

## Entscheidungsbesprechung

### Anforderungen an eine strafbefreiende Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung – Abwesenheit des Angeklagten wegen Suizidversuchs in der Hauptverhandlung

**1. Eine Selbstanzeige nach § 371 AO führt auch dann zu einer Strafaufhebung, wenn ihr Inhalt nur geringfügig von den gesetzlich festgelegten Anforderungen abweicht, was aber bei einer Differenz von mehr als fünf Prozent vom Verkürzungsbetrag nicht mehr der Fall ist. (Leitsatz 1 des Verf.).**

**2. Unternimmt ein Angeklagter wegen einer mittelgradigen depressiven Episode einen Suizidversuch, der zu seiner Verhandlungsunfähigkeit führt, kann ein eigenmächtiges Entfernen i.S.v. § 231 Abs. 2 StPO angenommen werden, weshalb die Hauptverhandlung ohne ihn fortgesetzt werden darf. (Leitsatz 2 des Verf.)**

StPO §§ 230 Abs. 1, 231 Abs. 2, 337, 338 Nr. 5  
AO §§ 370, 371

BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Was beim BGH passiert, interessiert normalerweise nur Prozessparteien oder Angeklagte und ihre Anwälte sowie Wissenschaftler. Falls die Medien doch einmal ausführlicher berichten, sind es meist Rechtsfragen, die im Mittelpunkt stehen und sich über ein konkretes Verfahren hinaus auswirken.

Das hat sich spätestens seit dem bizarren Streit geändert, den der Präsident des BGH *Klaus Tolksdorf* angezettelt hat mit Blick auf die Besetzung der Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats. Mit den „Attacken des Präsidenten“<sup>2</sup> und der Eskalation der Affäre beschäftigen sich inzwischen zahlreiche Beiträge<sup>3</sup> und bedenken den offenbar überforderten Gerichtspräsidenten ob seines ungeschickten Verhaltens mit bisshen Kommentaren.

Der 1. Strafsenat ist auf dem besten Weg, in ähnlicher Weise in die Schlagzeilen zu geraten. Seit sein Vorsitzender *Armin Nack* heißt, haben vor allem Strafverteidiger den Eindruck, mit einer Revision vor dem 1. Strafsenat im Vergleich

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2011, 3249 = NSStZ 2012, 105 = BeckRS 2011, 21466.

<sup>2</sup> Rückert, Die Zeit v. 6.10.2011.

<sup>3</sup> Siehe nur *Feest*, Legal Tribune Online v. 18.10.2011 (<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vorsitz-am-2-bgh-strafsenat-showdown-in-karlsruhe> [zuletzt abgerufen am 25.5.2012]); *Müller*, F.A.Z. v. 27.8.2011; *ders.*, F.A.Z. v. 18.1.2012; *Rückert*, Die Zeit v. 23.2.2012; *García*, „Eskalation am BGH – die Nerven liegen blank“, in: De legibus-Blog v. 18.1.2012, <http://blog.delegibus.com/2012/01/18/eskalation-am-bgh-die-nerven-liegen-blank> (zuletzt besucht am 25.5.2012). Aus der Wissenschaft: *Schünemann*, ZIS 2012, 1; *Bernsmann*, StV 2012, 274.

zu anderen Senaten auf verlorenem Posten zu stehen. Staatsanwaltschaften hingegen schätzen den *Senat*, weil er – so heißt es – häufig Verurteilungen „hält“ und Freisprüche „kassiert“.<sup>4</sup> Seit den Aufsätzen von *Erb*, in denen er die Rechtsprechung des 1. Strafsenats stichhaltig verurteilt,<sup>5</sup> stehen der *Senat* und sein Vorsitzender unter Bewährungsaufsicht. Und nicht zuletzt seit dem eindrucksvollen Beitrag von *García*<sup>6</sup> weiß man auch, dass schon längst nicht mehr stimmt, was *Nack* für den Zeitraum von 1992 bis 1995 einst festgestellt hat: „Die Aufhebungspraxis der Strafsenate ist weitgehend homogen“.<sup>7</sup>

Angesichts dieses Befundes lohnt es sich, bei Entscheidungen des 1. Strafsenats genauer hinzuschauen. Das gilt auch für den im Folgenden zu besprechenden Beschluss.<sup>8</sup>

#### II. Sachverhalt

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 52 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten. Auf seine Revision hin entschied der BGH, dass die vom Landgericht getroffenen Feststellungen lediglich die Verurteilung in 32 Fällen tragen. Mit Blick auf 20 Fälle der Nichtabgabe bzw. nicht rechtzeitigen Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen bemängelte das Revisionsgericht, dass es an Feststellungen fehle, die eine Beurteilung erlauben, ob die verspätete Abgabe von Umsatzsteuererklärungen als strafbefreiende Selbstanzeige zu werten sei. Die hänge auch davon ab, ob es sich bei einer zwischen der verkürzten und der tatsächlich nacherklärten Steuer zutage tretenden Differenz lediglich um eine „geringfügige Abweichung“ handele. Insoweit stellte der *Senat* das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO ein, weil er es für ausgeschlossen hielt, dass das Landgericht, selbst wenn die Einzelstrafen

