

Einlassungen ist vom Einzelfall abhängig und sollte möglichst zum Gegenstand von Abstimmungsgesprächen innerhalb eines Verteidigungssockels gemacht werden.

Schließlich ist auch bei der Abfassung einer Unternehmensstellungnahme zu berücksichtigen, dass die Arbeitsschutzbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, wenn die Staatsanwaltschaft beabsichtigt, das Ermittlungsverfahren einzustellen. Die Stellungnahme des Unternehmensvertreters sollte daher zwar nicht davor zurückschrecken, Fehleinschätzungen der Arbeitsschutzbehörde herauszuarbeiten. Sie sollte aber unnötige Schärfe vermeiden, um die langfristig konstruktive Zusammenarbeit mit der Arbeitsschutzbehörde nicht zu gefährden.

### 3. Fazit

Arbeitsunfälle im Unternehmen sind keine Seltenheit und können nicht nur verwaltungs- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen, sondern auch umfangreiche strafrechtliche Ermittlungen nach sich ziehen. Dem strafrechtlichen Unternehmensvertreter kommt zur Vermeidung straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sanktionen für das Unternehmen und seine Mitarbeiter eine Schlüsselrolle zu. Er muss sich nicht nur im Strafrecht und Strafprozessrecht, sondern auch in einem komplexen Geflecht der im Arbeitsschutzrecht einschlägigen Normen zurechtfinden. Daneben zählen die Koordination der Verteidigung und die Kommunikation mit den Behörden zu seinen zentralen Aufgaben. Überdies kann er einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Arbeitsschutzcompliance und damit zur Vermeidung zukünftiger Unfälle leisten. Die Praxis zeigt, dass gerade in Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen engagierte strafrechtliche Unternehmensvertretung wesentlich zu einem positiven Ausgang des Ermittlungsverfahrens für alle Beteiligten beitragen kann.

## Haftungsrecht

---

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf

# Umgang mit Grenzen der Beratung in der Praxis

## I. Einleitung<sup>1</sup>

In der anwaltlichen Praxis nehmen die Anfragen für Rechtsgutachten kontinuierlich zu. Es wird immer mehr zur Regel, unternehmerische Entscheidungen rechtlich absichern zu lassen. Zu groß ist inzwischen die Angst der Verantwortlichen, sich zu irgendeinem Zeitpunkt dem Vorwurf pflichtwidrigen Handelns ausgesetzt zu sehen, sei es strafrechtlich oder zivilrechtlich.

Diese Situation führt jedoch auch dazu, dass die Risiken für die mit der Erstellung entsprechender Rechtsgutachten beauftragten Berater in den letzten Jahren deutlich angestiegen sind. Im schlimmsten Fall sehen sich diese selbst dem Vorwurf einer (Beihilfe-) Strafbarkeit ausgesetzt.

Dies führt zu erheblichen Unsicherheiten auf der Beraterseite im Umgang mit Gutachtenanfragen und im Hinblick auf Art und Weise der Erstattung eines Gutachtens. Fälle, in denen der Mandant eine eindeutige Antwort im Sinne der Bestätigung der (straf-) rechtlichen Unbedenklichkeit des beabsichtigten Vorhabens erhält, sind eher die Ausnahme als die Regel und aufseiten des Beraters oftmals mit einem unguuten Bauchgefühl verbunden.

Selbst wenn im Ergebnis mit gut vertretbaren rechtlichen Argumenten die Unbedenklichkeit des Handelns festgestellt wird, finden sich daher in Gutachten oftmals Passagen, wonach „unter Risikogesichtspunkten“ jedenfalls die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens

---

<sup>1</sup> Das Thema war Gegenstand eines Vortrags des Verfassers auf der WisteV-Tagung „Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0“ am 11.10.2019 in Frankfurt. Der Vortragsstil wurde daher weitestgehend beibehalten.

nicht ausgeschlossen werden könne oder das „Ergebnis zwar gut vertretbar, aber in der Praxis mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden“ sei. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die zu begutachtende Konstellation in dieser Form noch nicht (höchstrichterlich) entschieden ist.

