lage sieht, telefonisch zu entscheiden, so dass der Polizeibeamte zuletzt erneut Gefahr im Verzug annehmen kann.<sup>54</sup> Einfache Sachverhalte hingegen können und werden vom Richter entschieden. Solcherart ergangene Entscheidungen aber hätten ohne Weiteres auch vom Polizeibeamten selbst getroffen werden können.<sup>55</sup> Denn „[w]elchen Wert hat der Richtervorbehalt [...], wenn er ohne eigenes Ansehen ergeht?“<sup>56</sup>

Und so sollte man das Bundesverfassungsgericht beim Wort nehmen, wenn es mehr als deutlich herausstellt, dass der Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO verfassungsrechtlich nicht geboten ist.<sup>57</sup> Der Bundesrat hat begrüßenswerter Weise damit begonnen, die Vorlage des Bundesverfassungsgerichts zu verwerten und hat einen Gesetzesvorschlag eingebracht, der den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO im Straßenverkehr abschaffen will.<sup>58</sup> Die Bundesregierung will den Vorschlag prüfen,<sup>59</sup> ist aber über diese Prüfung bis heute nicht hinausgekommen. Und so bleibt zu hoffen, dass die Bundesregierung neben der Bewältigung der Krise(n) ein wenig Zeit bleibt, um das Gesetzesvorhaben schnellstmöglich mit einem positiven Votum zu versehen. Die unendliche Geschichte soll schließlich bald ein glückliches Ende finden...

<sup>54</sup> Die Berufung auf Gefahr im Verzug ist in einer solchen Situation nicht ausgeschlossen, BGH 5 StR 200/05, Beschl. v. 11.08.2005, Rn. 12 = HRRS 2005 Nr. 861; *Peglau* NJW 2010, 2850, 2851; a.A. LG Berlin 522a-2/09, 522a – 2/09, (522a) 1 Kap Js 1366/09 Kls (2/09), Beschl. v. 30.11.2009, Rn. 5 (juris). Obergerichtlich noch nicht entschieden wurde, ob dies auch dann gilt, wenn der Richter sich unberechtigt einer telefonischen Befassung verweigert.

<sup>55</sup> *Ebert* ZIS 2010, 249, 254.

<sup>56</sup> So der BGH-Präsident *Tolksdorf* schon 2010, BGH-Präsident will Blutprobe ohne Richterbeschluss, Spiegel Online, 05.02.2010, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/0,1518,676185,00.html> (zuletzt abgerufen 06.10.2011). Auch *Tolksdorf* setzt sich für die Abschaffung des Richtervorbehalts im Straßenverkehr ein.

<sup>57</sup> BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, Beschl. v. 24.02.2011, Orientierungssatz 3b (juris) = HRRS 2011 Nr. 478.

<sup>58</sup> BT-Drs. 17/4232, 1 ff. In § 81a StPO soll folgender Satz eingefügt werden: „Einer richterlichen Anordnung bedarf es nicht in den Fällen der §§ 315a und 315c bis 316 des Strafgesetzbuchs, wenn eine Blutprobenentnahme dem Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut dienen soll. § 98 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

<sup>59</sup> BT-Drs. 17/4232, 7: „Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates, den Richtervorbehalt für die strafprozessuale Anordnung einer Blutentnahme einzuschränken, im weiteren Verfahren unter Beachtung rechtstaatlicher Anforderungen und der Sicherstellung einer effektiven Strafverfolgung näher prüfen.“

<sup>47</sup> KG Berlin (3) 1 Ss 204/09 (71/09), Beschl. v. 01.07.2009, Rn. 3 (juris).

<sup>48</sup> Siehe z.B. OLG Dresden 1 Ss 90/09, Urt. v. 11.05.2009, Rn. 7 ff. (juris); OLG Schleswig 1 Ss OWi 92/09 (129/09), Urt. v. 26.10.2009, Rn. 18 ff. (juris). Weitere Entscheidungen finden sich bei *Peglau* NJW 2010, 2850, Fn. 1.

<sup>49</sup> OLG Frankfurt 2 Ss OWi 887/10, Beschl. v. 29.07.2011 (juris).

<sup>50</sup> OLG Düsseldorf IV-4 RBs 33/11, 4 RBs 33/11, Beschl. v. 28.02.2011 (juris).

<sup>51</sup> OLG Düsseldorf IV-4 RBs 33/11, 4 RBs 33/11, Beschl. v. 28.02.2011, Rn. 21 (juris).

<sup>52</sup> OLG Frankfurt 2 Ss OWi 887/10, Beschl. v. 29.07.2011, Rn. 26 (juris).

<sup>53</sup> OLG Frankfurt 2 Ss OWi 887/10, Beschl. v. 29.07.2011, Rn. 32 (juris).

# Cannabis zur analgetischen Selbsttherapie

## Die Auswirkungen der Grundsatzentscheidung des BVerwG zu den Erlaubnisvoraussetzungen des § 3 Abs. 2 BtMG aus dem Jahr 2005 auf das Strafrecht

Von Wiss. Mit. Dr. Sönke Gerhold, CAU Kiel

### I. Einleitung

Die Frage, ob die nicht genehmigte Selbsttherapie mit Cannabisprodukten durch einen Schmerzpatienten und in diesem Zusammenhang insbesondere der Anbau und der Besitz von Cannabis i.S.d. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 und 3, 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gerechtfertigt oder entschuldigt ist, hat die deutsche Strafgerichtsbarkeit schon wiederholt beschäftigt.<sup>1</sup> Der Grundtenor war regelmäßig und den Umständen angemessen beschuldigtenfreundlich, die Begründungen jedoch recht oberflächlich. Zwischen den Notstandsnormen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB und des entschuldigenden Notstands nach § 35 StGB wurde nicht klar differenziert. Bei ähnlichem Sachverhalt wurde teils auf § 34 StGB rekurriert, teils auf § 35 und teils wurden beide Normen als Einheit behandelt oder es wurde offen gelassen, auf welche Vorschrift man sich bezog. Für das Ergebnis, Freispruch, spielte die Zuordnung zu einer der beiden Normen keine Rolle und Teilnahmeerwägungen wurden ausgeblendet.

Charakteristisch für die bisher veröffentlichten Entscheidungen ist zudem, dass sie sich alle auf Taten beziehen, die vor der Entscheidung des BVerwG vom 19.05.2005<sup>2</sup> liegen. Durch diese Entscheidung hat das BVerwG den verwaltungsrechtlichen Weg für einen erfolgreichen Antrag auf Eigenmedikamentation jedoch erst freigegeben und damit die Verwaltungspraxis sowie die Rechtswirklichkeit erheblich verändert. Welche Auswirkung diese Änderung auf das Strafrecht hat, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

### II. Ein Beispiel aus der aktuellen Rechtsprechungspraxis

Eine erste Entscheidung über eine Tat, die nach der Entscheidung des BVerwG lag, hatte das Amtsgericht

Rendsburg im letzten Jahr zu treffen.<sup>3</sup> Die 49-jährige Angeklagte war bereits vor vielen Jahren schwer erkrankt und als Folgeschaden dieser Erkrankung war ein chronifiziertes Kopfschmerzsyndrom verblieben, das opiatpflichtige Analgesie erforderlich machte. Morphinpräparate vertrug die Angeklagte nur schlecht, weshalb sie die Dosen sehr gering und unterhalb der ärztlich empfohlenen Menge wählte. Im Urteil heißt es nach dieser Feststellung:

„Die Folge sei, dass ihre Schmerzen nur unzureichend unterdrückt wurden. Sie habe daher zur Tatzeit damit angefangen, ihre Schmerzen durch den zusätzlichen Konsum von Cannabisprodukten zu lindern. Diese ‚Behandlung‘ habe ihr gut getan, das Cannabis habe keine Nebenwirkungen gezeigt und ihre Schmerzen seien wesentlich erträglicher gewesen, als unter der reinen Einnahme von Morphinpräparaten.“

Eine Genehmigung hatte die Angeklagte nicht beantragt.

Zur Tatzeit am 23.09.2009 verwahrte die Angeklagte in ihrem Wohnhaus 176,6g getrocknete Cannabispflanzen und in ihrem Garten 2304,5g selbst angebaute nicht getrocknete Cannabispflanzen. Sie war damit laut Urteilsfeststellungen im Besitz von Cannabisprodukten mit einer Wirkstoffmenge von insgesamt 47,37g THC, so dass die nicht geringe Menge um ca. das 6-fache überschritten worden war.

Zur rechtlichen Würdigung heißt es im Urteil:

„Obwohl die Angeklagte damit tatbestandsmäßig und rechtswidrig Betäubungsmittel in nicht geringer Menge besessen hat, war sie gleichwohl freizusprechen, da sie nicht schuldhaft gehandelt hat. Das Gericht hat ihr zugestanden, dass sie in der gegebenen Situation aus ihrer Sicht heraus nicht anders handeln konnte, um weiteren erheblichen Schaden für ihre Gesundheit abzuwenden, § 35 Abs. 1 StGB. Die Angeklagte hat im Rahmen der heutigen Hauptverhandlung glaubhaft dargelegt und belegt, dass sie bereits seit vielen Jahren unter unerträglichen Schmerzen leidet, die mit den zulässigen Medikamenten nur bedingt zu lindern sind.“

<sup>1</sup> Vgl. nur OLG Köln StraFo 1999, 314; KG Berlin StV 2003, 167; AG Tiergarten NStZ-RR 2004, 281; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3645; KG Berlin NJW 2007, 2425.

<sup>2</sup> BVerwG NJW 2005, 3300, 3300 ff.

<sup>3</sup> Amtsgericht Rendsburg, Urteil vom 14.07.2010 – Az.: 8 LS 593 Js 48180/09 (23/10), Entscheidung mitgeteilt von Rechtsanwalt Martin Schaar, Kiel.

Diese Linderung erfährt sie jedoch durch die illegale Droge Cannabis. Diese Einlassung klingt nachvollziehbar und hat das Gericht überzeugt, dass es für die Angeklagte der einzig gangbare Weg gewesen war, ihre Schmerzen erträglich zu gestalten.“

Das Amtsgericht Rendsburg geht damit von einer Entschuldigung der Angeklagten aus, doch bleibt auch in dieser Entscheidung die Abgrenzung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung offen und ein Zusammenhang zu den verwaltungsrechtlichen Vorgaben des Erlaubnisverfahrens wird nicht hergestellt. Beides soll im Folgenden versucht werden.

### III. Die strafrechtliche Behandlung der analgetischen Selbstmedikation unter Berücksichtigung des Erlaubnisverfahrens nach § 3 Abs. 2 BtMG

Die Entscheidung des Amtsgerichts Rendsburg steht insoweit ganz in der Tradition der bisher veröffentlichten Entscheidungen der verschiedenen Instanz- und Revisionsgerichte, als auch diesen keine Kriterien zu entnehmen waren, wann ein rechtfertigender (§ 34 StGB) und wann einen entschuldigender Notstand (§ 35 StGB) in Betracht zu ziehen sei. Dies dürfte jedoch entscheidend von dem jeweils betrachteten Zeitpunkt und weiteren Umständen des Einzelfalls abhängig sein, auf die noch einzugehen ist.

Zu Recht bemerkt *Perron*, dass im Rahmen der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe ein spezialgesetzlich zur Auflösung der Zwangslage vorgesehenes Verfahren als rechtsstaatliches Ordnungsprinzip auf die Auslegung durchschlagen und die Güterabwägung beeinflussen müsse.<sup>4</sup> Ein solches rechtsstaatliches Verfahren stellt nun der Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die medizinische Verwendung von Cannabis gemäß § 3 Abs. 2 BtMG beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) in Bonn dar. Wenn es vor der Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 19.05.2005<sup>5</sup> noch nahezu ausgeschlossen war, eine entsprechende Ausnahmegenehmigung zu erwirken, hat das BfArM seine Rechtsauffassung nun erheblich geändert und es finden sich im Internet leicht zugängliche Hinweise für Patienten und Ärzte, wo und wie eine entsprechende Genehmigung zur medizinisch begleiteten Selbsttherapie beantragt werden kann, sowie entsprechende Antragsformulare.<sup>6</sup>

Das BfArM geht heute davon aus, dass die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung neben der Verhinderung des Betäubungsmittelmissbrauchs Gesetzeszweck des BtMG sei, und stützt sich dabei auf § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG sowie die eben zitierte Entscheidung des BVerwG. Dieses hatte festgestellt, fehl gehe die Ansicht, die Erlaubnis zu anderen im öffentlichen Interesse

liegenden Zwecken könne nicht zur Therapie einer einzelnen Person erteilt werden. Diese begriffliche Argumentation schliesse die Erteilung einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG zur Behandlung einzelner Patienten mit Cannabis generell aus. Ein solcher Ausschluss sei jedoch mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sowie der Würde der betroffenen Patienten aus Art. 1 GG unvereinbar. Die Begründung ist umfassend und überzeugend. Soweit daher die Voraussetzungen des § 34 StGB vorliegen, ist das BfArM rechtlich gehalten, eine Erlaubnis zu erteilen. Jede andere Entscheidung wäre ermessensfehlerhaft.