<sup>4</sup> Es lassen sich zahlreiche Verfahren anführen, in denen dieses „Schema“ zutage tritt. Hier sei lediglich exemplarisch hingewiesen auf die „Segelanleitung“ im Verfahren gegen *Harry Wörz* (dazu *Friedrichsen*, Der Spiegel v. 22.10.2009, [www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,656792,00.html](http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,656792,00.html), zuletzt besucht am 15.5.2012). – Auch mit seiner Entscheidung vom 12.6.2007 (1 StR 73/07), mit der er ein Urteil des Landgerichts Hof vom 9.10.2006 (1 Ks 22 Js 17739/05) wegen Mordes bestätigte, hat der *Senat* die Einzelfallgerechtigkeit missachtet. Erwähnt seien ferner der zweifelhafte Beschluss vom 14.4.2010 – 1 StR 64/10 = NJW 2010, 2294 (dazu überzeugend *Fischer*, ZRP 2010, 249) sowie das Urteil vom 22.5.2012 (1 StR 103/12).

<sup>5</sup> *Erb*, NSStZ 2011, 186; *ders.*, GA 2012, 72.

<sup>6</sup> *García*, myops 15/2012, 55 (online abrufbar unter: <http://blog.delegibus.com/2011/12/04/bundesgerichtshof-die-schiere-freude-am-strafen> [zuletzt besucht am 25.5.2012]); siehe dazu schon *Friedrichsen*, Legal Tribune Online v. 12.5.2010 (<http://www.lto.de/recht/feuilleton/f/zwischenruf-von-gisela-friedrichsen-ou-offensichtlich-unbegruendet> [zuletzt besucht am 25.5.2012]).

<sup>7</sup> *Nack*, NSStZ 1997, 153.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10.

nicht berücksichtigt worden wären, eine geringere als die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe festgesetzt hätte.

Der Angeklagte erhob neben der Sach- eine Verfahrensrüge, die der BGH gemäß § 349 Abs. 2 StPO für „offensichtlich unbegründet“<sup>9</sup> erachtete. Gerügt hatte der Angeklagte eine Verletzung von §§ 230 Abs. 1, 231 Abs. 2 StPO und sich damit auf den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO berufen. Nachdem drei Hauptverhandlungstage in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten stattgefunden hatten, verhandelte das Landgericht anschließend fünf weitere Termine ohne den Angeklagten, bevor er ab dem elften Verhandlungstag bis zum Schluss der Verhandlung wieder zugegen war. Das Fernbleiben des Angeklagten wertete das Landgericht als „eigenmächtig“ und rechtfertigte die Fortsetzung der Verhandlung in seiner Abwesenheit – nicht zuletzt weil der Angeklagte am zweiten Verhandlungstag auch zur Sache ausgesagt und Fragen des Vorsitzenden beantwortet hatte – mit § 231 Abs. 2 StPO.

Abwesend war der Angeklagte, weil er in der Nacht vor dem vierten Verhandlungstag einen Suizidversuch begangen hatte, wobei ein Sachverständiger zu der Einschätzung gelangte, dass bei dem Angeklagten eine „mittelgradige depressive Episode“ vorlag, was seine Steuerungsfähigkeit bei Vornahme der Selbstverletzungshandlungen zwar erheblich beeinträchtigte, nicht jedoch gänzlich ausschloss. Obwohl er dabei seinen Tod billigend in Kauf nahm, „wollte er durch sein Handeln der Hauptverhandlung entgehen“ und „hoffte, [...] rechtzeitig von seiner Ehefrau [...] aufgefunden und gerettet zu werden“.<sup>10</sup> Ein zweiter Sachverständiger widersprach der Einschätzung des ersten Sachverständigen, dass es sich um einen reinen demonstrativen Suizidversuch gehandelt haben könnte. Er kam zu dem Schluss, dass ein akuter depressiver und präsuizidaler Verstimmungszustand zu einem Tunnelblick und einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit geführt habe. Das Landgericht schenkte dieser Beurteilung allerdings keine Beachtung und stützte seine Ausführungen allein auf die Ausführungen des ersten Sachverständigen.