Zwar entspricht das besagte Einleitungsrisiko gerade bei inhaltlich oder rechtlich komplexen Sachverhalten *leider* der Realität. Unternehmerisches Handeln wird hierdurch jedoch gelähmt, da bereits das Bestehen eines Einleitungsrisikos – ungeachtet tragfähiger Argumente, die im Ergebnis für eine Rechtmäßigkeit des Handelns sprechen – die Verantwortlichen oftmals dazu veranlassen wird, von dem Vorhaben Abstand zu nehmen.

## II. Anforderungen an die anwaltliche Beratungstätigkeit

Es stellt sich daher die Frage, welchen formalen und inhaltlichen Anforderungen ein Gutachten genügen muss, damit sich weder Berater noch Ratsuchender im Falle abweichender Bewertung des Sachverhalts durch die Ermittlungsbehörden nicht plötzlich selbst in der Situation eines Beschuldigten wiederfinden. Hierzu lohnt es sich, einen Blick auf die allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung an anwaltliche Beratungstätigkeiten zu werfen.

### 1. Gebotener Beratungsumfang

In einer Reihe von zivilgerichtlichen Entscheidungen zur Frage der Anwaltshaftung wird hinsichtlich des Umfangs der anwaltlichen Beratungspflichten auf das jeweilige Mandatsverhältnis abgestellt. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt insoweit Folgendes:

*„Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rats nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche vorhersehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist [...].“<sup>2</sup>*

So trifft den Rechtsanwalt als Ausfluss aus § 3 BRAO zwar grundsätzlich eine Pflicht zur umfassenden – d.h. rechtsgebietsübergreifenden – Beratung.<sup>3</sup> Allerdings richtet sich der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten regelmäßig nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls.<sup>4</sup> Das von der Rechtsprechung definierte Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es,

*„[...] dem Mandanten eigenverantwortliche sachgerechte (Grund-) Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen [...]. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen.“<sup>5</sup>*

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die im zivilrechtlichen Bereich mögliche Beschränkung der Beratung auf ausdrücklichen Wunsch des Mandanten auf nur bestimmte Aspekte eines Sachverhalts, d.h. „in eine bestimmte Richtung“, auch im strafrechtlichen Bereich erfolgen kann.

Denn Anknüpfungspunkt dieser Entscheidungen war nicht die Prüfung von Sachverhalten, die potentiell strafrechtliche Implikationen aufwiesen, sondern in aller Regel zivilrechtliche Fragestellungen, wie Verjährungsproblematiken oder der Umfang der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Im Falle der Erstattung strafrechtlicher Gutachten – insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts – kann die Lage hingegen meist nicht eindimensional betrachtet werden. Einem Sachverhalt kann hier möglicherweise unter mehreren tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten strafrechtliche Relevanz zukommen.

<sup>2</sup> BGH NJW 2007, 2485 Rn. 9; siehe auch BGH NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14.

<sup>3</sup> BGH NJW 2006, 501, 502.

<sup>4</sup> BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10; siehe auch BGH NJW 1996, 2648 sowie BGH NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14.

<sup>5</sup> BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10.

Eine Beschränkung der Beratung auf einzelne Fragestellungen oder Tatbestände kann daher sowohl für den Ratsuchenden als auch für den Berater problematisch sein:

Der Ratsuchende wird sich regelmäßig nur dann auf einen strafbarkeitsausschließenden Irrtum berufen können, wenn er seinem Berater den Sachverhalt umfassend mitgeteilt und zum Gegenstand umfassender rechtlicher Prüfung gemacht hat.<sup>6</sup> Werden dem Berater wesentliche Teile des Sachverhalts nicht oder nur unzureichend mitgeteilt, wird sich der Ratsuchende nur dann auf eine Unvermeidbarkeit des Irrtums berufen können, wenn er nicht wissen konnte, dass weitere Informationen erforderlich gewesen wären.<sup>7</sup>