Als weitere anerkannte Möglichkeit und milderer Mittel zum Verstoß gegen die §§ 29, 29a BtMG kann der jeweils Betroffene bei seiner Krankenkasse zudem die Kostenübernahme für das Medikament Dronabinol beantragen, das in seinen Wirkungen Cannabis weitgehend entspricht, dessen erhebliche Kosten jedoch mangels arzneimittelrechtlicher Zulassung in Deutschland nur in Ausnahmefällen getragen werden.<sup>7</sup> Für die Frage der Anwendbarkeit des § 34 oder des § 35 StGB spielt diese Möglichkeit allerdings keine Rolle. Zudem dürfte sie den meisten Beschuldigten unbekannt sein.

Ein rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB kommt daher im Hinblick auf das Erlaubnisverfahren allein für den Zeitraum von Antragsstellung beim BfArM bis zu dessen Entscheidung über die Genehmigung bzw. deren Rechtskraft in Betracht.<sup>8</sup> Eine Alternative zum normwidrigen Verhalten beispielsweise in Form eines Erlaubnisvorbehalts bis zur Bescheidung kennt das Gesetz nicht, so dass § 34 StGB zur Vermeidung von Rechtfertigungslücken während der Dauer des Verfahrens anwendbar bleiben muss. Wird der Antrag dagegen rechtskräftig abgelehnt, obwohl sich der Antragssteller vom BfArM unerkannt in einer Notstandslage befindet, kommt nur noch ein entschuldigender Notstand nach § 35 Abs. 1 StGB in Betracht, da das abgeschlossene Genehmigungsverfahren nach § 3 Abs. 2 BtMG mit Rechtskraft eine Sperrwirkung gegenüber § 34 StGB entfaltet.<sup>9</sup> Dies gebietet bereits der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Anderenfalls wäre das Erlaubnisverfahren tatsächlich überflüssig. Die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands sind vom Strafrichter demgegenüber eigenständig zu überprüfen.

Beschreitet der Betroffene dagegen weder den Weg über die Krankenkassen, noch über das BfArM ist zwischen den hierfür relevanten Gründen zu differenzieren.

Sofern die Schmerzerkrankung das Leben des Patienten derart beeinträchtigt, dass es ihm nicht zumutbar ist,

<sup>7</sup> Vertiefend *Rinio* Betrifft Justiz 2009, 83, 84.

<sup>8</sup> Vgl. auch *LK/Zieschang*, 12. Aufl. (2006), § 34 Rn. 52, der feststellt, ein rechtlich geordnetes Verfahren zur Abwehr der drohenden Gefahr könne nur insoweit als milderer Mittel gelten als es rechtzeitig Abhilfe schaffe.

<sup>9</sup> *MüKo-StGB/Erb*, 1. Aufl. (2003), § 34 Rn. 176; *LK/Zieschang* (Fn. 8), § 34 Rn. 52. Auch das KG Berlin NJW 2007, 2425, misst dem Umstand, ob der Erlaubnis Antrag beim BfArM vor oder nach der verfahrensgegenständlichen Tat gestellt und wann dieser abschlägig beschieden worden sei, entscheidende Bedeutung für eine Rechtfertigung bei.

<sup>4</sup> Schönke/Schröder/*Perron* StGB, 28. Aufl. (2010), § 34 Rn. 41.

<sup>5</sup> BVerwG NJW 2005, 3300, 3300 ff.

<sup>6</sup> Vgl. [http://www.bfarm.de/cfn\\_103/DE/Bundesopiumstelle/BtM/form/form-inhalt.html?nn=1010386#AnkerErlaubnis](http://www.bfarm.de/cfn_103/DE/Bundesopiumstelle/BtM/form/form-inhalt.html?nn=1010386#AnkerErlaubnis); Stand: 01.10.2011.

sich zu informieren, einen entsprechenden Antrag zu stellen oder gegen dessen Ablehnung zu klagen, ist er unmittelbar über § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt.<sup>10</sup> Diese Möglichkeit sollte in der Rechtspraxis stets bedacht werden, da die erheblichen Schmerzen die normative Ansprechbarkeit im Einzelfall deutlich verringern können. In allen anderen Fällen beanspruchen jedoch die allgemeinen Prinzipien, dass eine tatbestandslose Handlung ein milderes Mittel zur rechtswidrigen Handlung darstellt<sup>11</sup> und eine gerechtfertigte Handlung ein milderes Mittel zur entschuldigten Handlung<sup>12</sup>, Geltung und der Betroffene muss sich zuvor um eine tatbestandslose bzw. gerechtfertigte Schmerztherapie bemühen, um sich auf die Vorschrift des entschuldigenden Notstandes berufen zu können.

Tut er das nicht, ist weiter zu unterscheiden, ob dem Betroffenen die entsprechenden Verfahren und damit milderen Mittel unbekannt waren, so dass er in einem Erlaubnistatbestandsirrtum handelte, oder ob er über die Notwendigkeit eines Antrags bzw. dessen Erfolgsaussichten irrte. Im Rahmen eines Erlaubnistatbestandsirrtums, wenn dem Beschuldigten also die rechtlichen Möglichkeiten einer Ausnahmeerlaubnis oder einer Kostenübernahme für alternative Medikamente durch die Krankenkasse unbekannt waren, kommt es auf die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums nicht an. Er ist in beiden Fällen entschuldigt.

Nur soweit ein Erlaubnisirrtum oder ein Irrtum nach § 35 Abs. 2 StGB anzunehmen ist, ist die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums von Bedeutung und mit dem KG Berlin<sup>13</sup> zu fragen, ob dem Angeklagten bewusst war oder zumindest hätte bewusst sein müssen, dass und welche Alternativen es gebe.<sup>14</sup> Voraussetzung für die Straffreiheit ist in diesen Fällen ein unvermeidbarer Verbotsirrtum.

Ein solch unvermeidbarer Irrtum ist in Altverfahren und solchen, in denen der medizinische Cannabiskonsum bereits vor mehreren Jahren begonnen hat, wohl regelmäßig begründbar, da entsprechende Ausnahmegenehmigungen tatsächlich erst seit 2007 erteilt werden<sup>15</sup> und es bis zur Entscheidung des BVerwG auch auf dem Rechtsweg praktisch ausgeschlossen war, eine entsprechende Ausnahmegenehmigung zu erstreiten.<sup>16</sup> Die Anmerkung von *Kotz/Rahlf*, eine Ausnahmegenehmigung erteile das BfArM ohnehin nicht und der Erkrankte werde in der Rechtswirklichkeit mehr und mehr gleich einem Billardspiel, bei dem er als Kugel erhalten müsse, vom

BVerfG an die Bande der Verwaltungsgerichtsbarkeit gestoßen, von dort würde er aber lediglich die Türe in Richtung Sozialgerichtsbarkeit gewiesen bekommen, um an der dortigen Bande mit der Bemerkung abzurutschen, die Krankenkassen bräuchten die verschreibungsfreien Präparate nicht zu bezahlen, und daher zuletzt vor dem Strafrichter landen<sup>17</sup>, war für die noch nicht allzu ferne Vergangenheit sicher zutreffend. In kommenden Entscheidungen muss der Ausnahmeantrag vor dem BfArM jedoch als echte und nicht nur theoretische Alternative im Rahmen des Notstandes berücksichtigt werden. Sowohl die Verwaltungspraxis, die Rechtsprechung als auch die herrschende Auffassung in der Literatur haben sich insoweit gewandelt und nach Angaben des BfArM wurden unter den vom BVerwG aufgestellten Voraussetzungen bisher 47 Ausnahmegenehmigungen erteilt. Soweit die Voraussetzungen vorliegen, muss die Erfolgschance eines Antrags nun anders als früher als gut beurteilt werden.

Falls kein Antrag gestellt wurde, wird sich der Schwerpunkt der tatrichterlichen Sachverhaltsaufklärung daher zukünftig wohl auf die Irrtumsproblematik verlagern und eine unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 34, 35 Abs. 1 StGB mangels Ausschöpfen wirkungsvoller Alternativen ausscheiden.

Die zu Beginn zitierten, bisher veröffentlichten und in der Literatur diskutierten Entscheidungen betreffen jedoch allesamt Altfälle, in denen ein erfolgversprechendes Verfahren nicht zur Verfügung stand und sich der Betroffene mangels milderer Mittel ohne Einschränkung auf die Notstandsvorschriften berufen konnte. Ähnliches muss auch heute noch für Fälle gelten, in denen der Versuch, eine Erlaubnis zu erlangen, bereits einmal fehlgeschlagen war oder in denen der Betroffene im Hinblick auf die mangelnden Erfolgsaussichten von einem Antrag Abstand genommen hatte und sich wegen seiner verständlichen, mit der Krankheit zusammenhängender Lebensumstände nicht laufend über Änderungen der Rechtsprechung oder der Verwaltungspraxis informieren konnte. Auch ihm wird je nach den Umständen des Einzelfalls ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB oder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zuzubilligen sein. Zu Recht gehen die oben zitierten Entscheidungen daher von einer Straffreiheit der Angeklagten aus und das Ergebnis wird, wenn auch mit leicht veränderter Begründung, in Zukunft ebenfalls das richtige sein.

Das Amtsgericht Rendsburg hat das Erlaubnisverfahren sowie die sich wandelnde Erlaubnispraxis jedoch unberücksichtigt gelassen und macht es sich daher in der Begründung zu leicht. Zu einer auch dogmatisch stichhaltigen Begründung hätte es noch weiterer Sachverhaltsfeststellungen bedurft. Dass die vom Schicksal gebeutelte Angeklagte aber auch bei weitergehender Sachverhaltsaufklärung und nach den hier vorgeschlagenen Kriterien freizusprechen war, ist mehr als naheliegend und das Urteil daher im Ergebnis zu begrüßen. Ebenso ist die Anwendung des § 35 StGB bei nicht beantragter Erlaubnis der Anwendung des § 34 StGB vorzuziehen.

<sup>10</sup> Vgl. *Fischer*, StGB, 58. Aufl. (2011), § 35 Rn. 8.

<sup>11</sup> *LK/Zieschang* (Fn. 8), § 34 Rn. 52.

<sup>12</sup> *MüKo-StGB/Erb* (Fn. 9), § 35 Rn. 32; *SK-StGB/Rogall*, Stand 125. Lieferung Oktober 2010, § 35 Rn. 23.

<sup>13</sup> *KG StV* 2003, 167.

<sup>14</sup> Die gewissenhafte Prüfung des Sachverhalts ist nach der herrschenden Lehre keine Voraussetzung für den Putativnotstand. Vertiefend *LK/Zieschang* (Fn. 8), § 34 Rn. 77 und 90 m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. <http://www.cannabis-med.org/german/germany/legal.htm>; Stand: 01.10.2011.

<sup>16</sup> Vgl. die Übersicht über die mangelnden Erfolgsaussichten entsprechender Klagen vor 2005 bei *Kotz/Rahlf* *NStZ-RR* 2005, 193, 194.

<sup>17</sup> *Kotz/Rahlf* *NStZ-RR* 2005, 297.

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

**Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.): Strafrechtspraxis und Reform – Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 545 Seiten, Duncker & Humblot, 98,00 €, Berlin 2010.**

I. In der Person Heinz Stöckels treffen Praxis und Wissenschaft in jeweils herausragenden Stellungen zusammen: Der Jubilar war zunächst Amtsgerichtsdirektor in Neumarkt i. d. Opf., dann Leitender Oberstaatsanwalt bei der StA am LG Nürnberg-Fürth und ab 1996 Generalstaatsanwalt in Nürnberg. Nachdem er viele Jahre in Erlangen als Lehrbeauftragter gewirkt hatte, wurde ihm dort im selben Jahr der akademische Titel eines Honorarprofessors für Strafrecht und Kriminologie verliehen. 1997 wurde er Mitherausgeber des von Kleinknecht, Hermann Müller und Reitberger begründeten StPO-Loseblattkommentars. Die Festschrift enthält 27 Beiträge, die in 4 Themenbereiche gegliedert sind: (I.) Materielles Strafrecht, (II.) Strafprozessrecht, (III.) Kriminologie, Sanktionenrecht und Strafvollzug sowie (IV.) Juristische Zeitgeschichte und Völkerstrafrecht.

