

Der Besch. beantragt nunmehr die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme für den Zeitraum über den 16.08.2010 hinaus bis zur Rückgabe.

**II.** Der Antrag des Besch. ist zulässig, weil dem Besch. für ein solches Feststellungsbegehren das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis zusteht.

Zwar kann der Ermittlungsrichter gem. § 98 Abs. 2 StPO zur Entscheidung über eine Beschlagnahme in der Regel nur angerufen werden, solange diese noch andauert, denn nur dann kann er in den Vollzug eingreifen, seine Grenzen bestimmen und die Art und Weise des weiteren Vollzugs regeln (vgl. *BGH* v. 01.12.1988, 1 BJs 193/84; StV 1988, 90; *KG NJW* 1975, 354; *OLG Karlsruhe* MDR 1980, 76), jedoch ist bei Aufhebung der Beschlagnahme durch Herausgabe der Gegenstände für eine Entscheidung des Ermittlungsrichters dann Raum, wenn ein nachwirkendes Bedürfnis für eine richterliche Prüfung der Vollzugsmaßnahme besteht (Bsp. Festsetzung von Ordnungsmitteln), eine Wiederholungsgefahr oder aber ein tiefgreifender, tatsächlich jedoch nicht mehr fortwirkender Grundrechtseingriff besteht und dieser vor gerichtlicher Entscheidung typischerweise bereits erledigt ist (zu allem vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl. Vor § 296 Rn. 18 f. m.w.N.; *BVerfG* v. 15.07.1998, 2 BvR 446/98).

Letzteres ist hier gegeben. Unabhängig davon, ob allein bei einer Beschlagnahmedauer von nur etwa 5 Monaten ein tiefgreifender Grundrechtseingriff bereits angenommen werden kann, ist ein solcher hier zumindest deshalb gegeben, weil dem Verteidiger über einen Zeitraum von mehr als 5 Monaten Akteneinsicht nicht gewährt wurde, obgleich ein Grund für diese Verzögerung nicht ersichtlich war. Hierdurch wurde dem Besch. die Möglichkeit genommen, noch während der Dauer der Beschlagnahme in dem hiesigen Verfahren – von welcher der Besch. mangels Zusendung des Beschlagnahmeprotokoll v. 16.08.2010 keine Kenntnis hatte – die gerichtliche Entscheidung zu beantragen. Dies kann nicht dazu führen, dass dem Besch. nach Beendigung der Beschlagnahme eine gerichtliche Überprüfung selbiger zu versagen ist.

Der Antrag des Besch. ist begründet. Die Beschlagnahme der o.a. Gegenstände in dem o.a. Zeitraum war rechtswidrig. Nach § 98 Abs. 1 StPO ist für die Beschlagnahme grundsätzlich ein richterlicher Beschluss erforderlich. Nur bei Gefahr im Verzuge reicht eine staatsanwaltliche oder polizeiliche Anordnung aus. Ein Fall von Gefahr im Verzug lag hier jedoch nicht vor. Die genannten Gegenstände waren in dem o.g. Strafverfahren bereits durch gerichtlichen Beschluss beschlagnahmt worden und in amtlichem Gewahrsam befindlich. Es hätte mithin der vorherigen Einholung eines gerichtlichen Beschlagnahmebeschlusses bedurft.

Die Beschlagnahme der Gegenstände über den 16.08.2010 hinaus rechtfertigt sich auch nicht vor dem Hintergrund der gerichtlichen Anordnung in dem Strafverfahren (Beschl. v. 06.07.2010, 91 Gs 625/10), da der dortige Beschluss nur auf das Strafverfahren gerichtet gewesen war, und es für das hiesige Verfahren eines gesonderten Beschlusses in Konkretisierung des hiesigen Tatvorwurfes (*Woblers* in SK-StPO, 4. Aufl., Bd. II, § 98, Rn. 177) bedurft hätte.

Mitgeteilt von RA Prof. Dr. *Reinhold Schlothauer*, Bremen.