Die Rechtsprechung geht insoweit davon aus, dass von einem nicht rechtskundigen Auftraggeber grundsätzlich nicht erwartet werden könne, stets die relevanten Rechtsfragen zu formulieren.<sup>8</sup> Demgegenüber könne von dem Berater sehr wohl verlangt werden, dass dieser auch im Falle eingeschränkter Auftragserteilung, darüber hinausgehende zweifelhafte Fragen in den Blick nimmt.<sup>9</sup> Hierauf dürfe sich der Ratsuchende regelmäßig verlassen:

*„Ob eine Prüfung der Abschlusskompetenz des Vorstands nach § 112 AktG ausdrücklich Gegenstand des Prüfauftrags war, ist nicht von Bedeutung.*

*Eine Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums verlangt nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst. Selbst wenn sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, kann es das Organ entlasten, wenn es sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, die Fachperson habe im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die zweifelhafte Frage geprüft [...].“<sup>10</sup>*

So darf zwar auch der Anwalt aufgrund des zwischen ihm und dem Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses<sup>11</sup> grundsätzlich

*„[...] auf die Richtigkeit und die Vollständigkeit der tatsächlichen Angaben seines Auftraggebers vertrauen, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen.“<sup>12</sup>*

Allerdings muss sich der Anwalt immer dann um zusätzliche Aufklärung bemühen, wenn für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich ist und deren Bedeutung für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist.<sup>13</sup>

Erforderlich ist stets eine gewissenhafte Prüfung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte, d.h. auch solcher Spezialmaterien die außerhalb des Kernstrafrechts liegen.<sup>14</sup> Dies kann unter zweierlei Aspekten von Relevanz sein:

- Werden sich aufdrängende Nachfragen bezüglich des Sachverhalts nicht gestellt oder wird sich aufdrängenden Rechtsfragen außerhalb des definierten Gutachtenauftrags nicht nachgegangen, könnte dies einerseits als „Solidarisierung“ des Beraters mit einem möglichen strafbaren Verhalten des Ratsuchenden, jedenfalls im Sinne eines „Angelegen seins“, gewertet werden.<sup>15</sup>
- Andererseits ergeben sich möglicherweise zivilrechtliche Haftungsrisiken, wenn solche Umstände kommentarlos und ohne ergänzenden Hinweis ausgeblendet werden.

Ungeachtet dieser Risiken wird hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Erweiterung des inhaltlichen und/oder Prüfungsumfangs in strafrechtlichen Gutachten in der Praxis trotzdem zu differenzieren sein:

<sup>6</sup> Vgl. BGH GWR 2011, 518; ebenso: BGH ZWH 2015, 243; BGH NZG 2013, 1028.

<sup>7</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, StV 1992, 119; so auch Kirch-Heim/Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81.

<sup>8</sup> BGH ZWH 2015, 243, 245.

<sup>9</sup> BGH ZWH 2015, 243, 245.

<sup>10</sup> BGH ZWH 2015, 243, 245.

<sup>11</sup> Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 5. Auflage 2014, § 17 Rn. 11.

<sup>12</sup> BGH NJW 2006, 501, 502.

<sup>13</sup> BGH NJW 2006, 501, 502.

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 501; BGH NJW 2002, 292.

<sup>15</sup> Vgl. BGH NStZ 2017, 284, 289; LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2019, 16288.

- Führt die Berücksichtigung weiterer Aspekte möglicherweise zur Veränderung der (straf-)rechtlichen Bewertung des Sachverhalts, sind diese dem Gutachten stets zugrunde zu legen und in die Prüfung einzubeziehen.

In diesen Fällen sollte der Anwalt selbst auf weitere Sachverhaltsaufklärung sowie eine Erweiterung des Gutachtauftrags hinwirken. Anderenfalls wird ein solches Gutachten den Anforderungen der Rechtsprechung an eine ordnungsgemäße Gutachtenerstattung unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Grundsätze<sup>16</sup> möglicherweise nicht gerecht.