II. 1. Das wissenschaftliche Wirken des Jubilars begann mit seiner Dissertation „Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht“. Gleich mehrere Autoren greifen das Thema auf, zumal es sich gerade heute großer Aktualität erfreut – besonders im Wirtschaftsstrafrecht. Man kann sich das schnell an deutschen Städten klarmachen, die ihre Infrastruktur pro forma an Geschäftspartner in den USA verkaufen und sogleich von ihnen zurück leasen. Der alleinige Zweck solcher Transaktionen besteht darin, Steuern zu sparen. Der „Eröffnungsaufsatz“ stammt aus der Feder von Gunther Arzt, und er hat einen ganz großartigen Beitrag zu Papier gebracht: „SIEMENS – Vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte“ (15 ff.). Markenzeichen der SIEMENS-Korruption war bekanntlich das Eingehen auf erpresserische Forderungen: Nach dem in BGHSt 52,

323<sup>1</sup> geschilderten Sachverhalt hatte der angeklagte SIEMENS-Mitarbeiter durch seine Korruptionszahlung verhindert, dass der ausländische Erpresser (Mitarbeiter eines italienischen Konzerns) seine Drohung wahr machte, die Auftragserteilung an SIEMENS zu vereiteln. Die abgepressten Zahlungen fallen hier zwar unter keinen deutschen Korruptionstatbestand: § 299 StGB erfasst nicht die vom Vorteilsgeber bezweckte Abwehr einer pflichtwidrigen Benachteiligung; Auslandskorruption durch Zahlungen an ausländische Amtsträger – ein im konkreten Fall ebenfalls nicht vorliegendes Tatbestandsmerkmal – liegt nach deutschem Recht (§ 334 StGB i. V. m. Art. 2 § 1 IntBestG) nur vor, solange ein „unbilliger Vorteil“ erstrebt wird. Die Abwehr unbilliger Benachteiligungen ist nicht gemeint. Gleichwohl sollen sich die Mitarbeiter von SIEMENS, die entsprechende Zahlungen veranlasst hatten, nach Ansicht des BGH strafbar gemacht haben, und zwar wegen Untreue (§ 266 StGB), weil die Zahlungen aus dafür angelegten Schwarzen Kassen erfolgte.<sup>2</sup> Arzt zeigt zunächst die Mängel der Untreue-Konstruktion des BGH auf (22)<sup>3</sup> und richtet sein Augenmerk sodann auf das unter dem Stichwort „Compliance“ etablierte neue Modell der Verdachtsaufklärung (24): Verdächtige müssen auf einer Vorstufe betrieblicher Kriminalitätskontrolle ihre Taten so weit selbst aufklären, dass es für die Ermittlungsbehörde i. d. R. nur noch eine Formsache ist, das Resultat in eine Anklage und später in eine Verurteilung umzusetzen. Die insoweit bestehenden rechtlichen Bedenken sind vielfach beschrieben und brauchen hier nicht wiederholt zu wer-

<sup>1</sup> Die Entscheidung wird u. a. besprochen von *Ransiek* NJW 2009, 95 und *Rönnau* StV 2009, 246.

<sup>2</sup> Zur Rechtfertigung von Schmiergeld- und Bestechungszahlen jüngst: *Dann* Wistra 2011, 127: Korruption im Notstand.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu *Corsten* HRRS 2011, 247: Erfüllt die Zahlung von Bestechungsgeldern den Tatbestand der Untreue?

den.<sup>4</sup> Arzt stellt ergänzend klar, dass Compliance bei korrupten Schwarzen Märkten nicht zu einem wunderbaren Erlöschen der Kriminalität führt, weil sich „Saubere“ selbstverständlich nicht einfach importieren lasse. Die einzigen Alternativen bestünden für betroffene Unternehmen daher im Grunde nur im (nicht immer zumutbaren) Rückzug vom Markt oder darin, Korruption formell so ablaufen zu lassen, dass sie nicht mehr in den Verantwortungsbereich der westlichen Unternehmen falle (34). Arzt ist beizupflichten, dass sich insoweit eine Menge machen ließe. In der Sache selbst wird so freilich nichts gewonnen. Jedenfalls sei eine „Zero-Tolerance“-Politik gegenüber westlichen Unternehmen nicht zuletzt deshalb ein untaugliches Mittel (39).

Bottke befasst sich ebenfalls mit dem allgegenwärtigen Thema „Compliance“ und untersucht die „Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen“ (43 ff.). Er meint, der Staat könne seine Verpflichtung zum Schutz der gleichen Freiheit aller, hier also: des Marktes, nur dadurch erfüllen, indem er nicht auf freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen vertraue (54). Er hegt daher offenkundig Sympathie für die „Möglichkeit, Unternehmen zu bestrafen“ (55). Bernd von Heintschel-Heinegg, neben dem Jubilar Herausgeber des KMR, und Manfred Dauster befassen sich mit der „Strafrechtliche(n) Durchsetzung von Exportkontrollen in Konflikt mit Europäischem Gemeinschaftsrecht“ (57 ff.) und gelangen zu dem Ergebnis, dass § 5c Abs. 2 AWV und § 34 Abs. 1 AWG gemeinschaftsrechtswidrig seien (60,71). „Gesetzesumgehung und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht“ betitelt Hans Kudlich seinen erhellenden Aufsatz, indem er Überlegungen zur Ermittlung der sog. Wortlautgrenze anstellt (93 ff.). Sein Fazit, welches er zuvor an einem Fall zur Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG exemplifiziert, lautet: Die Wortlautgrenze sei nicht durch Sprache vorgegeben, sondern werde erst durch Spracherarbeitung gewonnen, also durch Auslegung gezogen (116). Welch „Besonders hohe(n) Grenzen für den Strafgesetzgeber“ aufgrund von Artikel 103 Abs. 2 GG, Unschuldsvermutung und Subsidiaritätsprinzip sowie des Rechtsgutkonzeptes des deutschen Strafrechts bestehen, beschreibt Kristian Kühl (116 ff.). Man wünscht sich, dass seine Überlegungen von Rechtspolitikern zur Kenntnis genommen werden. Franz Streng schließt den materiellrechtlichen Themen gewidmeten Teil der Festschrift mit Anmerkungen zum Defensivnotstand bei terroristischen Angriffen und fragt: „Gerechtfertigte Aufopferung Unbeteiligter?“ (135 ff.).

2. Der strafprozessuale Abschnitt beginnt mit einer Forderung Böttchers, bis vor kurzem Bundesvorsitzender der

<sup>4</sup> Vgl. etwa: *Greeve*, in: FS 25 Jahre Arge Strafrecht im DAV [2009], S. 512: Strafrechtliche Beratung und Compliance – Rechtsstaatlich bedenkliche Prävention und Kriminalitätsbekämpfung durch Private; *Hart-Hönig*, aaO, S. 535: Verteidigung von Unternehmen und Compliance im globalisierten Strafrecht – Rechtsstaatlich problematische Verschärfung von Haftungsrisiken; *Wessing*, aaO, S. 907: Der Einfluss von Compliance, Revision und firmeninternen Ermittlungen auf die Strafverteidigung; *Neuhaus*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral* (2010), S. 385: Compliance-Systeme und Vorfelddermittlungen.

Opferschutzorganisation „Weißer Ring“.<sup>5</sup> Böttcher verlangt (mehr) „Rücksichtnahme auf Opferinteressen bei der Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO“ (161 ff.). In diesem Zusammenhang fordert er zwar keine generelle Zustimmungsklausel, wohl aber bei zur Nebenklage berechtigten Verletzten (177). Außerdem sei es „notwendig“, die Einbeziehung der Opferbelange in die von Staatsanwaltschaft und Gericht vorzunehmende Abwägung ausdrücklich vorzuschreiben. Böttcher schlägt vor, in dem Wortlaut des § 153a StPO aufzunehmen, dass nicht nur die Schuld des Täters, sondern auch die berechtigten Opferinteressen der Einstellung nicht entgegenstehen dürfen. Auch solle eine solche Regelung nicht auf die zur Nebenklage berechtigten Opfer beschränkt sein (178).

Geradezu revolutionär ist eine Forderung, die Volker Erb in seinem Aufsatz „Grund und Grenzen der Unzulässigkeit einer regelmäßigen Einholung von Glaubwürdigkeitsgutachten im Strafverfahren“ (181 ff.) erhebt. Zwar erweise sich die Zurückhaltung der Praxis bei der Einholung von Glaubwürdigkeitsgutachten in den meisten Konstellationen im Ergebnis als zutreffend – allerdings mit einer bedeutsamen Ausnahme: Nicht legitimierbar, so Erb, sei die ablehnende Praxis im Falle des Belastungszeugen, dem das Gericht ohne Bestätigung seiner Angaben durch unabhängige weitere Beweismittel gegen die bestreitende Einlassung des Beschuldigten Glauben schenken will, d. h. bei einer nach Lage der Dinge zu erwartenden Verurteilung in einer sog. „Aussage-gegen-Aussage“-Situation. Hier sei die regelmäßige Hinzuziehung eines aussagepsychologischen Sachverständigen zwecks optimaler Erfassung aller Gesichtspunkte ein „rechtsstaatliches Gebot“ (194)! Wenn schon niemand zuverlässig davor gefeit sei, einer aus einem unerkannten Motiv geschickte produzierten Lüge aufzusitzen, schulde der Rechtsstaat dem möglicherweise zu Unrecht Beschuldigten wenigstens die optimale Ausschöpfung aller Möglichkeiten, die das Gericht im Einzelfall davon abhalten könnten, in eine trügerische Sicherheit zu verfallen. Wie wahr, möchte man hinzufügen: Man kann sich nicht des Gefühls erwehren, dass – bei allem Respekt – vor manchen Kammern gerade in Sexualstrafverfahren der Grundsatz „In dubio contra reum“ herrscht<sup>6</sup> und von einer „besonders vorsichtigen Beweiswürdigung“, wie sie die Revisionsrechtsprechung fordert, in Wahrheit nicht die Rede sein kann: Nicht selten scheint es, als ob Tatgerichte nicht in rationaler, sondern eher in emotional geleiteter Weise der Aussage eines Belastungszeugen Glauben schenken. Man muss zudem erleben, dass die tatrichterlichen Feststellungen leider kein getreues Abbild der Beweisaufnahme liefern. Das wird seit Jahren moniert, vor allem aus Verteidigerkreisen: *Bossi*<sup>7</sup>, *Dahs*<sup>8</sup>, *Geipel*<sup>9</sup>, *König*<sup>10</sup>, *Neuhaus*<sup>11</sup>, *Pauly*<sup>12</sup>, *Schlothauer*<sup>13</sup>,

<sup>5</sup> Nachfolgerin wurde die ehemalige Justizministerin des Landes NRW *Roswitha Müller-Piepenkötter*.

<sup>6</sup> Exemplarisch die Berichte von *Gisela Friedrichsen*, Im Zweifel gegen die Angeklagten (2008), *Sabine Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes (2007) oder *Meyer-Mews* NJW 2000, 916.

<sup>7</sup> *Bossi*, Halbgötter in Schwarz (2005), S. 67.

<sup>8</sup> *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl. (2008), Rn. 251.

<sup>9</sup> *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung (2008), S. 505 ff.

Widmaier<sup>14</sup>, Wilhelm<sup>15</sup> und Ziegert<sup>16</sup>. Aber auch von Staatsanwalts- und Richterseite bzw. Hochschullehrern wird Derartiges berichtet: Hanack<sup>17</sup>, Hebenstreit<sup>18</sup>, Herdegen<sup>19</sup>, Jagusch<sup>20</sup> und Wahl<sup>21</sup>. Ralf Eschelbach, heute Richter am 2. Strafsenat des BGH, hatte dieses bedrückende Problem bereits 2008 in seinem Aufsatz „Feststellungen“ in der FS-Widmaier beim Namen genannt.<sup>22</sup> Das Thema „richterliche Fehlleistungen“ scheint ihn wegen seiner Brisanz und Aktualität umzutreiben; zum Glück, möchte man sogleich nach der Lektüre seines Aufsatzes ausrufen:

Etwas harmlos und schlicht „Wiederaufnahmefragen“ überschreibt er seinen fulminanten Beitrag (199 ff.), der die bedrückendsten Erscheinungen der praktischen Strafjustiz in geradezu schonungsloser Offenheit beschreibt und anprangert. Richterliche Leistungsverweigerung, so liest man aufgrund eigener forensischer Erfahrungen wissend, aber dennoch erstaunt, gehöre zur neuen Rechtstatsachenlage. Angesprochen wird etwa der Ermittlungsrichter, der die Rechtsschutzfunktion des Richtervorbehalts nicht erfüllt und beispielsweise vorformulierte Beschlussentwürfe der Staatsanwaltschaft oder der Steuerfahndung unbeschrieben unterzeichnet (201) oder der Vorsitzende, der sich ohne vorherige Aktenlektüre in die Hauptverhandlung begibt (201).<sup>23</sup> Man liest Sätze wie: „Durch unzureichende Bildung von Hypothesen, die paradoxerweise zwar von aussagepsychologischen Sachverständigen gefordert werden, aber nicht von den letztverantwortlichen Tatrichtern, bleibt die fatale Tendenz der Verdachtshypothese zur Selbstbestätigung ohne das verfassungs- und prozessrechtlich erforderliche Gegengewicht“ (202 f.); oder: „Indem die Tatrichter sich meist auch schon vor der Hauptverhandlung auf ein Beweisergebnis festlegen<sup>24</sup> ... entfällt die Legitimation für den Urteilspruch durch ein neutrales Verhalten. Die Rechtskontrollinstanzen nehmen dies mit Gleichmut hin.“ Endlich, so möchte man ausrufen, bekennt auch ein Richter, dass der Rechtssatz „in dubio pro reo“ dem Angeklagten nicht hilft. Eschelbach schreibt: „Angeklagten wird generell nicht geglaubt und alle Aspekte, welche die eigene, durch Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss überhöhte Verdachtshypothese bestätigen, werden überbewertet. Privilegierte Zeugen, wie Ermittlungsbeamte

oder Geschädigte, werden hinsichtlich der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben generell überschätzt. Auch sonst werden alle Umstände, welche die Verdachtshypothese bestätigen, meist bereitwillig akzeptiert und alle Aspekte, die dem entgegenstehen, selektiert sowie ignoriert und mit beliebigen Argumenten dementiert“ (209). Daher ruft er eindringlich die Berufungensatzfunktion der Wiederaufnahme in Erinnerung und plädiert für eine Vitalisierung des faktisch toten Wiederaufnahmerechts. Dem bleibt nichts hinzuzufügen angesichts einer Revisionsrechtssprechung, „die effektiven Rechtsschutz jedenfalls nicht gewährleistet“ (212), denn, was den Revisionsgerichten angesichts der Rechtslage<sup>25</sup> selbstredend nicht vorzuwerfen ist, „Revisionsrichter gehen in Strafsachen von der Vermutung der Vollständigkeit der Urteilsgründe aus. Diese Vermutung mag normativ richtig sein, sie ist jedoch tatsächlich fast immer unzutreffend. Zudem bleibt sie in Folge des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung und der Annahme der Unzulässigkeit einer Rüge der Aktenwidrigkeit des Urteils im Revisionsverfahren unwiderlegbar“; dies, so Eschelbach, sollte mit der Rechtsschutzgewährleistung aus Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar sein (212).

Nur wenige Seiten später folgt ein weiteres wissenschaftliches Highlight. Matthias Jahn nimmt den bekannten Fall des ehemaligen Postchefs Klaus Zumwinkel und den ihm vorausgehenden Ankauf eines Datenträgers mit Informationen über Steuerdelikte tausender deutscher Kunden der liechtensteinischen LGT-Treuhand (sog. Causa Kieber) zum Anlass, „Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Strafverfahren“ zu untersuchen.<sup>26</sup> Jahn fordert zunächst die Rückbesinnung auf die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung und so die überfällige Revision der Abwägungslehre. Konkret: Die Beweiserhebungsbefugnisse seien in der Strafprozessordnung abschließend geregelt; eine Beweiserhebung jenseits des Gesetzes sei wegen des Vorbehalts des Gesetzes unzulässig. Insoweit bestünden prinzipiell Beweiserhebungsverbote (270). Jahn weist darauf hin, wie sehr die herkömmliche Beweisverbotsdogmatik unter Gesetzlosigkeit leidet, indem etwa aus dem imposanten Fundus der Abwägungstopoi einzelne Kriterien ein- und andere ausgeblendet werden, ohne dass sich dafür eine eingehende Begründung fände oder auch nur naheläge. Jahn kritisiert zu recht: „Die Unübersichtlichkeit des Abwägungsmaterials, die fehlende Determinierung des Abwägungsprozesses und die besondere revisions- und verfassungsgerichtliche Zurückhaltung bei der Ergebniskontrolle eröffnen den Tatgerichten eine vom Gesetz nicht vorgesehene Einschätzungsprärogative mit Blick auf den für den Einzelfall als „(gold-) richtig“ empfundenen Verfahrensausgang“ (270). Es ist dringend zu wünschen, dass sich die

<sup>10</sup> König, in: Ziegert (Hrsg.), Grundlagen der Verteidigung (1999), S. 155, 211.  
<sup>11</sup> Neuhaus, in: Brüsow/Krekeler/Gatzweiler/Mehle, Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. (2007), § 13 Rn. 28.  
<sup>12</sup> Pauly, in: FS R. Hamm (2009), S. 557, 557 f.  
<sup>13</sup> Schlothauer StV 1992, 133, 138.  
<sup>14</sup> Widmaier, in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung (2006), § 9 Rn. 108.  
<sup>15</sup> Wilhelm ZStW 117 (2005), S. 143 ff.  
<sup>16</sup> Ziegert, in: FS Volk (2009), S. 901, 903.  
<sup>17</sup> Löwe/Rosenberg (25. Aufl.) – Hanack, vor § 333 Rn. 11.  
<sup>18</sup> Hebenstreit HRRS 2008, 173, 178.  
<sup>19</sup> Herdegen bei Schäfer StV 1995, 147, 147.  
<sup>20</sup> Jagusch NJW 1971, 2009.  
<sup>21</sup> Wahl, in: NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer (2002), S. 73, 74.  
<sup>22</sup> Eschelbach, in: FS Widmaier (2008), S. 127 ff.  
<sup>23</sup> Es gibt zum Beispiel, wie dem Rezensenten aus eigener forensischer Praxis bekannt ist, Schöffengerichte, von denen selbst Richterkollegen sarkastisch behaupten, sie seien mit drei Laienrichtern besetzt.  
<sup>24</sup> Eschelbach meint sicher: „unbewusst“.

<sup>25</sup> Vgl. etwa BGHSt 29, 18, 20. Das Rekonstruktionsverbot ist allerdings nicht unumstritten; vgl. etwa: Fezer, in: Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991); S. 89, 106 ff. Ganz unabhängig davon stellt sich aber die zu verneinende Frage, ob es auch noch extensiv ausgelegt werden muss; so zutreffend: Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen (6. Aufl. 1998), Rn. 254 ff, insbes. 262 f.  
<sup>26</sup> Vgl. jüngst auch Kühne, in: FS Roxin (2011), S. 1269: „Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren – Zugleich eine Stellungnahme zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011“.

höchstrichterliche Rechtsprechung besinnt und diesen Gedanken die Bedeutung beimisst, der ihnen zukommt. Jahn steht damit bekanntlich nicht allein. Jürgen Wolter, um nur einen zu nennen, hat sich soeben in der Festschrift für Claus Roxin ebenfalls wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht ausgesprochen und das Problem dabei in einen über die Beweisverbote hinaus gehenden Zusammenhang gestellt.<sup>27</sup> Jahn hatte sich dem Problem der Beweisverwertungsverbote schon in seinem Gutachten zum 67. DJT 2008 aus der Perspektive des rechtsstaatlichen Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes genähert. Der im DJT-Gutachten für eine in der Praxis bedeutsame Fallkonstellationen entwickelten Kasuistik fügt Jahn in seinem Beitrag nun einen weiteren Baustein hinzu: Die Hingabe staatlicher Finanzmittel ohne ausreichende parlamentsgesetzliche Ermächtigung sei nicht durch §§ 161, 163 StPO gedeckt gewesen (272 f.). Dies mache einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG plausibel, denn, wie Jahn zutreffend ausführt, „indiziell für eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie ist stets, welche Einbuße an sozialer Ordnung für die Allgemeinheit einträte, würde man die Verwertung im konkreten Fall zulassen“ (274). Danach sei von einem Verwertungsverbot auszugehen. Im zweiten Teil seines Aufsatzes wendet er sich dem Thema der rechtswidrigen Beweismittelerlangung durch Private zu; ein Problem, das im Zuge der Globalisierung mit großer Wahrscheinlichkeit vermehrt auf die bundesdeutsche Justiz zukommen wird. Jahn unterzieht das vorherrschende Zurechnungsmodell, das lediglich bei „extremen“ oder „eklatanten“ Verstößen gegen die Menschenwürde zu einer Nicht-Verwertbarkeit der privat erlangten Beweismittel gelangt, einer kritischen Würdigung und macht sich mit eingehender Begründung für eine neue Orientierung stark (278 ff.). Auch seine Forderung nach einer Abkehr von Extrem Lösungen in der Fernwirkungsfrage ist überzeugend (283 f.).

In weiteren Beiträgen fragt Ernst Metzger nach dem „Öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung“ (287 ff.), untersucht Hans Christoph Schaefer „Das Berufsbild des Staatsanwalts“ (307 ff.) und befasst sich Jan Ch. Schuhr mit „Sachentscheidungen des Revisionsgerichts“ (323 ff.). Wenn auch ein erheblicher Teil der Entscheidungen im Ergebnis zu begrüßen sei, dürfe man nicht übersehen, dass „die Sachentscheidungspraxis in weiten Teilen im Widerspruch zum Gesetz steht“ (345). Schuhr macht deshalb einen Vorschlag zur Neufassung des § 354 StPO.

<sup>27</sup> Wolter, in: FS Roxin (2011), S. 1245: „Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht – Über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht“. Grundlegend und mit luzider Klarheit gegen den Einzelfall-Dezisionismus Jens Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. (2008) mit zust. Bespr. Neuhaus HRRS 2010, 485 sowie zur ersten Aufl. Sabine Gleß GA 2004, 252; Rainer Hamm NJW 2003, 194; Bernd von Heintschel-Heinegg JA 2003, 243 und Hans-Heiner Kühne StV 2003, 422. Die Liste der Kritiker ließe sich beträchtlich fortsetzen.

3. Die Aufsätze im dritten Teil der Festschrift sind den Bereichen Kriminologie, Sanktionen, Recht und Strafvollzug gewidmet. Dieter Dölling gelangt in seiner empirischen Untersuchung zur „Legalbewährung nach Täter-Opfer-Ausgleich im Erwachsenenstrafrecht“ (349 ff.) zu dem Ergebnis, dass sich der TOA günstig auf die Legalprognose auswirke; eine Erkenntnis, die man sicher auch in der Hauptverhandlung fruchtbar machen kann. Gabriele Kett-Straub hält die „Einwilligung in die Strafrestaussetzung nach §§ 57, 57a StGB“ für einen Fremdkörper im Strafsystem (377). Sie schlägt daher vor, auf sie in Zukunft zu verzichten (396). Zwar ist Kett-Straub beizupflichten, wenn sie als Argument für ihre Sichtweise anführt, es bestehe die Gefahr der unsachgerechten Einflussnahme: so könne die Nicht-Erteilung auf Anraten der Institution erfolgt sein, etwa dann, wenn dem Gefangenen im informellen Gespräch signalisiert wurde, dass ein Votum nicht zu seinen Gunsten ausfallen werde (388 f.). Sie übersieht aber, dass der Gefangene durchaus das Interesse haben kann, seine Vollstreckungsakte nicht mit einer ungünstigen Entscheidung zu belasten. So kann er bei einem sich abzeichnenden ablehnenden Beschluss eine Einwilligung zurücknehmen. Gleiches gilt im Verfahren auf Feststellung der Mindestverbüßungsdauer bei lebenslanger Freiheitsstrafe. Beschließt die Strafvollstreckungskammer eine aus Sicht des Gefangenen zu lange Mindestverbüßungszeit, so kann er Rechtsmittel einlegen und gegenüber dem OLG die Rücknahme der Einwilligung erklären. Diese – wenn auch z.T. streitige – Verteidigungsoption sollte ihm belassen bleiben. Klaus Laubenthal stellt die deutsche Strafvollzugsgesetzgebung als das dar, was sie ist: Eine Abfolge gescheiterter Reformversuche (415 ff.). Andreas Quentin, inzwischen Richter am 4. Strafsenat des BGH, wirft die Frage auf: „Welche Strafmilderung schafft Aufklärungshilfe?“ (463 ff.) und macht Vorschläge für eine – nach Ansicht des Rezensenten – dringend notwendige rationale Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG.

4. Themen aus der juristischen Zeitgeschichte und zum Völkerstrafrecht sind Gegenstand der Aufsätze im vierten und letzten Teil der Festschrift. Besonders hervorzuheben ist hier der nicht nur historisch interessierten Lesern zur Lektüre empfohlene Aufsatz zum berühmten Wilhelmstraßen-Prozess 1948/1949 aus der Feder von Klaus Kastner (499 ff.).

III. Die Festschrift enthält eine Fülle bemerkenswerter Aufsätze, deren Lektüre intellektuelles Vergnügen bereitet; und ohne andere schmälern zu wollen: Insbesondere die Beiträge von Arzt, Erb, Eschelbach und Jahn stechen aus Praktikersicht besonders hervor. Hoffentlich findet die Ehrengabe die Verbreitung, die sie verdient. Den Jubilar darf sie ganz sicher mit Freude und Stolz erfüllen.

