

selbständig anhand der Verdachtslage (iS eines Anschuldigungsbeweises) vorzunehmen, wie sie sich aus dem Strafantrag in Verbindung mit dem Inhalt der Ermittlungsakten ergibt.

OGH 4.4.2017, 14 Ns 14/17 w; RIS-Justiz RS0131309

16. Art 6 EMRK; § 126 Abs 5 StPO

ZWF 2017/39 (4/2017 ZWF)

Das in § 126 Abs 5 Satz 1 StPO enthaltene Vorschlagsrecht gewährt dem Beschuldigten kein subjektives Recht auf Bestellung der als besser qualifizierten genannten Person zum Sachverständigen.

OGH 6.3.2017, 17 Os 19/16x; RIS-Justiz RS0131300

Rezensionen

Wirtschaftsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Wagner, Markus: Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts – Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts

C.F. Müller, Heidelberg 2016, zugleich Diss. Gießen 2015; 369 S., 109,99 €.

Wagner „segelt“ unter falscher Flagge: Er schreibt Dissertation drauf, wo Habilitation drin ist. Er hat damit allerdings insoweit recht als ihm das Werk allein noch keinen Zugang zu einem eigenen Lehrstuhl verschaffen kann. Das Thema klingt sehr theoretisch und ist es auch. Dabei bleibt Wagner aber nicht stehen, sondern leitet aus seinen Erkenntnissen konkrete Ergebnisse für die Anwendung ab und bietet damit der Praxis Orientierung im besten Sinne: Klare Aussagen, aber nicht aus der Luft gegriffen, anscheinend oder gar scheinbar zufällig, sondern aus seinem dem geltenden Recht abgrungenen System abgeleitet und in dieses stimmig eingebettet. So sollten Wissenschaft und Praxis zusammenwirken – unbeschadet durchaus möglicher Kritik an Ableitung und manchem Ergebnis.

Teil I steht unter der Überschrift „Rechtstheoretische Grundlagen“. Ausgangspunkt ist die Betrachtung des Akzessorietätsphänomens als solches (Rn. 7 ff.). Aber bereits hier zeigt sich das Ziel des *Autors*, Abstraktes mit Konkretem zu verbinden. Der Befassung anderer Juristen mit dem Thema entnimmt er die Erkenntnis, dass insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht eine (noch näher zu untersuchende) doppelte Abhängigkeit festzustellen ist, von nicht-strafrechtlichem Recht einerseits und außerstrafrechtlichen Bezugsobjekten andererseits (Rn. 9). Der Erläuterung der Begriffe *Recht* (Rn. 15 f.) und *Wirklichkeit* (Rn. 17) folgt der Blick auf ihr Verhältnis zueinander (Rn. 18 ff.). Überzeugend konstatiert *Wagner*, dass Rechtsetzung darauf zu achten habe, der Wirklichkeit Rechnung zu tragen, während dies für die Rechtsanwendung eine Öffnungsklausel im Recht selbst voraussetze (Rn. 35 und passim; zur Wirtschaft Rn. 42 ff.; zu Kultur und Zeitgeist Rn. 47 ff.; zur Moral Rn. 50). Für die dynamische technische Entwicklung muss angesichts der Schwerfälligkeit der Gesetzgebung häufig auf private Regelungswerke von Fachverbänden verwiesen werden (Rn. 46; näher Rn. 572 ff.: für das staatliche Recht nur aufgrund von Öffnungsklauseln relevant, Rn. 581, und als dynamische Verweisung z.B. auf den Stand der Technik von gerichtlicher Feststellung abhängig, Rn. 584; zum Problem der Zugänglichkeit des Textes Rn. 633 f.; exemplifiziert an DIN-Standards, Rn. 842 ff. – keine dynamische Verweisung zulässig, Rn. 858; und am DCGK, Rn. 860 ff., als Konkretisierung von §§ 91, 116 AktG, und strafrechtlich zumindest insoweit relevant, wie sich ein Unternehmen zu seiner Einhaltung verpflichtet, Rn. 870 f.). Dem *lex-mitior*-Grundsatz, § 2 Abs. 3 StGB (Rn. 675 ff.), misst *Wagner* entgegen der h.M. Verfassungsrang zu