- Bestehen auf Grundlage des bekannten Sachverhalts hingegen Anhaltspunkte für weitere Risiken im außerstrafrechtlichen Bereich oder in nebenstrafrechtlichen Spezialmaterien (z.B. Steuerrecht, Kartellrecht<sup>17</sup>), ist eine umfassende Prüfung dieser rechtlichen Fragestellungen durch einen strafrechtlichen Berater hingegen nicht zwingend angezeigt.

Mit Blick auf die vorstehend dargestellte Rechtsprechung, wonach der Anwalt selbst bei beschränkter Auftragserteilung durch den Mandanten auch außerhalb des Beratungsauftrags liegende Rechtsfragen in den Blick zu nehmen hat soweit dies für eine sachgerechte Beratung erforderlich ist, muss das Gutachten jedoch stets einen ausdrücklichen und nicht lediglich floskelhaften Hinweis auf die anderweitig bestehenden Risiken enthalten.<sup>18</sup> Dies einerseits um dem Mandanten anderweitig bestehende Risiken vor Augen zu führen und andererseits um ihm die Einholung ergänzenden Rechtsrats zu ermöglichen.

## 2. Anforderungen an ein Gutachten bei unklarer Rechtslage

Neben der Frage des erforderlichen Beratungsumfangs im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Rechtsgebiete, stellt sich die Frage der formalen und inhaltlichen Anforderungen an ein Gutachten, in dem die strafrechtliche Unbedenklichkeit eines Verhaltens festgestellt wird. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Rechtslage unklar und der zu begutachtende Sachverhalt in dieser Form (jedenfalls höchstrichterlich) noch nicht entschieden ist, d.h. die Bewertung des Sachverhalts mit nicht eindeutig absehbaren Rechtsunsicherheiten verbunden ist.

In diesem Fall steht der Berater regelmäßig vor der Frage, ob eine im *Zeitpunkt der Begutachtung* (ex ante) bestehende rechtliche Unsicherheit im Nachgang (ex post) auch zur Begründung einer eigenen Strafbarkeit oder der des Ratsuchenden herangezogen werden kann.

Oder anders gefragt: Muss eine bestehende rechtliche Unsicherheit dazu führen, dass von der Durchführung des Vorhabens Abstand genommen wird, um nicht Gefahr zu laufen sich einer Strafbarkeit auszusetzen? Lässt sich der Berater anderenfalls bereits „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“<sup>19</sup>?

Denn insbesondere in den Fällen, in denen es später zu gegenläufigen Entwicklungen in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung kommt, sieht man sich oftmals mit Aussagen nach dem Motto: „*War doch klar, dass das nicht zulässig ist*“ konfrontiert. Der klassische Rückschaufehler.<sup>20</sup>

Genau dieses Verhalten all derer, die es dann „*schon immer gewusst*“ haben wollen, führt jedoch zu eingangs erwähnter Entwicklung einer immer restriktiveren Begutachtung mit der Folge der Lähmung unternehmerischen Handelns. Es erscheint daher zweifelhaft bei unklarer Rechtslage stets das rechtlich denkbare worst-case-Szenario zum Maßstab des Handels zu erklären.

Zwar hat sich der Berater bei der rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts grundsätzlich – und soweit vorhanden – an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren.<sup>21</sup> Er muss auch mögliche oder gar wahrscheinliche Einwände eines Dritten – im Falle der Erstat-

<sup>16</sup> Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 101; siehe auch Kirch-Heim/Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Lepper, White-Collar Housekeeping, IWW – AK Anwalt und Kanzlei vom 01.03.2017, abrufbar unter iwv.de. Lepper, a.a.O.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2017, 337, 338.

<sup>20</sup> Siehe auch Knauer/Schomburg, Cum/Ex-Geschäfte – kommen Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis an ihre Grenzen?, NStZ 2019, 305.