**Prof. Dr. Ralf Neuhaus**, RA und Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund/Bielefeld

\*\*\*



**Theile, Hans. Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren;** 401 Seiten, 94,00 €, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

**I.** „Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren“, die Habilitationsschrift von *Hans Theile*, ist aus einer empirischen Studie hervorgegangen, deren Zielsetzung darin bestand, Fragen der Wirtschaftskriminalität im Zusammenhang mit Privatisierungen in der ehemaligen DDR zu untersuchen. Eine solche „kriminologische (Fremd-) beobachtung des Strafrechts“ (S. 291) kann für die Strafrechtsdogmatik fruchtbare Diskussionsansätze liefern, macht sie es – in den Worten des Verfassers – doch möglich, „die ‚blinden Flecke‘ des Strafrechtssystems [zu] identifizieren“ (S. 107); freilich wird damit keine „privilegierte Beobachterposition“ in Anspruch genommen, da der Fremdbeobachter seinerseits ebenfalls einen „blinden Fleck“ aufweist (S. 108). Ist die Arbeit schon aus diesem Grunde im positivsten Sinne eine „Herausforderung“ für die herkömmliche Dogmatik, so trifft dies umso mehr deshalb zu, weil *Theile* für seine Arbeit einen systemtheoretischen Ausgangspunkt wählt. Obwohl die Systemtheorie selbst in der ihre Relevanz für die Rechtsanwendung relativierenden *Luhmann*-Rezension von *Thomas Fischer* mit dem Prädikat „von einer schwer zu überbietenden Dichte und Gedankenfülle“ ausgezeichnet wurde,<sup>1</sup> haben das hohe Abstraktionsniveau sowie die Eigentümlichkeit des *Luhmannschen* Begriffsapparates zugleich eine nicht selten abschreckende Wirkung auf den Leser.<sup>2</sup> Es wäre jedoch ein Fehler, würde man allein aufgrund des systemtheoretischen Bezugsrahmens eine intensive Auseinandersetzung mit *Theiles* Arbeit scheuen. Denn „Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren“ ist ein gedankenreicher Beitrag zu einer dringend notwendigen Diskussion über die Grundlagen des Wirtschaftsstrafrechts. Dies kann der Rezensent auch und womöglich gerade deshalb sagen, weil er in mancherlei Hinsicht eine entgegengesetzte Position vertritt, zu deren erneutem Überdenken ihn die Arbeit zwingt.

**II.** Bereits in der Einleitung wird von „erheblichen Implementationsproblemen“ des Strafrechts im Bereich der Wirtschaftskriminalität gesprochen (S. 1) und es wird die Hypothese aufgestellt, „dass sich hinter diesem Phänomen grundsätzliche Schwierigkeiten verbergen, die (Wirtschafts-)Gesellschaft mit dem Instrument des Strafrechts zu steuern“ (S. 2). Im Folgenden stellt *Theile* dann den „steuerungstheoretischen Hintergrund der Problematik“ (S. 5) dar, indem er eine „formal-rationale Strafrechtskonzeption“ (S. 7 ff.) einem „material-rationalen Verständnis“ (S. 10 ff.) gegenüberstellt. Bei ersterer sei dem Recht „allein die Aufgabe zugewiesen, den formalen Rahmen für die Entfaltung von Selbststeuerungsprozessen zu geben, ohne in diese Prozesse intervenierend einzugreifen“ (S. 7). Diese Konzeption wird mit einem „klassisch-liberalen“ Strafrecht gleichgesetzt, das der möglichst weitgehenden Gewährleistung individueller Freiheit diene (S. 8 ff.). Demgegenüber komme dem

Strafrecht bei einer material-rationalen Konzeption eine originäre Gestaltungsaufgabe hinsichtlich anderer gesellschaftlicher Bereiche zu. *Theile* nennt das „moderne Wirtschaftsstrafrecht“ (S. 11) als Ausprägung dieser Rechtskonzeption und zeigt verschiedene Auswirkungen dieser Entwicklung auf der Ebene der Normsetzung bzw. der Normanwendung auf, u.a. die Wandlung des Rechtsgutsbegriffs (S. 14 ff.), die Herausbildung neuartiger Zurechnungsstrukturen im Produktstrafrecht (S. 18) oder die verstärkte Hinwendung zu einem Einheitstäterbegriff (S. 19). Die Rolle des Strafverfahrens bestehe insoweit primär darin, „über die Durchsetzung des materiellen Strafrechts die in den materiellrechtlichen Straftatbeständen verkörperten Steuerungsziele umzusetzen, um auf diese Weise die Wirtschaft material zu gestalten“ (S. 23). Andere Funktionen stellt *Theile* insoweit ausdrücklich nicht in Abrede; sie seien für die von ihm beabsichtigte Untersuchung lediglich nicht von Belang (S. 23 f.).

*Theile* weist selbst darauf hin, dass es sich bei der Gegenüberstellung von formal- bzw. material-rationaler Rechtskonzeption um „analytisch verwendbare Idealtypen“ handelt (S. 5). Ohne Zweifel ist diese Unterscheidung stark vereinfachend und sie wäre in anderen Zusammenhängen vermutlich – in der Diktion von *Theile* – „unterkomplex“. Im Einzelfall dürfte es kaum möglich sein zu unterscheiden, ob eine gesetzliche Norm noch in erster Linie dazu dient, einen „formalen Rahmen für die Entfaltung von Selbststeuerungsprozessen“ zu schaffen oder ob sie bereits den Versuch darstellt, in derartige Selbststeuerungsprozesse ihrerseits steuernd einzugreifen. Aber dies ändert nichts daran, dass die Unterscheidung einen für die Untersuchung von *Theile* bedeutsamen Gegensatz analytisch präzise zuspitzt, nämlich die Frage, inwieweit das (Straf-)Recht für sich in Anspruch nehmen darf, gegenüber der Wirtschaft bzw. deren „Systemvernunft“ mit einem eigenen normativen Gestaltungsanspruch aufzutreten.

Im 2. Kapitel stellt *Theile* begriffliche und theoretische Grundannahmen der Arbeit dar. In begrifflicher Hinsicht entscheidet er sich nach einer kritischen Würdigung des Meinungsstandes zum Begriff der Wirtschaftskriminalität (S. 27 ff.) dafür, darunter das sog. „Corporate Crime“ zu verstehen, also Straftaten, die im wirtschaftlichen Interesse eines Unternehmens von Angehörigen des Unternehmens begangen werden (S. 42). Sodann wird die Notwendigkeit betont, die empirischen Erkenntnisse vor dem Hintergrund eines sozialwissenschaftlichen Bezugsrahmens zu analysieren (S. 43 ff.). Dabei wird der – in der Rechtswissenschaft vor allem aus dem Kontext der ökonomischen Analyse des Rechts bekannte – Rational Choice-Ansatz als für die Zwecke der Untersuchung ungeeignet verworfen. Er sei zum einen nicht in der Lage, die Bedeutung korporativer Akteure (der Unternehmen) im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität angemessen zu erfassen (S. 48 ff.); zum anderen verspreche er für die Untersuchung von Mechanismen des Strafverfahrens – anders als möglicherweise bei materiellrechtlichen Fragestellungen – wenig Erkenntnisgewinn (S. 51 ff.). Stattdessen wählt *Theile* für seine Arbeit, wie bereits angedeutet, einen systemtheoretischen Bezugsrahmen, was angesichts der „ausgeprägten Begriffsdifferenzierungen der Systemtheorie“ einen „höheren Grad an

<sup>1</sup> GA 2001, 562, 563.

<sup>2</sup> Auch R. Dreier spricht in seiner instruktiven Darstellung des *Luhmannschen* Rechtsbegriffs (ARSP 88 [2002], 305 ff.) von „erheblichen Rezeptionsbarrieren“ aufgrund der „theoretischen Befruchtung“ vor allem des Spätwerks (S. 322).

Exaktheit in der Beschreibung und Analyse des Untersuchungsgegenstandes“ verspreche (S. 56).

Zugleich erfolgt hiermit jedoch eine entscheidende Weichenstellung für die gesamte Arbeit. Denn die Grundannahme der Systemtheorie, i.e. die Ausdifferenzierung der Gesellschaft in unterschiedliche operativ geschlossene Subsysteme, führt von vornherein dazu, dass sich „die Steuerungsansprüche des material-rationalen Strafrechts [...] an der Abgeschlossenheit und einseitigen Interessenausrichtung der Wirtschaft und ihrer Unternehmen ‚abarbeiten‘“ (S. 57).<sup>3</sup> Insofern erscheine „der Misserfolg strafrechtlicher Regulierungsbemühungen von vornherein weit weniger als ein im Sinne eines Implementationsdefizits zu beklagendes Scheitern im Einzel-, sondern im Gegenteil als zu erwartender Regelfall“ (S. 59). Damit wird die in der Einleitung formulierte Hypothese quasi durch die Wahl des theoretischen Bezugsrahmens bereits weitgehend bestätigt. Dies ist umso problematischer, als man die Systemtheorie als solche – um erneut den ihr durchaus distanziert gegenüberstehenden *Thomas Fischer* zu zitieren – „ernsthaft weder ‚richtig‘ finden noch sie ‚widerlegen‘ kann“.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund ist es problematisch, jeden Steuerungs- und Gestaltungsanspruch des Rechts unter Berufung auf systemtheoretische Erwägungen voreilig aufzugeben bzw. zu relativieren, wengleich die Vorstellung einer unmittelbar kausalen Steuerung i.e.S. in einer komplexen („postmodernen“) Gesellschaft ohne Zweifel naiv anmutet.

Im weiteren Verlauf des 2. Kapitels erfolgt eine instruktive Darstellung systemtheoretischer Grundlagen und Begriffe (S. 59 ff.), die zudem mit Blick auf den spezifischen Untersuchungsgegenstand ergänzt werden (S. 77 ff.). Zusammenfassend wird die Aufgabe des Strafverfahrens – das von *Theile* als eigenständiges (Sub-)System begriffen wird (S. 85 ff.) – dahingehend umschrieben, dieses habe „eine Entscheidung über die Frage der Nichtsanktionierung oder Sanktionierung des vermuteten materiellrechtlichen Normverstößes herbeizuführen und durch diese Leistung eine Lösung des durch den strafprozessualen Anfangsverdachts ausgelösten Konflikts zwischen dem Beschuldigten und dem strafenden Staat zu ermöglichen“ (S. 105). Die „Stabilisierung normativer Erwartungen“ – nach *Luhmann* die einzige *Funktion* des Rechts, während Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung allenfalls als dessen *Leistungen* zu begreifen seien<sup>5</sup> – hänge insoweit vor allem davon ab, „ob die innerhalb des jeweiligen Strafverfahrens betriebene Reduktion von Komplexität gerecht im Sinne einer adäquaten Komplexitätsreduktion“ sei (S. 106). Das 2. Kapitel wird durch eine Darstellung der methodischen Konzeption sowie der untersuchten Strafverfahren abgerundet (S. 106 ff.).

<sup>3</sup> Wer demgegenüber eine Verknüpfung von Recht und Moral für begrifflich und normativ notwendig hält (zur ausführlichen Begründung dieser dort sog. „Verbindungsthese“ *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4. Aufl. [2005], passim), der könnte – aus Sicht eines Systemtheoretikers womöglich geradezu ketzerisch – der Meinung sein, die Wirtschaft müsse sich umgekehrt an den auch ethisch-moralisch fundierten Rechtsnormen „abarbeiten“ (und wenn sie dies nicht tut, mit den Konsequenzen leben).

<sup>4</sup> GA 2001, 562, 563.

<sup>5</sup> *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), S. 131 ff. und 152 ff.

Im 3. Kapitel werden die empirischen Befunde – es handelt sich vor allem um Aufzeichnungen aus Interviews mit Verfahrensbeteiligten – dargestellt und gewürdigt. Im Zusammenhang mit materiellrechtlichen Fragen beschreibt *Theile* eingangs eine drohende „Selbstsabotage“ des Strafrechtssystems durch ‚strafrechtliche Stagflation‘ im Sinne eines Nebeneinanders von Inflation des Steuerungsanspruchs und Stagnation tradiert rechtlicher Kategorien“ (S. 131). Diese Entwicklung folge daraus, dass der von der material-rationalen Rechtskonzeption postulierte Steuerungsanspruch dahingehend instrumentalisiert werde, anstatt bestehende Erwartungen zu stabilisieren neuartige Erwartungen erst zu konstituieren, indem „Konflikte aus dem Boden gestampft werden“ (S. 131). Hierzu werde vor allem der Untreuetatbestand genutzt, der sich „nahezu beliebig in den Dienst der Konstituierung normativer Erwartungen stellen lasse“ (S. 160). So zeigt *Theile* dann anhand der Interviews erhebliche Diskrepanzen bei der Beurteilung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit einschlägiger Verhaltensweisen zwischen Beschuldigten/Verteidigern und insbesondere der Staatsanwaltschaft, für die er in erster Linie den Konflikt unterschiedlicher Systemrationalitäten verantwortlich macht (S. 129 ff.). Besondere Probleme bei der Umsetzung des materiellrechtlichen Programms entstünden zum einen dort, wo das Strafrecht auf wirtschaftlich geprägte außerstrafrechtliche Materien – z. B. das Bilanz- oder Steuerrecht – Bezug nehme (S. 134 f.); zum anderen sei die strafrechtliche Beurteilung riskanter unternehmerischer Prognoseentscheidungen mit Blick auf die divergierenden Systemrationalitäten in erhöhtem Maße problematisch (S. 138 ff.). Auch in subjektiver Hinsicht habe sich schließlich vor allem § 266 StGB als problematisch erwiesen, da dieser für die im Wirtschaftssystem verankerten psychischen Systeme aufgrund seiner Unbestimmtheit kaum im Sinne von Vorsatz bzw. Unrechtsbewusstsein erfasst werden könne (S. 146 ff.).