(Rn. 679) und erweitert seinen Anwendungsbereich sogar auf die nachträgliche gerichtliche Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts (Rn. 700 ff.) Rechtstaatlich konsequent ist das, obwohl *Wagner* damit ziemlich allein steht. Einer nachträglichen behördlichen Genehmigung legt er keine Rückwirkung bei. Sie schaffe eine neue Situation (ob darin ein neuer Sachverhalt liegt, so *Wagner*, Rn. 707, mag dahinstehen). Ausführlich befasst er sich mit dem Verhältnis von Recht und Sprache, dabei Fach- und Alltagssprache unterscheidend (Rn. 52 ff.). Insbesondere für das EU-Recht stellt sich die Frage nach dem Inhalt einer Norm, wenn die Fassung in verschiedenen Sprachen verbindlich ist. Insoweit entnimmt *Wagner* dem Art. 103 Abs. 2 GG die strikte Beschränkung auf die Maßgeblichkeit der deutschen Fassung für die Straf- = Sanktionsnorm (Rn. 602 ff.).

Unter der Überschrift „Akzessorietät des Rechts zum Recht“ (Rn. 58 ff., Zwischenergebnis Rn. 152 ff.) widmet sich *Wagner* ausführlich den übergeordneten Gesichtspunkten der „Einheit“ bzw. „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ (Rn. 60 ff.), abgeleitet aus dem Demokratieprinzip (Rn. 85). Er widerspricht jedoch dem möglichen Einwand, dadurch werde das BVerfG zu einem Superrevisionsgericht – eine Rolle, die ihm nicht zukomme (Rn. 108), obwohl der Verdacht bestehe, dass es sich selbst zu einem solchen erhoben habe (Rn. 109). Als eine wesentliche Konsequenz betrachtet *Wagner* die Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsurteils (Rn. 116 ff.), ohne dass dadurch allerdings Rechtswidrigkeit mit Strafbarkeit gleichzusetzen sei, weil sich die Konsequenzen des Rechtswidrigkeitsurteils unterscheiden könnten (Rn. 121 f.). Kein Widerspruch dazu liege in der Befürwortung der Relativität der Rechtsbegriffe, weil Begriff und Bedeutung zu unterscheiden und für letztere immer auch der Kontext zu berücksichtigen sei (Rn. 129 und ff.). Ob es sich wirklich um eine Ausnahme handelt, dass er Legaldefinitionen unabhängig vom jeweiligen Normtext, d.h. immer einheitlich verstehen will, ist zweifelhaft, weil er diese Pflicht auf solche Normtexte bezieht, die auf die Legaldefinition Bezug nehmen (Rn. 138) – das kann aber häufig wiederum nur Ergebnis einer Auslegung sein.

Auf dieser allgemeinen Grundlage konkretisiert *Wagner* seine Überlegungen zur „Akzessorietät des Strafrechts“ (Rn. 157 ff.), beginnend mit einem institutionengeschichtlichen Abriss (Rn. 162 ff.), der gedanklich bei *Binding* anfängt (Rn. 165) und im Kern seine (überzeugende) These von der Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm dekliniert, und zwar selbst dort, wo erstere sich erst konkludent aus letzterer ableiten lässt (z.B. Rn. 209). *Wagner* stellt sich Zweifeln an der Tragfähigkeit der Doktrin vom Wortlaut als Grenze der Auslegung (angelegt Rn. 215 ff., thematisiert Rn. 222 ff.) und relativiert sie dahingehend, dass derjenige, der vom Wortlaut abweichen will, quasi die Beweislast für die dafür bestehende Notwendigkeit trage (Rn. 229). Die Akzessorietät zum Rechtsgut lässt ihn die streng formale Betrachtung insbesondere in den Fällen des ärztlichen Abrechnungs‘betrugs‘ verwerfen, weil nicht der Verstoß gegen das Sozialrecht, sondern die Verletzung des Vermögens der Sozialversicherungsträger geschützt sei (Rn. 758 ff.).