<sup>21</sup> OLG Hamm Urt. v. 29.8.2017 – 28 U 3/16, BeckRS 2017, 147518, Rn. 17.

tion eines strafrechtlichen Gutachtens z.B. der Staatsanwaltschaft – bereits im Vorfeld in den Blick nehmen.<sup>22</sup>

Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt jedoch, dass eine in Gutachten ex ante geäußerte abweichende oder im Ergebnis gar unzutreffende rechtliche Bewertungen durchaus akzeptiert wird. Eine Beihilfestrafbarkeit des Beraters ist in solchen Fällen jedenfalls dann abgelehnt worden, wenn der Wille des Anwalts darauf gerichtet war, den Rat pflichtgemäß zu erteilen und nicht darauf, eine Straftat zu fördern.<sup>23</sup>

*„Damit fehlt es an einem wesentlichen Element des Vorsatzes; [...] Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Rechtsstandpunkt des Verteidigers derart abwegig wäre, dass er schlechterdings nicht mehr ernsthaft vertreten werden könnte.“<sup>24</sup>*

Die Begutachtung darf jedoch nicht lediglich eine „Feigenblatfunktion“ im Sinne eines Gefälligkeitsgutachtens erfüllen.<sup>25</sup> Erforderlich ist nach der Rechtsprechung vielmehr, dass die Begutachtung *„objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage“* erfolgt<sup>26</sup> und – wie dargestellt – nicht zu einem unvertretbaren Ergebnis gelangt.<sup>27</sup> Im Falle eines entlastenden Ergebnisses setzt dies voraus, dass der Anwalt unter Berücksichtigung aller für und wider sprechenden Betrachtungsweisen nach bestem Wissen und Gewissen die Überzeugung gewonnen hat, dass ein bestimmter Sachverhalt straflos ist, etwaige Restrisiken jedoch nicht verschweigt.<sup>28</sup>

Selbst wenn das Handeln des Ratsuchenden ex post von dritter Seite als strafbar bewertet werden sollte, wird sich der Berater in diesem Fall die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters regelmäßig nicht angelegen sein lassen. In einem solchen Fall wird bereits ein bedingt vorsätzliches Handeln des Beraters nicht festgestellt werden können, da dieser regelmäßig von der Richtigkeit seiner Rechtsauskunft überzeugt gewesen sein dürfte.

Wird jedoch nicht nur eine *„reine Rechtsauskunft“* erteilt, sondern diese darüber hinaus noch mit einer Handlungsempfehlung verknüpft, die neben der rechtlichen Bewertung auch noch mögliche Handlungsoptionen aufzeigt, besteht das Risiko, dass diese nicht mehr in den Bereich der *„neutralen Handlung“* fällt.<sup>29</sup>

Folge ist, dass allein ein bedingt vorsätzliches Handeln des Beraters für eine Begründung der Beihilfestrafbarkeit ausreicht. Eine Einschränkung über das zusätzliche Erfordernis der erkennbaren Tatgeneigtheit besteht nicht. Die Rechtsprechung ist hiervon jedenfalls ausgegangen, wenn unter Relativierung der tatsächlichen Risiken eine ausdrückliche Empfehlung für die risikoreichere Alternative zwecks Abwendung wirtschaftlicher Nachteile aufseiten des Mandanten erfolgte.<sup>30</sup>

### III. Fazit

Es stellt sich daher die Frage, wie ein Gutachten konkret ausgestaltet sein sollte, um die Erstattung des Gutachtens als *„berufsneutrale Handlung“* zu qualifizieren?

1. Das Gutachten muss dokumentieren, dass sich der Berater gegenüber seinem Auftraggeber – losgelöst von eigenen wirtschaftlichen Überlegungen – eine innere Unabhängigkeit und Objektivität bewahrt,<sup>31</sup> um jeglichen Anschein einer *„Solidarisierung“* zu vermeiden.<sup>32</sup>

2. Es sind die **Anforderungen an Wissenschaftlichkeit** zu beachten. Dies erfordert eine **objektive Auseinandersetzung** mit der Rechtslage unter Einbeziehung sämtlicher Streit- und

<sup>22</sup> OLG Hamm Urt. v. 29.8.2017 – 28 U 3/16, BeckRS 2017, 147518, Rn. 17.