An dieser Stelle wäre es aus Sicht des Rezensenten sinnvoll gewesen stärker zu hinterfragen, ob es nicht auch oder gar primär konkrete Interessen der jeweiligen Beteiligten sind, die jedenfalls unbewusst ihre Wahrnehmungen und Einschätzungen mitprägen. Stellt man dies in Rechnung, kann die Tatsache, dass es zwischen Beschuldigten und ihren Verteidigern einerseits sowie Staatsanwälten andererseits zu gegensätzlichen Beurteilungen bzgl. der Strafbarkeit verfahrensgegenständlicher Verhaltensweisen kommt, kaum überraschen. Auch die Probleme bei der strafrechtlichen Einbeziehung des vorgelagerten Wirtschaftsrechts sowie beim Umgang mit Prognoseentscheidungen (Stichwort: *hindsight bias*) sind im Grundsatz bekannt, wengleich sicher nicht abschließend gelöst. Ob es zur Erklärung dieser Phänomene wirklich eines systemtheoretischen Bezugsrahmens bedarf, bzw. ob die von *Theile* dargestellten Erkenntnisse zu materiellrechtlichen Fragen vor diesem Hintergrund geeignet sind, fundamentale Dysfunktionalitäten zwischen strafrechtlichem Steuerungsanspruch und Wirtschaft zu bestätigen, erscheint aus Sicht des Rezensenten fraglich.

Ertragreicher – und für die Arbeit schon kraft ihres Titels von zentralerer Bedeutung – sind demgegenüber die Erkenntnisse zu prozessualen Fragen. Hier arbeitet *Theile* dezidiert anhand der empirischen Untersuchungen heraus, dass das material-rationale Strafrecht sich auf ver-

fahrensrechtlicher Ebene längst von einem umfassenden Legalitätsprinzip gelöst hat und stattdessen auf der Basis eines Selektionsparadigmas arbeitet (S. 162 ff.). Er betont dabei immer wieder ein Spannungsverhältnis zwischen Leistung (Konfliktlösung) und Funktion (Normstabilisierung) des Strafrechts, wenn sich die Konfliktlösungsmechanismen nicht hinreichend an den einschlägigen strafprozessualen Kriterien orientieren (S. 166 ff.). Die einzelnen – teils formellen, teils informellen – prozessrechtlichen Selektionskriterien werden dann von *Theile* unter Auswertung der empirischen Erkenntnisse untersucht, wobei neben dem Opportunitätsprinzip (S. 196 ff.) und den verfahrenserledigenden Absprachen (S. 213 ff.), die jeweils strukturell bereits auf Selektion angelegt sind, auch Selektionsmöglichkeiten auf der Grundlage des Legalitätsprinzips selbst dargestellt werden (S. 181 ff.). Insbesondere hinsichtlich der verfahrenserledigenden Absprachen stellt *Theile* fest, dass es sich um einen „sich in das material-rationale Strafrecht einfügenden konsensualen Selektionsmechanismus handelt, der eine besondere Affinität zu Wirtschaftsstrafverfahren aufweist und gerade in Konstellationen von Unternehmenskriminalität als probates Erledigungsinstrument erscheint“ (S. 233).

Ein weiterer Gegensatz zwischen dem formalen prozessrechtlichen Programm und den gleichsam *praeter legem* entwickelten informellen Programmen zur Konfliktbewältigung wird von *Theile* zum Abschluss des 3. Kapitels anhand zweier scheinbar gegenläufiger Aspekte dargestellt: der spezifischen Funktion strafprozessualer Zwangsmaßnahmen im Wirtschaftsstrafverfahren sowie der Herausbildung eines dialogisierenden Verfahrensstils (S. 234 ff.). Zunächst werden die Auswirkungen einer material-rationalen Strafrechtskonzeption auf den Einsatz strafprozessualer Maßnahmen mit Eingriffscharakter – als Ausprägung eines traditionell autoritativ operierenden Strafrechts – gezeigt. So führe die „tatbestandliche Verkürzung“ materiellrechtlicher Tatbestände (insbesondere im „modernen Wirtschaftsstrafrecht“) zu einer Herabsenkung der Eingriffsschwelle für Durchsuchungen, die wiederum im Zusammenhang der unternehmensbezogenen Straftaten eine zusätzliche sanktionierende Wirkung gegenüber den Unternehmen entfalten (S. 236 ff.). Zugleich wird ein „Leerlaufen“ richterlicher Kontrollbefugnisse sowie eine dem gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis widersprechende Verlagerung der Anordnungsbefugnis auf die Staatsanwaltschaft diagnostiziert (S. 238 ff.). Dieselbe Entkopplung von gesetzlichen Vorgaben und Verfahrensrealität wird sodann im Zusammenhang mit der Anordnung von Untersuchungshaft aufgezeigt, wo *Theile* insbesondere das Phänomen der apokryphen Haftgründe (S. 246 ff.) darstellt. Der im Anschluss daran ausführlich hinsichtlich seiner Entstehungsbedingungen sowie seiner unterschiedlichen Ausprägungen geschilderte, für Wirtschaftsstrafverfahren charakteristische „dialogisierende Verfahrensstil“ (S. 254 ff.), steht *Theile* zufolge nur im scheinbaren Gegensatz zum Einsatz strafprozessualer Zwangsmaßnahmen (S. 280 ff.). Denn diese können von Seiten der Staatsanwaltschaft vielmehr eingesetzt werden, um – euphemistisch formuliert – die Bereitschaft zu einer gesprächsorientierten Vorgehensweise zu fördern und so letztlich auf die Verfahrenserledigung im Wege der Absprache hinzuwirken.

Die Quintessenz der empirischen Erkenntnisse lautet in einer prägnanten Zusammenfassung: „Insgesamt deutet sich an, dass weder das Programm des materiellen noch des prozessualen Strafrechts einen maßgeblichen Referenzpunkt für die Verfahrenspraxis bildet“ (S. 286). Um das darin begründete, von *Theile* in vielerlei Facetten herausgearbeitete „Spannungsverhältnis zwischen Leistung und Funktion des Strafrechts“ aufzulösen, werden im 4. Kapitel kriminalpolitische Konsequenzen diskutiert. So wird die Möglichkeit einer Verstärkung personeller und institutioneller Ressourcen der strafrechtlichen Kontrollinstanzen als ungeeignet zurückgewiesen, da hierdurch die grundsätzlichen Implementationsprobleme nicht beseitigt werden könnten (S. 293 ff.). Auf der Ebene des materiellen Strafrechts sei eine „Rückkehr zur formal-rationalen Strafrechtskonzeption [...] keine realistische Option“ (S. 298). Auch die Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit wird von *Theile* nicht als adäquate Problemlösungsmöglichkeit betrachtet (S. 298 ff.). Im Folgenden konzentrieren sich seine Erörterungen dann auf mögliche Reformen auf der Ebene des Prozessrechts. Hier wird zunächst das auf die Arbeiten von *Teubner* und *Willke* zurückgehende Konzept des reflexiven Rechts als Ausgangspunkt gewählt, demzufolge das Recht eine „Empathie“ für die Bedingungen seiner Umwelt entwickeln müsse, da es seine Funktion nur erfüllen könne, wenn es für diese Umwelt wiederum selbst eine „brauchbare Umwelt“ darstelle (S. 310). Angesichts der angenommenen Unmöglichkeit einer kausalen Steuerung müsse diese „Selbsterkenntnis“ des Rechts die Konsequenz haben, dass sich das Recht jedenfalls in Teilbereichen entschließt, „zu regeln, dass es nichts regelt“, um so „seine Funktion auf Kosten seiner Leistung“ zu sichern (S. 311).

Nach *Theile* folgt aus alledem zunächst die Forderung an den Gesetzgeber, die zunächst informell entstandenen neuartigen Verfahrenselemente „gesetzgeberisch nachzuvollziehen“ (vgl. S. 316), was zwischenzeitlich zumindest partiell bekanntlich geschehen ist. Der neuartige, vom Gesetzgeber auszugestaltende Verfahrenstypus müsse an den „Paradigmen von Selektion und Konsens“ orientiert sein, wobei die jeweiligen Selektionsentscheidungen bzw. Konsensfindungen durch den prozeduralen Gerechtigkeitsparameter der *Fairness* legitimiert werden sollen (S. 317 ff.). Dabei sei das maßgebliche *Fairness*- bzw. Gerechtigkeitskriterium im Hinblick auf das *Ob* einer strafprozessualen Regulierung die Unparteilichkeit der Entscheidung (S. 321 ff.), während das *Wie* strafprozessualer Regulierung vor allem durch gleichberechtigte und effektive Partizipation aller Beteiligten geprägt sein müsse (323 ff.). Das „reflexive strafprozessuale Programm“ eines solchen Verfahrenstypus – der bis auf Weiteres parallel zum „klassischen“ Strafprozess für bestimmte Verfahrensarten in Betracht gezogen werden solle (S. 329) – liest sich dann beinahe wie eine „brave new world“ des Strafprozessrechts: Zurückdrängung des Legalitätsprinzips (S. 330: „verzichtbar“), jedenfalls partielle Annäherung an den Parteiprozess (S. 331) mit Blickrichtung auf eine „auf der Grundlage strafprozessualer Kommunikation diskursiv erzeugte konsentiertere Wahrheit“ (S. 332), Vorverlagerung des Verfahrensschwerpunktes in das nichtöffentliche Ermittlungsverfahren mit der Möglichkeit eines Beweistransfers (S. 334 ff.), freilich bei gleichzeitiger Stärkung der richterlichen Funktion im

Ermittlungsverfahren, sowie schließlich die Aufnahme „formloser, aber institutionalisierter Rechtsgespräche in die Strafprozessordnung“ (S. 337). *Theile* selbst führt aus: „Dies alles mag gemessen am Ideal des der Strafprozessordnung ursprünglich zugrunde liegenden Prozessmodells unbefriedigend erscheinen, ermöglicht aber vermutlich eher die Reduktion wirtschaftlicher Komplexität, die im Gegensatz zur derzeitigen Verfahrenswirklichkeit dann auch den Vorgaben des formellen prozessualen Programms genügen würde.“ Müsste man hier ergänzen: nachdem das formelle prozessuale Programm zuvor an die derzeitige Verfahrensrealität angepasst wurde?

**III.** Dass sich die strafverfahrensrechtliche Wirklichkeit insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen längst von strafprozessualen Grundsätzen entfernt hat, dürfte kaum einen geneigten Betrachter überraschen. Die von *Theile* als Reaktion auf diese „Implementationsprobleme“ vorgeschlagene „Anpassung“ des Verfahrensrechts – pejorativ könnte man von einer „Unterwerfung“ sprechen – an diese tatsächliche Entwicklung dürfte vielfach auf heftigen Widerspruch stoßen, nimmt man nur das Meinungsbild zum Deal als Maßstab. Es ist indes keineswegs so, dass die Gefahren, die mit einem solchen Verfahrenstypus einhergingen, bei *Theile* nicht angesprochen würden (siehe etwa S. 317). Es bleibt allein der Eindruck, dass die kriminalpolitischen Vorschläge durch die frühe Festlegung auf die Systemtheorie weitgehend vorgezeichnet scheinen. Denn wenn eine kausale Steuerung der Wirtschaft durch das Strafrecht *per se* als unmöglich gilt, dann ist es nur noch ein kleiner Schritt hin zu dem Gedanken, dass sich das Strafrecht bei seinen „selbstreflexiven Regulierungsbemühungen“ an der wirtschafts-eigenen „Systemvernunft“ orientieren, sich ihr – wiederum pejorativ formuliert – unterordnen muss. Das Rechtssystem muss (und kann) aber nur nach rechtlichen Maßstäben, also nach seiner eigenen Systemvernunft darüber entscheiden, welche normativen Erwartungen innerhalb des Wirtschaftssystems kontrafaktisch stabilisiert werden und welche nicht.<sup>6</sup> Mag diese Notwendigkeit der normativen Geschlossenheit von *Luhmann* auch in erster Linie mit Blick auf die „Abschottung“ des Rechts gegenüber moralisch begründeten Erwartungen formuliert worden sein,<sup>7</sup> so muss sie doch gegenüber etwaigen Erwartungen in der „wirtschaftlichen Umwelt“ des Rechtssystems ebenso behauptet werden. Es müssen demnach – um es pathetischer zu formulieren – stets die in unserer Verfassung verankerten Grundentscheidungen sein, die als Maßstab dafür fungieren, welche Normen innerhalb des Wirtschaftssystems materiellrechtlich geschützt werden

bzw. nach welchen Maßgaben prozessual mit vermuteten Normverstößen umgegangen wird.