### III. Bewertung der Entscheidung

#### 1. Selbstanzeige nach § 371 AO

2011 ist das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) in Kraft getreten. Die darin manifestierte Abschaffung der sogenannten Teilselbstanzeige schränkt die Möglichkeit, sich durch eine Selbstanzeige Straffreiheit zu verschaffen, massiv ein. Auslöser dieser Neuregelung war die plötzliche Änderung einer langjährigen Rechtsprechung (und zugleich Abkehr von der h.M. im Schrifttum) durch den *1. Strafsenat*,<sup>11</sup> der die seit dem Jahr 2008 vom *5. Strafsenat* erhaltene Zuständigkeit für Steuerstrafsachen rege nutzt, um

allerlei Verschärfungen vorzunehmen.<sup>12</sup> Die jetzige Gesetzeslage entspricht dem Willen des *1. Strafsenats*: „Eine Rückkehr zur Steuerehrlichkeit ist dann gegeben, wenn der Täter nunmehr vollständige und richtige Angaben – mithin ‚reinen Tisch‘ – macht.“<sup>13</sup>

Hier ist nicht der Platz, um ausführlich darüber nachzudenken, ob der Gesetzgeber klug beraten war, der Rechtsauffassung des *1. Strafsenats* nicht nur nicht entgegenzutreten, sondern sie auch noch zum Gesetz zu machen. Die Bereitschaft, mit einer Selbstanzeige „reinen Tisch“ zu machen, dürfte eher zurückgehen, weil selbst ein reuiger Steuersünder nach jetziger Rechtslage nicht mehr sicher sein kann, dass sein Verhalten am Ende als strafbefreiende Selbstanzeige gewertet wird. Dieses nicht gerade geringe Risiko dürfte potentielle Selbstanzeiger eher abschrecken als dazu ermutigen, hinterzogene Steuern nachträglich zu entrichten. Ob dies der Gerechtigkeit dient, ist keinesfalls so sicher, wie es auf den ersten Blick scheint – eine Erhöhung der Einnahmen aus Selbstanzeigen ist jedenfalls nicht zu erwarten.

#### a) Unsitte „obiter dictum“

Bedenklich ist die vorstehend erwähnte Entscheidung vom 20.5.2010 aber auch aus einem weiteren Grund: Der *1. Strafsenat* hat sich zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Selbstanzeige nur nebenbei geäußert, also obwohl der Sachverhalt dazu gar keinen Anlass gab, d.h. die Aussagen für die konkrete Entscheidung nicht tragend waren. Auch im vorliegenden Fall war die Behandlung der Frage, wann eine Abweichung geringfügig ist, nicht nötig. Der *1. Strafsenat* hätte deren Beantwortung schlicht und einfach offen lassen können. Denn ob mit oder ohne Klärung: Zum einen genügen die Feststellungen des Landgerichts ohnehin nicht für eine Subsumtion, zum anderen hätte ein Offenlassen der Frage einer Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO nicht im Wege gestanden. Stattdessen ist es – wie so oft – das obiter dictum, das der Entscheidung nunmehr seinen Stempel aufdrückt und ihr zur Bekanntheit verhilft.

Solche obiter dicta sind durchaus beliebt. Manches, was beliebt ist, stellt aber zugleich eine Unsitte dar (z.B. das frühmorgendliche Reservieren von Badeliegen am Hotelpool mit großen Handtüchern). So verhält es sich auch mit obiter dicta. Sie widersprechen nicht nur § 13 der Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofes, der lautet:<sup>14</sup> „Tatbestand und Entscheidungsgründe [...] sollen sich auf das Wesentliche und den Gegenstand der Entscheidung beschränken.“<sup>15</sup> Es handelt sich darüber hinaus um eine Umgehung von § 132 GVG und konterkariert damit ein anderen Senaten gesetzlich zustehendes Recht.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Siehe dazu Putzke, ZJS 2011, 557 (dort Fn. 7).

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 6.

<sup>11</sup> Dazu etwa Gaede, PStR 2010, 282; Salditt, PStR 2010, 168; Weidemann, PStR 2010, 175.

<sup>12</sup> Siehe etwa BGH, Urt. v. 7.2.2012 – 1 StR 525/11 = NJW 2012, 1458; BGH, Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08 = BGHSt 53, 71 = NJW 2009, 528.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 20.5.2010 – 1 StR 577/09, Rn. 8 = BGHSt 55, 180 [182] = NJW 2010, 2146 (2147).

<sup>14</sup> Vom 3.3.1952 (BAnz. Nr. 83 S. 9).

<sup>15</sup> Kritisch auch Lamprecht, NJW 1998, 1039.

<sup>16</sup> Vgl. auch Rotsch, in: Schulz/Reinhart/Sahan (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 485 (499), zum obiter dic-

## b) „Geringfügige Abweichung“

Was die Tolerierung einer geringfügigen Abweichung angeht, verweist der BGH auf den Willen des Gesetzgebers, der Unschärfen im praktischen Vollzug hinzunehmen bereit ist. Die in § 371 Abs. 1 AO gewählte Formulierung „in vollem Umfang“ bedeute dementsprechend nicht, „dass nunmehr im praktischen Vollzug jede Selbstanzeige auf Euro und Cent genau deckungsgleich mit der am Ende des Verfahrens von der Finanzbehörde festzusetzenden Steuer sein müsse.“<sup>17</sup>

Der BGH stellt jetzt klar, dass die magische Grenze für Abweichungen fünf Prozent beträgt,<sup>18</sup> wobei Anknüpfungspunkt die verkürzte Steuer ist. Jedoch soll es sich bei der Grenze lediglich um eine „relative“ handeln. Selbst wenn die Differenz zwischen verkürztem und aufgedecktem Betrag zum Beispiel ein Prozent betrage, sei eine „wertende Betrachtung [...] auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der Umstände bei Abgabe der Selbstanzeige“ vorzunehmen. Dabei soll es eine Rolle spielen, „ob es sich um bewusste Abweichungen handelt oder ob – etwa bei einer Schätzung der Besteuerungsgrundlagen – in der Selbstanzeige trotz der vorhandenen Abweichungen noch die Rückkehr zur Steuerehrlichkeit gesehen werden kann [...]“<sup>19</sup>

An dieser Stelle setzt der 1. Strafsenat sich (nahezu) keiner Kritik aus, weil er eine vertretbare Rechtsauffassung äußert.<sup>20</sup> Ausgehend vom gesetzlich vorgesehenen Maßstab („in vollem Umfang“), lässt sich im Zusammenhang mit hinterzogenen Steuern bei einer Abweichung von zehn Prozent sicherlich nicht mehr von einer geringfügigen Differenz sprechen.<sup>21</sup> Bei „nicht ganz 6 Prozent“<sup>22</sup> oder fünf Prozent ist jede Festlegung mehr oder weniger willkürlich. Bei einer normativen Festlegung ist der „Schmerz der Grenze“ freilich unvermeidlich.<sup>23</sup>

Zuzustimmen ist dem BGH auch darin, dass nicht jede „geringfügige Differenz“ zugleich eine geringfügige Abweichung darstellt. Wer bei einer Selbstanzeige nachweislich bewusst (dolus) eine Abweichung verursacht, kommt – mangels vollständiger Rückkehr zur Steuerehrlichkeit – nicht in den Genuss einer Strafaufhebung nach § 371 Abs. 1 AO. Eine streng schematische Sicht wäre hier aber fehl am Platze. Wer aus Verärgerung über die hohe Steuerlast bei einer Selbstanzeige aus stillem Protest fünf Euro zurückbehält, dem wird (selbst wenn der Nachweis des bewussten Zurückhaltens gelingt) eine Strafbefreiung nicht mit der Begründung verwehrt werden dürfen, dass er nicht zur vollständigen Steu-

tum im Fall BGHSt 54, 44 (Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten).

<sup>17</sup> BT-Drs. 17/5067 (neu), S. 19.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 56.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 57.

<sup>20</sup> Eingehend dazu C. Putzke, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, Zur Bestimmung des tatbestandsmäßigen Verhaltens, 2012, S. 105 ff.

<sup>21</sup> A.A. Beckemper/Schmitz/Wegner/Wulf, wistra 2011, 281; wie hier Rolletschke, NZWiSt 2012, 120.

<sup>22</sup> So OLG Frankfurt a.M. NJW 1962, 974.

<sup>23</sup> Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 176 Rn. 2.

erehrlichkeit zurückgekehrt sei. Alles andere verstieße gegen den – auch im Steuerstrafrecht geltenden – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Allerdings öffnet die „wertende Betrachtung“ auch umgekehrt den Finanzbehörden und Gerichten eine Tür, selbst bei einer Differenz von weniger als fünf Prozent die Wirksamkeit einer Selbstanzeige zu verneinen. Was mit der Festlegung einer Maximalabweichung an Klarheit gewonnen ist, zerrinnt damit unversehens und führt zu Rechtsunsicherheit.

Wer bei der Auslegung von § 371 Abs. 1 AO die Intention des Gesetzgebers, dem Steuerhinterzieher eine „Brücke in die Steuerehrlichkeit“<sup>24</sup> zu bauen, als Kriterium heranzieht, muss im Übrigen so konsequent sein anzuerkennen, dass eine undolose Teilselbstanzeige, ohne Koppelung an eine Maximalabweichung, zwingend zur Straflosigkeit führt.<sup>25</sup>

## 2. § 231 Abs. 2 StPO

## a) Anwesenheitspflicht

Ein Angeklagter hat in einem Strafverfahren im Vergleich zu seinen Rechten nur wenige Pflichten.<sup>26</sup> In der Hauptverhandlung gehört dazu die sich schon aus § 230 Abs. 1 StPO ergebende und von § 231 Abs. 1 S. 1 StPO nochmals bekräftigte Pflicht, sich nicht aus der Verhandlung zu entfernen. Pointiert formuliert: „Anwesenheit in der Hauptverhandlung ist erste Angeklagtenpflicht, aber auch vornehmstes Recht.“<sup>27</sup>

Ein widerspenstiger Angeklagter darf nach § 231 Abs. 1 S. 2 StPO etwa bewacht oder sogar gefesselt werden.<sup>28</sup> Für den Fall, dass ein schon zur Sache vernommener (darin liegt der Hauptunterschied von § 231 zu § 231a StPO)<sup>29</sup> Angeklagter sich dennoch entfernt, steht § 231 Abs. 2 StPO zur Verfügung. Dabei soll es sich um eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift handeln,<sup>30</sup> weil der Angeklagte während seiner Abwesenheit die Einwirkungsmöglichkeit auf das Verfahren verliert, genauer: er seine Mitwirkungs-, Frage- und Erklärungsrechte nicht wahrnehmen kann.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> BT-Drs. 17/5067 (neu), S. 18.

