

sehen haben⁹⁷, mit der Folge, dass bei schwerwiegenden Fehlern, Vorsatz oder (objektiver) Willkür ein Beweisverwertungsverbot in Betracht kommt⁹⁸.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle zu recht betont⁹⁹, dass die Durchsuchungen gegenüber der Herausgabepflicht zu einer Verlängerung des Verfahrens und zu aufwändigen Nachermittlungen durch die Kartellbehörden führen können. Dies ist erkennbar so zu verstehen, dass der Bundesgesetzgeber durch das Einführen des – im Anwendungsbereich des § 81a GWB regelmäßig allein verhältnismäßigen (s.o.) - Herausgabeverlangens auch eine Verfahrensbeschleunigung erreichen will. Die Verwirklichung dieses gesetzgeberischen Anliegens, die im Wesentlichen den Kartellbehörden aufgegeben ist, setzt naturgemäß ein gezieltes, genau umschriebenes Herausgabeverlangen hinsichtlich der Unterlagen im Sinne des § 81a GWB voraus, das mindestens den Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss gem. § 105 StPO stand hält. Demnach muss Zweck und Ziel des Herausgabeverlangens bzw. Auskunftersuchens möglichst genau bezeichnet werden.¹⁰⁰ Mindestens annäherungsweise, gegebenenfalls in der Form beispielhafter Angaben, müssen die Art und der vorgestellte Inhalt derjenigen Beweismittel angegeben werden, denen das Herausgabeverlangen gilt.¹⁰¹ Allgemeine Angaben über die Beweismittel oder eine sehr weite Fassung des Ersuchens ohne eine nach Sinn und Zweck mögliche Begrenzung wären unzureichend.¹⁰² Die gesuchten Unterlagen bzw. Daten müssen gegebenenfalls in Form beispielhafter Angaben soweit konkretisiert werden, dass keine Zweifel über die zu suchenden Gegenstände entstehen können.¹⁰³ Zur Konkretisierung der Ersuchen im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 81a GWB ist an den Wortlaut dieser Norm (§ 81a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB) anzuknüpfen. Auch hier reicht aber eine bloße Bezugnahme auf diesen Wortlaut nicht aus, auch nicht in Verbindung mit der Angabe, alle diesbezüglichen Unterlagen und Daten seien herauszugeben. Da auch der Umfang dieses gesetzlich vorgesehenen Herausgabeverlangens den allgemeinen Verhältnismäßigkeitseinschränkungen unterworfen ist, ist eine Einschränkung und Konkretisierung regelmäßig möglich und dann auch erforderlich. Ist ein Herausgabeverlangen unzureichend und/oder wurde es aufgrunddessen (aus Sicht der Behörde) nicht umfassend erfüllt, bliebe eine Durchsuchung dennoch zunächst unverhältnismäßig. Die Kartellbehörde hätte zunächst das Herausgabeverlangen nachzubessern und zu wiederholen.

Insgesamt sind daher bei näherer Betrachtung die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit – insbesondere die Verhältnismäßigkeit – von Durchsuchungsanordnungen im Kartellbußgeldverfahren durch die Einführung des § 81a GWB¹⁰⁴ auch über dessen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus erheblich strenger geworden.

⁹⁷ Nur zu § 103 StPO: Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. 2011, StPO, § 103 Rn. 8.

⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2009, 3225.

⁹⁹ BT-Drucks. 17/9852, S.18, 34.

¹⁰⁰ BVerfGE 42, 212, 221.

¹⁰¹ BVerfGE 42, 212, 221.

¹⁰² Vgl. BVerfG NJW 2005, 275; Meyer-Goßner, 56. Aufl. 2013, StPO, § 105 Rn. 5.

¹⁰³ Vgl. zum Durchsuchungsbeschluss: BVerfG NJW 2003, 2669; BGH NSTZ 2002, 215.

¹⁰⁴ Viel spricht dafür, dass bereits vor Inkrafttreten, nämlich ab Veröffentlichung des (insoweit unstrittigen) Gesetzesvorschlags mit Begründung die Motivation des Gesetzgebers bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im obigen Sinn zu berücksichtigen war.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Beatrix Elsner, Frankfurt am Main

Kurzbeitrag zum Steuerstrafrecht

Dem deutschen Gesetzgeber ist es ernst mit der Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs. Das hat er nicht zuletzt mit dem am 14.12.2010 in Kraft getretenen Steuerjahresgesetz 2010 bewiesen. Durch dieses kam es mit der Streichung des sogenannten Gegenseitigkeitskriteriums in § 370 Abs. 6 S. 3 AO auch zu einer Änderung im Hinblick auf die Verfolgungsmöglichkeit deutscher Finanz- und Strafverfolgungsbehörden in Steuerstrafsachen.