Richtigerweise stellt *Theile* insoweit jedoch heraus, dass sich Wissenschaft und Praxis immer wieder des gesellschaftlichen Umfeldes des Recht bzw. der Rechtsanwendung versehen müssen, da jede Rechtsnorm zumindest mit einem Minimum an Geltungschance ausgestattet sein muss. So gesehen ist ein reflexives, sich selbst kritisch beobachtendes und hinterfragendes Recht gerade eine Bedingung dafür, dass ein Geltungs- bzw. Gestaltungsanspruch überhaupt erhoben werden kann. Somit ist „Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren“ ein wertvoller Beitrag zu einer Diskussion über eben diese Bedingungen der Durchsetzung eines normativen Gestaltungsanspruches des Strafrechts speziell im Bereich des modernen Wirtschaftslebens – eine Diskussion, deren Bedeutung angesichts der gegenwärtigen Entwicklungen speziell in der Finanzwirtschaft kaum überschätzt werden kann. Insofern sei abschließend ein alternatives Erklärungsmodell bzgl. der – empirisch unbestreitbaren – „Implementationsprobleme“ des Strafrechts gegenüber der Wirtschaft angedeutet: Womöglich lassen sich diese zumindest auch dadurch erklären, dass das Rechtssystem stets „Anstöße“ aus seiner Umwelt benötigt, um eigene Mechanismen zur Reduktion von Umweltkomplexität zu entwickeln.<sup>8</sup> Das Recht muss also mit den neuartigen Ausdifferenzierungen des Wirtschaftssystems konfrontiert werden. Man könnte sagen, es muss „gezwungen“ werden, über die aus diesen Entwicklungen resultierenden sozialen Konflikte<sup>9</sup> unter dem Blickwinkel seines eigenen Codes zu entscheiden. Somit könnte die Praxis des häufigen „Ausdealens“ in Wirtschaftsstrafsachen nicht lediglich eine *Reaktion* auf Implementationsprobleme sein, sondern vielmehr zu deren *Verstärkung* beitragen. So verstanden würde jeder Deal dem Recht die Möglichkeit nehmen, sich selbst in Ansehung der fortschreitenden Ausdifferenzierung seiner (wirtschaftlichen) Umwelt weiterzuentwickeln – erkennbar ein *circulus vitiosus*. Folgt man diesem hier freilich lediglich abduktiv entwickelten Gedanken, so wären die von *Theile* konstatierten und empirisch belegten Defizite bei der Aufarbeitung von Wirtschaftskriminalität kein Argument für „mehr Deals“, sondern für das Gegenteil. Ist somit das letzte Wort in der von *Theiles* Werk signifikant beförderten kriminalpolitischen Diskussion sicher noch nicht gesprochen, so zeigt die Arbeit eines doch ganz deutlich: Ein normativ wirkmächtiges Wirtschaftsstrafrecht ist ohne eine soziologisch fundierte Auseinandersetzung mit den Beziehungen zwischen Recht, Wirtschaft und Gesellschaft nicht zu haben.

Wiss. Ass. **Dr. Christian Becker**, Hamburg

<sup>6</sup> Vgl. auch *Luhmann* (Fn. 5), S. 455: „Es [Anm. d. Verf.: die strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht] ändert nichts daran, dass die Wirtschaft unter durch das Recht erschwerten Bedingungen Profite bzw. rentablen Kapitaleinsatz sucht und das Rechtssystem unter durch Wirtschaft erschwerten Bedingungen Gerechtigkeit oder doch hinreichend konsistente Fallentscheidungen“. Eine Verpflichtung des Rechts zur besonderen Rücksichtnahme auf die Systemvernunft der Wirtschaft lässt sich dem nicht ohne Weiteres entnehmen.

<sup>7</sup> *Luhmann* (Fn. 5), S. 77 ff.; zur Betonung der normativen Geschlossenheit im Rahmen von strukturellen Kopplungen a.a.O., S. 445: „nie führen strukturelle Kopplungen Umweltnormen in das Rechtssystem ein“.

<sup>8</sup> Siehe *Luhmann* (Fn. 5), S. 490 und 567 f.

<sup>9</sup> Für das Strafrecht geht es in erster Linie um das Maß der zur Vermeidung besonders sozialschädlicher Folgen unabdingbaren Einschränkung der (im vorliegenden Kontext: wirtschaftlichen) Handlungsfreiheit des Einzelnen. Dass die Frage danach mit Blick auf das Wirtschaftssystem jedenfalls gestellt werden muss, dürfte angesichts der jüngsten Entwicklungen in der Finanzwirtschaft deutlich sein, wobei hieraus freilich nicht unmittelbar darauf geschlossen werden kann, dass eine stärkere Beschränkung individueller Handlungsfreiheiten speziell durch strafbewehrte Verhaltensnormen („mehr Strafrecht“) eine adäquate Reaktion ist.

# 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.

**1086. BGH 3 StR 129/11 – Beschluss vom 1. September 2011**

Berichtigungsbeschluss.  
§ 267 StPO

**1087. BGH 3 StR 131/11 – Beschluss vom 6. September 2011 (LG Hannover)**

Zurückweisung eines Beweisantrages; Wahrunterstellung; Bindungswirkung.  
§ 244 StPO

**1088. BGH 3 StR 173/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Mönchengladbach)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (krankhafte geistig-seelische Störung; Störung der Impulskontrolle); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 154 StPO; § 63 StGB; § 64 StGB

**1089. BGH 3 StR 186/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Lüneburg)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Spontantat; Kränkung; Kausalität); angemessene Strafe.  
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**1090. BGH 3 StR 224/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Osnabrück)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Strafzumessung (besonders schwerer Fall des Diebstahls; rechtsfehlerhafte Annahme mehrerer Regelbeispiele).  
§ 154 StPO; § 46 StGB; § 243 StGB

**1091. BGH 3 StR 44/11 – Beschluss vom 6. September 2011 (LG Hannover)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1092. BGH 3 StR 87/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Berlin)**

BGHSt; wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine räumliche Beschränkung (Vorsatz; vorherige staatliche Reaktion auf die Ersttat; verfassungsrechtliche Schranken der Kriminalisierung; Übermaßverbot; Beharrlichkeit); Meistbegünstigungsprinzip.

Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG; § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG; § 61 AufenthG; § 15 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

**1093. BGH 3 StR 99/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Oldenburg)**

Unzureichender Hinweis auf straf erhöhende Umstände.  
§ 265 Abs. 2 StPO

**1094. BGH 3 StR 228/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Düsseldorf)**

Betrug (Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen); Untreue zum Nachteil einer GmbH (tatbestandsausschließendes Einverständnis; Missbräuchlichkeit; Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft); Abgrenzung zwischen Insolvenzdelikten und Untreue (Interessentheorie; Geschäftskreis des Vertretenen).  
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB; § 14 Abs. 3 StGB

**1095. BGH 3 StR 259/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Hildesheim)**

Bemessung der Jugendstrafe (Unrecht der Tat; Erziehungsgedanke; Schwere der Schuld).  
§ 18 JGG

**1096. BGH 3 StR 264/11 – Beschluss vom 30. August 2011**

Vergewaltigung; Nötigung; Bedrohung; räuberische Erpressung; Konkurrenzen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 177 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB

**1097. BGH 3 StR 270/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Hannover)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Täterschaft; Beihilfe.  
§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

**1098. BGH 3 StR 276/11 – Beschluss vom 6. September 2011 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln; Strafzumessung.  
§ 29a BtMG; § 46 StGB

**1099. BGH 3 StR 277/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG Krefeld)**

Einziehung von Betäubungsmitteln; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat; Verhältnismäßigkeit).

§ 33 BtMG; § 64 StGB; § 62 StGB

**1100. BGH 3 StR 286/11 – Beschluss vom 4. Oktober 2011 (LG Osnabrück)**

Diebstahl (Bande).

§ 242 StGB; § 243 StGB; § 244 StGB

**1101. BGH 3 StR 312/11 – Beschluss vom 29. September 2011 (LG Lüneburg)**

Vorsatz (Kenntnis der Gefährlichkeit; kognitives Element); Einsichtsfähigkeit.

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**1102. BGH 3 StR 331/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Düsseldorf)**

Prozessualer Tatbegriff; Erschöpfung der Anklage.

§ 264 Abs. 1 StPO

**1103. BGH 5 StR 144/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Braunschweig)**

Unzulässige Gegenvorstellung.

Vor § 296 StPO

**1104. BGH 5 StR 235/11 – Urteil vom 30. August 2011 (LG Neuruppin)**

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung; Antrag der Staatsanwaltschaft (Zulässigkeit; Darlegung der formellen Voraussetzungen; begründete Erwartung der Verhängung der Maßregel); hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen.

Art. 5 EMRK; § 7 Abs. 2 JGG; § 275a StPO; § 66 StGB; § 66b StGB

**1105. BGH 5 StR 247/11 – Beschluss vom 29. August 2011 (LG Chemnitz)**

Betrug; Untreue (Missbrauch einer Kontovollmacht); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 55 StGB

**1106. BGH 5 StR 266/11 – Urteil vom 1. September 2011 (LG Cottbus)**

Totschlag in einem minder schweren Fall (Beleidigung; Kränkung; Berücksichtigung der Beziehung der Streitenden).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

**1107. BGH 5 StR 273/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht; Urteilsgründe).

§ 64 StGB; § 267 StPO

**1108. BGH 5 StR 287/11 – Beschluss vom 29. August 2011 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision; Sanktionsschere; Verdeutlichung der Sach- und Rechtslage.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 257c StPO

**1109. BGH 5 StR 309/11 – Beschluss vom 1. September 2011 (LG Potsdam)**

Gefährliche Körperverletzung; Vergewaltigung; Tateinheit; Konkurrenzen; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).

§ 224 StGB; § 177 StGB; § 52 StGB; § 55 StGB

**1110. BGH 5 StR 312/11 – Beschluss vom 31. August 2011 (LG Berlin)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

**1111. BGH 5 StR 321/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Hamburg)**

Sicherungsverfahren (Gewicht der Anlasstat).

§ 62 StGB

**1112. BGH 5 StR 327/11 – Beschluss vom 29. August 2011 (LG Hamburg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

**1113. BGH 5 StR 329/11 – Beschluss vom 29. August 2011 (LG Kiel)**

Unzulässige Revision (Beschwer; Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 64 StGB; § 349 Abs. 1 StPO; vor § 296 StPO

**1114. BGH 5 StR 331/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Berlin)**

Ersetzung der Unterschrift eines erkennenden Richters (Beurteilung des Vorsitzenden; Zuwarten bis zur Urlaubsrückkehr).

§ 275 StPO

**1115. BGH 5 StR 337/11 – Beschluss vom 31. August 2011 (LG Itzehoe)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1116. BGH 5 StR 342/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Potsdam)**

Rücknahme der Revision (keine Entscheidung zugunsten eines Mitangeklagten).

§ 357 StPO

**1117. BGH 5 StR 355/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Berlin)**

Verweis auf eine Abbildung in den Urteilsgründen (Video auf CD-ROM; wirksame Einbeziehung).

§ 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

**1118. BGH 5 StR 356/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Berlin)**

Strafzumessung; Tatprovokation; Vertrauensperson der Polizei.

§ 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**1119. BGH 5 StR 361/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Hamburg)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1120. BGH 5 StR 384/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Göttingen)**

Strafaussetzung zur Bewährung; positive Sozialprognose.  
§ 56 StGB

**1121. BGH 5 StR 533/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1122. BGH 5 StR 589/10 – Beschluss vom 7. Februar 2011 (LG Bautzen)**

Vorwegvollzug.  
§ 67 Abs. 2 StGB

**1123. BGH 5 AR (VS) 46/11 – Beschluss vom 1. September 2011 (OLG Rostock)**

Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Oberlandesgericht (Schweigen; Unanfechtbarkeit).  
§ 23 EGGVG; § 29 EGGVG; § 30 EGGVG

**1124. BGH StB 11/11 – Beschluss vom 16. September 2011 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Verschleppung; Gewalt- und Willkürmaßnahmen; politische Verfolgungsmaßnahmen.  
§ 234a StGB

**1125. BGH StB 12/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung.  
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO

**1126. KG 2 Ws 258/11 Vollz/KG 2 Ws 260/11 Vollz – Beschluss vom 22. August 2011 (LG Berlin)**

Effektiver Rechtsschutz bei „renitenter Strafvollzugsanstalt“ („Kampfansage an das Landgericht“; Nichtbefolgung richterlicher Beschlüsse durch den Strafvollzug); einstweilige Anordnung; Verfahrensverzögerung durch die Strafvollstreckungskammer; vollzugliche Entscheidung (aktuelle Erkenntnisse; aktueller und zutreffend ermittelter Sachverhalt; Berücksichtigung der Entwicklung des Betroffenen nach Aufhebung und Zurückverweisung); Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde (Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, Fortbildung des Rechts); Vollzugsplanung; Vollzugsplankonferenz; Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen für die Vollzugsbehörde (Aufgreifen gerichtlicher Überlegungen; Verbot des Opponierens; kein Zuwarten bis zur Rechtskraft; Hemmung nur bei unverzüglicher Antragstellung); Eignung für den offenen Vollzug (kein Abstellen auf den Behandlungsbedarf); eigene Entscheidung des Gericht trotz Beurteilungs- oder Ermessensspielraum; Folgenbeseitigung; Vornahmeantrag; redaktioneller Hinweis.  
§ 109 StVollzG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 StVollzG; § 159 StVollzG; § 10 StVollzG; § 116 StVollzG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 7 Abs. 3 StVollzG; § 115 Abs. 4 Satz 2 StVollzG; § 113 StVollzG

**1127. BVerfG 2 BvR 449/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. September 2011 (AG Gladbeck)**

Strafverteidiger; Akteneinsicht (Aktenübersendung); Vollmacht (Zweifel an der Bevollmächtigung); Willkürverbot; Rechtsschutzbedürfnis (Wiederholungsgefahr).  
Art. 3 Abs. 1 GG; § 137 StPO; § 147 Abs. 4 StPO

**1128. BVerfG 2 BvR 542/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Juni 2011 (BGH)**

Bestimmtheitsgebot (Blankettstrafgesetze und normative Tatbestandsmerkmale; Wortlautgrenze; Vertrauensschutz; Einstweilige Anordnung); Steuerhinterziehung (Verweh- rung der steuerfreien innergemeinschaftlichen bei Lieferung von Kraftfahrzeugen aus Deutschland an einen Abnehmer in Italien bei Vortäuschung der Lieferung an einen Zwischenhändler zur Hinterziehung von Umsatzsteuer); redaktioneller Hinweis.  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 4 UStG; § 6a UStG; § 370 Abs. 1 AO

**1129. BVerfG 2 BvR 633/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. Oktober 2011 (OLG Karlsruhe/LG Heidelberg)**

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; Rechtsgrundlage (verfassungsrechtliche Anforderungen); Einsichtsfähigkeit; Verfahrensgarantien.  
Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 Absatz 2 Satz 2 UBG BW; § 109 StVollzG;  
§ 138 Abs. 1 StVollzG

**1130. BVerfG 2 BvR 947/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. September 2011 (OLG Nürnberg/LG Nürnberg-Fürth/AG Erlangen)**

Gesetzlicher Richter (Verstoß durch eine Verletzung der Pflicht zur Vorlage an den EuGH); Unionsrecht (Führerscheinrichtlinie; Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis; Eintragung im Verkehrszentralregister).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; § 69a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 28 Abs. 4 FeV; Art. 11 Abs. 4 der 3. Führerscheinrichtlinie

**1131. BVerfG 2 BvR 1165/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. September 2011 (LG Bayreuth/AG Bayreuth)**

Recht auf Freiheit der Person; Strafaussetzung zur Bewährung (Widerruf); Bewährungsbeschluss (Auflagen und Weisungen); Bestimmtheitsanforderung; Konkretisierung; Sachverhaltsaufklärung; Sachverhaltsfeststellungen.  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 56b StGB; § 56c Abs. 1 StGB; § 56f Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 36 Abs. 1 Satz 3 BtMG

**1132. BVerfG 2 BvR 1516/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. September 2011 (OLG Hamm/LG Arnsberg)**

Sicherungsverwahrung („Altfälle“); Vertrauensschutz; Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen); psychische Störung; dissoziale Persönlichkeitsstörung.  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

**1133. BVerfG 2 BvR 2054/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2011 (OLG Koblenz/LG Koblenz)**

Sicherungsverwahrung; Weitergeltungsanordnung.  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB;  
§ 35 BVerfGG

**1134. BGH 1 StR 129/11 – Urteil vom 28. September 2011 (LG Aschaffenburg)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei einem „Waffenarr“ (drohende Schizophrenie); Voraussetzungen an die mangelnde Unrechtseinsicht beim Glauben an ein verfassungsrechtliches Recht auf Waffen.  
§ 63 StGB; § 20 StGB; Art. 14 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

**1135. BGH 1 StR 134/11 – Urteil vom 11. Oktober 2011 (LG Bayreuth)**

Körperverletzung mit Todesfolge nach eigenmächtiger Magenspiegelung (Vorsatz; eigenmächtiger Heileingriff und hypothetische Einwilligung; fahrlässige Perforation der Speiseröhre; Erlaubnistatbestandsirrtum: Abgrenzung vom Verbotsirrtum); Anforderungen an die Beweiswürdigung beim Freispruch (Mindestanforderungen an die Darstellung; Lückenhaftigkeit; Widersprüchlichkeit).  
§ 223 StGB; § 227 StGB; § 222 StGB; § 228 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

**1136. BGH 1 StR 317/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Bochum)**

Steuerhinterziehung (Verletzung des Verwertungsverbots des BZRG bei der Rechtsfolgenentscheidung: Tilgungsreife, Beruhen; Verhängung kurzer Freiheitsstrafen).  
§ 370 AO; § 51 Abs. 1 BZRG; § 47 StGB; § 337 StPO

**1137. BGH 1 StR 326/11 – Beschluss vom 20. September 2011 (LG München I)**

Totschlag (Kausalität und objektive Zurechnung; Vorsatz; unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf; Fall Brunner).  
§ 212 StGB; Vor § 13 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**1138. BGH 1 StR 343/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG Augsburg)**

Betrug (besonders schwerer Fall bei der Gewerbsmäßigkeit: Zahlungen an einen beherrschten Verein; Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für eine große Anzahl von Menschen; Spendenbetrug); Strafzumessung (Vorwurf der legitimer Strafverteidigung); Untreue (Vermögensnachteil durch persönlichen Schadenseinschlag; Vermögensverlust großen Ausmaßes; zumutbare andere Verwertungsmöglichkeit).  
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 266 StGB

**1139. BGH 1 StR 38/11 – Urteil vom 8. September 2011 (LG Koblenz)**

Vorsatz und Irrtum bei der Steuerhinterziehung (Beweiswürdigung; Irrtum über die Umsatzsteuerpflicht; Leichtfertigkeit: Erkundigungspflichten; Ort der Lieferung; Unterlassung).  
§ 370 AO; § 15 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 378 AO; § 24 UStG; § 3c UStG

**1140. BGH 1 StR 399/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Landshut)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff: unionsrechtskonforme Auslegung, Scheinverträge, Niederlassungsfreiheit; beschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit); Vorabentscheidungsverfahren.  
§ 266a StGB; § 14 StGB; Art. 267 AEUV; Art. 288 AEUV; Art. 49 AEUV; Art. 45 AEUV

**1141. BGH 1 StR 71/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Deggendorf)**

Verhängung der Sicherungsverwahrung neben der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (ultima ratio).  
§ 63 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

**1142. BGH 1 StR 633/10 – Urteil vom 6. September 2011 (LG Augsburg)**

Rechtsfehlerhafte Verwerfung eines Beweisantrages (Begriff; Beweismittlungsantrag) als bedeutungslos (Fall Schreiber; Steuerhinterziehung bei Doppelbesteuerungsabkommen mit Kanada: Provisionseinnahmen, Rückfallklausel, Bedeutung und Reichweite des Kompensationsverbots bei der Schätzung); Strafverfolgungsverjährung und Bestechung (Anforderungen an ein Einstellungs-urteil; Beendigung; Vorteilsannahme nach dem Ausscheiden aus dem Amt); Umfang der Aufhebung der Feststellungen nach Verfahrensfehlern; präsen-tes Beweismittel (Kopie; Beruhen); Anrechnung ausländischer Untersuchungshaft (Missbrauch).  
§ 370 AO; § 78 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; Art. 4 DBA Kanada 1981; § 1 Abs. 1 EStG; § 8 AO; Part I Division A Subsection 2 des Kanadischen Income Tax Act; § 353 StPO; § 245 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 51 Abs. 1 Satz 2 StGB

**1143. BGH 2 StR 145/11 – Urteil vom 14. September 2011 (LG Wiesbaden)**

Totschlag (minder schwerer Fall; Doppelselbstmord); Tötung auf Verlangen (Ernstlichkeit; Verlangen; Epilepsie).  
§ 212 StGB; § 216 StGB; § 213 StGB

**1144. BGH 2 StR 189/11 – Beschluss vom 21. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Natürliche Handlungseinheit und Verklammerungswirkung (Freiheitsberaubung; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; Tatmehrheit); verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit); Verhältnis zwischen Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 239 StGB; § 177 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB; § 66 Abs. 2 StGB

**1145. BGH 2 StR 219/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Mühlhausen)**

Doppelselbstmord (Garantenstellung; Suizid; Totschlag); Rücktritt vom Versuch (erforderliche Vorstellungen; Verhindern, ernsthaftes Bemühen).  
§ 13 StGB; § 212 StGB; § 24 StGB

**1146. BGH 2 StR 221/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Darmstadt)**



Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Erörterungsmangel hinsichtlich der Wirkung der Strafe für das zukünftige Leben der alleinerziehenden Angeklagten; minder schwerer Fall).

§ 46 StGB; § 30 Abs. 2 BtMG

**1147. BGH 2 StR 280/11 – Beschluss vom 15. September 2011 (LG Aachen)**

Konkurrenzen bei der (psychischen) Beihilfe durch eine Zusage und das andauernde Sichbereithalten im Rahmen einer Bandenabrede.

§ 27 StGB; § 52 StGB

**1148. BGH 2 StR 291/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1149. BGH 2 StR 44/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1150. BGH 2 StR 299/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Darmstadt)**

Unzureichend konkretisierte Einziehungsanordnung („Betäubungsmittelutensilien“).

§ 74 StGB

**1151. BGH 2 StR 300/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Bad Kreuznach)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1152. BGH 2 StR 580/10 – Urteil vom 22. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)**

BGHR; unerlaubte Ausübung der Heilkunde als potentielles Gefährdungsdelikt (Eignungsdelikt; konkrete Gefahr; Synergetik-Methode; Erlaubnispflicht; Berufsfreiheit).

§ 5 HeilprG; Art. 12 GG

**1153. BGH 2 StR 600/10 – Urteil vom 7. September 2011 (LG Bonn)**

Untreue durch Unterlassen (Anforderungen an den Nachteil; bloße Wiedergutmachung; Verbot hypothetischer Betrachtungen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation nach unwirksamer Zustellung; mangelnde Unterschrift des Protokollführers; eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht im Wege der Analogie).

§ 266 StGB; § 13 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 271 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

**1154. BGH 2 StR 652/10 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Koblenz)**

Inbegriffsrüge (Inbegriff der Hauptverhandlung: Protokollierung der Verlesung von Urkunden, Vorhalt); Insolvenzverschleppung; Bankrott (omissio libera in causa; Feststellung der Zahlungsunfähigkeit); Untreue zulasten von GmbH und Personengesellschaften (Kommanditgesellschaft).

§ 266 StGB; § 283 StGB; § 266a StGB; § 261 StPO; § 249 StPO; § 130b Abs. 1 HGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15a Abs. 1 S. 1 InsO

**1155. BGH 4 StR 129/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Bochum)**

Anforderungen der Meinungsfreiheit an die strafjuristische Bewertung einer NPD-Kundgebung (Deutungsbölgigkeiten; Grenzen der Volksverhetzung; Störung des öffentlichen Friedens).

§ 130 StGB; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK

**1156. BGH 4 StR 261/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1157. BGH 4 StR 412/11 – Beschluss vom 20. September 2011 (LG Rostock)**

Verfahrenseinstellung (Spezialität).

§ 154 StPO; § 83h IRG

**1158. EGMR Nr. 54809/07 – Urteil der 4. Kammer vom 25. Oktober 2011 (Richert vs. Polen)**

Auf Gesetz beruhendes Gericht (Wahrung des gesetzlichen Richters bei Abordnungen; Rückwirkung, Besetzungsrüge; faires Verfahren; Auslegung nationalen Rechts).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

**1159. BGH 4 StR 420/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Essen)**

Vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Begriff des Überholens).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB

**1160. BGH 4 StR 421/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Essen)**

Bewertungseinheit beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen).

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

**1161. BGH 4 StR 434/11 – Beschluss vom 20. September 2011 (LG Frankenthal)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Reichweite der Pflicht zur Hinzuziehung von Sachverständigen; Aufgaben des Sachverständigen).

§ 64 StGB; § 246a StPO; § 72 StPO