<sup>25</sup> Ebenso etwa Adick, HRRS 2011, 197 (199); Beckemper/Schmitz/Wegner/Wulf, wistra 2011, 281; Rolletschke, NZWiSt 2012, 120 m.w.N.

<sup>26</sup> Zusammenfassend Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 117 ff.

<sup>27</sup> Meurer, NStZ 1993, 599.

<sup>28</sup> Siehe BGH NJW 1957, 271; Gmel, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 231 Rn. 2.

<sup>29</sup> Anders als § 231 Abs. 2 StPO muss bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 231a Abs. 1 S. 1 StPO die Verhandlung ohne den Angeklagten fortgesetzt werden (vgl. Gorf, in: Graf [Hrsg.], Beck'scher Onlinekommentar zur Strafprozessordnung, Stand: 1.2.2012, § 231a Rn. 10).

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 89, 120 (130) = NStZ 1993, 598 (599); BGH NJW 1974, 1290 (1291); Kirchhof, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), AnwaltKommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 231 Rn. 3.

<sup>31</sup> Näher Eisenberg, NStZ 2012, 63 (64).

### b) Voraussetzungen einer Verhandlung in Abwesenheit

Will ein Gericht die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten fortsetzen, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:<sup>32</sup>

Erstens muss gem. § 231 Abs. 2 StPO für den Angeklagten die Gelegenheit bestanden haben, sich zur Sache, d.h. zum Anklagevorwurf, zu äußern (§ 243 Abs. 5 S. 2 StPO).

Zweitens muss der Angeklagte sich aus der Hauptverhandlung entfernen oder ihr fernbleiben, und zwar (über den bloßen Wortlaut der Vorschrift hinaus) „eigenmächtig“, d.h. wissentlich und weder gerechtfertigt noch entschuldigt.

Drittens darf gem. § 231 Abs. 2 StPO die weitere Anwesenheit des Angeklagten für die Sachaufklärung nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich sein.

### c) Eigenmächtiges Verhalten

#### aa) Die Vorgehensweise des 1. Strafsenats

Für den vorliegenden Fall ist das Kriterium „eigenmächtig“ von Interesse, das die herrschende Meinung<sup>33</sup> als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 231 Abs. 2 StPO hineinliest. Ergeben solle sich dies aus einer systematischen Auslegung der Norm: An anderer Stelle nehme das Gesetz ausdrücklich Rücksicht auf die für das Ausbleiben des Angeklagten maßgebenden Gründe, nämlich in § 230 Abs. 2 StPO, in dem einer genügenden Entschuldigung Rechtserheblichkeit beigemessen wird.<sup>34</sup>

Das Merkmal „eigenmächtig“ wird allgemein so interpretiert, dass der Angeklagte wissentlich, rechtswidrig und schuldhaft ausbleiben muss.<sup>35</sup>

Besonders relevant für § 231 Abs. 2 StPO sind Fälle, in denen ein Angeklagter seine psychische oder physische Befindlichkeit bis hin zum Zustand der Verhandlungsunfähigkeit beeinträchtigt, etwa durch Medikamenten- oder Alkoholmissbrauch.<sup>36</sup> Ein „eigenmächtiges“ Verhalten solle immer dann gegeben sein, wenn ein Angeklagter seine Verhandlungsunfähigkeit vorsätzlich und schuldhaft herbeiführt.<sup>37</sup> Zur Begründung wird auf § 231a StPO verwiesen. Es bestehe „kein Anlaß, insoweit die gesetzlichen Voraussetzungen für

ein Verhandeln in Abwesenheit des Angekl. in dem Verfahrensstand, für den § 231 II StPO gilt, anders auszulegen als die entsprechenden Voraussetzungen, die in § 231a I 1 StPO für den davor liegenden Verfahrensstand umschrieben sind.“<sup>38</sup> Darüber hinaus weist der 1. Strafsenat darauf hin, dass der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, als im Jahr 1974 die Einführung von § 231a StPO zur Debatte stand, von einem inhaltlichen Gleichlauf der §§ 231 Abs. 2, 231a Abs. 1 S. 1 StPO ausging.<sup>39</sup>

Wer das Vorstehende für richtig hält (zur Kritik s.u. bb), steht vor der Frage, ob ein Angeklagter sich im Falle eines Suizidversuchs „schuldhaft“ verhalten hat. Das wird überwiegend verneint: Ein ernsthafter Suizidversuch (im Gegensatz zu einem sogenannten Appellsuizidversuch) rechtfertigt nicht die Annahme eines eigenmächtigen Sich-Entfernens.<sup>40</sup>

Der BGH hatte sich mit der Konstellation, dass ein Suizidversuch zu einer Verhandlungsunfähigkeit führt, bereits im Jahr 1961 auseinanderzusetzen.<sup>41</sup> Damals stellte er noch darauf ab, dass der Angeklagte dem „Gang der Rechtspflege“ entgegengetreten war, weil er vorsätzlich den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit verursacht hatte.<sup>42</sup> Ebenso wie schon im Jahr 1990 der 2. Strafsenat<sup>43</sup> erklärt nunmehr auch der 1. in seiner hier besprochenen Entscheidung eine solche „Boykottabsicht“ für irrelevant.<sup>44</sup> Stattdessen stellt er maßgeblich auf das Merkmal „schuldhaft“ ab.

Dabei handelt es sich allerdings um einen Begriff, dessen Bedeutung keinesfalls auf der Hand liegt. Ist die Bedeutung unklar, muss sie mittels Auslegung ermittelt werden. Der Wortlaut ist hier unergiebig, weil „Schuld“, „schuldlos“, „schuldhaft“, „entschuldigt“ etc. vieldeutige Begriffe sind und ihre Bedeutung abhängig ist vom Zusammenhang, in dem sie gebraucht werden. Auch beim Gesetzgeber sucht man vergeblich.

Abhilfe verspricht die systematische Auslegung: So finden sich in der StPO an einigen Stellen die Begriffe „schuldhaft“ (§§ 464c, 467 Abs. 2 S. 1 StPO), „entschuldigt“ (§ 15

<sup>32</sup> Ausführlich *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (65 f.).

<sup>33</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 285; BGHSt 37, 249 (255); *Joecks*, Strafprozessordnung, Studienkommentar, 3. Aufl. 2011, § 231 Rn. 6; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 231 Rn. 9; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 44 Rn. 46; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 445.

<sup>34</sup> BGHSt 37, 249 (251).

<sup>35</sup> Vgl. BGHSt 37, 249 (255); BGH NStZ-RR 2008, 285; BGH NStZ 1999, 418; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 231 Rn. 10.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NStZ 2002, 533 (535) bzw. BGH NStZ 1986, 372; weitere Beispiele bei vgl. *Gorf* (Fn. 29), § 231a Rn. 2.1.

<sup>37</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 23/24; dahingehend wohl auch BVerfGE 89, 120 (130) = NStZ 1993, 598 (599): „Wer seine Verhandlungsunfähigkeit vorsätzlich und schuldhaft herbeiführt, steht demjenigen gleich, der – obwohl er anwesend sein könnte – zur Hauptverhandlung nicht erscheint oder sich eigenmächtig aus ihr entfernt [...]“

<sup>38</sup> BGH NJW 1981, 1052 (1053).

<sup>39</sup> BT-Drs. 7/2989, S. 6: „Die neue Vorschrift lehnt sich dabei an den von der Rechtsprechung und der Wissenschaft herausgearbeiteten Gehalt des § 231 Abs. 2 an.“

<sup>40</sup> So OLG Koblenz NJW 1975, 322; *Becker*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 231 Rn. 18; *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 46. Lfg., Stand: April 2007, § 231a Rn. 23; *Gmel* (Fn. 28), § 231a Rn. 9; *Roxin/Schünemann* (Fn. 32), § 44 Rn. 46; *Schlüchter* (Fn. 33), Rn. 445; dahingehend auch *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 231a Rn. 2; a.A. *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 231 Rn. 17.

<sup>41</sup> Zuvor befasst sich schon das Reichsgericht mit der Frage: RG DR 1944, 836.

<sup>42</sup> BGH NJW 1961, 1980 (1981) unter Verweis auf RGSt 22, 247; 69, 18; ebenso noch BGH NStZ 1988, 421 (422).

<sup>43</sup> Vgl. BGH NJW 1991, 1364 (1366).

<sup>44</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 19; zuvor schon BGH NStZ-RR 2008, 285.