Damit hat *Wagner* den Boden bereitet für die Untersuchung der Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts (Rn. 234 ff.). Auch sie beginnt mit einem Überblick über die geschichtlichen Anfänge (Rn. 236 ff.). Den jüngsten Ansatz, die Habilitation *Marco Mansdörfers*, inzwischen Ordinarius in Saarbrücken, „Theorie des Wirtschaftslebens“ (dazu *Bittmann*, WiJ 2014, 274 ff.) lehnt *Wagner* aufgrund des methodologisch individualistischen Rückgriffs auf das Erklärungsmodell des homo oeconomicus ab, weil es verfassungsrechtlich verbürgte Garantien wie den ultima-ratio-Grundsatz und die Subsidiarität des Strafrechts verdränge (Rn. 260). Da ihn auch die sonstigen früher angestellten Überlegungen nicht (vollends) überzeugen, sucht er nach einer eigenen Erklärung dafür, was das Wirtschafts- vom allgemeinen Strafrecht unterscheide. Schon der Wortlaut weist ihm den Weg: es ist die Beziehung des Strafrechts zur Wirtschaft (Rn. 262; Beispiel: DCGK, Rn. 862 ff.). Er betrachtet sie als Öffnungsklauseln (Rn. 263 ff.), über die wirtschaftsbezogene außerrechtliche Maßstäbe auf die Auslegung der einschlägigen Strafnormen einwirken (Rn. 268). Seine Kernthese gleicht *Wagner* anschließend mit anderen Ansätzen ab (Rn. 269 ff.). Einen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts (Rn. 715 ff.) verneint er (Rn. 717 ff.).

Teil 2 ist überschrieben mit „Die Begründung des Akzessorietätsverhältnisses“, Rn. 279 ff. Gegenstand ist nicht die Forschung nach irgendeinem Gründungsakt, sondern nach dem Bezugsobjekt im Delikttaufbau. Anknüpfend an sein Ergebnis von der Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsurteils gelangt *Wagner* konsequent zur Rechtswidrigkeit, auf die das Wirtschaftsrecht als Ausfluss bereichsspezifischer Sozialadäquanz auf das Strafrecht einwirkt (Rn.

325). Darin sieht er (etwas überraschend) einen Unterfall des erlaubten Risikos (Rn. 326). Die Sozialadäquanz könne sich aus außerrechtlichen Umständen (Rn. 330) und aus Rechtssätzen verschiedener Hierarchieebenen ergeben (Rn. 331 ff.). Die Wirkung werde über verschiedene Techniken erzielt wie Blanketttatbestände (Rn. 358 ff.), normative Tatbestandsmerkmale (Rn. 363 ff.; die Abgrenzung zueinander ausführlich darstellend Rn. 403 ff. und mit dem bemerkenswerten Fazit der Überflüssigkeit dieser Differenzierung endend, z.B. Rn. 440 ff., ferner Rn. 686 ff.), die sich letztlich aber funktional nicht von deskriptiven unterscheiden (Rn. 397 ff.), gesamtatbewertende Merkmale und Komplexbegriffe (Rn. 367 ff.) sowie Generalklauseln (Rn. 370 ff.).

Der Schwerpunkt liegt auf Teil 3, „Die Begrenzung der Akzessorietät und ihre Folgen“, der als Bindeglied zwischen Theorie und Rechtsanwendung fungiert (Rn. 449 ff.). Begrenzungsnormen finden sich auf verschiedenen hierarchischen Ebenen wie formellen (deutschen) Gesetzen und EU-Rechtsakten (Rn. 457 ff.) und zwar sowohl materiell wie kompetentiell. Das Rechtsstaatsprinzip betrachtet *Wagner* nicht als Hindernis einer Verweisung in der Strafnorm selbst auf Regelungen in Form einer Rechtsverordnung (Rn. 484 ff. und Rn. 507 ff.). Das könnte das BVerfG enger sehen, betrachtet man die Entscheidung zur Rindfleischetikettierungsverordnung (BVerfG, NJW 2016, 3648 ff.). Im Ergebnis hält aber auch *Wagner* Rückverweisungsklauseln für verfassungswidrig (Rn. 518 ff.; ebenso sanktionsnormerhebliche dynamische Verweisungen auf EU-Verordnungen, Rn. 570; ferner spricht er sich gegen die Umdeutung einer Verweisung auf eine EG-Norm in eine Verweisung auf eine nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Kraft getretene – ändernde oder neue – EU-Norm aus (Rn. 606 ff. und Rn. 644). Anstelle einer Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip will *Wagner* die gebotene Restriktion über den ultima-ratio-Grundsatz erreichen (Rn. 503). Er sieht sich zudem in Übereinstimmung mit den Ergebnissen der Rechtsprechung des BVerfG zu den normativen Tatbestandsmerkmalen (Rn. 505, auch Rn. 515). Ausführlich befasst sich *Wagner* mit der Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG (Rn. 489 ff.) und gelangt zu dem Ergebnis, dass sie sich nicht auch auf die Verhaltensnorm erstreckt. Gleiches vertritt er in Bezug auf den Einfluss verwaltungsrechtlicher Regelungen unterhalb der Ebene der Rechtsverordnungen: Sie können die Verhaltensnorm beeinflussen, nicht aber die Sanktionsnorm (Rn. 558 ff.; zu Kettenverweisungen Rn. 588 ff. und Rn. 611 f.)

Begünstigende Verwaltungsakte, die eine Genehmigung erteilen, würden auch dann das Strafrecht binden, ihm also vorgehen, wenn sie materiell rechtswidrig, trotzdem aber formell rechtswirksam seien (Rn. 538). Darüber kann man ernsthaft für die Konstellation eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Begünstigtem und Amtsträger streiten. *Wagner* verneint die Strafbarkeit allein bei (allerdings recht großzügig angenommener) Nichtigkeit einer Genehmigung (Rn. 733 ff.). Die umgekehrte Konstellation, Strafbarkeit trotz Rechtswidrigkeit verwaltungsseitiger Untersagung (Rn. 541 ff.), betrachtet *Wagner* differenzierter. Im Grundsatz befürwortet er eine Verwaltungsaktsakzessorietät (Rn. 548), die er jedoch über eine Rechtsgutsbetrachtung (Rn. 549) einschränkt, exemplifiziert am Umweltstrafrecht (Rn. 761 ff.). Dies führt ihn zu einer Differenzierung zwischen Genehmigungsanspruch einerseits und Ermessensentscheidung andererseits (Rn. 767 ff.). Ein daran erinnernder, aber auch dort nicht konsentierter Ansatz findet sich im Rahmen des Untreuestrafrechts im Hinblick auf die tatbestandliche Relevanz von Sanktionen (self-fulfilling und Legalitätsprinzip einerseits, Festlegung nach Ermessen andererseits).

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Ausprägung als Übermaßverbot entnimmt *Wagner* nicht nur das ultima-ratio-Prinzip, sondern – deutlich weitergehend – das Gebot restriktiver Auslegung von Strafnormen (Rn. 787 f.). Dass dies eine heikle These ist, verkennt *Wagner* nicht, verzichtet aber auf eine Vertiefung dieses Themas. Der von ihm anerkannte Vorrang des etwaigen gegenteiligen (d.h. ausdehnenden) Willens des Gesetzgebers verschärft das Problem gerade dort, wo eine Lösung besonders wichtig ist. Sie kann, ohne dass er sich insoweit positioniert, nur im Verdikt der Verfassungswidrigkeit liegen. Die Anknüpfung an die von *Wagner* selbst befürwortete strikte Bindung an das Rechtsgut führte hingegen zu flexibleren Lösungen (z.B. teleologische Reduktion). Welche Grenzen das Grundgesetz dem zur Pönalisierung neigenden Gesetzgeber setzt, ist eine andere, wenn gleich höchst aktuelle Frage, der sich das BVerfG aber bisher nur mit allergrößter Zurückhaltung widmete. Als Ausfluss des Gebots restriktiver Auslegung betrachtet *Wagner* die Beschränkung der Strafbarkeit wegen Untreue auf gravierende Rechtsverletzungen (Rn. 789 ff.). Diese ist allerdings keineswegs eindeutig, auch nicht durchweg akzeptiert und wandelt sich gerade hin zum Abstellen auf Evidenz (*Bittmann*, *wistra* 2017, 121 ff., 122, unter Bezug-

nahme auf z.B. BGHSt 61, 48 ff., Nürburgring, und v.a. BGH, NJW 2017, 578 ff., HSH-Nordbank,). Zutreffend siedelt Wagner dies Kriterium auf der Ebene der Primärnormen an (Rn. 792). Weil er diese als ggf. im Tatbestand selbst enthalten ansieht (z.B. Rn. 209), handelt es sich dabei nicht um eine Frage der Akzessorietät des Strafrechts zum Primärrecht (Rn. 792).

Im Teil 4 beschäftigt sich *Wagner* mit „Prozessualen Aspekten der Akzessorietät“. Im Blickpunkt steht zunächst das Verhältnis des materiellen zum Verfahrensrecht (Rn. 805 ff.). Im Anschluss an *Perron* betrachtet *Wagner* das materielle Recht als den Gegenstand, den erst der Strafprozess in die Welt des Realen versetzt. Damit diene – sehr abgewogen und realistisch absichtend – das Verfahren(srecht) vorrangig der Durchsetzung der Straftatbestände, müsse allerdings auch noch anderen Zielen wie etwa der Wahrung der Rechte sowohl des Beschuldigten als auch anderer Verfahrensbeteiligter Rechnung tragen (Rn. 803). Aus der Tatsache, dass im Verfahren nicht an einen gesichert feststehenden Sachverhalt, sondern nur an verdachtsbegründende Momente angeknüpft werden könne, folgert *Wagner* (überzeugend), dass der prozessuale Tatbegriff weitergefasst sein müsse als der materielle (Rn. 809).

Wagner lässt seine tiefeschürfenden Überlegungen in drei gerichtsverfassungsrechtliche Reformvorschläge münden: (1) In Wirtschaftsstrafsachen bedürfe es fachkundiger Schöffen (Rn. 828 f.); (2) Wirtschaftsstrafsachen seien nur solche, zu deren Bearbeitung es besonderer Kenntnisse des Wirtschaftslebens bedürfe – diese seien aber sämtlich bei der Wirtschaftsstrafkammer zu verhandeln (Rn. 830 ff.), und schließlich (3) seien (hier ist *Wagner* allzu zurückhaltend und geht strukturell kaum über die Realität hinaus) Wirtschaftsstrafkammern bezirksübergreifend zu konstituieren, korrespondierend mit einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft, der entsprechend fachlich ausgebildete polizeiliche Fachkräfte zuzuordnen seien (Rn. 836). Die Realisierung dieser Vorschläge – personell auskömmlich unterlegt – stelle aus Sicht der Praxis eine deutliche Verbesserung gegenüber dem Ist-Zustand dar.

Wagner schlägt einen großen Bogen, rekurriert auf rechtshistorische, -philosophische und -dogmatische Grundlagen, die er der Beurteilung ganz konkreter praktischer Phänomene zugrundelegt und aus denen er – soweit ersichtlich – widerspruchsfrei praxismgerechte Lösungsvorschläge entwickelt. Über das wissenschaftliche Gewicht seiner Arbeit zu mutmaßen, steht dem Rezensenten nicht an. Seine Ergebnisse sind jedoch durchweg praxisrelevant, selbst wenn man ihm nicht in jeder Hinsicht folgen will oder kann. *Wagners* systematisch hergeleiteten dogmatischen Positionen zur Untreue wohnt das Potential inne, mittels Spezifizierung Meinungsverschiedenheiten in bemerkenswertem Umfang als Scheingegensätze aufzudecken und bereits dadurch den konsentierten Teil des Verständnisses der Bestimmung deutlich zu erweitern. Folgt man ihm in der (methodisch rechtshistorisch abgesichert und -philosophisch verbreiteten) Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm und konstatiert, dass Erstere konkludent in Letzterer enthalten sein kann, so lassen sich damit der Umfang strittig diskutierter Akzessorietätsfragen und manche Bedenken gegen die Bestimmtheit spürbar reduzieren. Damit ist ein Weg zu überzeugender Einschränkung aller möglichen Pflichtwidrigkeiten auf evidente vermögensrelevante Verstöße gebahnt. Das allein schon rechtfertigte eine Dissertation – ist aber bei weitem nicht alles, was *Wagner* bietet!

Wirtschaftsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Windsberger, Alexandra: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des sog. bedingten Gefährdungsdelikts

C.F. Müller, Heidelberg 2017, XVI, 255 Seiten, 89,90 Euro.