Die Maßnahme dient der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen durch Umsatzsteuerbetrug und der Verbesserung der grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung.

fung. Nach der Gesetzgebung (BT-Drs. 17/2249) können Unternehmen, die sich über Umsatzsteuerbetrug finanzielle Vorteile erwirtschaften, ihre Produkte am Markt wesentlich günstiger anbieten als steuererliche Unternehmer. Das führt zu Wettbewerbsverzerrungen insbesondere im mittelständischen Unternehmenssektor.

Diese Thematik hatte insbesondere durch die Schaffung des Binnenmarktes zum 01.01.1993 an Relevanz gewonnen, mit der auch die Steuergrenzen zwischen den EU-Mitgliedsstaaten weggefallen waren. Dadurch entstanden vollkommen neue Möglichkeiten der Steuerhinterziehung, so insbesondere des grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugs.

Dies soll kurz anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:

Der deutsche Unternehmer U liefert – zumindest nach Papierlage, aber nicht immer tatsächlich – ins europäische Gemeinschaftsgebiet. Diese innergemeinschaftliche Lieferung ist gemäß § 6a UStG grundsätzlich steuerfrei. Bei rechtstreuem Verhalten aller Beteiligten ist dies möglich, da im Gegenzug der innergemeinschaftliche Erwerb im Empfängerland besteuert wird (§§ 1a, 3d UStG) und somit keine Schäden am Steueraufkommen in den Mitgliedstaaten entstehen. Die Lieferkette bleibt damit nachvollziehbar.

In der hier problematisierten Praxis jedoch kommt der Abnehmer in seinem Registrierungsland seinen steuerlichen Pflichten häufig nicht nach, etwa durch „Scheinfirmen“, die mit falschen Anschriften – bzw. als reine Briefkastenfirmen –, falschen oder nicht existierenden Steuer- oder Umsatzsteuer-Identifikations-Nummern (USt-IDNr.) auftreten und – zumindest für die Finanzverwaltung – nicht erkennen lassen, wer tatsächlich die gelieferte Ware erwirbt. Dies führte, bei um diese Umstände wissentlicher Mitwirkung von U, grundsätzlich zu einer Beteiligungshandlung an einer Straftat gegen das ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchssteueraufkommen, die bis Ende 1992 straflos war.

Dieser Problematik sollte durch Ergänzung des § 370 AO (Absatz 6 Sätze 2-4) im Rahmen des Umsatzsteuer-Binnenmarktgesetzes vom 01.01.1993 Einhalt geboten werden, wonach auch Taten in Deutschland unter Strafe gestellt wurden, die sich gegen ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchssteueraufkommen richten.

Allerdings wurde eine mögliche Strafbarkeit durch den Gesetzgeber insoweit eingeschränkt, als die Straftaten gegen ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchssteueraufkommen in Deutschland nur dann strafbar waren, soweit die Gegenseitigkeit der Strafverfolgung verbürgt war (§ 370 Abs. 6 S. 3 AO a.F.).

Die Gegenseitigkeit galt grundsätzlich dann als verbürgt (vgl. auch § 104a StGB), wenn in dem von der Tat betroffenen Mitgliedstaat die Beeinträchtigung deutscher Umsatz- und Verbrauchsteuern unter Strafe gestellt ist, d.h. also, wenn Deutschland im jeweiligen Auslandsstaat einen entsprechenden Strafschutz genießt und dieser Schutz auf einer bindenden Rechtsvorschrift beruht, deren Durchsetzung in dem anderen Staat tatsächlich gewährleistet ist.¹⁰⁵ Ferner verlangte das Gesetz zudem die Niederlegung der Gegenseitigkeitsverbürgung in einer vom Bundesministerium der Finanzen mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Rechtsverordnung (§ 370 Abs. 4 AO). Eine entsprechende Rechtsverordnung wurde jedoch niemals erlassen.

Dies hatte zur Folge, dass der an sich strafbare Umsatzsteuerbetrug zu Lasten der Haushalte anderer EU-Mitgliedstaaten in Deutschland gar nicht geahndet wurde und die zur grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung eingeführte Regelung des § 370 AO Abs. 6 S. 2-4 AO faktisch ins Leere lief.

Nach der Gesetzesbegründung schloss die Bundesregierung mit der Streichung des Gegenseitigkeitskriteriums in § 370 Abs. 6 S. 3 AO diese Strafbarkeitslücke und schützt damit im Ergebnis die steuererlichen Unternehmer, indem zumindest ein Auslöser für Wettbewerbsverzerrungen beseitigt wird.

Auch heute, drei Jahre nach Inkrafttreten des Steuerjahrgesetz 2010, ist nicht ersichtlich, ob und inwieweit die deutschen Strafverfolgungsbehörden bislang von dieser Regelung tatsächlich Gebrauch gemacht haben und zukünftig auch machen werden. Vor dem Hintergrund, dass die Strafverfolgungsbehörden in vielen Fällen gegen den Beteiligten an einer Steuerhinterziehung in einem europäischen Mitgliedstaat vermutlich auch schon wegen Tä-

¹⁰⁵ Weyand, INF 1993, 461; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 370 StGB Rn. 30.

terschaft einer eigenen Steuerhinterziehung zu Lasten des deutschen Fiskus ermitteln dürfen, steht zu vermuten, dass von der Regelung eher zurückhaltend Gebrauch gemacht wird.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Norman Lenger, Köln

Beweis der Zahlungseinstellung – BGH, Versäumnisurteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 119/10

Die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung gelten nach den Grundsätzen der Beweisverteilung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer einer GmbH, der von einem Gesellschaftsgläubiger wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen wird, seine Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist. (amtlicher Leitsatz)

I. Sachverhalt

Die Klägerin schloss am 18. Mai 2005 einen Frachtvertrag mit der D. S. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), aus dem ihr ein am 26. Mai 2005 fällig gewordener Vergütungsanspruch in Höhe von 36.500 € zustand. Ein am 14. Juli 2005 gestellter Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde mangels einer die Verfahrenskosten deckende Masse abgelehnt. Der Beklagte ist Geschäftsführer der Schuldnerin. Die Klägerin nimmt ihn wegen verspäteter Insolvenzantragstellung und Eingehungsbetrugs auf Schadensersatz in Anspruch. Bei einer im Rahmen des gegen den Beklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgten Durchsuchung wurden zu den folgenden vom Beklagten anlässlich des Insolvenzantrags als offen stehend bezeichneten Verbindlichkeiten der Schuldnerin keine Unterlagen aufgefunden:

Gläubiger A	90.270,00 €
Gläubiger B	17.806,25 €
Gläubiger C	41.666,00 €

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 36.500 € nebst Zinsen und Anwaltskosten verurteilt, das Berufungsgericht wies die Klage jedoch ab. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass die Schuldnerin bereits am 27. April 2005 zahlungsunfähig gewesen sei. Die von der Klägerin angeführten Verbindlichkeiten der Schuldnerin seien dafür nicht aussagekräftig, weil die Klägerin - teilweise - nicht vorgetragen habe, wann diese tatsächlich entstanden und fällig geworden seien. Das vorzutragen, sei ihr zumutbar gewesen. Denn sie habe die anderen Gläubiger, die sich aus den polizeilichen Ermittlungsakten ergeben hätten, dazu befragen können. Zudem hätten noch zwei Kreditlinien offen gestanden, und die Schuldnerin habe aufgrund einer Geschäftsbeziehung mit dem Dauerkunden G. mit monatlichen Einnahmen in Höhe von rund 90.000 € rechnen können. Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich auch nicht, dass die Schuldnerin am 27. April 2005 überschuldet gewesen sei. Eine Überschuldung könne nur durch einen Überschuldungsstatus nachgewiesen werden. Diesen habe die Klägerin nicht vorgelegt. Auch die polizeilichen Ermittlungen hätten keinen Schriftverkehr zu Tage gefördert, aus dem sich die Vermögenssituation der Schuldnerin hätte ableiten lassen. Dass der Beklagte bereits am 14. Juli 2005 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt habe und zu diesem Zeitpunkt nur noch Verbindlichkeiten in Höhe von 452.000 € offen gestanden hätten, aber kein Aktivvermögen mehr vorhanden gewesen sei, belege angesichts des Geschäftszweigs der Schuldnerin als einer Frachtführerin im Seeschiffsverkehr nicht, dass die Schuldnerin auch schon am 27. April 2005 überschuldet gewesen sei.