Abs. 2 StPO), „unentschuldig“ bzw. „nicht genügend entschuldig“ (§§ 216 Abs. 1 S. 1 StPO, 230 Abs. 2, 329 Abs. 1 S. 1, 412 S. 1 StPO) und „ohne Verschulden“ (§§ 44 S. 1, 437 Abs. 1 S. 1, 439 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 442 Abs. 2 S. 2 StPO). Dies nimmt auch der *1. Strafsenat* zur Kenntnis, wobei er ersichtlich Probleme damit hat, weil eine systematische Orientierung an den genannten Normen wohl zur Annahme eines absoluten Revisionsgrundes (§ 338 Nr. 5 StPO) geführt hätte. Denn nach den in der StPO üblicherweise angenommenen Maßstäben ist ein Angeklagter schon dann entschuldig, „wenn ihm sein Nichterscheinen bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles nicht zum Vorwurf gereicht“,<sup>45</sup> er m.a.W. „ohne Not“ der Hauptverhandlung ferngeblieben ist.<sup>46</sup> Dies einem Angeklagten zu attestieren, der versucht hat, sich mit bedingtem Selbsttötungsvorsatz das Leben zu nehmen, während er sich im Zustand einer mittelgradigen depressiven Episode mit erheblich eingeschränkter Steuerungsfähigkeit befand, wäre nur schwerlich argumentativ darzustellen gewesen.

Insofern griffe übrigens der Einwand zu kurz, dass die Selbsttötung nach Ansicht des ersten Sachverständigen möglicherweise gar nicht ernsthaft gewesen war. Abgesehen davon, dass diese Feststellung ausgesprochen schwierig ist,<sup>47</sup> kam der zweite Sachverständige zu einem gegenteiligen Ergebnis. Dass diese gutachterlichen Ausführungen bei der Entscheidungsfindung des Landgerichts „keine Rolle“ gespielt haben,<sup>48</sup> hindert den *Senat* nicht, auf sie zurückzugreifen. Denn das Revisionsgericht prüft, ggf. im Freibeweisverfahren, selbständig und nach dem Kenntnisstand im Zeitpunkt seiner Entscheidung, ob die Eigenmächtigkeit nachgewiesen werden kann, und ist insoweit an die Feststellungen des Tatgerichts nicht gebunden.<sup>49</sup> Ganz in diesem Sinne hat der *1. Strafsenat* auch die Ausführungen des zweiten Sachverständigen gewürdigt.

Obwohl der *Senat* von einem ernsthaften Suizidversuch auszugehen scheint, stellt er fest, dass ein Angeklagter selbst dann „schuldhaft“ und also „eigenmächtig“ handelt. Wie gesagt, wäre ein solches Ergebnis bei Orientierung an dem Verschuldensmaßstab der §§ 51, 230 und 464c StPO nicht möglich gewesen. Weil es dem *Senat* anscheinend widerstrebt, der Revision stattzugeben, musste er sich etwas einfallen lassen. Eingefallen ist ihm, auf jegliche Begründung zu verzichten und schlicht zu behaupten, dass „für Fälle der vorliegenden Art“ mit Blick auf die strafprozessualen Normen „das dortige Begriffsverständnis von ‚schuldhaft‘ [...] nicht übertragbar“ sei und „eine Konturierung des Merkmals ‚schuldhaft‘ anhand der Eingangsmerkmale der §§ 20, 21 StGB besser geeignet“ erscheine.<sup>50</sup> Angesichts voller Ein-

sichts- und lediglich beeinträchtigter, nicht aber ausgeschlossener Steuerungsfähigkeit beim Angeklagten fiel es dem BGH nun leicht, ein schuldhaftes und damit eigenmächtiges Verhalten zu bejahen.

#### bb) Kritik

Der Rückgriff auf § 20 StGB als Prüfmaßstab für die Frage des schuldhaften Präsenzpflichtverstoßes ist in mehrerer Hinsicht nicht überzeugend.

Erstens passt die materiell-rechtliche Vorschrift über die Schuldfähigkeit nicht. Liegen die Voraussetzungen des § 20 StGB vor, bedeutet dies zwar, dass auch nach dem Begriffsverständnis der StPO kein „schuldhaftes“, also „eigenmächtiges“ Verhalten angenommen werden darf. Nicht aber ergibt sich aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen automatisch das Gegenteil. Sinn der §§ 20, 21 StGB ist es, eine Entscheidungsgrundlage dafür zu liefern, ob dem Täter mit Blick auf eine rechtswidrige Tat ein pönal intendierter Vorwurf gemacht werden kann.<sup>51</sup> Die Normen zielen damit auf den strafrechtlichen Schutz von Rechtsgütern ab, nicht hingegen auf ein verfahrensrechtlich relevantes Verhalten.<sup>52</sup>

Zweitens ist die Parallele von § 231 zu § 231a StPO verfehlt, weil es nicht sachgerecht ist, aus § 231a StPO das Kriterium „schuldhaft“ auf § 231 Abs. 2 StPO zu übertragen.<sup>53</sup> Das liegt allerdings nicht, wie zum Beispiel *Eschelbach* vorträgt,<sup>54</sup> daran, dass es sich bei § 231a StPO um eine Ausnahmenvorschrift handelt. Denn es ist – anders als die einst h.M. glaubte – methodisch durchaus zulässig, aus einer Einzelregelung einen Analogieschluss zu ziehen, und zwar „in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmenvorschrift“.<sup>55</sup>

Unabhängig davon ist eine analoge Anwendung im vorliegenden Fall allerdings verfehlt, weil sowohl die tatbestandlichen Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen beider Normen inkongruent sind,<sup>56</sup> m.a.W. eine vergleichbare Interessenlage fehlt. Der *1. Strafsenat* geht damit von einer falschen Prämisse aus, wenn er das Ausbleiben i.S.v. § 231 Abs. 2 StPO dem Versetzen in einen Zustand der Verhandlungsunfähigkeit gleichsetzt.<sup>57</sup>

Drittens ist auch die Annahme nicht überzeugend, dass bei § 231 Abs. 2 StPO ein wesentlicher Verstoß und das Nichtvorliegen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen maßgeblich seien. Wer der zu § 230 StPO gezo-

<sup>45</sup> OLG Koblenz NJW 1975, 322; ähnlich OLG Brandenburg NJW 1998, 842; *Meyer-Göbner* (Fn. 33), § 329 Rn. 23.

<sup>46</sup> BGH NStZ-RR 2008, 285.

<sup>47</sup> Vgl. nur *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (67).

<sup>48</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 16.

<sup>49</sup> H.M., siehe nur BGH NStZ-RR 2001, 333 (334); BGH NStZ 1999, 418; *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (70); *Kirchhof* (Fn. 30), § 231 Rn. 6.

<sup>50</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 26.

<sup>51</sup> Siehe *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (68). Zur Frage, was genau dem Täter vorgeworfen wird: *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 104 ff.

<sup>52</sup> So auch *Trüg*, NJW 2011, 3256, der die Heranziehung der §§ 20, 21 StGB als „kategorial unzutreffend“ bezeichnet.

<sup>53</sup> Ebenso *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (68); *Trüg*, NJW 2011, 3256.

<sup>54</sup> *Eschelbach* (Fn. 40), § 231 Rn. 6.

<sup>55</sup> Zutreffend und lehrreich *Würdinger*, JuS 2008, 949.

<sup>56</sup> Ausführlich und insoweit überzeugend *Eschelbach* (Fn. 40), § 231 Rn. 5 f.; dahingehend auch *Eisenberg*, NStZ 2012, 63 (68); a.A. *Arnoldi*, NStZ 2012, 108 (109).

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, Rn. 19 unter Verweis auf BGH NStZ 2002, 533 (535) und BGHSt 16, 178 (183).

nen Parallele folgt, findet dort zwar Entschuldigungsgründe berücksichtigt, nicht aber wird dort verlangt, dass der Verstoß gegen die Anwesenheitspflicht „wissentlich“ geschehen muss.<sup>58</sup> Nicht zuletzt deshalb ist es verfehlt, der h.M. Kredit zu geben.

*d) Neujustierung von § 231 Abs. 2 StPO*

An die Stelle des zusammengewürfelten Kriterienkonglomerats der h.M. muss etwas treten, das einerseits der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht (§ 230 Abs. 1 StPO) Rechnung trägt, andererseits aber auch ein stimmiges Verhältnis zum Anwesenheitsrecht herstellt. Dafür eignet es sich nicht, auf die eigenmächtige Abwesenheit abzustellen. Vielmehr ist – wie zuvor schon von *Deiters* und *Julius* erwogen – zu fragen, ob die Abwesenheit auf einer autonomen Entscheidung beruht, also eigenverantwortlich, d.h. freiwillig ist.<sup>59</sup> Freiwilligkeit liegt vor, wenn der Angeklagte sich der Tragweite seines Verzichts bewusst ist und an der Ausübung der Anwesenheit nicht gehindert war.<sup>60</sup>

Allein dieses Kriterium ist geeignet, § 231 Abs. 2 StPO widerspruchsfrei zu interpretieren. Damit eine „Hauptverhandlung ohne Angeklagten“ entgegen § 230 Abs. 1 StPO nicht zum Regelfall wird, hat das Gericht die Möglichkeit, seine Anwesenheit in der Regel für erforderlich anzusehen.<sup>61</sup>

#### IV. Fazit

Die Entscheidung des *I. Strafsenats* ist sowohl vom methodischen Vorgehen als auch vom Ergebnis her nicht überzeugend. Wer an der entscheidenden Stelle nicht einmal den Hauch einer Begründung liefert, darf allerdings auch nicht damit rechnen, Zustimmung zu erhalten.

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau*

---

<sup>58</sup> Ausführlich *Deiters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 231 Rn. 16.

<sup>59</sup> *Deiters* (Fn. 58), § 231 Rn. 20, unter Verweis auf *Julius*, GA 1992, 295 (306); dahingehend wohl auch *Trüg*, NJW 2011, 3256.

<sup>60</sup> Ähnlich *Deiters* (Fn. 58), § 231 Rn. 19.

<sup>61</sup> Vgl. *Deiters* (Fn. 58), § 231 Rn. 19; *Maatz*, DRiZ 1991, 200 (206).