## Strafrecht

### Rücktritt vom Versuch

StGB § 24

**Die Tatsache, dass sich ein affektiv erregter Täter erst unter dem beruhigenden Einfluss eines Dritten zur Aufgabe der weiteren Tatausführung entschlossen hat, stellt für sich genommen die Autonomie seiner Entscheidung nicht in Frage.**

*BGH*, Beschl. v. 09.08.2011 – 4 StR 367/11 (LG München I)

**Aus den Gründen:** [1] Der Angekl. wurde vom *LG München I* [u.a.] wegen Nötigung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Ur. des *AG München...* zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J. und 6 M. und unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Ur. des *AG München...* zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J. und 4 M. verurteilt. Zugleich wurde ihm die Fahrerlaubnis entzogen und eine Sperrfrist von 3 J. und 6 M. festgesetzt. Seine hiergegen eingelegte Revision hat [einen Teilerfolg].

[2] **I.** Nach den vom *LG* im Fall B. 5.) der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen forderte der Angekl. die Zeugin A. auf, ihm ein I-Phone herauszugeben, das er ihr einige Zeit zuvor geliehen hatte. Die Zeugin A. befand sich zu diesem Zeitpunkt in Begleitung des Zeugen S. Nachdem er eine von der Zeugin mitgeführte Tasche durchsucht hatte, ohne das I-Phone finden zu können, beschimpfte er die Zeugin mit den Worten: »Du Schlampe, du Miststück«. Anschließend zog er eine geladene Schreckschusspistole aus dem Hosensack und richtete sie auf den Unterkörper des Zeugen S. Zugleich forderte er den Zeugen auf, sich »zu verpissen« und drohte ihn »abzuknallen«. Dabei kam es dem Angekl. darauf an, wegen des I-Phones allein mit der Zeugin A. reden zu können. Die Zeugin A. drückte die Hand des Angekl., in der er die Pistole führte, nach unten und bat ihn aufzuhören und zur Vernunft zu kommen. Daraufhin steckte der Angekl. die Schreckschusspistole wieder in seinen Hosensack. Der Zeuge S. entfernte sich, nachdem ihn die Zeugin A. dazu aufgefordert hatte und verständigte die Polizei. Bis zu deren Eintreffen unterhielt sich die Zeugin A. weiter mit dem Angekl., der dabei seine Waffe entlud.

[3] Das *LG* hat das auf das I-Phone gerichtete »Herausgabeverlangen unter Vorhaltung einer Waffe« als versuchte Nötigung gewertet und in den Beschimpfungen der Zeugin A. eine in Tateinheit hierzu begangene Beleidigung gesehen.

[4] **II.** Die Feststellungen des *LG* tragen die Verurteilung wegen versuchter Nötigung nicht, weil ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch in Betracht kommt.

[5] Nach § 24 Abs. 1 S. 1 erste Alternative StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt. Voraussetzung ist, dass der Täter zu diesem Zeitpunkt (Rücktrittshorizont) noch nicht mit einem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges rechnet (unbeendeter Versuch), seine Herbeiführung aber noch für möglich hält (*BGH*, Beschl. v. 19.05.1993 – GSt 1/93, *BGHSt* 39, 221, 227f. [= StV 1993, 408]). Außerdem muss die Aufgabe der weiteren Tatausführung freiwillig erfolgen, also auf einer autonom getroffenen Willensentscheidung beruhen (vgl. *BGH*, Ur. v. 08.02.2007 – 3 StR 470/06, NStZ 2007, 399, 400). Autonom ist jede Rücktrittsentscheidung, die dem Täter nicht durch die gegebenen Umstände aufgezungen wurde (vgl. *BGH*, Ur. v. 28.02.1956 – 5 StR 352/55, *BGHSt* 9, 48, 51; Ur. v. 17.12.1992 – 4 StR 532/92, NStZ 1993, 279). Die Tatsache, dass sich ein affektiv

erregter Täter erst unter dem beruhigenden Einfluss eines Dritten zur Aufgabe der weiteren Tatausführung entschlossen hat, stellt für sich genommen die Autonomie seiner Entscheidung nicht in Frage (BGH, Urt. v. 10.11.1987 – 5 StR 534/87, NStZ 1988, 69, 70; Urt. v. 14.04.1955 – 4 StR 16/55, BGHSt 7, 296, 299).

[6] Der Angekl. hat die zur Bedrohung des Zeugen S. verwendete Pistole wieder in den Hosenbund gesteckt, nachdem die Zeugin A. seine Hand nach unten gedrückt und beruhigend auf ihn eingeredet hatte. Zu diesem Zeitpunkt war der Zeuge S. der Aufforderung des Angekl. sich zu entfernen, noch nicht nachgekommen. Bei dieser Sachlage wäre es erforderlich gewesen, einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB zu prüfen und weitere Feststellungen insbes. zum Vorstellungsbild des Angekl. zu treffen. Dies ist nicht geschehen. Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung...

### Rücktritt vom Versuch bei mehreren Tatbeteiligten

StGB § 24 Abs. 2 S. 1

**Sind an einer Tat mehrere beteiligt, wird nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB nicht wegen Versuchs bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Dabei muss das Tatvollendung verhindernde Verhalten nicht notwendig in einem auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tun bestehen. Kann einer von mehreren Beteiligten den noch möglichen Eintritt des Taterfolgs allein dadurch vereiteln, dass er seinen vorgesehenen Tatbeitrag nicht erbringt oder nicht weiter fortführt, so verhindert bereits seine Untätigkeit oder sein Nichtweiterhandeln die Tatvollendung. Ist dem Beteiligten dies im Zeitpunkt der Verweigerung oder des Abbruchs seiner Tatbeteiligung bekannt und handelt er dabei freiwillig, liegen damit die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB vor.**

BGH, Beschl. v. 26.07.2011 – 4 StR 268/11 (LG Saarbrücken)

**Anm. d. Red.:** Vgl. BGH, Urt. v. 07.10.1983 – 1 StR 615/83 = NJW 1984, 2169; Urt. v. 21.10.1983 – 2 StR 485/83 = BGHSt 32, 133, 134 f.; Fischer, 58. Aufl., § 24 Rn. 40; Kudlich/Schubert, in: SSW-StGB, § 24 Rn. 57; Lilie/Albrecht, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 24 Rn. 400 m.w.N.

### Strafzumessung

StGB § 46

**Auch solche Lebensumstände des Angeklagten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Tatgeschehen stehen, sind für die Strafzumessung von Bedeutung. Das gilt namentlich für eine nach der Tat eingetretene Stabilisierung der Lebensverhältnisse und die soziale Wiedereingliederung des Täters, die sich nicht nur auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung auswirken, sondern auch auf die Strafraumwahl und die Strafhöhenbemessung.**

BGH, Beschl. v. 16.08.2011 – 5 StR 300/11 (LG Berlin)

**Anm. d. Red.:** S. auch BGH, Urt. v. 07.10.1987 – 2 StR 446/87 = BGHR StGB, § 177 Abs. 2 Strafraumwahl 1 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 10.04.1992 – 3 StR 101/92 = BGHR StGB, § 46 Abs. 1 Spezialprävention 4 u. Beschl. v. 10.02.1993 – 5 StR 710/92 (= StV 1993, 245); BGH, Urt. v. 20.04.1993 – 5 StR 65/93 = BGHR StGB, § 177 Abs. 1 Strafzumessung 12 (= StV 1993, 521).

### Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen

StGB § 266a Abs. 2

**Bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen, die den Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB erfüllen, wirkt die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung – anders als im originären Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB (vgl. insoweit BGH, Beschl. v. 28.05.2002 – 5 StR 16/02 = BGHSt 47, 318 [= StV 2002, 542]) – regelmäßig nicht tatbestandsausschließend. (amtl. Leitsatz)**

BGH, Beschl. v. 11.08.2011 – 1 StR 295/11 (LG Coburg)

**Aus den Gründen:** Ergänzend bemerkt der Senat:

1. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen waren die in den »Drückerkolonnen« des Angekl. beschäftigten Personen vollständig in den Betrieb des Unternehmens des Angekl. eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen. Diese Feststellungen tragen die rechtliche Wertung des LG, dass der Angekl. Arbeitgeber der in seinem Unternehmen beschäftigten Personen war. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich. Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (vgl. BGH, Beschl. v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 m.w.N.). Dem steht auch die von der Revision angeführte Entscheidung des *Bundesarbeitsgerichts* v. 9.06.2010 (5 AZR 332/09, NJW 2010, 2455) nicht entgegen. Danach ist bei der Gesamtwürdigung eines Sachverhaltes zur Klärung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt »zudem die Vertragstypenwahl der Parteien zu berücksichtigen«. Lediglich dann, »wenn die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, müssen sich die Parteien an dem von ihnen gewählten Vertragstypus festhalten lassen« (BAG a.a.O. 2457). Vorliegend sind indes auf Grundlage der getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei gegeben...

4. Dass – wie von der Revision behauptet – dem Angekl. die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge unmöglich gewesen wäre, ergibt sich – wie der GBA in seiner Antragsschrift zutreffend feststellt – aus den Urteilsgründen nicht. Anhaltspunkte, die weitere Feststellungen der *StrK* zur Zahlungsfähigkeit geboten hätten, sind nicht ersichtlich. Auch die Revision trägt insoweit keine Umstände von Gewicht vor.

Dessen ungeachtet wirkt in Fällen der vorliegenden Art – d.h. bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen – die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung – anders als im originären Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB (vgl. insoweit BGH, Beschl. v. 28.05.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 [= StV 2002, 542]) – regelmäßig nicht tatbestandsausschließend.

Anders als im Rahmen von § 266a Abs. 1 StGB besteht vorliegend die Tathandlung nicht im Vorenthalten – also dem schlichten Nichtzahlen – der Sozialversicherungsbeiträge. Hier ist das Vorenthalten vielmehr Folge der in § 266a Abs. 2 StGB definierten Tathandlungen. Bei dem Tatbestand des § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB handelt es sich dabei um ein Erfolgsdelikt, das an einem aktiven Tun anknüpft. Lediglich im Rahmen des Tatbestands des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt gegeben (*Fischer*, StGB 58. Aufl., § 266a Rn. 21). Anders als § 266a Abs. 1 StGB enthält der Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB mithin über die Nichtzahlung hinausgehende Unrechtselemente (vgl. *Wiedner* in *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Strafrecht, 1. Aufl. 2011, § 266a Rn. 64: »Die Pflichtverletzungen des Arbeitgebers nach Nr. 1 und 2 verkörpern ein erhöhtes Unrecht und eine typische Gefahrerhöhung im Hinblick auf die eintretende Beitragsvorenthaltung«).

Hierbei ist zwischen den das Unrecht des Tatbestands prägenden Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB und dem Vorenthalten als deren Folge keine strikte äquivalente Kausalität in dem Sinne erforderlich, dass der Arbeitgeber ohne die Tathandlung – also bei ordnungsgemäßen Angaben – die Beiträge gezahlt haben müsste. Der Zusammenhang ist vielmehr wie im Fall des gleichlautenden § 370 Abs. 1 AO funktional zu verstehen (vgl. *Wiedner* a.a.O.), was auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, die Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Verletzung von Erklärungs-pflichten in Anlehnung an § 370 AO unter Strafe zu stellen (BT-Drucks. 15/2573 S. 28).

Die bei Verwirklichung des Tatbestandes des § 266a Abs. 1 StGB als echtem Unterlassensdelikt geltenden allg. Grundsätze, wonach dem Handlungspflichtigen die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht möglich und zumutbar sein müssen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 28.05.2002 – 5 StR 16/02, *BGHSt* 47, 318, 320 [= StV 2002, 542]), können daher hinsichtlich der Tatbestandsalternative des § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB von vornherein keine Anwendung finden. Lediglich bei dem echten Unterlassungsdelikt des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB sind sie zu beachten. Möglich und zumutbar muss dann allerdings nur die Erfüllung der Handlungspflichten sein, deren Verletzung im Tatbestand vorausgesetzt wird. Das sind die sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten, namentlich die nach § 28a SGB IV. Demgegenüber gelten sie nicht im Hinblick auf die Folge des Unterlassens, d.h. dem Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge.

Soweit in Fällen der vorliegenden Art der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB ebenfalls durch betrugsähnliche, in § 266a Abs. 2 StGB beschriebene Handlungen verwirklicht und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden, finden die für echte Unterlassensdelikte geltenden allg. Grundsätze aufgrund der vorstehenden Erwägungen ebenfalls keine Anwendung. Denn der Gesetzgeber beabsichtigte insoweit eine einheitliche Anwendung beider Absätze in der Praxis (BT-Drucks. 15/2573 S. 28), die im Hinblick auf den über das schlichte Nichtzahlen der angemeldeten Sozialversicherungsbeiträge hinausgehenden Unrechtsgehalt der Taten auch geboten ist. Hinzu kommt, dass im Hinblick auf eine eventuelle Unmöglichkeit der Zahlung der Arbeitnehmeranteile in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig ein schuldhaftes Vorverhalten gegeben ist (»omis-

sio libera in causa«, vgl. insoweit *BGH*, Beschl. v. 28.05.2002 – 5 StR 16/02, *BGHSt* 47, 318, 320 f. [= StV 2002, 542]), so dass die Unmöglichkeit der Zahlung der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt ohnehin nicht tatbestandsausschließend wirken würde (vgl. auch *BGH*, Urt. v. 13.05.1987 – 3 StR 460/86, *wistra* 1987, 290, 291 f.).

Dem steht auch § 266a Abs. 6 StGB nicht entgegen. Ungeachtet des ohnehin eingeschränkten Anwendungsbereichs, den die Vorschrift bei Taten nach § 266a Abs. 2 StGB hat (vgl. *Laitenberger* NJW 2004, 2703, 2706; *Joecs* *wistra* 2004, 441, 443), bleibt der Strafaufhebungsgrund des § 266a Abs. 6 StGB erhalten, soweit die Tat nach § 266a Abs. 2 StGB begangen wurde, weil eine fristgemäße Zahlung nicht möglich war. In Fällen der vorliegenden Art, bei denen die Tat keine Reaktion auf wirtschaftliche Probleme des Arbeitgebers, sondern vielmehr Folge eines von vornherein auf Umgehung der Beitragszahlungen angelegten Tatplans war, ist demgegenüber für die Anwendung des § 266a Abs. 6 StGB ohnehin kein Raum (vgl. *Laitenberger* a.a.O.).

Die vorstehende, sich aus Wortlaut und Systematik der Vorschrift ergebende Auslegung wird zudem – neben den bereits angeführten Gesichtspunkten aus der Entstehungsgeschichte des Tatbestands – vom Willen des Gesetzgebers getragen. Mit der Einführung des neuen § 266a Abs. 2 StGB durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung v. 23.07.2004 (BGBl. I, 1842) sollten die Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die bis dahin in Fällen des Beitragsbetrugs gegeben waren (vgl. BT-Drucks. 15/2573 S. 28). Der Tatbestand des § 263 StGB war in Fällen der vorliegenden Art nach zutreffender Auffassung bereits dann erfüllt, wenn die Beitragsforderungen irrtumsbedingt nicht festgesetzt und beigetrieben wurden (vgl. *BGH*, Urt. v. 20.10.1983 – 4 StR 477/83, *wistra* 1984, 66, 67; *BGH*, Urt. v. 25.01.1984 – 3 StR 278/83, *BGHSt* 32, 236, 240 [= StV 1984, 424]; *BGH*, Urt. v. 13.05.1987 – 3 StR 460/86, *wistra* 1987, 290, 291 f.; a.A. obiter dictum *BGH*, Beschl. v. 12.02.2003 – 5 StR 165/02, NJW 2003, 1821, 1824). Dass der Gesetzgeber dahinter zurückbleiben wollte, ist nicht ersichtlich...

## Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

StGB § 266a; AEUV Art. 49

**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.**

*BGH*, Beschl. v. 27.09.2011 – 1 StR 399/11 (LG Landshut)

**Aus den Gründen:** [1] Das *LG* hat die Angekl. wegen »gemeinschaftlichen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 13 tatmehrheitlichen Fällen in Tatmehrheit mit einem gemeinschaftlichen Verstoß gegen § 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes« verurteilt, den Angekl. R. zu der Gesamtfreiheitsstrafe