<sup>23</sup> BGH NJW 1992, 3047.

<sup>24</sup> OLG Stuttgart NJW 1987, 2883.

<sup>25</sup> BGH NStZ 2017, 284, 289.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2017, 284, 289.

<sup>27</sup> OLG Stuttgart NJW 1987, 2883.

<sup>28</sup> BGH NJW 1992, 3047; OLG Stuttgart NJW 1987, 2883; siehe auch Kudlich, Anm. zu BGH NStZ 2017, 337, 339.

<sup>29</sup> Kudlich, Anm. zu BGH NStZ 2017, 337, 339; BGH NJW 1992, 3047.

<sup>30</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 12.01.2000 – 1 Ausschl. 3/99, BeckRS 2000, 30090268.

<sup>31</sup> Vgl. Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 34.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251, 252.

Meinungsstände in Rechtsprechung und Literatur.<sup>33</sup> Erforderlich ist es, die Herleitung des Ergebnisses für den Auftraggeber und Dritte nachvollziehbar zu machen.<sup>34</sup>

3. Die Prüfung hat auf **Grundlage eines vollständigen Sachverhalts** zu erfolgen.<sup>35</sup> Soweit Teile des Sachverhalts oder bestimmte Rechtsfragen bzw. Rechtsgebiete von der Begutachtung ausgeklammert wurden, ist hierauf ausdrücklich hinzuweisen, um dem Mandanten **Gelegenheit zur Einholung ergänzenden Rechtsrats** zu geben. Dies gilt insbesondere in solchen Fällen, in denen Risiken im außerstrafrechtlichen Bereich nahe liegen. Ebenfalls hingewiesen werden sollte auf eine sich möglicherweise verändernde rechtliche Bewertung bei Hinzutreten oder Wegfallen einzelner Sachverhaltsparameter.

4. Um die **Vertrauenswürdigkeit des Gutachtens** zu gewährleisten, sollte die Begutachtung auf solche Rechtsfragen beschränkt werden, die von der Expertise des tätigen Beraters auch tatsächlich umfasst sind.<sup>36</sup> Für die Begutachtung von darüber hinausgehenden Rechtsfragen sollte auf die Notwendigkeit der Einholung ergänzenden Rechtsrats hingewiesen werden.

5. Wird bei unklarer Rechtslage die Rechtsmäßigkeit eines bestimmten Sachverhalts festgestellt bzw. eine Handlungsempfehlung abgegeben, so haben hierbei Zweckmäßigkeitsüberlegungen außer Betracht zu bleiben. Dies gilt insbesondere für solche Erwägungen, die dem Ratsuchenden eine Handlungsoption unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten „schmackhaft machen“. <sup>37</sup> Die Empfehlung hat vielmehr allein auf Grundlage rechtlicher Erwägungen zu erfolgen, wobei auch gegenläufige Rechtsauffassungen im Rahmen der Risikobewertung stets in den Blick zu nehmen sind.

Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass die seinerzeit erteilte Rechtsauskunft ex post anders zu bewerten ist, wird bei Beachtung dieser Grundsätze eine Strafbarkeit des Beraters abzulehnen sein.

<sup>33</sup> Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 101.

<sup>34</sup> Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 99.

<sup>35</sup> Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81, 85.

<sup>36</sup> Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81, 84.

<sup>37</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 12.01.2000 – 1 Ausschl. 3/99, BeckRS 2000, 30090268.

## Entscheidungskommentare

### Arbeitsstrafrecht: Aktuelle Entscheidung des BGH

## Die Verjährung bei § 266a StGB: BGH, Beschluss vom 13. November 2019 - 1 StR 58/19

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. November 2019 nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitzeitpunktes zu laufen.

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an – gegebenenfalls – entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe: