

**Herausgeber:**

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

**Redaktion:**

Prof. Dr. Dennis Bock  
Milena Piel  
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.  
Dr. André-M. Szesny, LL.M.

**Schriftleitung:**

Prof. Dr. Dennis Bock  
Friedrich-Schiller-Universität Jena  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
D-07737 Jena

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V.

Rundeturmstraße 12  
64283 Darmstadt

**Aus dem Inhalt:**

**Aufsätze und Kurzbeiträge**

RA Dr. Philippe Litzka, München

**Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus  
deutscher Sicht 79**

RA Dr. Philipp Gehrman, Wiss. Mitarb. Sara Zacharias, beide Berlin

**Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Uner-  
fahrenheit“ in §§ 26, 49 BörsG im Lichte des WpHG 89**

**Einführung und Schulung**

RA Norman Lenger, RA Dr. Henner Apfel, beide Düsseldorf

**Grundzüge des Insolvenzstrafrechts (Teil 2)  
– weitere Insolvenzstraftaten 101**

**Internationales**

RAin Mag. Katrin Ehrbar; RA Mag. Phillip Bischof; RAanw. Mag. Julian Korisek, MBA, LL.M.,  
cand. iur. Anna Katharina Radschek, alle Wien

**Länderbericht Österreich 124**

RA Dr. Rainer Birke, RA Dr. Matthias Dann, LL.M., beide Düsseldorf

**Das russische Korruptionsstrafrecht und seine  
Internationalisierung: Ein Kurzüberblick 133**

## Editorial

Auf Ihrem Monitor oder ausgedruckt in Ihren Händen liegt die zweite Ausgabe des WiJ, des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V. (WisteV). Die ausnahmsweise Haptik der Premierenausgabe aus Januar 2012, die während der WisteV-wistra-Neujahrstagung verteilt wurde, soll die zweite und jede weitere Ausgabe von vornherein nicht mehr bieten. Das WiJ ist bewusst als Online-Zeitschrift konzipiert: Sie ist jederzeit (eine Internetverbindung vorausgesetzt) abruf- und auf (Tablet-) Computerbildschirmen lesbar, bietet dem Papierfreund aber gleichwohl die Option, sich jede Gesamtausgabe oder aber den einzelnen interessierenden Artikel auszudrucken, zu blättern und mit dem Bleistift Randbemerkungen zu notieren.

Eine erste Gelegenheit hierzu bietet die Abhandlung von *Litzka*, der die Gefahren für Beschuldigte in internationalen Wirtschaftsstrafverfahren, sich der (Straf-) Verfolgung durch zwei oder mehrere Staaten ausgesetzt zu sehen, darstellt. Auch wenn Fälle wie Siemens, MAN und Ferrostaal inzwischen „alte Hüte“ zu sein scheinen: Sie waren die Initialzündung für Wirtschaftsstrafverfahren mit grenzüberschreitendem Impetus, in denen die Diskussionen um die Rolle des Individuums – so *Litzka* – im Schrifttum im Vergleich zur vielbehandelten Problematik des Unternehmensstrafrechts zu kurz kam. Der Autor sorgt mit seinem ausführlichen Beitrag für Ausgleich.

*Gehrmann/Zacharias* haben sich zur Aufgabe gemacht, das umstrittene Merkmal der „Unerfahrenheit“ bei Börsenspekulationsgeschäften anhand der aktuellen Gesetzeslage auszulegen. Sie stellen die Querverbindungen des (möglicherweise systemwidrig) im BörsG lozierten Straftatbestandes zum wertpapierrechtlichen Regelungskonvolut, insbesondere den darin nunmehr befindlichen Aufklärungs- und Informationspflichten her und kommen so zu einer neuen inhaltlichen Bestimmung der „Unerfahrenheit“.

Der zweite Teil des von *Apfel/Lenger* bearbeiteten Einführungsaufsatzes zum Insolvenzstrafrecht befasst sich mit den im ersten Kapitel bislang nicht behandelten „weiteren Insolvenzstraftaten“, insbesondere auch solchen, die zwar keine Insolvenzstraftaten im engeren Sinne sind, aber typischerweise im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen begangen werden. *Apfel/Lenger* führen den nicht mit dem Insolvenzstrafrecht vertrauten Rechtsanwender durch das Regelungsgestrüpp des Insolvenzstrafrechts; doch auch der erfahrene Anwalt sollte die Lektüre nicht auslassen: *repetitio est mater studiorum!*

Einen Blick über die bundesdeutschen Grenzen verschaffen *Ehrbar/Bischof/Korisek/Radschek* sowie *Birke/Dann*. Erstere beschreiben die Umsetzung des Maßnahmenpakets gegen Korruption der EU-Kommission in der österreichischen Gesetzgebung und beziehen dabei auch die Auswirkungen bundesdeutscher Rechtsprechung (Berliner Stadtreinigungsbetriebe) ein. Letztere geben einen Überblick über das russische Korruptionsstrafrecht, das in jüngster Zeit erheblichen Änderungen unterzogen war.

Die zweite Ausgabe der WiJ schließt im Aufsatzteil mit den von *Bittmann* zusammengetragenen WisteV-Standards, einer Darstellung des Status Quo des Diskussionsstandes in wirtschaftsstrafrechtlichen Themen, wie er sich im Rahmen von Fortbildungs- und Diskussionsveranstaltungen der WisteV in der jüngeren Zeit ergeben hat.

Herausgeberschaft und Redaktion freuen sich über Kritik, Anregungen, auch offenen Widerspruch (nicht nur zu den WisteV-Standards) und selbstverständlich auch Lob, kurz: all jenes, was das neue WiJ besser zu machen geeignet ist. Ausreichend Anknüpfungspunkte hierfür finden Sie in der vorliegenden Ausgabe. Viel Freude bei der Lektüre!

Dr. André-M. Szesny, LL.M.  
Rechtsanwalt

## Inhaltsverzeichnis

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf Editorial	II
Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht	79
Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman / Wissenschaftliche Mitarbeiterin Sara Zacharias, beide Berlin Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Unerfahrenheit“ in §§ 26, 49 BörsG im Lichte des WpHG	89
Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, beide Düsseldorf Grundzüge des Insolvenzstrafrechts II - weitere Insolvenzstraftaten	101
Rechtsanwalt Alexander Sättele, Berlin Zur Inbegriffsrüge bei fehlerhafter Anordnung und fehlerhaftem Abschluss des Selbstleseverfahrens – ein kurzer Beitrag zu BGH NJW 2010, 3382	120
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Mag. Phillip Bischof; Rechtsanwaltsanwärter Mag. Julian Korisek, MBA, LL. M., cand. iur. Anna Katharina Radschek, alle Wien Korruptionsbekämpfungspaket der Europäischen Kommission	124
Rechtsanwalt Dr. Rainer Birke und Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., beide Düsseldorf Das russische Korruptionsstrafrecht und seine Internationalisierung: Ein Kurzüberblick	133
Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	142
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung vom 20./21.01.2012 in Frankfurt a.M.	148
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht	150
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts	154
Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, Düsseldorf Walther, Dissertation, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und Deutsches Strafrecht, 2011	156
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf Pasewaldt, Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlicher Vermögens- abschöpfung im Bereich der Markenpiraterie	158

## Impressum

**Herausgeber:** Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.

**Kontakt:** [info@wi-j.de](mailto:info@wi-j.de)

**Redaktion:** Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Dr. André-M. Szesny, LL.M., Kontakt: [redaktion@wi-j.de](mailto:redaktion@wi-j.de)

**Verantwortliche Schriftleitung:** Prof. Dr. Dennis Bock, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Rechtswissenschaftliche Fakultät, D-07737 Jena,

Kontakt: [redaktion@wi-j.de](mailto:redaktion@wi-j.de). **Webmaster/ Layout:** Milena Piel. Kontakt: [webmaster@wi-j.de](mailto:webmaster@wi-j.de)

**Manuskripte:** Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden ([redaktion@wi-j.de](mailto:redaktion@wi-j.de)). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet ([www.wi-j.de](http://www.wi-j.de)) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich, elektronisch. **Bezugspreis:** Kostenlos.

**Newsletter:** Anmeldung zum Newsletterbezug unter [newsletter@wi-j.de](mailto:newsletter@wi-j.de). Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Unternehmensstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München<sup>1</sup>

# Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht

## I. Einführung und Problemstellung

Nicht zuletzt seit den Fällen „Siemens“, „Daimler“, „BAE“, „MAN“ sind Ermittlungsverfahren mit internationalem Bezug in den Fokus der deutschen Öffentlichkeit, aber auch der juristischen Literatur gerückt. Der weit überwiegende Anteil der zu den inmitten stehenden rechtlichen Problemstellungen veröffentlichten Aufsätze und Monografien befasst sich mit den Ermittlungsverfahren in Deutschland bzw. in Amerika aus dem Blickwinkel des betroffenen Unternehmens<sup>2</sup>. Insbesondere der Fall „Siemens“, der seit Dezember 2009 aus Unternehmenssicht in den USA und Deutschland abgeschlossen ist<sup>3</sup>, ist hierfür ein besonders deutliches Beispiel. Nicht besonders thematisiert wird in diesem Zusammenhang allerdings, dass – zumindest in Deutschland – mangels des Bestehens eines formalen Unternehmensstrafrechts<sup>4</sup> das eigentliche Ziel staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen natürliche Personen, nämlich die (leitenden) Mitarbeiter des Unternehmens, sind, die für dieses handeln. Die (Zwangs-)Lage, in der sich ein Unternehmen befindet, wenn es Ziel eines Ermittlungsverfahrens in Deutschland, aber auch von Ermittlungen der US-amerikanischen Börsenaufsicht (SEC) bzw. des Justizministeriums (Department of Justice – DOJ) ist, gilt aber im gleichen Maße für die jeweilige natürliche Person<sup>5</sup>. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit auftretenden rechtstatsächlichen und rechtlichen Problemen einer natürlichen Person, die – angesichts des Lebensmittelpunkts in Deutschland – einem Ermittlungsverfahren in Deutschland, gleichzeitig aber, da sie für ein entsprechendes Unternehmen mit möglichen Anknüpfungspunkten in die USA tätig ist oder war, einem (formellen oder informellen) Ermittlungsverfahren der SEC bzw. des DOJ ausgesetzt sein kann. Da eine natürliche Person, anders als das Unternehmen selbst, in der Regel nicht die finanziellen Mittel hat, sachgerechte Verteidigung und Vertretung in beiden Ländern sicherzustellen<sup>6</sup>, stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der in Deutschland ansässige Beschuldigte auf entsprechende Ermittlungsmaßnahmen der SEC bzw. des DOJ in den USA überhaupt reagieren muss, namentlich weil ansonsten eine gegebenenfalls in seiner Abwesenheit ergangene Entscheidung eines US-amerikanischen Gerichts auf Veranlassung der SEC bzw. des DOJ vollstreckungsrechtliche Auswirkungen in Deutschland haben kann.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Der Autor ist als Partner in der Sozietät Westpfahl Spilker Wastl schwerpunktmäßig in den Bereichen Wirtschafts- und Steuerstrafrecht tätig.

<sup>2</sup> Hierbei werden in der Regel Aspekte der Zulässigkeit sowie Voraussetzungen so genannter interner Ermittlungen, der Verwertung gewonnener Erkenntnisse im Ermittlungsverfahren, des Datenschutzes, der Mitbestimmung, etc. beleuchtet.

<sup>3</sup> Details im Geschäftsbericht der Siemens AG unter:

[http://www.siemens.de/ueberuns/Documents/d09\\_00\\_gb2009.pdf](http://www.siemens.de/ueberuns/Documents/d09_00_gb2009.pdf).

<sup>4</sup> Die Zurechnung strafrechtlich relevanten Verhaltens von Leitungspersonen an das Unternehmen erfolgt nach § 30 OWiG, gegebenenfalls auch nach § 130 OWiG.

<sup>5</sup> Die Aktualität der nachfolgenden Ausführungen zeigt sich etwa bei den nun "nachkommenden" Verfahren gegen sieben verantwortliche Manager des Siemens Konzerns, gegen die sowohl das DOJ als auch die SEC nunmehr fast genau zwei Jahre nach Beendigung des gegen die Siemens AG gerichteten Verfahrens Anklage erhoben hat (vgl. etwa:

<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/schmiergeldklage-gegen-ex-siemens-vorstand/4284372.html>).

<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang ist es mehr und mehr üblich, dass das Unternehmen Kostenübernahmeerklärungen abgibt, allerdings mit dem Vorbehalt der Rückforderung im Falle festgestellter schuldhafter Verhaltensweisen des Mitarbeiters bzw. entsprechender Verurteilungen.

<sup>7</sup> In tatsächlicher Hinsicht ist die Verteidigung "vor Ort" sicherlich empfehlenswert. Sie ist erfahrungsgemäß mit erheblichen Kosten verbunden.

## II. Rechtsgrundlagen, Zuständigkeiten und Verfahren

Für die Verfolgung von Korruptionsstraftaten in Deutschland ist die Staatsanwaltschaft auch dann zuständig, wenn der bestechungsrelevante Sachverhalt im Ausland „spielt“, beispielsweise ein ausländischer Amtsträger bestochen wird<sup>8</sup>. Insofern hat die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden in den letzten Jahren eine erhebliche Ausweitung erfahren. In der Vergangenheit hat sich aber gezeigt, dass sich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaften im Bereich der Korruption bei internationalen Sachverhalten, insbesondere wegen tatsächlicher Nachweisschwierigkeiten im Ausland, auf die Bildung so genannter „schwarzer Kassen“ fokussiert haben, also den Vorwurf, Gelder außerhalb der ordnungsgemäßen Buchhaltung des Unternehmens „zu verwalten“, um sie in der Folgezeit für zukünftige Bestechungshandlungen einsetzen zu können<sup>9</sup>. Bemerkenswerterweise ist in Deutschland auch im Zusammenhang mit dem so genannten Fall „Siemens“ keine Verurteilung eines deutschen Managers wegen eines Bestechungsvergehens bekannt geworden. Maßgeblich für die Verurteilung war – soweit erkennbar – immer (nur) der Untreuetatbestand des § 266 StGB<sup>10</sup>.

In den USA sind für die Verfolgung von Korruptionssachverhalten auf der Basis des Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)<sup>11</sup> zwei Institutionen zuständig. Während die Börsenaufsicht (SEC) für die zivilrechtliche Ahndung diesbezüglicher Verstöße zuständig ist, übernimmt das DOJ die strafrechtliche Verfolgung der Täter bzw. Unternehmen<sup>12</sup>. Dabei gliedert sich der FCPA – wie bekannt sein dürfte – in zwei Bereiche. Zum einen werden Bestechungshandlungen unter bestimmten Voraussetzungen mit Sanktionen versehen werden, regelt ein zweiter Bereich des FCPA den Verstoß gegen zwingende Buchführungsvorschriften und das Gebot angemessener interner Kontrollen<sup>13</sup>. Der zweite Bereich findet in der Praxis in den weit überwiegenden Fällen Anwendung, da – auch aus Sicht der SEC bzw. des DOJ – Bestechungshandlungen im Ausland entweder schwierig nachweisbar sind oder man sich im Rahmen einer in den USA üblichen Verständigung<sup>14</sup> auf den weniger schwerwiegenden Vorwurf des Verstoßes gegen FCPA-Buchführungsvorschriften einigt. Auch die Problematik der – aus deutscher Sicht – ausufernden Zuständigkeitsbegründung des FCPA im Bereich der Korruption ist hinlänglich bekannt. Selbst Taten von Mitarbeitern eines Unternehmens, das selbst nicht an einer US-Börse notiert ist, können in den Anwendungsbereich des FCPA fallen, wenn bestimmte – aus kontinentaleuropäischer Sicht: geringe – Anknüpfungstatsachen<sup>15</sup> an die USA gegeben sind<sup>16</sup>. Diese können unter Umständen bereits die Nutzung von US-amerikanischen Konten für die beanstandete Transaktion darstellen<sup>17</sup>. Als erstes **Zwischenergebnis** kann also festgehalten werden, dass die natürliche Person im Fokus paralle-

<sup>8</sup> § 7 StGB: Zur Ausdehnung auf ausländische Amtsträger vgl. EUBestG 21.07.2004 (BGBl. I S. 1763 sowie IntBestG vom 10.09.1998 (BGBl. II S. 2327; III S. 450).

<sup>9</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Auslegung des § 266 StGB: BVerfG NJW 2010, S. 3209 = NStZ 2010, S. 626.

<sup>10</sup> Sowie gegebenenfalls eine Steuerhinterziehung in mittelbarer Täterschaft gemäß § 370 AO.

<sup>11</sup> Pub. L. No. 95-23, 91 Stat. 1494 (kodifiziert in der Änderung durch 15 U.S.C. 78m, 78dd-1, bis 78dd-2, 78 ff. (1994), in der Änderung durch den International Anti-Bribery and Fair Competition Act („Gesetz betreffend die internationale Bekämpfung von Korruption und die Förderung des Fairen Wettbewerbs“) von 1998, 15 U.S.C.A. 78dd-1 bis 78dd-3, 78 ff. (1999), [IAFCA]; siehe hierzu auch *Partsch*, The Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) der USA, 2007.

<sup>12</sup> Vgl. zur Abgrenzung der Zuständigkeiten und der jeweils involvierten Behörden: *Partsch*, The Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) der USA, 2007, S. 67 ff.

<sup>13</sup> In der Regel werden die als Bestechungszahlungen zu qualifizierenden Vorgänge nicht sachgerecht verbucht.

<sup>14</sup> Diese ist wegen des in den USA nicht geltenden Legalitätsprinzips leichter möglich als in Deutschland.

<sup>15</sup> Im Fall der nunmehr angeklagten Manager des Siemenskonzerns sind die Anknüpfungstatsachen etwa: Nutzung eines US-Kontos, Besprechung auf dem Territorium der USA, anlässlich dessen über Bestechungszahlungen verhandelt worden sein soll, Teilnahme an einem Telefonat vom Ausland aus; vgl. Indictment des DOJ, dated Dec. 12 2011, File-No 11 CRIM 1056, abzurufen unter:

<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/sharef-urriel/2011-12-12-siemens-ndictment.pdf> sowie Jury Trial Demand der SEC, dated Dec. 13 2011 File-No: 11 CIV 9073, abzurufen unter: <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp-pr2011-263.pdf>.

<sup>16</sup> Adressat der Buchführungsvorschriften und der internen Kontrollen ist dagegen nur der Emittent („Issuer“), also nicht der Mitarbeiter, 15 U.S.C. § 78m(b)(2); *Partsch*, The Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) der USA, 2007, S. 17.

<sup>17</sup> *Partsch*, The Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) der USA, 2007, S. 5 ff., 27; instruktiv zum hierfür grundlegenden US-amerikanischen Verständnis der Staatssouveränität und der hierfür prägenden jurisdiction to prescribe („Rechtssetzungshoheit“), wonach die Souveränität der Vereinigten Staaten von Amerika entsprechend der effects doctrine („Wirkungstheorie“) auch Sachverhalte auf fremdem Staatsgebiet einbezieht, die auf dem eigenen Territorium wesentliche Auswirkungen erzeugen, Junker, Electronic Discovery gegen deutsche Unternehmen, 2008, S. 55.

ler Ermittlungen sowohl der zuständigen Behörden in den USA als auch in Deutschland stehen kann.

### III. Grundsätzliche Überlegungen zur Individualverteidigung in den USA und Deutschland

Ermittlungsverfahren in den USA und Deutschland weisen erhebliche strukturelle Unterschiede auf. Die Ermittlungsbehörden in Deutschland ermitteln traditionell auch bei umfangreichen wirtschaftsstrafrechtlichen Fällen selbst, führen gegebenenfalls Beschlagnahmeaktionen sowie Vernehmungen durch und bewerten auf Basis der so gesammelten Informationen den Sachverhalt strafrechtlich. Mit dem gefundenen Ermittlungsergebnis werden zu einem bestimmten Zeitpunkt der Beschuldigte bzw. das beschuldigte Unternehmen konfrontiert. Diese können dann ihre Verteidigungsmöglichkeiten auf Basis der erfolgten Akteneinsicht ausloten. Ob sodann der Weg der Konfrontation oder der Kooperation mit dem Ziel einer Verständigung gewählt wird, hängt von der Einschätzung der Risikolage auf der Basis des von den Ermittlungsbehörden präsentierten Ermittlungsergebnisses sowie bestehender gegebenenfalls selbst gesammelter Verteidigungsargumente ab. Der diesbezügliche Ablauf war – zumindest in der Vergangenheit – auch gegeben, wenn Ermittlungen im Bereich der Korruption geführt wurden und das Ziel der Ermittlungsmaßnahmen auch die Abschöpfung von Gewinnen beim Unternehmen war.

In den USA ist es dagegen üblich, dass die SEC oder das DOJ das betroffene Unternehmen bzw. die Person allgemein mit einem relativ unspezifizierten Vorwurf etwaiger Verstöße gegen den FCPA konfrontiert<sup>18</sup>. Es obliegt dann dem Unternehmen, entweder durch eine eigene Ermittlung oder durch von dem Unternehmen hierfür besonders beauftragte, das Vertrauen der SEC genießende Anwälte eigene umfassende Untersuchungen vorzunehmen<sup>19</sup>. Die Ermittlungsergebnisse dieser externen Anwälte werden in geeigneter Form<sup>20</sup> der SEC präsentiert. Auf Basis dieses Ergebnisses werden dann Verhandlungen zur Beendigung des Verfahrens im Wege einer Verständigung gesucht. Die Verweigerung einer solchen internen Untersuchung durch das Unternehmen erfolgt in den USA faktisch nicht, weil die in Aussicht gestellten Sanktionen auf der Basis des FCPA existenzvernichtend sein können. Bemerkenswerterweise ist zu beobachten, dass die in den USA praktizierte Vorgehensweise interner Ermittlungen mittlerweile von den deutschen Staatsanwaltschaften, zumindest im Hinblick auf die Verwertung der diesbezüglichen Ergebnisse, „entdeckt“ wurde<sup>21</sup>. Namentlich wegen der begrenzten Ressourcen der deutschen Ermittlungsbehörden bei der Aufarbeitung großer Wirtschaftsstraftaten stellt sich die interne Ermittlung durch beauftragte Anwälte als ein „Glücksfall“ für die Staatsanwaltschaften dar, wenn die insoweit übermittelten Zusammenfassungen oder Vertragsdokumente<sup>22</sup> nur noch ausgewertet und in strafrechtlicher Hinsicht bewertet werden müssen<sup>23</sup>. Da nach Durchführung der internen Ermittlungen deren Ergebnisse sowohl zuständigen Ermittlungsbehörden in Deutschland, aber auch der SEC und dem DOJ in Amerika, zur Verfügung gestellt werden, resultiert für den individuellen Mitarbeiter hieraus eine erhebliche, weil doppelte Gefährdungslage<sup>24</sup>. Während der Mitarbeiter in Deutschland sich durch die sich an die internen Ermittlungen anschließenden eigenen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sowie der Präsentation der Ermittlungsergebnisse, Beweismittel, Zeugenaussagen usw. bis zu einem gewissen Maße verteidigen kann, ist der Mitarbeiter im Falle einer Konfrontation mit einem informellen oder formellen Ermittlungsverfahren der SEC oder des DOJ in Amerika nicht in der Lage, die Erkenntnisse, die seitens des Unternehmens oder den beauftragten Anwälten an die SEC weitergegeben wur-

<sup>18</sup> Zur Beschreibung der Abläufe in tatsächlicher Hinsicht: Wastl, Litzka, Pusch, NStZ 2009, 68.

<sup>19</sup> Wastl, Litzka, Pusch, NStZ 2009, S. 68; Senderowitz, Ugart, Cortez, wistra 2008, S. 281; Wehnert, NJW 2009, S. 1190; Hehn, Hartung, DB 2006, S. 1909; Knierem, StV 2009, S. 324; Schulte-Görts, RIW 2006, 561; Bussmann, Matschke, wistra 2008, S. 88; Müller-Bonanni, AmwBl 2010, S. 651.

<sup>20</sup> Mündliche Berichte oder Präsentationen etwa in "Power-Point".

<sup>21</sup> Vgl. etwa Freisinger/Katzensteiner: "Beim heiligen Benno", in: Manager-Magazin, 9/2011, S. 50.

<sup>22</sup> Vernehmungsprotokolle oder Zusammenfassungen der Interviews von Mitarbeitern wurden behauptetermaßen im „Siemens-Fall“ nicht übergeben.

<sup>23</sup> Das gleiche gilt im Übrigen für die in deutschen Unternehmen in häufig anzutreffenden Funktionen des Compliance Officers, bei dem häufig gebündelte Informationen sowie Beweismittel angetroffen werden können.

<sup>24</sup> Auch der Informationsfluss zwischen deutschen Ermittlungsbehörden und der SEC ist geregelt. Einschlägig ist hier insbesondere das Memorandum of understanding (MOU) von 17.10.1997 sowie 26.04.2007.

den, einer eigenen Überprüfung zu unterziehen. Akteneinsichtsrechte werden, jedenfalls im Bereich des informellen Verfahrens der SEC, in der Regel nicht gewährt, weil die SEC im Einklang mit ihrem Selbstverständnis erfahrungsgemäß verlangt, dass (auch) der Beschuldigte den Sachverhalt selbst aufarbeitet bzw. den vom Unternehmen aufgearbeiteten sowie der SEC präsentierten Sachverhalt akzeptiert. Bei dieser Konstellation stellt sich somit die Frage, welcher rechtlichen Risikolage der ehemalige Mitarbeiter eines Unternehmens tatsächlich ausgesetzt ist, der in der vorliegenden Situation die seitens der SEC geforderte Kooperation aus grundsätzlichen, aber auch aus finanziellen Überlegungen ablehnt, und die entsprechende Klageerhebung<sup>25</sup> der SEC bzw. des DOJ beim zuständigen Bundesgericht „ignoriert“. Es stellt sich dann konsequenterweise die Frage, welche tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten die SEC bzw. das DOJ hat, eine erstrittene Entscheidung eines US-Bundesgerichts in Deutschland zu vollstrecken.

#### IV. Vollstreckungsmöglichkeiten der US-Behörden/US-Gerichte in Deutschland

##### 1) „Zivilrechtliche Urteile“ auf Betreiben der SEC

Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen bedeutet die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, bestimmte Tatsachen oder Rechtsverhältnisse gegen sich gelten zu lassen. Die Urteilswirkung eines ausländischen „Erkenntnisses“ wird über die Grenze des Urteilstaates auf das eigene, deutsche Hoheitsgebiet erstreckt. Die Anerkennung ausländischer, zivilrechtlicher Urteile kann auf internationalen Vereinbarungen oder bi- bzw. multilateralen Staatsverträgen beruhen. Soweit solche nicht existent sind, findet das so genannte autonome Recht Anwendung. Im Bereich des Zivilprozessrechts ist festzuhalten, dass zwischen den USA (bzw. den einzelnen Bundesstaaten) und Deutschland keine vertragliche Regelung gegeben ist. Weder gibt es eine internationale noch eine bilaterale Vereinbarung, an denen die beiden Länder beteiligt sind. Der deutsch-amerikanische Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954<sup>26</sup> regelt nur Fragen der Sicherheitsleistung, Prozesskostenhilfe und Schiedsgerichtsbarkeit. Er enthält im Übrigen nur Bestimmungen zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen. Die USA und Deutschland sind weiterhin zwar Unterzeichner des "Haager Übereinkommens" vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen<sup>27</sup>. Dieses Abkommen regelt aber ebenso wenig die Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Urteilen im Verhältnis Deutschland – USA wie das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18.03.1970<sup>28</sup>, das ebenfalls von beiden Ländern ratifiziert wurde. Demgemäß ist hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckbarkeitserklärung US-amerikanischer Urteile aus dem Zivil- und Handelsrecht mangels besonderer Rechtsgrundlagen auf autonomes Recht zurückzugreifen<sup>29</sup>. Die einzelnen Erfordernisse der Anerkennung und Vollstreckbarkeitserklärung von Urteilen sind in § 328 ZPO bzw. § 723 ZPO normiert.

##### a) Erfordernis eines staatlichen Gerichtsurteils

Es muss ein staatliches Gerichtsurteil vorliegen. Das von der SEC angerufene US-Bundesgericht, das über zivilrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem FCPA entscheidet, ist als staatliches Gericht zu qualifizieren.

##### b) Zugrundeliegende Streitfrage in Zivil- oder Handelssachen

Es muss ein Urteil in einer Zivil- oder Handelssache vorliegen. Die ausländische Entscheidung muss also zivilrechtliche oder handelsrechtliche Ansprüche zum Gegenstand haben. Grundsätzlich ist hierbei auf den Streitgegenstand abzustellen, nicht auf den Gerichts-

<sup>25</sup> Zum vorverlagerten Prozess der so genannten „Wells Notice“: [www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanal.pdf](http://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanal.pdf).

<sup>26</sup> auch FCN-Vertrag, BGBl. II 1956, S. 487 f.

<sup>27</sup> auch HZÜ, BGBl. II 1977, S. 1452 ff.

<sup>28</sup> auch HBÜ, BGBl. II 1977, S. 1472 ff.

<sup>29</sup> §§ 328, 722, 723 ZPO.

zweig, dem das Erstgericht angehört<sup>30</sup>. Deshalb sind auch Urteile von Strafgerichten, die über den Ersatzanspruch eines Verletzten (mit-)entscheiden, nach § 328 ZPO anerkennungs-fähig<sup>31</sup>. Dasselbe gilt auch für Urteile von Verwaltungs-, Sozial- und sonstigen Gerichten, soweit diese über zivilrechtliche Ansprüche befinden. Die Qualifikation als zivilrechtlicher Anspruch hat nach deutschem Recht zu erfolgen<sup>32</sup>. Es ist also vorliegend zu klären, ob der Streitgegenstand, der seitens der SEC dem zuständigen Bundesgericht vorgelegt wird, als zivilrechtlicher Anspruch bewertet werden kann. Regelmäßig sind Zielrichtung der Klagen der SEC „disgorgement of ill-gotten gains or profits“ sowie „penalties“. Bei Ersterem handelt es sich um eine Abschöpfung von Vermögensmehrungen, bei Zweiterem um eine „zivilrechtliche Strafe“.

Aus dem deutschen Blickwinkel gesehen ist schon fraglich, ob es sich bei ausgeurteilten „penalties“ überhaupt um einen Streitgegenstand mit zivilrechtlichen Charakter handelt, da hier eine Verpflichtung **zugunsten** des Staates wegen eines Verstoßes gegen öffentliches Recht eingeklagt wird<sup>33</sup>. Solche Zahlungen sind dem Ordnungswidrigkeitenrecht und damit dem Verwaltungs- bzw. Strafrecht ähnlich, folglich somit keine Zivilansprüche.

Schwieriger ist die Qualifikation von SEC-Ansprüchen zum Zwecke der Abschöpfung des aus dem Gesetzesverstoß erlangten Gewinns selbst. Hier wird aus amerikanischer Sicht die Auffassung vertreten, die SEC wäre hier nur als „Inkassostelle“ tätig und müsse nach Erhalt der Gelder diese an die durch den Verstoß Geschädigten weiterleiten. Diesbezüglich existieren auch verschiedene nicht-deutsche Entscheidungen, die den privatrechtlichen Charakter solcher Ansprüche teilweise bejahen bzw. teilweise verneinen<sup>34</sup>. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof so genannte „punitive damages“-Urteile als dem zivilgerichtlichen Charakter unterfallend bewertet hat<sup>35</sup>. Allerdings sind diese Entscheidungen des BGH im Bereich von zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen zivilrechtlichen Parteien (zum Beispiel geschädigte Anleger und Handelnde) angesiedelt und nicht im Verhältnis zwischen der SEC als Behörde und einer natürlichen Person. Nach Auffassung des Bearbeiters ist es abzulehnen, ein US-Urteil, welches verfallähnliche Vermögensabschöpfungen zum Gegenstand hat, als Urteil im Sinne einer Zivil- und Handelsache zu bewerten<sup>36</sup>, da weder die gesetzlichen Aufgaben der SEC als Aufsichtsbehörde noch deren tatsächliches Auftreten als Ermittlungsbehörde dies rechtfertigen.

### c) Formelle Rechtskraft

Die für die Vollstreckbarkeitserklärung nötige formelle Rechtskraft der Entscheidungen in Amerika wird für die nachstehenden Überlegungen unterstellt.

### d) Erfordernis der Gerichtsbarkeit

Das erststaatliche Gericht muss die „Gerichtsbarkeit“ besessen haben. Gerichtsbarkeit bedeutet, dass das Urteil entsprechend den Normen des Völkerrechts zu Stande gekommen sein muss. Gemeint sind hier beispielsweise die Immunität von bestimmten Personen oder sonstige Befreiungen von der Gerichtsbarkeit. Sie würden zu einer Nichtanerkennungsfähigkeit des Urteils führen, sind aber vorliegend nicht erkennbar.

### e) Internationale Zuständigkeit des Erstgerichts

Das Erstgericht muss für die Entscheidung international zuständig gewesen sein. Die Anerkennungsprüfung erfolgt unter hypothetischer Anwendung der deutschen Zuständigkeitsnormen der Zivilprozessordnung (ZPO). Entscheidend ist also, ob das Erstgericht für die Entscheidung zuständig gewesen wäre, wenn es die Zuständigkeitsprüfung nach deutschem

<sup>30</sup> *Hüßtege* in: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 4.

<sup>31</sup> *Hüßtege* in: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 12.

<sup>32</sup> Strittig, wie hier *Geimer*: in Zöller, ZPO, 28. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 79.

<sup>33</sup> *Dutta*, Die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch dt. Gerichte, 2006, S. 37. f.

<sup>34</sup> Übersicht bei: *Dutta*, Die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch dt. Gerichte, 2006, S. 37 f.

<sup>35</sup> BGHZ 118, S. 312.

<sup>36</sup> BGH RIW 1993, S. 132 m.w.N.

Prozessrecht vorgenommen hätte. Der „normale“ Gerichtsstand des Wohnsitzes<sup>37</sup> ist in der Regel nicht gegeben, weil der in Deutschland ansässige und handelnde Manager keinen Wohnsitz in Amerika hat. In Betracht kommt am ehesten noch der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung<sup>38</sup>, nach dem für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Handlung begangen worden ist. Die unerlaubte Handlung ist hier im weiteren Sinne zu verstehen und umfasst jeden rechtswidrigen Eingriff in die fremde Rechtssphäre<sup>39</sup>. Bei Begehungsdelikten gilt die Tat sowohl an dem Ort, an dem der Täter gehandelt hat, als auch dort, wo in das geschützte Rechtsgut eingegriffen wurde (also der Erfolgsort) als begangen. Bei einer aus US-Sicht im Ausland erfolgten Bestechung ist ein Handlungsort oder Erfolgsort in Amerika nicht zu erkennen. Soweit maßgeblicher Anknüpfungspunkt die unrichtige Verbuchung von Bestechungsgeldern in der Bilanz des Unternehmens ist, ist auch hier zu fragen, ob überhaupt Erfolgs- und Handlungsort in Amerika gegeben wäre. Bei einem Unternehmen mit Sitz in Deutschland wäre ohne zusätzliche Anknüpfungspunkte zweifelhaft, ob ein Handlungs- bzw. Erfolgsort in Ansehung der US-Buchführungsvorschriften gegeben wäre. Demgemäß wird ein zivilrechtlicher Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Amerika nicht anzunehmen sein, soweit tatsächliche Anknüpfungspunkte an vom Täter „begangenen“ Handlungen in den USA ausgeschlossen sind. An dieser Stelle wird der Unterschied in der US-amerikanischen Sichtweise von Anknüpfungstatsachen zu der Sichtweise nach der ZPO besonders deutlich sichtbar. Während ein von Deutschland aus geführtes Telefonat zur Verabredung von Schmiergeldzahlungen nach US-Sicht die amerikanische Jurisdiktion begründet, wird das gleiche Telefonat einen Handlungsort in Amerika nach der ZPO wohl nicht begründen.

#### f) Rechtzeitige Ladung

Die prozesseinleitende Ladung oder Verfügung muss dem Beklagten rechtzeitig und ordnungsgemäß zugestellt worden sein, so dass er sich – theoretisch – angemessen verteidigen konnte. Wie erläutert, sind sowohl die USA als auch Deutschland Unterzeichner des HZÜ, das die Zustellung von Schriftstücken ermöglicht. Für die weiteren Überlegungen wird unterstellt, dass es zu einer solchen Zustellung gekommen ist, unabhängig von der Tatsache, dass die Zustellung eines verfahrenseinleitenden Schriftstückes in tatsächlicher Hinsicht mit einer besonderen Herausforderung für die SEC und das US-Gericht verbunden sein könnte<sup>40</sup>.

#### g) Keine Urteilkollision

Es darf keine Urteilkollision vorliegen. Es darf also nicht bereits ein inländisches Urteil oder eine anzuerkennende frühere ausländische Entscheidung vorliegen. Soweit das „geschädigte“ Unternehmen von ehemaligen Mitarbeitern Schadensersatz gefordert hat und ein entsprechender Rechtsstreit anhängig oder abgeschlossen ist, stellt sich durchaus die Frage, ob diese inländische Zivilentscheidung zu einer Urteilkollision führt. Die Urteilkollision gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO setzt allerdings voraus, dass der Streitgegenstand und die Parteien in beiden Verfahren identisch sind<sup>41</sup>. Dabei ist nicht entscheidend die formale Identität der Anträge, sondern die Frage, ob der Kernpunkt beider Rechtsstreitigkeiten übereinstimmt. Da jedenfalls aber ein seitens der SEC in Deutschland angestregtes bzw. rechtshängiges Verfahren in der Regel nicht existent ist, wird ein Verstoß gegen § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht anzunehmen sein. Aber auch ein etwaiges strafrechtliches Verfahren gegen den Mitarbeiter in Deutschland kann nach hier vertretender Auffassung durchaus zu einer Anerkennungssperre aufgrund Urteilkollision führen. Zwar sind strafrechtliche Urteile grundsätzlich nicht geeignet, eine Urteilkollision für ein zivilrechtlich anzuerkennendes Verfahren zu begründen<sup>42</sup>. Vorliegend dient das gesamte Vorgehen der SEC aber genau dazu, den gesetzlich normierten Strafanspruch in Form eines zivilrechtlichen Verfalls durchzusetzen. Demgemäß muss sich ein auf Antrag der SEC ergangenes Urteil, das letztlich verfallartige Ansprüche

<sup>37</sup> §§ 12, 13 ZPO

<sup>38</sup> § 32 ZPO.

<sup>39</sup> BGH NJW 56, S. 991.

<sup>40</sup> Zur Unzulässigkeit der Zustellung von Klagen auf punitive damages vgl. BVerfGE 91, S. 339; a.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, S. 640.

<sup>41</sup> OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 1015.

<sup>42</sup> Hüßtege in: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Auflage, 2011, § 328, Rn. 14.

zum Gegenstand hat, an den Regelungen des deutschen Rechts, die den Verfall normieren, messen. Da diese im Strafrecht angesiedelt sind, muss auch eine etwaige vorhandene deutsche strafrechtliche Entscheidung, die Verfall zum Gegenstand hat, bei der Prüfung der Urteilskollision nach § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO herangezogen werden, um ein „Übergehen“ der inländischen Rechtshängigkeit zu verhindern.

#### h) Ordre public

Die ausländische Entscheidung darf nicht gegen den inländischen „ordre public“ verstoßen<sup>43</sup>. Ein „ordre public“-Verstoß kann darin liegen, dass durch das ausländische Urteil ein „missbilligtes Rechtsverhältnis“ zur Durchsetzung gebracht werden soll oder darin, dass das ausländische Verfahren grundlegend mit den Verfahrensprinzipien des deutschen Rechts unvereinbar ist (hierzu gehört etwa die Unterlassung der Gewährung des rechtlichen Gehörs<sup>44</sup>). Es gibt verschiedene Argumente, US-amerikanische Urteile als „ordre public“-widrig anzusehen:

Urteile US-amerikanischer Staatsgerichte können wegen praktiziertem Richterwahlsporing „ordre public“-widrig sein<sup>45</sup>. Auch eine pauschale Verurteilung zu „punitive damage“ kann dann „ordre public“-widrig sein, wenn sie im Urteil in exorbitanter Abweichung des ausländischen Deliktsrechts vom deutschen Recht festgestellt wird, es sei denn, das ausländische Urteil enthält in seiner Begründung eine plausible und nachvollziehbare Feststellung, aus der sich ergibt, dass mit der Verhängung von Strafschadensersatz sonstige Schäden abgegolten oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen wurden oder vom Schädiger durch unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen<sup>46</sup>. Nicht per se „ordre public“-widrig sind dagegen Entscheidungen, die auf pretrial-discovery beruhen<sup>47</sup>. Strittig ist, ob die Verurteilung aufgrund einer „class action“ (Sammelklage) „ordre public“-widrig ist. Es ist, soweit erkennbar, noch nicht abschließend über diese Frage entschieden worden<sup>48</sup>.

Demgemäß gibt es eine Fülle von Argumentationsmöglichkeiten, wieso das vorliegend unterstellte Urteil eines US-Bundesgerichts im Zusammenhang mit einem FCPA-Verstoß unter dem Aspekt des „ordre public“ angegriffen werden könnte, um so die Anerkennung in Deutschland zu verhindern.

#### i) Verbürgung der Gegenseitigkeit

Es muss eine so genannte Verbürgung der Gegenseitigkeit gegeben sein<sup>49</sup>. Es ist also zu fragen, ob das Anerkennungsrecht bzw. die Anerkennungspraxis im Wesentlichen gleichwertige Bedingungen für die Vollstreckung eines Urteils gleicher Art schafft<sup>50</sup>. Die Feststellung der Gegenseitigkeit erfolgt durch einen Vergleich der deutschen mit der US-amerikanischen Anerkennungsregelung. Die vollständige Deckungsgleichheit von Erfordernissen oder Verfahren kann nicht gefordert werden. Jedoch müssen die Bedingungen für die Wirkungserstreckung eines deutschen Urteils in Amerika im Wesentlichen denjenigen entsprechen, denen ausländische Urteile in Deutschland nach § 328 ZPO unterworfen sind. Hinsichtlich der Vereinigten Staaten ist festzuhalten, dass die Materie einzelstaatlich geregelt ist, das heißt, das Urteil des Einzelstaates („Bundesstaates“) muss hinsichtlich der Gegenseitigkeit verbürgt sein. Für die weit überwiegende Anzahl der amerikanischen Staaten ist diese Gegenseitigkeit gegeben. Ausnahmen sind beispielsweise Montana oder (teilweise) Arizona. Für Gerichte des Staates New York und des Staates Washington ist etwa die Gegenseitigkeit gegeben<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

<sup>44</sup> Geimer in: Zöller, ZPO, 28. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 214.

<sup>45</sup> Schütze, ZVgIRWiss 2001, S. 464.

<sup>46</sup> Geimer in: Zöller, ZPO, 28. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 352 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 44, m.w.N.

<sup>47</sup> Zöller, ZPO, 28. Auflage, 2011, § 328 ZPO, Rn. 238.

<sup>48</sup> Hoß, JZ 2000, S. 381; Mann, JW 1994, S. 1189.

<sup>49</sup> § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

<sup>50</sup> BGH NJW 1999, S. 3198; Schütze, JA 1986, S. 180; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Auflage, 2011, Anh. zu § 328 ZPO, Rn. 22.

<sup>51</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Auflage, 2011, Anh. zu § 328 ZPO, Rn. 22.

Als zweites **Zwischenergebnis** kann somit festgehalten werden, dass die Anerkennung eines US-amerikanischen Urteils auf Veranlassung der SEC, das auf eine zivilrechtliche Strafzahlung bzw. Vermögensabschöpfung gerichtet ist, gemäß § 328 ZPO in der vorliegenden Konstellation mit erheblichen Schwierigkeiten für die SEC in Ansehung der Vollstreckbarkeit in Deutschland verbunden ist. Sowohl die Art der geltend gemachten Ansprüche als auch ihre Ausgestaltung im Einzelnen in einem Urteil ist in vielerlei Hinsicht mit rechtlichen Problemen behaftet. Hinzu tritt eine unter Umständen in tatsächlicher Hinsicht schwierige Zustellung in Deutschland.

## 2) „Strafrechtliche Urteile“ auf Betreiben des DOJ

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen ist eine komplexe Rechtsmaterie, die sich klassischerweise in drei Bereiche aufgliedert: die Auslieferung, die "kleine Rechtshilfe" und die Vollstreckungshilfe. Während sich der Bereich der Auslieferung selbst erklärt, umfasst die "kleine Rechtshilfe" sonstige Rechtshilfe wie beispielsweise Ausführung aller anderen Handlungen der Strafverfolgung für einen fremden Staat, wie zum Beispiel die Zustellung gerichtlicher Mitteilungen, die Befragung von Zeugen oder die Beschaffung und Herausgabe von Beweismitteln. Die Vollstreckungshilfe beinhaltet die Vollstreckung von Entscheidungen des Erststaates im Zweitstaat. Zwischen den verschiedenen Ländern bestehen in der Regel Abkommen, ob ein Bürger, der im Erststaat strafrechtlich verurteilt wird, vom Zweitstaat gegebenenfalls an den Erststaat ausgeliefert wird und ob im Vorfeld hierzu Zwangsmaßnahmen in Deutschland entfaltet werden (Auslieferungshaft). Auch die Zusammenarbeit auf diesem Gebiet zwischen den USA und Deutschland wird in einer Fülle von Normen geregelt<sup>52</sup>.

Für die nicht geregelten Bereiche kommt in Deutschland subsidiär das Gesetz über die Internationale Rechtshilfe<sup>53</sup> (IRG) zur Anwendung. Konkretisiert wird das IRG durch eine für Staatsanwaltschaften und Behörden gleichermaßen bindende Verwaltungsvorschrift, die Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVaSt)<sup>54</sup>, die als Anhang II einen seinerseits durch weitere Anhänge ergänzten Länderteil enthält.<sup>55</sup>

### a) Auslieferungsabkommen

Gemäß Art. 4 des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Auslieferung kann wegen Straftaten ausgeliefert werden, wer nach dem Recht des ersuchenden und des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr oder einer strengeren Strafe bedroht sind. Allerdings liefert Deutschland einen deutschen Staatsbürger auf Basis des Art. 16 Abs. 2 GG jedenfalls nicht in die USA aus<sup>56</sup>. Eine Auslieferung eines deutschen Staatsbürgers an die USA auf Basis einer auf Veranlassung des DOJ in den USA ergangenen Entscheidung eines Strafgerichts kommt daher nicht in Betracht.

### b) Sogenannte „kleine Rechtshilfe“

Maßnahmen der „kleinen Rechtshilfe“ werden durch die oben bereits genannten Gesetze<sup>57</sup> geregelt. Die „kleine Rechtshilfe“ erfolgt auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren bzw. bei

<sup>52</sup> BGBl. 2007 II, S. 1618; Zu nennen ist hier insbesondere:

- das Gesetz zu dem Abkommen vom 25.06.2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Auslieferung,
- das Gesetz zu dem Abkommen vom 25.06.2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe,
- das Gesetz zu dem Vertrag vom 14.10.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen,
- Gesetz zum 2. Zusatzvertrag vom 18.04.2006 zum Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika sowie
- das Gesetz zu dem Zusatzvertrag vom 18.04.2006 zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen.

Vgl. auch: BGBl. 2010 II, S. 829.

<sup>53</sup> IRG neugefasst am 27.06.1994, BGBl. I, S. 1537.

<sup>54</sup> [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RiVaSt\\_Textfassung.html?nn=1608470](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RiVaSt_Textfassung.html?nn=1608470).

<sup>55</sup> [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/rivast\\_dokumente/Vereinignte\\_Staaten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/rivast_dokumente/Vereinignte_Staaten.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>56</sup> Hier nicht einschlägige Ausnahme: Auslieferung an Staaten der europäischen Union bzw. den Internationalen Gerichtshof für Strafsachen, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.

<sup>57</sup> BGBl. 2007 II, S. 1618.

Ermittlungen einer Verwaltungsbehörde, die im Vorfeld von strafrechtlichen Ermittlungen erfolgen (SEC). Lediglich exemplarisch sind insoweit folgende Regelungen zu nennen, zumal in der hier zugrundeliegenden Konstellation erfahrungsgemäß von einem Informationsfluss zur SEC auf Basis freiwilliger Übermittlung von Ermittlungsergebnissen durch das Unternehmen auszugehen ist:

**aa) Art. 4 des Gesetzes über Rechtshilfe**

Art. 4 des Gesetzes zu dem Abkommen vom 25.06.2003 über die Rechtshilfe regelt Zustellungen von Urkunden, beispielsweise Ladungen. Selbst wenn einer Ladung nach Amerika keine Folge geleistet wird, kann der Geladene deswegen nicht bestraft oder Zwangsmaßnahmen ausgesetzt werden, wenn er nicht Staatsangehöriger der USA und dort ansässig ist.

**bb) Zeugenvernehmungen**

Zeugeneinvernahmen in den USA können nach entsprechenden Ersuchen der USA nur mit Zustimmung des Zeugen erfolgen. Zeugenvernehmungen in Deutschland per Videokonferenz sind möglich.

Auch insoweit sind somit Zwangsmaßnahmen gegen den deutschen Staatsbürger nicht erfolgsversprechend.

**c) Vollstreckungshilfe**

Im Bereich der Vollstreckungshilfe existiert im Verhältnis zwischen den USA und Deutschland zwar das Übereinkommen vom 21.03.1983 über die Überstellung verurteilter Personen<sup>58</sup>. Dieses regelt in der hier maßgeblichen Konstellation allerdings nur die Überstellung eines in den USA verurteilten deutschen Staatsbürgers zum Zwecke (der Fortsetzung) der Vollstreckung der Strafe in Deutschland. Subsidiär sind daher die §§ 48 ff. IRG anzuwenden. Festzuhalten ist, dass auch die Vollstreckung von Urteilen, die Verfall (= Vermögensabschöpfung) oder Einziehung zum Gegenstand haben, im Wege der strafrechtlichen Vollstreckungshilfe durchgesetzt werden können. Die Vollstreckungshilfe ist (auch dann) unter den Voraussetzungen des § 49 IRG zulässig.

**aa) Vollständiges, rechtskräftiges Urteil**

Es muss ein vollständiges, rechtskräftiges Urteil des ausländischen Staates vorgelegt werden. Dies wird für die weiteren Überlegungen unterstellt.

**bb) Verteidigungsmöglichkeiten**

In dem Verfahren, das dem ausländischen Erkenntnis zugrunde liegt, muss dem Verurteilten rechtliches Gehör gewährt, eine angemessene Verteidigung ermöglicht und die Sanktion von einem unabhängigen Gericht verhängt worden sein. Unterstellt man im Folgenden, dass im Rahmen der so genannten „kleinen Rechtshilfe“ die Zustellung von verfahrenseinleitenden Schriftstücken erfolgt ist, wird die Möglichkeit der Verteidigung vor Ort im Folgenden als gewährt zu unterstellen sein. Etwas anderes könnte sich gegebenenfalls aus der Tatsache ergeben, dass das DOJ – jedenfalls in informellen Verfahren – Akteneinsicht erfahrungsgemäß verweigert. Hieraus können sich unter Umständen entsprechende Verteidigungsmöglichkeiten mit dem Argument nicht sachgerechter Verteidigungsmöglichkeiten ergeben.

**cc) Vergleich zum deutschen Strafrecht**

Im Geltungsbereich des deutschen Strafgesetzbuches hätte – nach sinngemäßer Umstellung des Sachverhaltes – wegen der Tat, wie sie dem ausländischen Erkenntnis zugrunde liegt, eine Strafe, Maßregel zur Besserung oder -sicherung oder Geldbuße verhängt werden können oder – wenn die Vollstreckung einer Anordnung des Verfalls oder Einziehung er sucht wird – es eine derartige Anordnung geben können. Hinsichtlich der Strafe oder einer

<sup>58</sup> BGBl. 1991, S. 1006 f; 1992 II S.98.

Geldbuße, aber auch bei Verfallanordnungen, wird dies bei nur überschlägiger Prüfung auf Basis des hier maßgeblichen Sachverhaltes im Bereich der Korruption wohl zu bejahen sein.

#### dd) Problem der Vollstreckungsverjährung

Die Vollstreckung darf nach dem im Geltungsbereich dieses Gesetzes geltenden Rechts nicht verjährt bzw. bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhaltes verjährt sein. Hier ergeben sich erhebliche Verteidigungsmöglichkeiten, wenn die ermittlungsgegenständlichen Sachverhalte bereits einige Zeit zurückliegen und die zuerst in Deutschland stattfindenden Ermittlungsmaßnahmen zeitaufwändig waren. Ob der Informationsfluss aus Deutschland nach Amerika zu den zuständigen Behörden so schnell erfolgt, dass das Eintreten von Verjährungstatbeständen vermieden wird, hängt maßgeblich auch davon ab, ob das Unternehmen durch interne Ermittlungen und entsprechende Berichterstattungen an die amerikanischen Behörden zu einem schnellen Informationsfluss beiträgt.

#### ee) Keine konkurrierende Gerichtsbarkeit

Es darf nicht eine konkurrierende Gerichtsbarkeit im Sinne des § 9 IRG vorgelegen haben. Namentlich im Hinblick auf ein in Deutschland anhängiges oder gegebenenfalls sogar bereits abgeschlossenes Strafverfahren ist auch hier ein erhebliches Verteidigungsargument für eine Ablehnung der Vollstreckbarkeit einer strafrechtlichen amerikanischen Entscheidung in Deutschland zu erblicken. Sämtliche (Bestechungs-)Sachverhalte, die im deutschen Verfahren zur Anklage kommen, respektive gerade nicht zur Anklage<sup>59</sup> kommen, obwohl sie Gegenstand des Ermittlungsverfahrens waren, dürfen nicht erneut Gegenstand einer für vollstreckbar erklärten Entscheidung aus dem Ausland gemacht werden.

Als weiteres **Zwischenergebnis** kann somit festgehalten werden, dass auch im Hinblick auf die strafrechtlichen Auswirkungen eines auf Veranlassung des DOJ ergangenen US-amerikanischen Urteils in Deutschland erhebliches Verteidigungspotential vorhanden ist, um zu verhindern, dass eine US-amerikanische Entscheidung überhaupt rechtliche Auswirkungen in Deutschland hat.

### V. Fazit und Ausblick

Es hat sich gezeigt, dass beschuldigte Mitarbeiter ebenso wie das Unternehmen selbst in den hier inmitten stehenden Konstellationen einer „doppelten“ Strafverfolgung in Deutschland und den USA ausgesetzt sein können. Die in Deutschland zunehmende Praxis der umfassenden und kostspieligen internen Aufarbeitung durch von Unternehmen beauftragte externe Berater zugunsten der SEC hat zur Folge, dass der Informationsfluss zu ausländischen Behörden gegenüber den Informationsfluss, der auf Basis der bestehenden Rechtshilfeabkommen möglich wäre, exponentiell gestiegen ist. Die Gefährdungslage für einen Mitarbeiter, zusätzlich auch von einer ausländischen Behörde, beispielsweise der SEC oder des DOJ, verfolgt zu werden, ist dementsprechend in tatsächlicher Hinsicht erheblich angestiegen, zumal der umfassende US-amerikanische Strafanspruch entsprechende Irritationen geradezu herausfordert. Umso mehr ist es notwendig, dass im Falle einer Weigerung des Individuums, den ausufernden Strafanspruch insbesondere US-amerikanischer Behörden zu akzeptieren, durch eine restriktive Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitserklärungspraxis ausländischer Urteile sichergestellt wird, dass die gewachsenen kontinentaleuropäischen Grundsätze im ausländischen Rechtsverkehr nicht in faktischer Hinsicht durchbrochen werden. Dies kann nur mit Hilfe einer engagierten Verteidigung und einer an diesen Grundsätzen orientierten Entscheidungspraxis der nationalen Gerichte sichergestellt werden.

---

<sup>59</sup> § 154a StPO oder § 154 StPO.

## Kapitalmarktstrafrecht

Von Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrmann / Wissenschaftliche Mitarbeiterin Sara Zacharias, beide Berlin

# Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Unerfahrenheit“ in §§ 26, 49 BörsG im Lichte des WpHG

## I. Einleitung

Der Straftatbestand des Verleitens zu Börsenspekulationsgeschäften gemäß §§ 26, 49 BörsG bezweckt den Schutz des unerfahrenen Anlegers vor riskanten Spekulationsgeschäften.<sup>1</sup> Nach einhelliger Auffassung soll die Unerfahrenheit nicht entsprechend der Unerfahrenheit des Wuchertatbestandes gemäß § 291 StGB<sup>2</sup> verstanden werden, sondern nur in einem (engeren) Sinne einer sog. partiellen Unerfahrenheit im Bereich der Börsenspekulationsgeschäfte.<sup>3</sup> Mit anderen Worten schützen die §§ 26, 49 BörsG den Anleger vor den Gefahren des Abschlusses eines Börsenspekulationsgeschäftes, die auch demjenigen drohen, der über eine durchschnittliche Geschäftskennntnis und Lebenserfahrung verfügt.<sup>4</sup>

Das geschützte Rechtsgut ist – anders als in den übrigen Kapitalmarktdelikten<sup>5</sup> – das Vermögen des Anlegers.<sup>6</sup> Da ein Vermögensschaden tatbestandlich nicht vorausgesetzt wird, handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdeliktt.<sup>7</sup> Diese Vorverlagerung des strafrechtlichen Vermögensschutzes wird in der Literatur unter Hinweis auf die steigende Bedeutung der börslichen Komponente der privaten Altersvorsorge ausdrücklich begrüßt.<sup>8</sup>

Der Straftatbestand kann auf eine überraschend lange Tradition zurückblicken, denn schon 1896 war das „Verleiten zu Börsenspekulationsgeschäften unter Ausbeutung der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns“ und damit ein in Kernbereichen ähnliches Verhalten sanktioniert.<sup>9</sup> Im Jahr 1986 kam es zu einer grundlegenden inhaltlichen Umgestaltung des Tatbestandes, der damals noch in § 89 BörsG a.F. normiert war.<sup>10</sup> Das 4. Finanzmarktförderungsgesetz (2002) spaltete § 89 BörsG a.F. lediglich – wie im Nebenstrafrecht verbreitet – in die Verbotsnorm des § 23 BörsG a.F. und die Sanktionsnorm des § 61 BörsG a.F. auf.<sup>11</sup> Seine heutige Nummerierung – §§ 26, 49 BörsG – erhielt der Tatbestand im Zuge des Finanz-

<sup>1</sup> Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze Bd. 1/B155 (179. Erg. Lief. 2010), BörsG, § 49 Rn. 2; Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht (2. Auflage 2010), Rn. 771; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar (4. Auflage 2010), BörsG, § 26 Rn. 1; vgl. auch Bergmann, ZBB 2008, 160 (170).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Pananis in MK-StGB Band 4 (1. Auflage 2006), § 291 Rn. 17; s. auch Hoyer in SK-StGB (48. Lief., 6. Auflage, 1999), § 291 Rn. 14; Fischer (59. Auflage 2011), StGB, § 291 Rn. 11; Heine in Schönke/Schröder (28. Auflage 2010), StGB, § 291 Rn. 25 je m.w.N.

<sup>3</sup> S. Begr. RegE zum 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 48 unter Verweis auf RG JW 1913, 1049 (1050); statt aller Schröder in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (3. Auflage 2011), 10. Teil 2. Kap Rn. 275; Hagemann, „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, S. 400.

<sup>4</sup> So schon Begr. RegE zum 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 48.

<sup>5</sup> Vogel in Assmann/Schneider (5. Auflage 2009), WpHG, § 38 Rn. 1 m.w.N.; Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 109, 372 f.; zu den Insiderdelikten: Gehrmann, Das versuchte Insiderdelikt, S. 61 ff. mit umf. Nachweisen.

<sup>6</sup> Bröker in MK-StGB Band 6/1 (1. Auflage 2010), BörsG, § 26 Rn. 2; Schröder, HWSt, Rn. 225; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht (2. Auflage 2008), Teil 3 Kap. 4 T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 4; a.A. Schlüchter, Kommentar 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 1987, S. 150: auch die Börse sei geschütztes Rechtsgut.

<sup>7</sup> Schröder, HWSt, Rn. 225; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 5; Bröker in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 2; Waßmer in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar (2011), BörsG, § 49 Rn. 4; a.A. Schlüchter, S. 150: Vermögensverletzungsdeliktt.

<sup>8</sup> Schröder, HWSt, Rn. 225; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772.

<sup>9</sup> RGBl. I S. 157 (175), § 78 BörsG in der Fassung vom 22. Juni 1896 lautete: „Wer gewohnheitsmäßig in gewinn-süchtiger Absicht Andere unter Ausbeutung der Unerfahrenheit oder ihres Leichtsinns zu Börsenspekulationsgeschäften verleitet, welche nicht zu ihrem Gewerbebetriebe gehören, wird mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Rechte erkannt werden.“

<sup>10</sup> S. das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 BGBl. I S. 721 f. Zu den einzelnen inhaltlichen Umgestaltungen s. RegE zum 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 46 f.; Kumpel, WM 1989, 1485 (1493 f.); Möhrenschrager, wistra 1983, 17 (19 f.); Rössner/Worms, wistra 1987, 319 f.

<sup>11</sup> S. BGBl. I S. 2010 (2019, 2027) vom 26. Juni 2002 (4. FMFG). Vgl. dazu RegE BT-Drs. 14/8017 S. 22 f., 83; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 14/8600 S. 31; Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 14/8601 S. 13, 17.

marktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes (FRUG).<sup>12</sup> Inhaltliche Änderungen waren mit den beiden zuletzt genannten Gesetzen nicht verbunden.<sup>13</sup>

Die (fortdauernde) Sanktionierung des Verleitens zu Börsenspekulationsgeschäften ist in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben.<sup>14</sup> So wird ein praktischer Anwendungsbereich teilweise bestritten und eine kriminalpolitische Notwendigkeit verneint.<sup>15</sup> Dieser Kritik ist zuzugeben, dass die Zahl der veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen vergleichsweise gering ist.<sup>16</sup> Allerdings hatte sich der BGH Anfang des Jahrtausends wiederholt mit der Norm auseinandergesetzt.<sup>17</sup> Zudem hat der Gesetzgeber trotz Einführung des § 264a StGB<sup>18</sup> und in Kenntnis der Kritik durch die Umgestaltung des Tatbestandes zum Ausdruck gebracht, dass er eine Sanktionierung weiterhin für geboten erachtet.

Bemerkenswert an der Gesetzgebungsgeschichte ist, dass der Tatbestand – anders als die Marktpreis- und Börsenpreismanipulation gemäß § 88 BörsG a.F. und nunmehr §§ 38 Abs. 2 i.V.m. 20a WpHG<sup>19</sup> – nicht in das WpHG überführt worden ist. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass der Tatbestand durch die rasanten Entwicklungen des Kapitalmarktrechts in den letzten Jahren nicht beeinflusst wurde. Da jedoch das BörsG nach einhelliger Ansicht dem Kapitalmarktrecht zu zuordnen ist,<sup>20</sup> würde eine solche Betrachtungsweise insbesondere mit der Stellung des WpHG als dem „Grundgesetz des Kapitalmarktrechts“ und seiner Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Rechtsgebiet kollidieren.<sup>21</sup>

## II. Tatbestand der §§ 26, 49 BörsG

Nach dem Wortlaut der §§ 26, 49 BörsG macht sich strafbar, wer gewerbsmäßig andere unter Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften zu solchen Geschäften oder zur unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an solchen Geschäften verleitet.

Börsenspekulationsgeschäfte werden in § 26 Abs. 2 BörsG nicht abschließend gesetzlich definiert. Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers ist ein Börsenspekulationsgeschäft wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass die Beteiligten keinen Gütertausch, sondern lediglich eine Preisdifferenz anstreben, aus der Gewinn gezogen wird.<sup>22</sup> An dieser gesetzgeberischen Äußerung orientiert sich eine verbreitete Ansicht in Rechtsprechung und Literatur. Sie definiert Börsenspekulationsgeschäfte insbesondere als An- oder Verkaufsgeschäfte mit aufgeschobener Lieferzeit, die in der Absicht geschlossen werden, aus zwischenzeitlichen Preisunterschieden einen Gewinn zu erzielen, der durch ein Gegengeschäft (Weiterverkauf bzw. Ankauf des Vertragsgegenstandes) realisiert werden soll, sowie Optionen auf

<sup>12</sup> BGBl. I S. 1330 (1351) vom 16. Juli 2007 zur Umsetzung der Finanzmarktrichtlinie 2004/39/EG vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABl. EG Nr. L 145 v. 30. April 2004 S. 1 (sog. MiFID) und der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 v. 2. September 2006, S. 26. Zum nationalen Gesetzgebungsverfahren s. RegE FRUG BT-Drs. 16/4028 S. 52 f.

<sup>13</sup> Vgl. BGBl. I S. 2010 (2019, 2027) (4. FMFG); RegE FRUG BT-Drs. 16/4028 S. 86, 89. Vgl. Schröder, Aktienhandel und Strafrecht, S. 80 ff.; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 770 ff.

<sup>14</sup> Benner in Wabnitz/Janovsky, 9. Kap. Rn. 231; Bröker in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 3; a.A. Worms in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts (3. Aufl. 2007), § 9 Rn. 1; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 6.

<sup>15</sup> So Benner in Wabnitz/Janovsky, 9. Kap. Rn. 231; Bröker in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 3.

<sup>16</sup> Genannt seien an dieser Stelle beispielhaft aus dem Strafrecht: BGHSt 29, 152 f.; BGH wistra 2008, 149 f.; BGH wistra 2002, 22 f.; BGH NStZ 2000, 36 f.; BGH ZIP 1983, 148 f.; OLG Bremen wistra 1990, 163 f.; 1993, 23 f.; OLG Hamburg NStZ 1981, 24 f. Zu den zivilrechtlichen Entscheidungen §§ 823 Abs. 2, 826 BGB i.V.m. dem Verleiten zu Börsenspekulationsgeschäften, s. bspw. BGH Urt. v. 14.11.1983 - II ZR 184/82, BeckRS 1983, 31071827; OLG Stuttgart Urt. v. 23.02.2000, 9 U 71/99, BeckRS 2000 30097969; OLG Düsseldorf WM 1989, 175 f.; LG Bielefeld Urt. v. 28.11.2008 - 4 O 135/02 BeckRS 2010, 08550.

<sup>17</sup> S. BGH wistra 2008, 149 f. = NStZ 2008, 96 f.; BGH wistra 2002, 22 f. = NStZ-RR 2002, 84 f.; BGH NStZ 2000, 36 f.

<sup>18</sup> So ausdrücklich RegE 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 46; Schlüchter, aaO S. 149.

<sup>19</sup> Zur Neuregelung des § 88 BörsG a.F. in § 38 Absatz 2 i.V.m. § 20a WpHG durch das 4. FMFG in BGBl. I S. 2037. Zur Gesetzesbegründung s. RegE BT-Drs. 14/8017 S. 64, 83, 89; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 14/8600 S. 59 f.; Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 14/8601 S. 19 f.

<sup>20</sup> S. nur Fuchs in Fuchs, Wertpapierhandelsgesetz Kommentar (2009), WpHG, Einl. Rn. 1 f.; Schwark in Schwark/Zimmer, WpHG, Einl. Rn. 28 und BörsG, § 1 Rn. 6.

<sup>21</sup> Schwark in Schwark/Zimmer, WpHG, Einl. Rn. 28; vgl. auch Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, Einl. Rn. 1, 9 f.; Fuchs in Fuchs, WpHG, Einl. Rn. 4 f.; Oulds in Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht (4. Auflage 2011), Rn. 14.6; Lenenbach in Lenenbach, Kapitalmarktrecht (2. Auflage 2010), Rn. 1.1 f. Vgl. zum Einfluss des WpHG auf den Straftatbestand insbesondere Benner in Wabnitz/Janovsky, 9. Kap. Rn. 222.

<sup>22</sup> RegE zum 2. WiKG BT-Drs. 10/318, S. 46. S. auch den Wortlaut des § 764 BGB a.F. i.d.F. bis 30.06.2002.

solche Geschäfte.<sup>23</sup> Erfasst sind danach insbesondere Warendermingeschäfte und Warenterminoptionsgeschäfte.<sup>24</sup>

Der Tatbestand setzt ferner ein gewerbsmäßiges Verleiten zu Börsenspekulationsgeschäften voraus.<sup>25</sup> Strittig ist, ob ein Verleiten bereits vorliegt, wenn der Täter auf die Willensbildung des Opfers lediglich erfolgreich einwirkt<sup>26</sup> oder er sich hierzu unlauterer Methoden bedienen muss.<sup>27</sup> Ein solches einschränkendes Verständnis des Verleitens i.S.d. §§ 26, 49 BörsG findet weder eine Stütze im Wortlaut des Gesetzes noch im historischen Willen des Gesetzgebers. Auch systematisch spricht hiergegen, dass der Begriff des Verleitens auch in anderen Straftatbeständen – etwa § 160 StGB und § 357 StGB – Verwendung findet und dort eine Willensbeeinflussung gleich mit Hilfe welcher Methoden als ausreichend erachtet wird.<sup>28</sup>

Schließlich muss der Täter die Unerfahrenheit des Opfers ausgenutzt haben. Ein Ausnutzen liegt vor, wenn die Unerfahrenheit zumindest mitursächlich für den Geschäftsabschluss ist und sich der Täter diese zunutze macht.<sup>29</sup>

Das „zentrale“ Merkmal des Tatbestandes ist die Unerfahrenheit.<sup>30</sup> Welche Voraussetzungen vorliegen müssen, dass ein Anleger als unerfahren anzusehen ist, konnte in Rechtsprechung und Literatur noch keiner Lösung zugeführt werden, die auf verbreitete Zustimmung gestoßen ist.

### III. Das Merkmal „Unerfahrenheit“ i.S.d. §§ 26, 49 BörsG

Der historische Gesetzgeber spricht in der Entwurfsbegründung des 2. WiKG unter Rückgriff auf eine Entscheidung des Reichsgerichts von 1913<sup>31</sup> von Unerfahrenheit i.S.d. § 89 BörsG a.F., sofern der Verleitete das Börsengeschäft im Einzelfall nicht verlässlich überblicken kann. Daher liege Unerfahrenheit auch bei demjenigen vor, der über normale Geschäftskennntnisse und Lebenserfahrungen verfüge, jedoch in Börsenspekulationsgeschäften völlig unerfahren sei.<sup>32</sup> Aus diesen Ausführungen kann der Hinweis entnommen werden, dass der historische Gesetzgeber das Merkmal der Unerfahrenheit wohl anders bzw. weiter verstanden wissen wollte, als dies im Wuchertatbestand gemäß § 291 StGB der Fall ist. Dort soll eine Unerfahrenheit nur vorliegen, wenn ein Mangel an Geschäftskennntnis und Lebenserfahrung besteht, durch den sich der Bewucherte von einem durchschnittlichen Dritten abhebt und der die Fähigkeit beschränkt, gewisse Lebensverhältnisse richtig zu beurteilen.<sup>33</sup>

Begründet wurde diese Auslegung der Unerfahrenheit i.S.d. §§ 89 BörsG a.F. damit, dass im Jahr 1986 Börsenspekulationsgeschäfte in der Art der Warendermingeschäfte an keiner Börse in der Bundesrepublik zugelassen waren, was aus Sicht des historischen Gesetzgebers ein deutliches Anzeichen für die Undurchschaubarkeit solcher Geschäfte für den Normalbürger darstellte.<sup>34</sup>

<sup>23</sup> Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, BörsG, § 49 Rn. 4; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 9; ausführlich: Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 801 f.; kritisch zu dieser Definition Bröker in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 9 ff.

<sup>24</sup> Schröder, HWSt, Rn. 241; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 812. Für die unmittelbare und mittelbare Beteiligung an Warenterminfonds i.S.v. §§ 26, 49 BörsG, s. Hagemann, S. 397 f.

<sup>25</sup> RegE zum 2. WiKG BT-Drs. 10/318, S. 48; vgl. RGSt 61, 268 f. (zu § 294 StGB a.F.); BGHSt 1, 383 f. (für § 260 StGB); enger OLG Bremen WM 1990, 1703 ff. S. ferner Worms in Assmann/Schütze, § 9 Rn. 33; eingehend Schröder, Aktienhandel und Strafrecht, S. 101.

<sup>26</sup> RG JW 1913, 1049; OLG Düsseldorf WM 1989, 175 (180) = wistra 1989, 115 f.; statt vieler Schröder, HWSt, Rn. 267; ders., Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 846; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 31 m.w.N.; Kumpel, WM 1989, 1485 (1494); Rössner/Worms, wistra 1987, 319 (320).

<sup>27</sup> OLG Bremen wistra 1993, 34 f.; LG Düsseldorf WM 1988, 1557 (1559); Ledermann in Schäfer, Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz, Börsengesetz mit BörsZulV, Verkaufsprospektgesetz mit VerkProspV (1999), BörsG, § 89 Rn. 5; Schwark in Schwark/Zimmer, BörsG, § 26 Rn. 4.; Achilles-Baumgärtel, NSTZ 1998, 603 (604); Bröker, wistra 1993, 161 (164); Horn, ZIP 1990, 2 (18); diff. Hagemann, S. 404.

<sup>28</sup> S. dazu Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, BörsG, § 49 Rn. 6; Worms in Assmann/Schütze, § 9 Rn. 31; ferner Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 31 m.w.N.; Kumpel, WM 1989, 1485 (1494).

<sup>29</sup> So BGH wistra 2002, 22 f.; OLG Düsseldorf wistra 1989, 115 (118); Schwark in Schwark/Zimmer, BörsG, § 26 Rn. 6; Park in Park, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 28; a.A. Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 849 f.; ders., HWSt, Rn. 279.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu Rössner/Worms, wistra 1987, 319 (320); Achilles-Baumgärtel, NSTZ 1998, 603 Fn. 1.

<sup>31</sup> S. RG JW 1913, 1049 f.

<sup>32</sup> So der RegE 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 48.

<sup>33</sup> BGHSt 13, 233 (234); BGHSt 43, 53 (61); BGH NSTZ 1984, 23; Pananis in MK-StGB, § 291 Rn. 17 m.w.N. S. auch Saliger in SSW-StGB (1. Auflage 2009), § 291 Rn. 9 m.w.N.

<sup>34</sup> So der RegE 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 48.

Dieser historische Verweis zeigt deutlich, vor welchen Schwierigkeiten eine an dem historischen Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung der §§ 26, 49 BörsG steht. Der Gesetzgeber erblickte im Zeitpunkt der letzten inhaltlichen Überarbeitung des Straftatbestandes eine neue Gefahrenlage für den Bürger, als der Börsenhandel das Interesse der (ersten) Privatanleger weckte.<sup>35</sup> Die Gefahrenlage besteht heute nicht mehr in vergleichbarer Weise. So ist etwa der (Waren-)Terminhandel an den deutschen Börsenplätzen seit 1989<sup>36</sup> zugelassen und die Privatanleger haben spätestens seit dem Platzen der sog. Dotcom-Blase ab März 2000 und der Finanzkrise der Jahre 2008 und 2009 das Risikopotential von Spekulationsgeschäften deutlich vor Augen geführt bekommen. Auch die Bedeutung des Kapitalmarktes für den Kleinanleger unterliegt einem weitreichenden Wandel. Nahm der Kleinanleger den Kapitalmarkt früher allenfalls als Ort der Spekulation wahr, der mit seiner täglichen Lebensführung kaum Berührungspunkte aufwies, ist der Kapitalmarkt heute nahezu unverzichtbarer Teil der privaten finanziellen Lebensplanung und seine Instrumente – staatlich gewollt und befördert – Teil der Altersvorsorge.<sup>37</sup>

Zudem hat der Gesetzgeber selbst seine damalige Risikoeinschätzung zwischenzeitlich jedenfalls partiell korrigiert. Nach der Gesetzesbegründung des 2. WiKG sollte noch derjenige, der Börsenspekulationsgeschäfte gewerbsmäßig betreibt, unerfahren i.S.d. § 89 BörsG a.F. sein können.<sup>38</sup> Hingegen sieht § 31a Abs. 7 WpHG die Möglichkeit vor, dass ein Privatanleger einem professionellen Anleger i.S.d. § 31a Abs. 2 Satz 2 WpHG – etwa Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder Börsen- und Derivatehändler – gleichgestellt wird, sofern er Wertpapiergeschäfte in einigem Umfang pro Quartal tätig und über Kapital in Höhe von mind. EUR 500.000 verfügt.<sup>39</sup> Bei solchen professionellen Kunden kann gemäß § 31a Abs. 1 WpHG davon ausgegangen werden, dass sie über ausreichende Erfahrungen, Kenntnisse und Sachverstand verfügen, um ihre Anlageentscheidungen zu treffen und die damit verbundenen Risiken angemessen beurteilen zu können. Wertpapierdienstleistungsunternehmen haben gegenüber solchen Kunden nur in geringerem Umfang Aufklärungs- und Beratungspflichten.<sup>40</sup>

Dessen ungeachtet orientiert sich die wohl überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur noch maßgeblich an der Betrachtungsweise des historischen Gesetzgebers zur Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften.<sup>41</sup>

So hat die Rechtsprechung Unerfahrenheit auch in Fällen bejaht, in denen die verleitete Person zuvor bereits Warenterminoptionsgeschäfte getätigt hatte oder sich der Verlustrisiken durch ein solches Geschäft bewusst war.<sup>42</sup> Nach Ansicht der Gerichte könne allein aus der Vornahme solcher Geschäfte nicht auf die Einsicht in deren Tragweite, d.h. deren Funktionsweise und grundlegenden Prinzipien geschlossen werden.<sup>43</sup> Bemerkenswert ist, dass die Rechtsprechung und Literatur überwiegend keine allgemeingültige Definition der Unerfahrenheit vorgenommen haben, sondern diese unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zum 2. WiKG anhand eines Indizienkataloges zu bestimmen versuchen.

So soll für eine Unerfahrenheit sprechen, wenn der Anleger auf Kredit spekuliert, wenn er Mittel einsetzt, die zur privaten Lebensführung dienen oder die leichtgläubige Akzeptanz

<sup>35</sup> S. erneut die Ausführungen in RegE 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 47 f.

<sup>36</sup> Dazu BörsÄndG vom 11. Juli 1989 BGBl. I S. 1415; zu den Gründen der Öffnung des Terminhandels auch für Privatanleger, s. RegE BT-Drs. 11/4177 S. 7, 9, 18 f. sowie die Beschlussempfehlung und den Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 11/4721 S. 15 f.; s. auch Assmann, ZIP 2001, 2061 (2066).

<sup>37</sup> Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; vgl. dazu auch Bröker in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 19.

<sup>38</sup> RegE 2. WiKG BT-Drs. 10/318 S. 48; vgl. auch Möhrenschräger, wistra 1983, 17 (20).

<sup>39</sup> Zum sog. „opting-up“ etwa RegE FRUG BT-Drs. 16/4028 S. 66; Clouth/Seyfried in Clouth/Lang, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 88 f.; Kasten, BKR 2007, 261 (265); Keller/Duve, BB 2006, 2425 (2428 f.).

<sup>40</sup> Koller in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 92, 112; ausführlich auch Fuchs in Fuchs, WpHG § 31a Rn. 47; noch weitergehend Spindler/Kasten, WM 2006, 1797 (1799).

<sup>41</sup> S. BGH wistra 2002, 22; vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 14.03.1996, Az. 6 U 77/95 (<http://www.juris.de>); OLG Bremen wistra 1993, 34; OLG Bremen wistra 1993, 36 (37); OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 294 (296) = WM 1989, 175 f.; Schwark in Schwark/Zimmer, BörsG, § 26 Rn. 6; Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 841 f.; ders., HWSt, Rn. 274; Benner in Wabnitz/Janovsky, 9. Kap. Rn. 224 f.

<sup>42</sup> S. dazu BGH wistra 2002, 22; vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 294 (296).

<sup>43</sup> Vgl. in diesem Sinne schon RG JW 1913, 1049 (1050); BGH wistra 2002, 22; OLG Bremen wistra 1990, 163; OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 294 (296).

nur positiver Werbeaussagen sowie der erneute Abschluss von Spekulationsgeschäften trotz bereits eingetretener hoher Verluste.<sup>44</sup>

Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur kann die Unerfahrenheit des Anlegers durch eine geeignete Aufklärung über das Wesen und die Risiken des Börsenspekulationsgeschäfts beseitigt werden.<sup>45</sup> Unklar bleibt in diesem Zusammenhang allerdings, ob zu fordern sei, dass der Anleger die Informationen zu Börsenspekulationsgeschäften tatsächlich verstanden habe<sup>46</sup> oder ob es ausreiche<sup>47</sup>, wenn die Informationen dem Anleger in ordnungsgemäßer Weise vermittelt wurden, ohne dass der Anlageberater verpflichtet sei, den Beratungserfolg zu überprüfen. Hingewiesen wird schließlich auf die Gefahren der sog. „Papieraufklärung“, die durch eine anderslautende mündliche Beratung vollständig entwertet werden könne.<sup>48</sup> Ob eine ordnungsgemäße Aufklärung vorliege, sei somit (auch) Tatfrage.<sup>49</sup>

Einen anderen Weg beschreitet *Park*<sup>50</sup>, der mit Verweis auf den Wortlaut der Norm das Merkmal der Unerfahrenheit nicht im Sinne einer fehlenden Kenntnis, sondern im Sinne einer fehlenden Übung auslegt.<sup>51</sup> Hiernach läge eine Unerfahrenheit vor, wenn der Anleger zuvor keine Börsenspekulationsgeschäfte abgeschlossen hätte.<sup>52</sup> Hingegen sei derjenige erfahren i.S.d. §§ 26, 49 BörsG, der sich in der Vergangenheit an Börsenspekulationsgeschäften beteiligt habe.<sup>53</sup> Stürze sich ein Anleger, der bereits in der Vergangenheit wiederholt Verluste erlitten habe, in weitere Börsenspekulationsgeschäfte, so sei dieser Anleger nicht unerfahren, sondern lediglich unvernünftig. Hiervor könne und wolle das Gesetz nicht schützen.<sup>54</sup>

Begrüßenswert an diesem Ansatz ist, dass eine Trennung zwischen dem (zu schützenden) unerfahrenen Anleger und dem (bloß) unvernünftigen Anleger vorgenommen wird. Bedenkenswert ist ferner der Hinweis, dass sich die Auslegung des Merkmals Unerfahrenheit im Sinne einer Unkenntnis (zumindest) an der Grenze des Wortlautes bewegt. Allerdings wird eine Auslegung, die vornehmlich auf die Kenntnis des Opfers abstellt, auch im Wuchertatbestand des § 291 StGB nach herrschender Meinung vorgenommen.<sup>55</sup> Dies zu Recht, weil andernfalls demjenigen der strafrechtliche Schutz des § 291 StGB entzogen wäre, der wiederholt einen Mietvertrag abschließt, welcher ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufweist. Hier kann nicht die Übung, sondern allein die auf Kenntnis gestützte Einsichtsfähigkeit in das Missverhältnis der Leistungen geeignetes Abgrenzungskriterium sein.

Auch aus rechtspraktischen Erwägungen heraus scheint zweifelhaft, ob die Übung in Börsenspekulationsgeschäften das entscheidende Unterscheidungskriterium sein kann. Unklar bleibt, welcher Grad der Übung zu fordern wäre und inwieweit eine einmal erworbene Übung in einem Börsenspekulationsgeschäft auf andere Arten dieser Geschäfte übertragen werden könnte.<sup>56</sup> Auch blendet ein bloßes Abstellen auf die Übung aus, dass diese dem Anleger keine Kenntnis über die Gefahren von Börsenspekulationsgeschäften verschaffen und

<sup>44</sup> *Rössner/Worms*, wistra 1987, 319 (321).

<sup>45</sup> Etwa OLG Bremen wistra 1990, 163; wistra 1993, 34; OLG Düsseldorf wistra 1989, 115; *Rössner/Worms*, wistra 1987, 319 (321); *Schröder*, Aktienhandel und Strafrecht, S. 103; *Wehowsky* in Erbs/Kohlhaas, BörsG, § 49 Rn. 8; *Benner* in Volk, Handbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2006), Rn. 22/660; i. Erg. ebenso *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 26.

<sup>46</sup> S. *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, BörsG, § 26 Rn. 51; *Benner* in *Wabnitz/Janovsky*, 9. Kap. Rn. 226; *ders.* in Volk, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Rn. 22/660; vgl. auch *Bröker* in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 21.

<sup>47</sup> *Ledermann* in Schäfer, BörsG, § 89 Rn. 7; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 26 Rn. 6; so wohl auch *Wehowsky* in Erbs/Kohlhaas, BörsG, § 49 Rn. 6 f.; *Worms* in *Assmann/Schütze*, § 9 Rn. 18.

<sup>48</sup> So schon *Rössner/Worms*, wistra 1987, 319 (321); *Worms* in *Assmann/Schütze*, § 9 Rn. 26; *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 843; *ders.*, HWSt, Rn. 276. Vgl. auch *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, BörsG, § 26 Rn. 51.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu bspw. OLG Düsseldorf wistra 1991, 156 (158); OLG Düsseldorf WM 1989, (175) 179.

<sup>50</sup> *Park*, BB 2003, 1513 (1517); *ders.*, wistra 2002, 107.

<sup>51</sup> Dagegen ausdrücklich *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 840; *ders.*, HWSt, Rn. 273; *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, BörsG, § 26 Rn. 45 sowie *Bergmann* ZBB 2008, 170.

<sup>52</sup> *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 22; *ders.*, BB 2003, 1517.

<sup>53</sup> *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 25; *ders.*, wistra 2002, 107; vgl. i. Erg. auch *Bröker*, wistra 1993, 161 (163); *ders.* in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 21; *Achilles-Baumgärtel*, NSTZ 1998, 603 (605).

<sup>54</sup> *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 25.

<sup>55</sup> *Panaris* in MK-StGB, § 291 Rn. 17 m. umf. Nachw.; s. auch *Hoyer* in SK-StGB, § 291 Rn. 14; *Fischer*, StGB, § 291 Rn. 11; *Heine* in *Schönke/Schröder*, StGB, § 291 Rn. 25 je m.w.N.

<sup>56</sup> *Bröker*, wistra 1993, 161 (163) gibt einen Zeitraum von 3 Jahren für die Vornahme von Börsenspekulationsgeschäften durch den Anleger an. Auf die Vergleichbarkeit der Geschäfte wird nicht abgestellt.

so nicht zu einer mündigen Entscheidung bei weiteren Börsenspekulationsgeschäften führen muss.<sup>57</sup> Weshalb gleichwohl die Schutzbedürftigkeit des Anlegers entfallen soll, erschließt sich nicht.

Festzuhalten ist somit, dass die Unerfahrenheit eines Anlegers durch eine geeignete Aufklärung, die die erforderliche Kenntnis zur Einschätzung der Risiken eines Börsenspekulationsgeschäftes verschafft, grundsätzlich aufgehoben werden kann. Dies entspricht auch der Wertung des Gesetzes, die in den § 53 Abs. 2 BörsG a.F., § 37d WpHG a.F. und § 31 Abs. 3 WpHG zum Ausdruck kommt.<sup>58</sup> Ausdrücklich wird in § 31 Abs. 4, 5 WpHG i.V.m. § 6 Abs. 2 WpDVerOV die Kenntnis mit der Erfahrung gleichgesetzt.<sup>59</sup> Somit reicht es aus, wenn dem Anleger „rechtzeitig und in verständlicher Form Informationen zur Verfügung (gestellt werden), die angemessen sind, damit die Kunden nach vernünftigem Ermessen die Art und die Risiken der Ihnen angebotenen oder von ihnen nachgefragten Arten von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen verstehen und auf dieser Grundlage ihre Anlageentscheidung treffen können“.<sup>60</sup> Dem Anleger muss also das notwendige Wissen verschafft werden, das er für die Einschätzung der Risiken eines Börsenspekulationsgeschäftes benötigt. Verfügt er über dieses Wissen, fehlt es an seiner Schutzbedürftigkeit.<sup>61</sup>

Schließt der Anleger gleichwohl Börsenspekulationsgeschäfte ab, so ist dieser Entschluss als eigenständige Entscheidung zu respektieren. Daran kann auch nicht ändern, dass der Anleger wiederholt Verluste erleidet, Spekulationen mit Krediten finanziert oder seine (gesamten) Sparrücklagen für die Spekulationen verwendet. Ein solches Verhalten deutet nicht auf eine Unerfahrenheit i.S.d. §§ 26, 49 BörsG hin, sondern lediglich auf ein unvernünftiges Handeln, vor dem der Tatbestand gerade nicht schützt.<sup>62</sup> Man sollte hier nicht der Versuchung erliegen, ein als unvernünftig wahrgenommenes Verhalten des Anlegers durch den Verweis auf eine mangelnde Erfahrung einer rational nachvollziehbaren Erklärung zu zuführen. Damit unterläge man dem Trugschluss, von einer stringenten Rationalität des Anlegers auszugehen, für die es keine belastbaren empirischen Nachweise gibt.<sup>63</sup> Zudem ist gerade die Spekulation auf Kredit ein seit Jahrhunderten wiederkehrendes allgemeines Phänomen, das allenfalls als Indiz für eine mangelnde Lernbereitschaft der Kapitalmarktakteure, nicht jedoch für ihre Unerfahrenheit geeignet ist.<sup>64</sup>

Beantwortet ist damit noch nicht die Frage, welcher Anleger als unerfahren i.S.d. §§ 26, 49 BörsG zu gelten hat und ggf. welche Anforderungen an eine die Unerfahrenheit beseitigende Aufklärung über das Spekulationsgeschäft zu stellen sind.

## 1) Das gewandelte Anlegerbild

Um diesen Fragen nachzugehen, lohnt der Blick auf das Anlegerbild des Gesetzes.

### a) Ursprüngliches Anlegerbild

Das ursprüngliche Anlegerbild, das dem BörsG zugrunde lag, war unklar und wurde durch die Rechtsprechung und Literatur nicht scharf konturiert. Das Meinungsspektrum reichte

<sup>57</sup> Vgl. *Wehowsky* in Erbs/Kohlhaas, BörsG, § 49 Rn. 7; *Worms* in Assmann/Schütze, § 9 Rn. 17.

<sup>58</sup> Für § 53 Abs. 2 BörsG s. *Ledermann* in Schäfer, BörsG, § 53 Rn. 23 f. m.w.N.; *Bülow*, FS Nobbe 2009, S. 495 (504 f.). Für § 37d WpHG a.F. s. *Mülbert/Assmann* in Assmann/Schneider, WpHG, § 37e Rn. 15; vgl. ferner *Köndgen*, NJW 2004, 1288 (1301). Für § 31 Abs. 3 WpHG *Fuchs* in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 118 f.; für § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WpHG a.F. *Möllers* in Kölner Kommentar (2007), WpHG, § 31 Rn. 219 f. m.w.N. Zum Ganzen und zum historischen Hintergrund *Lang*, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen (2003).

<sup>59</sup> *Fuchs* in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 220; *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 136, 175; *Bröker* in MK-StGB, BörsG, § 26 Rn. 20.

<sup>60</sup> § 31 Abs. 3 Satz 1 WpHG.

<sup>61</sup> Vgl. RegE BörsÄndG BT-Drs. 11/4177 S. 19. So etwa ausdrücklich für Termingeschäfte *Lenenbach* in *Lenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 9.321. S. auch *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 1; *Möllers* in Kölner Kommentar, WpHG, § 31 Rn. 4, 221.

<sup>62</sup> *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 25; so auch *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 26 Rn. 6; i.Erg. auch *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, BörsG, § 26 Rn. 46.

<sup>63</sup> Etwa *Koller*, ZBB 2011, 361 (363 f.) insbes. auch zur Behavioral Finance-Forschung und deren Ergebnissen; *ders.* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 5; vgl. auch *Lenenbach* in *Lenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 11.61 je m.w.N.

<sup>64</sup> Aufschlussreich: *John Kenneth Galbraith*, Kurze Geschichte der Spekulation (1. Auflage 2010).

vom verständigen und zugleich kritikfähigen Leser<sup>65</sup>, dem nicht sachkundigen Publikum<sup>66</sup> bis hin zum geschäftungewandten Kleinanleger<sup>67</sup> oder wirtschaftlich wenig erfahrenen Durchschnittsverdiener.<sup>68</sup> Trotz dieser Unschärfe des Empfängerhorizontes war jedoch unbestritten, dass der Anleger aufgeklärt und somit seine Termingeschäftsfähigkeit i.S.d. § 53 Abs. 2 BörsG hergestellt werden konnte.<sup>69</sup> Hinsichtlich der Reichweite der Aufklärungspflichten hatte sich eine reichhaltige Kasuistik entwickelt.<sup>70</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH war jedoch nicht zu fordern, dass der Anleger die ihm dargereichten Informationen auch verstanden hatte.<sup>71</sup>

#### b) Überführung des § 53 Abs. 2 BörsG

Dieses Informationsmodell wurde bei der Überführung des § 53 Abs. 2 BörsG in § 37d WpHG a.F. i.V.m. § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WpHG a.F. beibehalten.<sup>72</sup> Aus der Gesetzesbegründung des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes<sup>73</sup> ließ sich entnehmen, dass der Gesetzgeber den Anleger nunmehr als Verbraucher betrachtete. Klarheit hinsichtlich des Empfängerhorizontes konnte damit jedoch (auch) nicht erzielt werden. So blieb unklar, ob der Verbraucherbegriff des § 13 BGB oder der des § 29 EGBGB anzuwenden war.<sup>74</sup>

#### c) Grundlegende Revision durch das FRUG

Schon wenige Jahre später wurde diese Regelung durch das FRUG einer grundlegenden Revision unterzogen. So wurde § 37d WpHG a.F. gestrichen und die Aufklärungspflichten in die allgemeinen Wohlverhaltenspflichten gemäß § 31 WpHG inkorporiert.<sup>75</sup> Das Gesetz unterscheidet zudem in § 31a WpHG zwischen zwei Kundenkreisen: dem professionellen Kunden und dem Privatkunden.<sup>76</sup> Danach verfügt der Privatkunde gemäß § 31a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 WpHG grundsätzlich über unzureichende Erfahrung, unzulängliche Kenntnis und über nicht ausreichenden Sachverstand, um eine Anlageentscheidung selbstständig zu treffen und die damit verbunden Risiken richtig einzuschätzen.<sup>77</sup> Daraus leitet sich die Pflicht zur Aufklärung des Privatkunden ab.<sup>78</sup>

#### d) Gesetzgeberische Obliegenheit des Kunden

Kehrseite dieser Aufklärungspflicht ist die gesetzgeberische Erwartung an den Kunden, dass er sich mit den ihm überlassenen Informationen auch auseinandersetzt. Diese Obliegenheit

<sup>65</sup> S. dazu BGHZ 79, 337 (343) = ZIP 1981, 517 (520) = NJW 1981, 1449 (1451) sowie die Ausführungen von Schwark in Schwark, Kommentar zum Börsengesetz (2. Auflage 1994), BörsG, §§ 45, 46 Rn. 12, § 53 Rn. 17: dabei nimmt er eine Übertragung der Anforderungen des Prospektlesers auf den vorauszusetzenden Anlegerhorizont bei § 53 BörsG a.F. vor.

<sup>66</sup> Überblick etwa bei Assmann, ZIP 2001, 2061 (2066) und Schäfer/Lang, BKR 2002, 197 (203).

<sup>67</sup> Koller, BB 1990, 2202 (2206) überträgt die an einen Verbraucher zu stellenden intellektuellen Anforderungen auf den Anleger und gelangt zu dem Ergebnis, dass unter dem geschäftungewandten Kleinanleger nur der unterdurchschnittlich Auffassungsbegabte verstanden werden könne.

<sup>68</sup> BGH WM 1992, 1355 (1357) = NJW 1992, 2560 (2561).

<sup>69</sup> Kümpel, WM 1989, 1485 (1486). Vgl. aber die sog. Bond-Rechtsprechung als Korrektur der Formalie Informationschrift zur Herstellung der Termingeschäftsfähigkeit: etwa BGHZ 133, 82 (87) = NJW 1996, 2511 (2512); BGHZ 138, 331 (337 f.) = ZIP 1998, 1024 (1025) = NJW 1998, 2358 (2359 f.); 139, 1 (7 f.) = NJW 1998, 2524 (2525); ferner Mülbart/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, Vor § 37e Rn. 11 m.w.N.

<sup>70</sup> BGHZ 124, 151 (155, 162 f.) m. umf. Nachw. zur Rechtsprechung; s. auch Kümpel, WM 1989, 1485 (1494), ders. in Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht (3. Auflage 2003), Rn. 15/253.

<sup>71</sup> S. nur BGHZ 139, 1 (8).

<sup>72</sup> Casper, WM 2003, 161 (165); Kümpel in Kümpel3, Rn. 15/252 f.; Köndgen, NJW 2004, 1288 (1301); Mülbart in Assmann/Schneider (4. Auflage 2006), WpHG, § 37d Rn. 6 f.

<sup>73</sup> S. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Finanzausschusses zum 4. FMFG BT-Drs. 14/8601 S. 20., RegE 4. FMFG BT-Drs. 14/8017 S. 30 sprach noch von „Vertragspartner“.

<sup>74</sup> Casper, WM 2003, 161 (164), der zugleich darauf hinweist, dass die Unterschiede überschaubar sind. So auch Mülbart in Assmann/Schneider4, WpHG, § 37d Rn. 15 f. Generell zum Verhältnis von § 13 BGB und Art. 29 EGBGB Weik in Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch I (2004), BGB, § 13 Rn. 70 f.

<sup>75</sup> Etwa RegE FRUG BT-Drs. 16/4028 S. 21 f., 53. S. die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 16/4883 S. 28; dazu auch Lenenbach in Lenenbach, Kapitalmarktrecht, Rn. 9.238; Jordans, WM 2007, 1827 (1829). Dafür, dass die vertraglichen Pflichten der Bond-Rechtsprechung inhaltlich denen in § 31 Abs. 4 WpHG entsprechen, Einsele, JZ 2008, 477 (482) m.w.N.

<sup>76</sup> S. dazu Art. 4 Abs. 1 Nr. 11, Nr. 12; Art. 19 der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. L 145 S. 10, 17. Eingehend Clouth/Seyfried in Clouth/Lang, MiFID Praktikerhandbuch (2007), Rn. 49 f.; Fuchs in Fuchs, WpHG, § 31a Rn. 6 f. m.w.N.; ausführlich auch Kasten, BKR 2007, 261 f.

<sup>77</sup> So Koller in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 8; s. auch Spindler/Kasten, WM 2006, 1797 (1799); Bülow, FS Nöbbe 2009, S. 495 (502).

<sup>78</sup> Vgl. nur Lenenbach in Lenenbach, Kapitalmarktrecht, Rn. 5.90; Schäfer/Lang in Clouth/Lang, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 60; Kümpel, WM 2005, 1 (7).

des Kunden<sup>79</sup> lässt den Rückschluss auf die gesetzgeberische Vorstellung des Privatkunden als rational agierenden Anleger zu.<sup>80</sup> Der rational agierende Anleger ist in Anlehnung an das europäische Verbraucherleitbild<sup>81</sup> – Erwägungsgrund Nr. 62 der MiFID hebt die Nähe zum Verbraucherschutz hervor – ein Akteur am Kapitalmarkt, der umsichtig, kritisch und verständlich handelt sowie über die Bereitschaft verfügt, vorhandene Informationen in seinen Meinungsfindungsprozess aufzunehmen.<sup>82</sup>

## 2) Inhalt der Aufklärungspflichten nach WpHG

### a) § 31 Abs. 3 WpHG i.V.m. § 5 WpDVerOV

§ 31 Abs. 3 Satz 3 WpHG schreibt den Mindestinhalt der für den Anleger verständlichen<sup>83</sup> und ihm zur Verfügung zu stellenden Informationen für Finanzinstrumente i.S.d. § 2 Abs. 2b WpHG sowie Wertpapierdienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 3 WpHG – also auch Börsenspekulationsgeschäften – vor. Dabei erfolgt eine nähere Ausgestaltung durch die Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV), die auf der in § 31 Abs. 11 Satz 1 WpHG festgelegten Verordnungsermächtigung beruht.<sup>84</sup>

Zentral für die Festlegung der Mindestinhalte ist § 31 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 WpHG. Danach müssen die Informationen Angaben über die Arten von Finanzinstrumenten und vorgeschlagenen Anlagestrategien einschließlich damit verbundener Risiken enthalten. Konkretisiert durch § 5 Abs. 1 WpDVerOV muss eine Beschreibung der Gattung des Finanzinstruments sowie seiner Wesensmerkmale erfolgen.<sup>85</sup> Dazu gehört eine detailreiche, generelle Beschreibung des allgemeinen Kursrisikos und der Liquiditätsrisiken.<sup>86</sup> Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpDVerOV müssen eine Erläuterung und der Effekt einer Hebelwirkung sowie das Risiko des Totalverlustes der gesamten Anlage enthalten sein.<sup>87</sup>

Einer Beschreibung der Volatilität des Produktes (Nr. 2) bedarf es genauso wie der Angaben über finanzielle und sonstige Verpflichtungen sowie Einschusspflichten (Nr. 3, 4) als auch über die Risikosteigerung bei verbundenen Produkten (Nr. 5).

Neben den Angaben des Namens und Sitzes des Wertpapierdienstleistungsunternehmens sowie der von ihm angebotenen Dienstleistungen gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 WpDVerOV<sup>88</sup> muss nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 lit. a-c WpDVerOV über Kosten und Nebenkosten informiert werden.<sup>89</sup>

<sup>79</sup> Fuchs in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 129, 138 unter Verweis auf *Fleischer*, BKR 2006, 389 (395) und *Spindler/Kasten*, WM 2006, 1797 (1799).

<sup>80</sup> Erwägungsgrund Nr. 45 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 30; *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 96; *Weichert/Wenninger*, WM 2007, 627 (633).

<sup>81</sup> S. bereits EuGH Slg. I-1995, 1923 (1944) Rn. 24 – Mars = GRUR Int. 1995, 804 (805). Eingehend *Sosnitza* in Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (5. Auflage 2010), UWG, § 2 Rn. 96 f. Vgl. auch *Köhler* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Kommentar Wettbewerbsrecht (2007), UWG, Einl. Rn. 3.29; § 1 Rn. 19 f.; *Glöckner* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (2. Auflage 2009), UWG, Einl. Rn. 176; vgl. zum Ganzen auch *Niemöller*, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung (1999); krit. *Zwicker*, Das europäische Verbraucherleitbild bei Finanzdienstleistungen (2003), S. 170 f.

<sup>82</sup> *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 4; *Fuchs* in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 138; vgl. auch *Assmann*, ÖBA 2007, 40 (54 f.) und *Kümpel*, WM 2005, 1 (6 f.). Zuvor schon etwa *Möllers* in Kölner Kommentar, WpHG, § 31 Rn. 4, 221 für § 31 WpHG a.F.

<sup>83</sup> Zur Verständlichkeit i.S.e. Irreführungsverbot: etwa *Seyfried*, WM 2006, 1375 (1378); *Veil*, WM 2007, 1821 (1823).

<sup>84</sup> Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung vom 20. Juli 2007, BGBl. I S. 1432; basiert auf der Verordnungsermächtigung der §§ 31 Abs. 11 Satz 1, 31a Abs. 8 Satz 1, 31c Abs. 3 Satz 1, 33 Abs. 4 Satz 1, 33a Abs. 9 Satz 1 und 34 Abs. 4 Satz 1 WpHG. Weiterführend *Schäfer/Lang* in Clouth/Lang, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 116 f.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 49; *Seyfried* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.120 f.

<sup>86</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 49; s. dazu etwa *Fuchs* in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 152, 174.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 49. Vgl. Erwägungsgrund Nr. 45 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 30; *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 105.

<sup>88</sup> Vgl. Art. 30 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 48; s. auch *Grundmann* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch (2. Auflage 2009), WpHG, § 31 Rn. VI238 m.w.N.

<sup>89</sup> Vgl. Art. 33 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU Nr. L 241 S. 50; *Schäfer/Lang* in Clouth/Lang, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 127 f.; *Weichert/Wenninger*, WM 2007, 627 (634).

Damit die Informationen als Basis für eine Anlageentscheidung genügen, kann nach Erwägungsgrund Nr. 45 der MiFID der hohe Abstraktionsgrad des Finanzinstruments die Darstellung produktspezifischer Merkmale notwendig machen. Aus dem Wortlaut „betreffende“ Finanzinstrumente in den Nrn. 2, 3 und 5 von § 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung wird außerdem abgeleitet, dass sich die Angaben auf das konkrete Instrument beziehen müssen.<sup>90</sup>

Die durch § 5 WpDVerOV konkretisierten Angaben können typischerweise in standardisierter Form erfolgen (§ 31 Abs. 3 Satz 2 WpHG, Art. 19 Abs. 3 Satz 2 MiFID). Zumeist werden sie als „Basisinformationen über Termingeschäfte“ oder „Basisinformationen über Finanzderivate“ oder „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapiergeschäften“ von den Banken ausgegeben.<sup>91</sup> Wesentliche Inhalte sind die Grundlagen, wirtschaftliche Zusammenhänge sowie die Aufführung von Risiken, die mit der Art von Finanzinstrumenten verbunden sind.<sup>92</sup> Für den Bereich der Börsenspekulationsgeschäfte erfassen sie die grundlegenden das Instrument kennzeichnenden Merkmale wie das Totalverlustrisiko, die Hebelwirkung und eine starke Volatilität.<sup>93</sup>

Zusammenfassend erfüllen diese „Basisinformationen“ den Zweck des § 31 Abs. 3 Satz 2 WpHG i.V.m. § 5 WpDVerOV: die Privatkunden in die Lage zu versetzen, die Tragweite des Finanzinstruments zu verstehen und auf Basis der Informationen ihre Anlageentscheidung treffen zu können.<sup>94</sup>

#### b) § 31 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3a WpHG

§ 31 Abs. 4 WpHG enthält für den Bereich der Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung neben § 31 Abs. 3 WpHG weitere Pflichten für den Berater. Ihm obliegt es, Informationen über die Erfahrungen und Kenntnisse des Kunden in Wertpapiergeschäften sowie seiner Anlageziele und finanziellen Verhältnisse einzuholen.<sup>95</sup> Diese Erkundigungspflichten – konkretisiert in § 6 WpDVerOV – dienen dazu, ein für den Kunden bestimmtes und geeignetes Produkt zu finden<sup>96</sup> und es ihm empfehlen zu können.<sup>97</sup> Fehlen dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen notwendige Informationen, darf es eine Empfehlung gemäß § 31 Abs. 4 Satz 3 WpHG nicht aussprechen.<sup>98</sup> Der Verstoß ist gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 15 WpHG bebußt. Für den Fall der fehlenden Geeignetheit des Geschäfts für den Kunden, § 31 Abs. 4a Satz 1 WpHG, sieht § 39 Abs. 2 Nr. 16a WpHG ebenfalls eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion vor.

Durch das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz<sup>99</sup> wurde die Pflicht zur Übersendung eines kurzen und leicht verständlichen Informationsblattes an den Kunden einer Anlageberatung vor Vertragsschluss gemäß § 31 Abs. 3a WpHG eingeführt.<sup>100</sup> Über die Pflichten nach § 31 Abs. 3 und 4 WpHG hinaus sieht das Gesetz zur Stärkung des Anleger-

<sup>90</sup> So etwa *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 107.

<sup>91</sup> Herausgeber aller Broschüren (Stand 2008) Bank-Verlag Medien GmbH, Köln.

<sup>92</sup> Für Optionsscheine erfolgt in den „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“, Bank-Verlag, unter Punkt D.6.1 bis 6.11 die Darstellung der in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 5 WpDVerOV genannten Risiken.

<sup>93</sup> Zu den typischen Risiken, vgl. *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 806 f.; *ders.*, HWSt, Rn. 237. S. auch *Fuchs* in *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 174 f.

<sup>94</sup> *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 93, 96 f.; *Fleischer*, BKR 2006, 389 (395) unter Verweis auf *Seyfried*, WM 2006, 1375 (1378 f.); *Spindler/Kasten*, WM 2006, 1797 (1799). So auch schon für § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WpHG a.F. *Möllers* in *Kölner Kommentar* (2007), WpHG, § 31 Rn. 221.

<sup>95</sup> Art. 19 Abs. 4 der Richtlinie 2004/39/EG ABl. EU L 145 S. 17; Art. 35 der Richtlinie 2006/73/EG ABl. EU L 241 S. 50. S. nur *Seyfried* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.137 f.; *Weichert/Wenninger*, WM 2007, 627 (634).

<sup>96</sup> Zum sog. „suitability-test“, s. *Fleischer*, BKR 2006, 389 (395); *Keller/Duve*, BB 2006, 2477 (2478); *Teuber*, BKR 2006, 429 (431 f.). Insbesondere zu seiner Standardisierung *Fuchs* in *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 192 f. m.w.N.

<sup>97</sup> *Grundmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, WpHG, § 31 Rn. VI242 f.; *Lenenbach* in *Lenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 11.220 f.; *Schäfer/Lang* in *Clouth/Lang*, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 155 f. je m.w.N.; ausführlich auch *Teuber*, BKR 2006, 429 (431 f.); *Holzborn/Israel*, NJW 2008, 791 (792, 794).

<sup>98</sup> *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 149; so auch *Jordans*, WM 2007, 1827 (1828); *Mülbert*, WM 2007, 1149 (1156); *Veil*, WM 2007, 1821 (1826).

<sup>99</sup> Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (AnsFuG) in BGBl. I S. 538 f. vom 7. April 2011; zur Begründung des Gesetzes s. etwa RegE AnsFuG BT-Drs. 17/3628; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 17/4710; BR-Drs. 584/10. S. auch *Koller* in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 122 f. m.w.N.

<sup>100</sup> Eingeführt durch Art. 1 Nr. 6b des AnsFuG in BGBl. I S. 538 (539); Beschlussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drs. 17/4710 S. 36. Für die Gründe s. RegE AnsFuG BT-Drs. 17/3628 S. 27 f.

schutzes eine auf die konkrete Empfehlung ausgerichtete Information vor.<sup>101</sup> Zweck des § 31 Abs. 3a WpHG ist eine anlegergerechtere Beratung. Damit soll eine bessere Vergleichbarkeit verschiedener empfohlener Finanzinstrumente für den Privatanleger verbunden sein.<sup>102</sup> Für den Bereich der Investmentvermögen gelten hingegen neben § 31 Abs. 3 WpHG<sup>103</sup> die vergleichbaren Vorgaben aus §§ 42 Abs. 2, 137 Abs. 2, 122 Abs. 1 Satz 2 InVG.<sup>104</sup>

### c) § 31 Abs. 5 i.V.m. Abs. 7 Nr. 1 a.E. WpHG

Im beratungsfreien Geschäft fallen die Spekulationsgeschäfte unter den Begriff der komplexen Finanzinstrumente gemäß § 31 Abs. 5 i.V.m. Abs. 7 Nr. 1 a. E. WpHG.<sup>105</sup> Auf Grund der fehlenden Beratungssituation gilt ein herabgestufter Explorationskatalog. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten in Erfahrung bringen.<sup>106</sup> Danach beurteilt sich die Angemessenheit des Geschäftes.<sup>107</sup> Bringt der Kunde die Informationen nicht bei oder fehlen solche, so besteht die Verpflichtung gemäß § 31 Abs. 5 Satz 3 bis 5 WpHG, den Kunden über die Unmöglichkeit der Feststellung der Angemessenheit des Geschäftes zu informieren. Verlangt der Anleger trotz des Hinweises die Ausführung, hindert das das Wertpapierdienstleistungsunternehmen nicht an der Vornahme des Geschäftes. Ein Handlungsverbot besteht nicht.<sup>108</sup> Gleichwohl wird das leichtfertige oder vorsätzliche Unterlassen des Hinweises sowie der Information der Unangemessenheit mit einem Bußgeld nach § 39 Abs. 2 Nr. 17 WpHG belegt.

### 3) Übertragung auf §§ 26, 49 BörsG

Das BörsG war lange Zeit das zentrale Kapitalmarktgesetz in Deutschland.<sup>109</sup> Im Zuge des 4. FMFG und des FRUG ist das BörsG jedoch in Richtung eines reinen Marktorganisationsrechts für Börsen entwickelt worden. An seine Stelle ist das WpHG getreten, das zutreffend auch als „Grundgesetz des deutschen Kapitalmarktrechts“<sup>110</sup> bezeichnet wird. Das BörsG ist nunmehr im Verhältnis zum WpHG nur noch als Spezialgesetz zu sehen, welches den börslichen Bereich des Kapitalmarktrechts abdeckt.<sup>111</sup>

Diese Wandlung im Normgefüge hat die Auslegung des BörsG nachzuvollziehen. Die Vorschriften des BörsG sind im Lichte des WpHG auszulegen, um Widersprüche zu vermeiden.<sup>112</sup> Dies gilt im gleichen Maße für die hier geregelte Strafvorschrift des §§ 26, 49 BörsG. Ihre sog. Systemabhängigkeit erfordert eine kapitalmarktrechtsakzessorische Auslegung.<sup>113</sup>

<sup>101</sup> Zu den Gründen s. RegE AnsFuG BT-Drs. 17/3628 S. 28 f.; *Podewils*, ZBB 2011, 169 (173).

<sup>102</sup> S. dazu eingehend *Möllers/Wenninger*, NJW 2011, 1697; *Voß*, BB 2010, 3099 (3100); *Wagner*, NZG 2011, 609 (610). *Preuße/Schmidt*, BKR 2011, 265 (268).

<sup>103</sup> Bietet ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Beteiligungen an offenen Fonds an, muss es dem Anleger zunächst auch die allgemeinen Standardinformationen nach § 31 Abs. 3 WpHG i.V.m. § 5 WpDVerOV zukommen lassen. Für den Bereich der freien Vermittlung geschlossener Fonds sind ab 1. Januar 2013 gemäß Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts BGBl. I S. 2481 (2493) vom 6. Dezember 2011 nach § 34f GewO i.V.m. einer Verordnungsermächtigung, § 34g GewO, die durch Rechtsverordnung geregelten Wohlverhaltenspflichten in Anlehnung an §§ 31 f. WpHG zu erfüllen.

<sup>104</sup> Zu den sog. Key Investor Informations (KII), s. *Podewils*, ZBB 2011, 169 (170).

<sup>105</sup> S. dazu konkretisierend § 7 WpDVerOV. Ausdrücklich für Termingeschäfte *Jordans*, WM 2007, 1827 (1831); *Weichert/Wenninger*, WM 2007, 627 (632); vgl. auch *Einsele*, JZ 2008, 477 (480).

<sup>106</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen bei § 31 Abs. 4 WpHG, s. die Nachweise in Fn. 98.

<sup>107</sup> Zum sog. „appropriateness-test“ etwa *Fuchs* in *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 280 f. m.w.N.; *Schäfer/Lang* in *Clouth/Lang*, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 238 f.; *Keller/Duue*, BB 2006, 2477 (2478 f.); *Teuber*, BKR 2006, 429 (434).

<sup>108</sup> *Seyfried* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.164; s. auch *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG, § 31 Rn. 178.

<sup>109</sup> *Beck* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 2 Rn. 6.

<sup>110</sup> Siehe Fn. 22.

<sup>111</sup> *Beck* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 2 Rn. 6.

<sup>112</sup> *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, WpHG, Einl. Rn. 28; vgl. auch *Assmann* in *Assmann/Schneider*, WpHG, Einl. Rn. 1, 9 f.; *Fuchs* in *Fuchs*, WpHG, Einl. Rn. 4 f.; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht (4. Auflage 2011), Rn. 14.6; *Lenenbach* in *Lenenbach*, Kapitalmarktrecht (2. Auflage 2010), Rn. 1.1 f. Vgl. zum Einfluss des WpHG auf den Straftatbestand insbesondere *Benner* in *Wabnitz/Janovsky*, 9. Kap. Rn. 222.

<sup>113</sup> Für eine akzessorische Auslegung und zur Frage der Systemabhängigkeit von Strafnormen des BörsG und WpHG, s. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil (3. Auflage 2009), Einl. Rn. 2, 6. Vgl. auch *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht (2. Auflage 2011), Rn. 6/14.

Anerkannt ist dies etwa für die Auslegung des Börsenspekulationsgeschäfts, wenn für die Konturierung dieses Begriffes auf §§ 37e, 2 Abs. 2 WpHG zurückgegriffen wird.<sup>114</sup>

Für die Frage, ob und wie die nach der Vorstellung des Gesetzgebers in der Regel zunächst bestehende Unerfahrenheit des Privatanlegers beseitigt werden kann, ist ebenfalls auf die Regelungen des WpHG zurückzugreifen.<sup>115</sup> In § 31 WpHG finden sich fein austarierte Wohlverhaltenspflichten, die den Standard im Umgang mit Anlegern setzen. Ein vergleichbares Normgefüge existiert im BörsG oder in anderen Gesetzen nicht. Es wäre mithin erklärungsbedürftig, weshalb ein Anleger, der entsprechend dieses Normgefüges über ein Börsenspekulationsgeschäft aufgeklärt worden ist, noch als unerfahren i.S.d. §§ 26, 49 BörsG angesehen werden könnte. Ebenso wäre nicht nachvollziehbar, weshalb sich ein Berater noch strafbar machen könnte, obgleich er seinen kapitalmarktrechtlichen Pflichten aus § 31 WpHG vollständig nachgekommen ist.

Im Lichte des § 31 WpHG ergibt sich damit folgende Auslegung der Unerfahrenheit i.S.d. §§ 26, 49 BörsG:

#### a) Kundentypen

Professionelle Kunden i.S.d. § 31a Abs. 2 WpHG sind immer als erfahren zu behandeln. Gleiches gilt auch für Privatkunden i.S.d. § 31a Abs. 3 WpHG, die als professionelle Kunden i.S.d. § 31a Abs. 7 WpHG eingestuft werden können. Die übrigen Privatanleger verfügen in den Augen des Gesetzgebers über unzureichende Erfahrungen, unzulängliche Kenntnisse und über nicht ausreichenden Sachverstand, um eine Anlageentscheidung selbstständig zu treffen und die damit verbundenen Risiken angemessen beurteilen zu können.<sup>116</sup> Dieser in § 31a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 WpHG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Sichtweise wird man sich bei der Auslegung der Unerfahrenheit i.S.d. § 26 BörsG nicht verschließen können.

Eine Unerfahrenheit kann jedoch durch eine gesetzeskonforme Aufklärung i.S.d. § 31 Abs. 3 WpHG i.V.m. § 5 WpDVerOV beseitigt werden. Entscheidend ist hierbei entsprechend der herrschenden kapitalmarktrechtlichen Auffassung lediglich, dass die Informationen zur Verfügung gestellt und die Inhalte in § 31 Abs. 3 WpHG i.V.m. § 5 WpDVerOV wiedergegeben werden.<sup>117</sup>

Ob die Aufklärung ordnungsgemäß vorgenommen wurde oder lediglich eine sog. „Papieraufklärung“ erfolgte, ist – mit Blick auf die sich häufig ergebenden Aussage-gegen-Aussage-Konstellation eine diffizile<sup>118</sup> – Tatfrage. Es kommt jedoch nicht darauf an, dass der Anleger die Informationen tatsächlich verstanden hat.<sup>119</sup> Denn der Täter kann strafrechtlich nicht einem Pflichtenprogramm unterworfen sein, das kapitalmarktrechtlich nicht existiert. Mit anderen Worten: wer seinen vorgelagerten kapitalmarktrechtlichen Pflichten genügt, kann nicht bestraft werden.<sup>120</sup>

<sup>114</sup> S. hierfür nur *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 803: Gesamtschau des Kapitalmarktrechts i.S.e. systematischen Auslegung; vgl. auch *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 26 Rn. 2; i.Erg. auch *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch (35. Auflage 2012), BörsG, § 26 Rn. 2.

<sup>115</sup> So wohl *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, BörsG, § 26 Rn. 6; i. Erg. aber ablehnend *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, BörsG, § 49 Rn. 52, so auch *Schröder*, HWSt, Rn. 276; *Benner* in *Volk*, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Rn. 22/660 f.

<sup>116</sup> Vgl. *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG, § 31 Rn. 8

<sup>117</sup> Damit wird im Übrigen den bereits von *Rössner/Worms*, *wistra* 1987, 319 (321) geforderten Inhalten an die Aufklärung genügt: Wonach wesentlich die Informationen über die Rechtsnatur und Geschäftsablauf des Geschäfts, die durchschnittlichen tatsächlichen Erfolgsaussichten des Geschäftes (Risiken), die Abhängigkeit des Kurses von einem Basiswert, Volatilität seien. Das gilt auch für die von *Wehowsky* in *Erbs/Kohlhaas*, BörsG, § 49 Rn. 8; *Worms* in *Assmann/Schütze*, § 9 Rn. 25; BGH *wistra* 2002, 22; OLG Düsseldorf ZIP 1994, 1765 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1989 vgl. auch 294 (296) geforderten Inhalte für eine Aufklärung des Anlegers.

<sup>118</sup> *Szesny* in *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 4 Rn. 195.

<sup>119</sup> A.A.: *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, BörsG, 49 Rn. 50. *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 26; *ders.*, BB 2003, 1517; *Bröker* in *MK-StGB*, BörsG, § 26 Rn. 21 (Lernprozess).

<sup>120</sup> I. Erg. wohl ebenso: *Waßmer* in *Graf/Jäger/Wittig*, BörsG, § 49 Rn. 52, der dieses Ergebnis jedoch auf subjektiver Ebene über einen Tatbestandsirrtum des Täters gemäß § 16 StGB begründet; *Worms* in *Assmann/Schütze*, § 9 Rn. 17, 18; *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 843; *Bröker* in *MK-StGB*, BörsG, § 26 Rn. 20; *Park* in *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, T2 §§ 26, 49 BörsG, Rn. 26 unter Verweis auf *Kümpel*, WM 1989, 1485 (1494): keine Beseitigung der Unerfahrenheit, sondern fehlendes Ausnutzen selbiger.

## b) Aufklärungspflicht

Ist die Aufklärung entsprechend § 31 Abs. 3 WpHG erfolgt, so ist hierdurch die Unerfahrenheit des Anlegers beseitigt, selbst wenn ein Verstoß gegen die weitergehende Informationspflicht aus § 31 Abs. 4 WpHG vorliegen sollte.

Dort sind die Pflichten einer ordnungsgemäßen Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung normiert. Zwar dienen die Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung dazu, dem Anleger in der konkreten Anlageentscheidung zu unterstützen und seine Erfahrungen und Kenntnisse in Bezug auf die Art von Finanzinstrumenten in Erfahrung zu bringen. Allerdings besteht schon keine Nachforschungspflicht, solange keine evident unrichtigen Informationen vorliegen.<sup>121</sup> Zudem handelt es sich bei den Pflichten aus § 31 Abs. 4 WpHG lediglich um sog. erweiterte Verhaltenspflichten,<sup>122</sup> die den zivilrechtlichen Grundsätzen der anlegergerechten Beratung entsprechen.<sup>123</sup> Nimmt man die ultima ratio-Funktion des Strafrechts ernst,<sup>124</sup> nach der nicht jeder Verstoß gegen ein vorgelagertes zivilrechtliches bzw. kapitalmarktrechtliches Pflichtenprogramm eine strafrechtliche Reaktion erfordert,<sup>125</sup> so sind Verstöße gegen weitergehenden Verhaltenspflichten bei der Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung strafrechtlich ohne Belang. Denn auch ohne diese Beratung ist der Anleger nach der Konzeption des Gesetzes in der Lage, die Risiken eines Börsenspekulationsgeschäftes zu erfassen.

Dieses Ergebnis wird durch die Systematik der Sanktionsvorschriften des WpHG gestützt. Der Gesetzgeber hat durch das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz an die erweiterten Verhaltenspflichten des § 31 Abs. 4, 4a, 3a WpHG die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsnormen der § 39 Abs. 2 Nr. 15a, 16, 16a WpHG geknüpft.<sup>126</sup> Bebußt sind der leichtfertige oder vorsätzliche Verstoß gegen die Pflicht zur Erteilung eines (vollständigen und richtigen) Informationsblattes in § 31 Abs. 3a WpHG sowie einer ungeeigneten Empfehlung eines Finanzinstruments in der Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung in § 31 Abs. 4 Satz 3, Abs. 4a WpHG.

Ableiten lässt sich aus dieser Systematik des Gesetzes, dass eine Überschneidung der Pflichtenkreise in § 26 BörsG und § 31 Abs. 4, 4a, 3a WpHG nicht vorliegt, da andernfalls die unterschiedliche Qualität der Sanktionierung<sup>127</sup> der Pflichtverstöße nicht erklärlich wäre. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 15a, 16, 16a WpHG als ausreichend angesehen<sup>128</sup> und von einer weitergehenden kriminalstrafrechtlichen Sanktion abgesehen. Diese ausdrückliche Entscheidung konterkariert, wer die Pflichten aus § 31 Abs. 3a und 4 WpHG in §§ 26, 49 BörsG hineinliest. Eine die Unerfahrenheit i.S.d. §§ 26, 49 BörsG nicht beseitigende Aufklärung liegt somit nur bei einem Verstoß gegen § 31 Abs. 3 WpHG vor. Das gilt nach § 39 Abs. 2 Nr. 17 WpHG auch für eine Pflichtverletzung nach § 31 Abs. 5 Satz 3 oder 4 WpHG.<sup>129</sup>

## c) Kritik

Dieser Auslegung mag entgegen gehalten werden, dass mit einer solchen Bestimmung der Unerfahrenheit eines Anlegers solche Personen schutzlos gestellt werden könnten, die gegenüber dem durchschnittlichen Anleger in ihren Fähigkeiten und Kenntnissen deutlich zurückbleiben. Denn auch sie verfügen über die Informationen, die im Regelfall für eine Beseitigung der Unerfahrenheit genügen, sind jedoch gar nicht in der Lage, diese zu verstehen. Solchen Personen kann auch eine gesetzesförmige Aufklärung nicht helfen, die Komplexität und Risiken der Börsenspekulationsgeschäfte zu erfassen. In der Literatur wird dafür als pla-

<sup>121</sup> Fuchs in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 204.

<sup>122</sup> Etwa Seyfried in Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.137; Einsele, JZ 2008, 477 (478 f.); Mülbart, WM 2007, 1149 (1156).

<sup>123</sup> Fuchs in Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 189.

<sup>124</sup> S. dazu ausführlich Roxin, Strafrecht AT Band 1 (4. Auflage 2006), Rn. 2/97 f. m.w.N.; Hefendehl, JA 2011, 401 f.; s. auch Hassemer/Neumann in NK-StGB (3. Auflage 2010), Vorbem. § 1 Rn. 72 m.w.N.

<sup>125</sup> Waßmer in Graf/Jäger/Wittig, BörsG, § 49 Rn. 52.

<sup>126</sup> S. BGBl. I S. 538 (541) v. 7. April 2011; s. auch RegE AnsFuG BT-Drs. 17/3628 S. 9 f. und Koller in Assmann/Schneider, WpHG, § 39 Rn. 27a f.

<sup>127</sup> Vgl. nur BVerfGE 8, 197 (207) = NJW 1958, 1963 (1964); BVerfGE 22, 49 (80) = NJW 1967, 1219 (1221); BVerfGE 27, 18 (28) = NJW 1969, 1619 (1621).

<sup>128</sup> Dazu RegE AnsFuG BT-Drs. 17/3628 S. 33; BR-Drs. 584/10 S. 31 f.

<sup>129</sup> Hierzu Koller in Assmann/Schneider, WpHG, § 39 Rn. 29.

stisches Beispiel der greise Rentner angeführt, den ein geschickter Telefonverkäufer wiederholt zum Kauf von Warenterminoptionen überredet und so regelrecht ausplündert.<sup>130</sup>

Die Schutzbedürftigkeit des greisen Rentners ist hier unmittelbar einsichtig und kaum bestreitbar. Allerdings ist nur schwer vorstellbar, dass in diesen Fällen tatsächlich eine gesetzesförmige Aufklärung erfolgte, die den Anforderungen des § 31 Abs. 3 WpHG genügt. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Tatbestand „nur“ dem Schutz des durchschnittlichen und vernünftigen Anlegers vor den spezifischen Gefahren des Börsenspekulationsgeschäfts dient. Bürger, die dem Anlegerbild des WpHG bzw. dem des europäischen Verbrauchers nicht genügen können, werden bereits durch den Wuchertatbestand des § 291 StGB vor den Gefahren geschützt, die Ihnen aus ihrem Defizit bei der Bewältigung des Alltagslebens in wirtschaftlicher Hinsicht erwachsen.<sup>131</sup> Da hier das Gesetz von einem besonders schweren Fall bei gewerbsmäßiger Tatbegehung mit einem Strafrahmen von sechs Monaten bis zehn Jahren gemäß § 291 Abs. 2 StGB ausgeht, drohen zudem empfindlichere Strafen.

#### IV. Ergebnis

Das Tatbestandsmerkmal der Unerfahrenheit i.S.d. §§ 26, 49 BörsG ist im Lichte des WpHG auszulegen. Danach ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers von einer Unerfahrenheit des Privatkunden auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 31a Abs. 7 Satz 3 WpHG vorliegen. Die Unerfahrenheit des Privatkunden kann jedoch beseitigt werden, in dem ihm geeignete Informationen verschafft werden. So ist der Privatkunde nicht mehr unerfahren im Sinne des Gesetzes, sofern er über das Wesen und die Risiken des Börsenspekulationsgeschäfts entsprechend § 31 Abs. 3 WpHG aufgeklärt worden ist.

<sup>130</sup> Schröder, HWSt, Rn. 277.

<sup>131</sup> S. dazu bereits Fn. 35 für den Begriff und Umfang der Unerfahrenheit des § 291 StGB.

## Einführung und Schulung

Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel,<sup>1</sup> beide Düsseldorf

# Grundzüge des Insolvenzstrafrechts II - weitere Insolvenzstraftaten

Fortsetzung von WiJ 2012, 34 ff.

**Im 1. Teil des Beitrags wurde in die insolvenzrechtlichen Grundlagen eingeführt. Anschließend wurden unter der Überschrift V. Insolvenzstraftaten im engeren Sinne die Punkte 1) Allgemeines und 2) Bankrott gem. § 283 StGB behandelt. Im hiesigen 2. Teil folgen die weiteren Insolvenzstraftaten.**

## V. Insolvenzstraftaten im engeren Sinne

### 3) § 283b StGB: Verletzung der Buchführungspflicht

#### a) Allgemeines

Der Gesetzgeber hat seiner Sichtweise, die korrekte Rechnungslegung sei elementare Voraussetzung ordnungsgemäßen Wirtschaftens, durch das abstrakte Gefährdungsdeldikt des

<sup>1</sup> Norman Lenger ist Fachanwalt für Steuerrecht und in der Wirtschaftskanzlei bb [sozietät] Buchalik Brömme-kamp ([www.bb-soz.de](http://www.bb-soz.de)), Düsseldorf, tätig. Dr. Henner Apfel ist Fachanwalt für Strafrecht und in der Kanzlei Albert & Piel ([www.albert-piel.de](http://www.albert-piel.de)), Düsseldorf, tätig.

### Praxisrelevanter Grund- / Auffangtatbestand

§ 283b StGB Geltung verschafft.<sup>2</sup> Im Vergleich zu den nahezu wortgleichen tatbestandlichen Varianten des Bankrotts, § 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 StGB, ist die Vorschrift um das Tatbestandsmerkmal der Krise (Überschuldung, drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit) kupiert.<sup>3</sup> Die Tat des Schuldners muss weder wie bei § 283 Abs. 1 StGB während der Krise begangen worden sein, noch muss sie wie bei § 283 Abs. 2 StGB die Krise (mit-)verursacht haben. Die hohe praktische Bedeutung des § 283b StGB ergibt sich aus den Nachweisschwierigkeiten der Krisenmerkmale des Bankrotts, sodass vielfach bereits von den Ermittlungsbehörden auf den Grund- bzw. Auffangtatbestand des § 283b StGB zurückgegriffen wird.<sup>4</sup> § 283b Abs. 3 StGB verweist auf die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 283 Abs. 6 StGB (Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse). Auch hier wird ein gewisser sachlicher Zusammenhang zwischen Tathandlung und Eintritt der Bedingung verlangt, allerdings kein Kausalzusammenhang.<sup>5</sup> Die versuchte Begehungsweise ist nicht unter Strafe gestellt. Notwendigerweise tritt § 283b StGB konkurrenzrechtlich hinter den spezielleren Bankrottvorschriften zurück.<sup>6</sup>

#### b) § 283b Abs. 1 StGB

§ 283b Abs. 1 Nr. 1 StGB deckt sich im Wortlaut mit § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB und stellt es unter Strafe, pflichtwidrig das Führen von Handelsbüchern zu unterlassen oder diese dergestalt mangelhaft zu führen, dass die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird. § 283b Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst Verstöße gegen die Aufbewahrungspflichten und weicht von § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB insoweit ab, als dass nur der zur Aufbewahrung der Handelsbücher durch § 257 HGB unmittelbar Verpflichtete tauglicher Täter ist, nicht hingegen der freiwillig Buchführende.<sup>7</sup> Durch § 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB wird im Wortlaut des § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB die mangelhafte oder verspätete Bilanzerstellung unter Strafe gestellt. Die Unmöglichkeit der fristgerechten Bilanzierung führt wie bei § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB zur Strafflosigkeit. Ein erhöhter Bilanzierungsaufwand kann sich aus der Wahl abweichender Ansatz- und Bewertungsmethoden, der Berichtigung fehlerhafter Wertansätze und / oder Währungsumstellungen ergeben.<sup>8</sup>

Typische Buchhaltungsmanipulationen finden sich in jedweder Form:<sup>9</sup> Geschäftsabschlüsse werden erfunden, um in Kreditverhandlungen besser dazustehen, (Schwarz-)Einnahmen werden aus Gründen der Steuerersparnis gar nicht gebucht, Ausgangsrechnungen werden erfunden, um Vorsteuer geltend zu machen, private Käufe werden als Betriebsausgaben verbucht, Belege werden vernichtet.

#### c) Vorsatz, Fahrlässigkeit

Gemäß § 283b Abs. 2 StGB können Taten nach § 283b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden, eine Tat nach § 283b Abs. 1 Nr. 2 StGB nur vorsätzlich.

#### 4) § 283c StGB: Gläubigerbegünstigung

##### a) Allgemeines

Das Erfolgsdelikt privilegiert denjenigen Schuldner oder für den Schuldner gem. § 14 StGB Handelnden, der mittels einer Bankrotthandlung einen Gläubiger begünstigt.<sup>10</sup> Die Besserstellung (zumindest) eines Gläubiger, wenn auch zu Lasten der anderen Gläubiger unter Verletzung des geschützten Rechtsguts der ordnungsgemäßen Verteilung der Masse auf

<sup>2</sup> BT-Drucks. 7/3441, 38; vgl. auch BGH, NJW 2002, 974, 975 (Versagung der Restschuldbefreiung wegen Verstoßes gegen § 283b StGB).

<sup>3</sup> BGHR StGB § 283b Krise 1.

<sup>4</sup> *Sorgenfrei* in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, Teil 3, Kap. 5, T 1 Rn. 6; vgl. auch *Weyand/Diversity*, Insolvenzdelikte, Rn. 125.

<sup>5</sup> Vgl. Teil I des Beitrags V. 1) b) = WiJ 2012, 34, 42 und OLG Düsseldorf, NJW 1980, 1292.

<sup>6</sup> BGH, NStZ 1984, 455; NStZ 1998, 192, 193. Zu den Konkurrenzen ausführlich *Bosch* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283b Rn. 4; LK-StGB/Tiedemann, § 283b Rn. 18.

<sup>7</sup> So *Dannecker/Knierim/Hagemeyer*, Insolvenzstrafrecht, Rn. 1103; *Fischer*, StGB, § 283b Rn. 4; LK-StGB/Tiedemann, § 283b Rn. 7.

<sup>8</sup> BGH, NStZ 1998, 247, 248 = wistra 1998, 177, 178.

<sup>9</sup> Auswahl aus der Vielzahl von Beispielen bei *Sorgenfrei* in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, Teil 3, Kap. 5, T 1 Rn. 7; Beispiele für buchführungsrelevante Untreuehandlungen finden sich in BGHSt 34, 379, 382 f.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 7/3441, S. 39; *Bosch* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283c Rn. 1; Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 1.

### Privilegierung gegenüber § 283 StGB

eben alle Gläubiger,<sup>11</sup> bildet den tatbestandlichen Erfolg ab und begründet zugleich den gegenüber § 283 StGB günstigeren Strafraum.<sup>12</sup> Die versuchte Gläubigerbegünstigung ist strafbar, § 283c Abs. 2 StGB. Objektive Bedingung der Strafbarkeit ist auch hier die Zahlungseinstellung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Abweisung mangels Masse, § 283c Abs. 3 StGB i.V.m. § 283 Abs. 6 StGB. Der begünstigte Gläubiger ist notwendiger Teilnehmer und damit straflos, soweit sich seine Mitwirkung in dem für die Tatbestandsverwirklichung begrifflich notwendigen Rahmen bewegt.<sup>13</sup> Drängt der Gläubiger den notleidenden Schuldner zur Einräumung weiterer Sicherheiten für bestehende Forderungen, so verlässt er den Bereich strafloser notwendiger Teilnahmehandlung, und eine strafbare Anstiftung zur Gläubigerbegünstigung liegt nahe.<sup>14</sup> Konkurrenzrechtlich geht der speziellere § 283c StGB dem § 283 StGB vor.<sup>15</sup>

#### b) Tatbestand

Tatbestandsmäßig ist die absichtliche oder wissentliche Bevorzugung eines Gläubigers durch inkongruente Leistung im sicheren Wissen um die eigene Zahlungsunfähigkeit.<sup>16</sup>

#### aa) Objektiver Tatbestand

Täter kann nur der zahlungsunfähige Schuldner bzw. der für den zahlungsunfähigen Schuldner i.S.d. § 14 StGB Handelnde sein.

Als Gläubiger kommen die Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO, die Absonderungsberechtigten i.S.d. § 49 InsO, die Massegläubiger i.S.d. § 53 InsO und auch Bürgen in Betracht, nicht hingegen Aussonderungsberechtigte i.S.d. § 47 InsO, z.B. der Eigentümer einer Sache in Bezug auf diese.<sup>17</sup> Die Mitglieder des praxisrelevanten Sicherungspools (z.B. Zusammenschluss von Lieferanten mit Eigentumsvorbehalt) sind allerdings hinsichtlich der Kaufpreisforderung begünstigungsfähige Gläubiger.<sup>18</sup> Der Anspruch des Gläubigers muss zum Zeitpunkt der Begünstigung bereits dem Grunde nach bestehen; fällig muss er (noch) nicht sein.<sup>19</sup> Der Schuldner, seine Gesellschafter und seine Organe sind nach Rspr. und einem Teil der Literatur keine tauglichen Gläubiger.<sup>20</sup> Fälle der „Selbstbegünstigung“ fallen nach der Abkehr des 3. und 1. Strafsenats von der Interessenformel hin zur Frage des Handelns im Geschäftskreis des Schuldners nunmehr grundsätzlich unter § 283 Abs. 1 StGB.<sup>21</sup>

### Inkongruente Deckung strafbewehrt

Die Vorschrift verbietet die inkongruente Deckung, die in der Gewährung einer Sicherheit oder Befriedigung zu einem Zeitpunkt legt, in dem die Leistung nicht oder nicht in der Art zu beanspruchen war.<sup>22</sup> Befriedigung meint die Erfüllung einer Forderung oder die Annahme einer Leistung als Erfüllung oder an Erfüllung statt, §§ 362 ff. BGB,<sup>23</sup> etwa durch Hingabe eines fremden (z.B. Kunden-)Schecks oder „Verkauf“ einer Sache, um dem Käufer eine Aufrechnungslage zu verschaffen.<sup>24</sup> Sicherheit ist jede Position, durch die der Gläubiger die

<sup>11</sup> BGHSt 34, 221, 225; 35, 357, 359.

<sup>12</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, § 283c Rn. 1.

<sup>13</sup> RGSt 61, 314, 315 f.; Lackner/Kühl, StGB, § 283c Rn. 8.

<sup>14</sup> Vgl. BGH, NStZ 1993, 239 f.; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283c Rn. 19.

<sup>15</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, § Rn. 21. Ausführl. zu den Konkurrenzen LK-StGB/Tiedemann, §283c Rn. 39. Im Falle einer kongruenten Deckung tritt in Bezug auf § 283 StGB eine Sperrwirkung ein, BGHSt 8, 55, 56 f.

<sup>16</sup> Vgl. Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 1114; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283c Rn. 3.

<sup>17</sup> Zum Kreis der Gläubiger LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 120; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 130.

<sup>18</sup> Richter in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 79 Rn. 8; LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. 6. Zum Sicherungspool Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 184.

<sup>19</sup> Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 12; LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. 7 f.

<sup>20</sup> Zum Streitstand ausführlich LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. 10 f. Vgl. auch

<sup>21</sup> Anfrage des 3. Strafsenats: BGH, Beschl. v. 15.9.2011 - 3 StR 118/11 = wistra 2012, 25 ff. Dem zustimmend der 1. Strafsenat: BGH, Beschl. v. 29.11.2011 - 1 ARs 19/11. Die Problematik kursorisch dargelegt: nach der Interessenformel setzt die Bankrottstrafbarkeit voraus, dass der Täter zumindest auch mit einer fremdnützigen Motivation bzw. auch in wirtschaftlichen Interesse des Schuldners tätig wurde, was bei der Verwendung des Vermögensgegenstandes zu (täter-)eigenen Zwecken regelmäßig nicht der Fall ist. Sind die Gesellschafter mit der Handlung zudem einverstanden, liegt auch keine Untreue vor (ausführl. dazu Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 58 ff. m.w.N.). Nunmehr wird es für die Annahme einer Bankrottstrafbarkeit wohl entscheidend darauf ankommen, ob ein Handeln im Handeln im Geschäftskreis des Vertretenen vorliegt, vgl. schon der 3. Senat: BGH, wistra 2009, 275 ff. = NJW 2009, 2225 ff. = StV 2010, 22 ff. = StRR 2009, 351 f.

<sup>22</sup> Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, § 14 Rn. 23 ff.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 131 f.

<sup>23</sup> Fischer, StGB, § 283c Rn. 5; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283c Rn. 11; vgl. auch BGHSt 16, 279 f. (Hingabe eines Kundenschecks).

<sup>24</sup> Zum Kundenscheck: BGH, NJW 2001, 1940 ff.; zum „Verkauf“: Richter in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 79 Rn. 15 f.

Möglichkeit erhält, schneller, leichter, besser oder mit größerer Gewissheit befriedigt zu werden, etwa durch Besitzverschaffung, Pfandhingabe oder Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts.<sup>25</sup> Ob und inwieweit der Gläubiger beim Gewähren der Sicherheit oder Befriedigung mitzuwirken hat, ist im Einzelnen umstritten.<sup>26</sup> Das Unterlassen ist im Falle einer Handlungspflicht nach allgemeinen Grundsätzen strafbar. Die Garantenstellung ergibt sich nicht (allein) aus der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragsstellung.<sup>27</sup>

Das Zivilrecht bestimmt, ob der Gläubiger einen (in-)kongruenten Anspruch auf die Sicherheit oder Befriedigung hat.<sup>28</sup> Kein Anspruch des Gläubigers besteht, wenn ihm eine dauernde Einrede oder Einwendung entgegensteht, also Verjährung, Anfechtbarkeit nach den §§ 119 ff. BGB oder sonstige Leistungsverweigerungsrechte.<sup>29</sup> Die Einreden - Hauptfall: Verjährung - müssen nicht geltend gemacht werden. Nicht in der Art besteht der Anspruch, wenn an Erfüllung statt oder erfüllungshalber geleistet wird, etwa bei Abtretung einer Kundenforderung oder Übereignung von Waren, jeweils statt der geschuldeten Geldzahlung.<sup>30</sup> Auch Leistungen an die bereits angesprochenen Sicherungspools können leicht anderer Art sein.<sup>31</sup> Nicht zu der Zeit ist eine Leistung zu beanspruchen, wenn sie noch nicht fällig ist, bei einem aufschiebend bedingten Anspruch vor Bedingungseintritt.<sup>32</sup>

Letztendlich muss die inkongruente Leistung auch zu einer Begünstigung des Gläubigers gegenüber den entsprechend benachteiligten anderen Gläubigern führen. Ausreichend ist die konkrete Gefahr der Quotenverringerung, sodass eine Anfechtung der inkongruenten Leistung im Rahmen der Strafbarkeitsfrage unbeachtlich ist.<sup>33</sup> Tritt der Erfolg nicht ein bzw. kann dies nicht nachgewiesen werden, liegt eine Versuchsstrafbarkeit nahe.<sup>34</sup>

Wer einen Rechtsanwalt in der schwierigen wirtschaftlichen Situation zur Wahrnehmung betrieblicher Interessen hinzuzieht, macht sich auch dann nicht wegen Gläubigerbegünstigung strafbar, wenn er dessen Honoraranspruch dinglich besichert. Mangels Haupttat ist auch das Handeln des Rechtsanwalts straflos.<sup>35</sup>

## bb) Subjektiver Tatbestand

Neben dem zumindest bedingten Vorsatz in Bezug auf die weiteren objektiven Tatbestandsmerkmale muss der Täter Kenntnis von der schuldnerischen Zahlungsunfähigkeit haben und um den Begünstigungserfolg zumindest sicher wissen. Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit meint insoweit sicheres Wissen, also dolus directus 2. Grades. Ausreichend ist nach allgemeinen Grundsätzen, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, das sichere Wissen um die tatsächlichen Umstände, die Subsumtion unter den Rechtsbegriff der Zahlungsunfähigkeit ist nicht erforderlich.<sup>36</sup> Zudem muss der Täter den Begünstigungserfolg wollen, also diesen beabsichtigen, oder ihn i.S.d. dolus directus 2. Grades als sicher eintretend ansehen. Bei Letzterem wird er notwendigerweise zugleich wissen, dass er eine inkongruente Deckung gewährt,<sup>37</sup> mag dies auch nicht tatbestandliche Voraussetzung sein.<sup>38</sup>

<sup>25</sup> Fischer, StGB, § 283c Rn. 5; Kindhäuser, LPK-StGB, § Rn. 283c Rn. 10.

<sup>26</sup> Zum Streitstand und den insoweit eher geringen praktischen Auswirkungen LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. 17.; vgl. auch Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 6.

<sup>27</sup> Fischer, StGB, § 283c Rn. 4; MüKo-StGB/Radtke, § 283c Rn. 11; Richter in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 79 Rn. 15a, jeweils m.w.N.; a.A. Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 7; Lackner/Kühl, StGB, § 283c Rn. 4.

<sup>28</sup> BGHSt 8, 55, 56; Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 7. Kapitel Rn. 170.

<sup>29</sup> Allgemeine Meinung, vgl. nur Beukelmann in: BeckOK, StGB, § 283c Rn. 8; Kindhäuser in: NK-StGB, § 283c Rn. 13; Richter in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 79 Rn. 27.

<sup>30</sup> BGHSt 16, 279 (Kundenscheck als Forderungsabtretung); Kindhäuser, LPK-StGB, § Rn. 283c Rn. 15.

<sup>31</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 283c Rn. 5 unter Verweis auf Tiedemann, ZIP 1983, 513, 517. Vgl. auch Dannacker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, Rn. 197.

<sup>32</sup> Fischer, StGB, § 283c Rn. 6; Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 11.

<sup>33</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283c Rn. 27; Richter in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 79 Rn. 18a; vgl. auch SK-StGB/Hoyer, § 283c Rn. 7.

<sup>34</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 283c Rn. 5; Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 13.

<sup>35</sup> BGHSt 35, 357 ff. = NJW 1989, 1167 f. = StV 1989, 200 f.; vgl. auch BGHZ 77, 250, 253 f. = NJW 1980, 1962.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283c Rn. 16.

<sup>37</sup> Dazu Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283c Rn. 10; Kindhäuser in: NK-StGB, § 283c Rn. 18.

<sup>38</sup> So wohl Lackner/Kühl, StGB, § 283c Rn. 7.

## 5) § 283d StGB: Schuldnerbegünstigung

### a) Allgemeines

Durch § 283d StGB wird die Strafbarkeit auf diejenigen ausgedehnt, die gerade keine Schuldnerstellung innehaben (oder i.S.d. § 14 StGB für den Schuldner handeln), sondern mit Einwilligung des Schuldners oder zu dessen Gunsten die Insolvenzmasse mindern.<sup>39</sup> Täter kann ein jeder sein außer der Schuldner und der für den Schuldner gem. § 14 StGB Handelnde.<sup>40</sup> Der Versuch ist gem. § 283d Abs. 2 StGB strafbar. Objektive Bedingung der Strafbarkeit sind die Zahlungseinstellung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse beim Schuldner, § 283d Abs. 4 StGB. Die i.S.d. § 283d Abs. 3 StGB besonders schweren Fälle des Handelns mit Gewinnsucht oder der wissentlichen Verursachung einer konkreten Gefahr des Verlusts von dem Schuldner anvertrauten Vermögenswerten für viele Personen oder der wirtschaftlichen Not für viele Personen decken sich mit denen des § 283a StGB.<sup>41</sup>

### b) Tatbestand

Die Tathandlungen entsprechen denen des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, die sich unter dem Stichwort der Beeinträchtigung von Vermögensbestandteilen zusammenfassen lassen.<sup>42</sup> Da die Vorschrift die Gesamtheit der Gläubigerinteressen schützt, ist es nicht tatbestandsmäßig, wenn der Vermögensbestandteil einem Gläubiger verschafft wird.<sup>43</sup>

Zum Tatzeitpunkt muss sich der Schuldner in einer wirtschaftlichen Krise befunden haben, konkret die Zahlungsunfähigkeit gedroht haben, § 283d Abs. 1 Nr. 1 StGB, oder Zahlungseinstellung, ein Insolvenzverfahren oder ein Entscheidungsverfahren über dessen Eröffnung vorliegen. Auch die Phase zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung ist mit umfasst.<sup>44</sup>

Der Krisenbetroffene muss zum Zeitpunkt der Tathandlung zumindest konkludent eingewilligt haben.<sup>45</sup> Oder - bei fehlender Einwilligung - muss der Täter zu Gunsten des Schuldners gehandelt haben, also zumindest auch in dessen Interesse.<sup>46</sup>

Subjektiv muss bedingter Vorsatz hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale, auch hinsichtlich der Einwilligung des Schuldners oder dessen Bevorteilung, gegeben sein.<sup>47</sup> Im Falle des § 283d Abs. 1 Nr. 1 StGB ist die positive Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit erforderlich.

## 6) § 15a Abs. 4 InsO: Insolvenzverschleppung

### a) Allgemeines

Gemäß § 15a Abs. 4 InsO wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen Abs. 1 S. 1, auch i. V. m. S. 2 oder Abs. 2 oder Abs. 3, einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

Die durch das MoMiG in die InsO eingefügte und am 01.11.2008 in Kraft getretene Neufassung regelt - im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage - jeweils rechtsformübergreifend, unter welchen Voraussetzungen wer verpflichtet ist, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person oder Gesellschaft zu beantragen.<sup>48</sup> Die Norm bezweckt, die wirtschaftlichen Risiken, die sich für bestimmte Dritte aus der beschränkten Haftung einer juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ergeben, zu

<sup>39</sup> Fischer, StGB, § 283d Rn. 2; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283d Rn. 1.

<sup>40</sup> MüKo-StGB/Radtke, § 283d Rn. 5; Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 124.

<sup>41</sup> Dazu Teil 1 des Beitrags in WiJ 2012, 34, 47.

<sup>42</sup> Dazu Teil 1 des Beitrags in WiJ 2012, 34, 43.

<sup>43</sup> BGHSt 35, 357, 359; LK-StGB/Tiedemann, § 283d Rn. 4; a.A. SK-StGB/Hoyer, § 283d Rn. 9. In Betracht kommt allerdings die Teilnahme an einer Gläubigerbegünstigung durch den Schuldner.

<sup>44</sup> Fischer, StGB, § 283d Rn. 5; LK-StGB/Tiedemann, § 283d Rn. 7.

<sup>45</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283d Rn. 13 ff.

<sup>46</sup> Fischer, StGB, § 283d Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB, § 283d Rn. 2.

<sup>47</sup> Zum subjektiven Tatbestand Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283d Rn. 6 f. und Fischer, StGB, § 283d Rn. 7.

<sup>48</sup> In den Absätzen 4 und 5, die an die Stelle der §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG a.F., § 401 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AktG a.F., § 148 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GenG a.F. sowie § 130 b HGB a.F. getreten sind, ist die Verletzung der Insolvenzantragspflicht nunmehr rechtsformübergreifend statuiert.

begrenzen.<sup>49</sup> Die Vorschrift schützt sowohl die Vermögensinteressen der juristischen Person bzw. Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit sowie die Gesellschaftsgläubiger und alle sonstigen Dritten, die rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit unterhalten oder aufnehmen wollen. Im Wesentlichen kann man festhalten, dass das Interesse an einer wirtschaftlich gesunden Gesellschaft geschützt ist. Einbezogen in den Schutzbereich sind sowohl gegenwärtige als auch zukünftige Gläubiger. Im Übrigen ist die Pflicht der organschaftlichen Vertretung zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Maßgabe der Abs. 1, 2 und 3 insolvenzrechtlicher Natur, nicht gesellschaftsrechtlicher Art, und somit auch nicht dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen.<sup>50</sup> Für die Straftatbestände des § 15 a Abs. 4 und 5 InsO bedeutet das, dass der Kreis der tauglichen Täter nunmehr auch auf organschaftliche Vertreter inländischer Auslandsgesellschaften erweitert ist.

## b) Tatbestand

Bei den Tatbeständen des § 15a InsO handelt es sich um abstrakte Gefährungsdelikte.<sup>51</sup> Die Tatbestandsverwirklichung setzt daher weder den Eintritt einer Vermögensgefährdung bzw. eines Vermögensschadens noch die Verursachung eines irgendwie täuschungsbedingten Irrtums einer Person, die dem geschützten Personenkreis angehört, voraus. Zugleich handelt es sich bei den Tatbeständen des Abs. 4 und 5 um echte Sonderdelikte.<sup>52</sup> Taugliche Täter können daher nur die jeweiligen organschaftlichen Vertreter sowie, unter den Voraussetzungen des Abs. 3 GmbHG, Gesellschafter, Aufsichtsräte einer AG oder Genossenschaften sein. Für alle übrigen Personen kommt allerdings die Strafbarkeit wegen Teilnahme in Form der Anstiftung oder Beihilfe in Betracht. Die Strafbarkeit sonstiger Personen wegen täterschaftlicher Tatbegehung wird insbesondere bei den so genannten „Firmenbestattern“ relevant, welche aufgrund der früheren gesetzlichen Regelung lediglich als Teilnehmer bestraft werden konnten. Nunmehr ist es möglich, diese als Täter und die Hintermänner - was wesentlich ist - wegen Anstiftung zu bestrafen.<sup>53</sup> Der Anstifter wird gemäß § 26 StGB gleich einem Täter bestraft. Da gemäß den Tatbeständen des § 15a InsO ein genau bezeichnetes Unterlassen strafbar ist, bilden diese Tatbestände teilweise echte Unterlassungsdelikte.<sup>54</sup>

### Täterkreis

## aa) Objektiver Tatbestand

In objektiver Hinsicht ist die Verpflichtung zur (rechtzeitigen) Stellung des Insolvenzantrages nach Abs. 1 S. 1 nunmehr auch strafbewehrt. Durch das MoMiG wurde die Strafbewehrung insoweit erweitert, als jetzt auch die nicht richtige Stellung eines Insolvenzantrages eine Strafbarkeit begründet.<sup>55</sup> Strafrechtliche Sanktionen zieht dabei auch ein bloß fahrlässiges Verhalten nach sich (§ 15a Abs. 5 InsO). Wie bereits im ersten Teil des Beitrages erörtert, ergibt sich eine Strafbarkeit nicht bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 18 InsO.<sup>56</sup> Fraglich in diesem Zusammenhang ist stets, ob der Antragspflicht in irgendeiner Form Grenzen gesetzt ist. Eine Grenze könnte sich z.B. daraus ergeben, dass eine entgegenstehende Weisung der Gesellschaftsinhaber vorliegt. Hier ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass ein Beschluss der Haupt-, Mitglieder- oder Generalversammlung bzw. Weisungen der Gesellschafter einen Geschäftsleiter von seinen gesetzlichen Antragspflichten im Hinblick auf deren öffentlich-rechtlichen Charakter ebenso wenig wie ein Beschluss des Aufsichtsrats befreien.<sup>57</sup> Gleiches gilt für das mögliche Einverständnis von Gläubigern mit einer „Nichtantragstellung“. Auch durch eine Amtsniederlegung können sich die Mitglieder des Vertretungsorgans nicht einer bereits entstandenen gesetzlichen Insolvenzantragspflicht entzie-

### Grenzen der Antragspflicht

<sup>49</sup> Vgl. noch zu § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schal, § 84 GmbHG, Rn. 1.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 55; so bereits zur alten Rechtslage in § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG Eidenmüller, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, in NJW 2005, 1618, 1620.

<sup>51</sup> BGH vom 06.05.1960 – 2 StR 65/60, BGHSt 14, 280 (281) in NJW 1960, 1677.

<sup>52</sup> Krefz/Kirchhof Rn. 21; Michalski/Dannecker, § 84 GmbHG, Rn. 17.

<sup>53</sup> Vgl. auch *Bittmann* NSTZ 2009, 113, 116.

<sup>54</sup> Vgl. noch zu § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, BGHSt vom 06.05.1990 - 2 StR 65/60.

<sup>55</sup> Für ein Verständnis des Begriffs des „richtigen“ Antrags als „zulässiger“ Insolvenzantrag *Schmahl* in NZI 2008, 6, 9.

<sup>56</sup> Zu den Grenzen der Strafbarkeit bei Zufluss neuer Vermögenswerte nach bereits abgelehnter Verfahrenseröffnung BGH vom 28.10.2008 - 5 StR 166/08 -, ZIP 2008, 2308, 2310.

<sup>57</sup> Anders beim lediglichen Antragsrecht; dafür kommt u.U. eine mögliche Haftung wegen verfrühter Insolvenzantragstellung gegenüber den Gesellschaftern in Betracht.

### Höchstfrist drei Wochen

hen.<sup>58</sup> Bei einer Amtsniederlegung während der Dreiwochenfrist kommt es für den Ausschluss der strafrechtlichen Haftung darauf an, ob das Organmitglied während der schon laufenden Frist alles Erforderliche getan hat, um entweder den Insolvenzgrund zu beseitigen oder den Insolvenzantrag vorzubereiten. Teilweise wird insoweit sogar eine Pflicht des Ausgeschiedenen angenommen, auf seine Nachfolger oder die verbliebenen Geschäftsleiter mit dem Ziel einer Insolvenzantragstellung einzuwirken.<sup>59</sup> War das ausgeschiedene Organmitglied allerdings vor seinem Ausscheiden nicht zur Antragstellung verpflichtet, ist es auch danach nicht mehr zu einer Einwirkung auf den/die verbleibenden Geschäftsführer oder seinen Nachfolger verpflichtet. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass die gesetzlich normierten Insolvenzantragungspflichten grundsätzlich keine Sanierungspflicht des Geschäftsleiters gegenüber den Gläubigern enthalten. Eine solche Sanierungspflicht kann sich ausschließlich im Innenverhältnis zur Gesellschaft ergeben. Insofern kann es zu einer Diskrepanz kommen, wenn im Innenverhältnis zur Gesellschaft eine Verpflichtung besteht, sich um die Sanierung zu kümmern, im Außenverhältnis allerdings die strafrechtlich relevante Handlung vollzogen wird. Insbesondere kann die verfrühte Stellung eines Insolvenzantrags wegen lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) ohne Rücksprache mit Aufsichtsrat und/oder den Gesellschaftern zu einer Schadensersatzverpflichtung führen.

Für die Antragstellung bestimmt Abs. 1 eine Höchstfrist von drei Wochen. Diese darf das Organmitglied nur ausschöpfen, soweit dies kein schuldhaftes Zögern darstellt. Ist bereits vor Ablauf der Frist klar und deutlich, dass eine Sanierung nicht zu erwarten ist, muss das Insolvenzverfahren schon vorher eingeleitet werden.<sup>60</sup> Hinsichtlich des Fristbeginns werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nach einer Ansicht beginnt die Frist erst, wenn das Organmitglied positive Kenntnis vom Eintritt des Eröffnungsgrundes hat, da es auf diese Weise in die Lage versetzt wird, die Dreiwochenfrist für Sanierungsversuche zu nutzen, zu deren Prüfung es gegenüber der Gesellschaft auch verpflichtet ist. Um aber zu verhindern, dass infolge fahrlässigen Nichterkennens der Krisensituation die Haftungsmasse zu Lasten der Gläubiger weiter geschmälert wird, stellt ein Teil der Literatur auf den Zeitpunkt ab, von dem an die Krisenlage „zutage tritt“. Allerdings wird bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit dem Organmitglied der Mangel an Zahlungsmitteln zur Begleichung fälliger Schulden kaum verborgen bleiben, so dass der Zeitpunkt des Zutagetretens und der Kenntniserlangung zusammenfallen dürften. Die Überschuldung ergibt sich hingegen nicht ohne weiteres aus den Geschäftsbüchern, auch bei Abstellen auf die Kenntnis wird jedoch der Beginn der Frist angenommen, wenn sich das Organmitglied der Kenntnis der Krisenlage treuwidrig verschließt. Jedenfalls kommt es auf eine positive Feststellung der Überschuldung durch das Organmitglied für den Fristlauf nach neuer Rechtsprechung nicht an.<sup>61</sup> Die Pflicht endet aus materiellen Gründen, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung entfallen sind.<sup>62</sup> Dies kommt etwa in Fällen einer nachhaltigen außergerichtlichen Sanierung in Betracht. Die Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit durch die Erweiterung einer bestehenden Kreditlinie führt allerdings nur dazu, dass der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit gegen den der Überschuldung „eingetauscht“ wird. Eine fortbestehende drohende Zahlungsunfähigkeit schadet insoweit jedoch nicht. Die Antragspflicht endet schließlich auch aus prozessualen Gründen, wenn das Gericht aufgrund eines von anderer Seite gestellten Insolvenzantrags das Verfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgewiesen hat.<sup>63</sup> Sie endet allerdings nicht, wenn ein eigener oder ein von dritter Seite gestellter Antrag als unzulässig zurückgewiesen wird. Allein die Tatsache, dass mangels Masse offensichtlich keine Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Betracht kommt, lässt die Antragspflicht ebenfalls noch nicht entfallen, denn darüber zu entscheiden ist allein Sache des zuständigen Insolvenzgerichts. Das gilt grundsätzlich auch in Fällen der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, denn auch hier bedarf es grundsätzlich eines gerichtlichen Verfahrens um festzustellen, ob diese Voraussetzung tatsächlich vorliegt. Anders dürfte der Fall liegen, wenn die Firma im Handelsregister bereits nach § 394 FGG gelöscht ist. Denn dann kann denklogisch nur noch ein unzulässiger Antrag eingereicht werden, weil es keinen Rechtsträger mehr gibt, über dessen Vermögen überhaupt ein Verfahren eröffnet werden könnte.

<sup>58</sup> BGH, NJW 1952, 554 ff.; *Fichtelmann*, GmbHR 2008, 76, 79.

<sup>59</sup> BGH, NJW 1952, 554; *Uhlenbruck*, GmbHR 1972, 170, 172.

<sup>60</sup> BGH, NJW 1979, 1823, 1826.

<sup>61</sup> BGH, NJW 2000, 668.

<sup>62</sup> BGH, NJW 1961, 740; *Pörtzgen* in ZInsO 2008, 944, 948.

<sup>63</sup> BGH, ZIP 2008, 2308, 2310.

**bb) Vorsatz, Fahrlässigkeit**

Gemäß § 15a Abs. 4, 5 InsO kann die Insolvenzverschleppung vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Dies muss bei der Verteidigung in Insolvenzverschleppungsfällen zwingend berücksichtigt werden, da sich ansonsten Folgeprobleme anschließen. Wer wegen bestimmter Straftaten verurteilt worden ist, kann befristet nicht Geschäftsführer sein. Mit dem MoMiG ist der Kreis der einschlägigen Straftaten erheblich ausgeweitet worden. Bereits nach altem Recht stand eine Verurteilung wegen Insolvenzstraftaten (Bankrott, §§ 283, 283a StGB, Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB, Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB, und Schuldnerbegünstigung, § 283d StGB) der Tätigkeit als Geschäftsführer entgegen. Gleiches gilt nach dem MoMiG nun auch bei einer Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung in der Alternative des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Eine Verurteilung wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung hindert einen Geschäftsführer grundsätzlich nicht an der Ausübung seines Geschäftsführeramtes. Gleiches gilt für die weiteren Insolvenzstraftaten (§§ 283 Abs. 4 und 5, 283b Abs. 2 StGB). Die Beschränkung auf Vorsatztatzen soll Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der bisherigen Regelung begegnen.<sup>64</sup> Der Ausschluss vom Geschäftsführeramt selbst gilt für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.

**VI. Insolvenzstraftaten im weiteren Sinne**

Die Insolvenzstraftaten im weiteren Sinne sind Delikte, die typischerweise im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Schieflagen verwirklicht werden. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die spezifische insolvenzstrafrechtliche Bedeutung des jeweiligen Delikts und zeigt typische Fallkonstellationen auf.

**1) § 266 StGB: Untreue****a) Insolvenzstrafrechtsspezifische Bedeutung**

Die Untreue, die die Schädigung fremden Vermögens unter Strafe stellt, kommt naturgemäß nicht bei Privatinsolvenzen, sondern im Zusammenhang mit Firmeninsolvenzen in Betracht. Bedeutsam ist die Abgrenzung zur Bankrottstrafbarkeit, wenn nämlich der nach § 14 StGB für den Schuldner Handelnde Vermögenswerte des Schuldners beiseiteschafft.<sup>65</sup> Während nach der früheren Rechtsprechung danach differenziert wurde, ob dies (auch) im Interesse des Schuldners lag, dann Bankrott, oder nicht, dann Untreue, so wird nunmehr § 283 Abs. 1 StGB in den Fällen für anwendbar erachtet, in denen der Vertreter „im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist“<sup>66</sup>, dies ungeachtet der Frage, ob (auch) im Schuldnerinteresse gehandelt wurde.<sup>67</sup> Durch diese Ausweitung des Anwendungsbereiches kommt es verstärkt zur tateinheitlichen Begehung von Untreue und Bankrott.<sup>68</sup> Allein die Untreue wird insbesondere dann greifen, wenn es an der objektiven Bedingung der Strafbarkeit gem. § 283 Abs. 6 StGB fehlt.<sup>69</sup> Seit dem Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 folgt nicht mehr nur aus einer Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat im engeren Sinne der Ausschluss von der Geschäftsführung oder vom Vorstand für fünf Jahre, sondern u.a. auch aus einer Verurteilung wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e) GmbHG, § 76 Abs. 3 lit. e) AktG.

**Verhältnis  
zum Bankrott**

<sup>64</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 33.

<sup>65</sup> Zu den bedeutsamen Unterschieden zwischen Untreue und Bankrott hinsichtlich der Versuchsstrafbarkeit, des Ausschluss von der Geschäftsführung, etwaigen besonders schweren Fällen und der Verjährung ausführlich *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 151.

<sup>66</sup> Wann eine Tätigkeit außerhalb des Geschäftskreises des Vertretenen vorliegt, ist noch in der Diskussion, vgl. *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 151. Unseres Erachtens bleibt für den „Außenbereich“ nach BGH, Beschl. v. 15.9.2011 - 3 StR 118/11 = wistra 2012, 25 ff. wenig Raum.

<sup>67</sup> Vgl. die Nachweise bei Fn. 21, insbesondere BGH, Beschl. v. 15.9.2011 - 3 StR 118/11 = wistra 2012, 25 ff.

<sup>68</sup> BGH, NJW 2009, 2225 ff.; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 151.

<sup>69</sup> Die Untreuestrafbarkeit ist durch die tatbestandliche Voraussetzung des Eintritts eines Vermögensnachteils eo ipso beschränkt, sodass § 283 Abs. 1 StGB auch dann keine Sperrwirkung in Richtung des § 266 StGB entfaltet, wenn es an der objektiven Bedingung der Strafbarkeit mangelt; vgl. *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 152.

Der Täterkreis ist bei der Untreue durch das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht eingegrenzt. Eine solche nach Maßgabe des Innenverhältnisses wesentliche Pflicht trifft die verantwortlichen Mitglieder einer juristischen Person, etwa den (faktischen) Geschäftsführer einer GmbH, den Vorstand einer Aktiengesellschaft, KGaA oder Genossenschaft oder eines Vereins,<sup>70</sup> auch den Liquidator und den Insolvenzverwalter.<sup>71</sup> Der reine Gesellschafter ist nur ausnahmsweise vermögensbetreuungspflichtig, wenn er seine Weisungsrechte dergestalt ausübt - so dominierend eingreift -, dass darin eine versteckte Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen gesehen werden kann.<sup>72</sup>

## b) Typische Fallkonstellationen

In der Praxis neigen die Organe von in wirtschaftlicher Schieflage befindlichen Unternehmen dazu, erhöhte Risiken einzugehen. Das so genannte Risikogeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass die Prognose des Eintritts einer Vermögensmehrung oder -minderung unsicher ist.<sup>73</sup> Innerhalb des Untreuetatbestandes stellt sich sowohl für die Missbrauchs- als auch für die Treubruchvariante die Frage der Pflichtwidrigkeit, die aus ex-ante Sicht zu beurteilen ist.<sup>74</sup> Pflichtwidrig handelt nach der Rechtsprechung, wer nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine äußerst gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten<sup>75</sup> bzw. wer die Grenzen des verkehrüblichen Risikos überschreitet.<sup>76</sup> Erklären sich die Vermögensinhaber, z.B. die Gesellschafter der GmbH, mit dem Risikogeschäft einverstanden, so entfällt grundsätzlich die Pflichtwidrigkeit. Das Einverständnis der Vermögensinhaber - und dies gilt nicht nur für das Risikogeschäft, sondern allgemein - steht der Untreuestrafbarkeit in Einzelfällen nicht entgegen. Insolvenzstrafrechtlich bedeutsam ist dabei die Konstellation, dass die Existenz der Gesellschaft durch das Geschäft gefährdet wird,<sup>77</sup> etwa wenn das Stammkapital unter Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften gemindert wird, vgl. § 30 f. GmbHG, das Grundkapital oder die gesetzlichen Rücklagen angegriffen werden, vgl. § 57 Abs. 1 AktG,<sup>78</sup> oder die für die Fortführung wesentlichen Assets veräußert werden.<sup>79</sup> Dies gilt auch für die Ein-Mann-GmbH und die Einpersonen-AG.<sup>80</sup> Auch hohe verdeckte Entnahmen/Gewinnausschüttungen sind - wie alle liquiditätsaushöhlenden Eingriffe<sup>81</sup> - im zeitlichen Zusammenhang mit einer Krise nicht nur steuerstrafrechtlich, sondern zugleich untreuerelevant. Weiterhin problematisch gestaltet sich die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen.<sup>82</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart ist durch das MoMiG die Strafbarkeit wegen Untreue grundsätzlich entfallen, es sei denn die Rückzahlung führt - für den Geschäftsführer erkennbar - zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder vertieft diese.<sup>83</sup> Ob sich diese Auffassung durchsetzen wird, ist fraglich.

<sup>70</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 266 Rn. 48; Saliger in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 15, jeweils m.w.N.

<sup>71</sup> Zum Insolvenzverwalter BGH, wistra 2002, 156, 157. Zu Beiden MüKo-StGB/Dierlamme, § 266 Rn. 108; Saliger in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 13.

<sup>72</sup> BGH, NStZ 1996, 540, 541 = wistra 1996, 344, 345; vgl. auch Saliger in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 87. Hier kann sich die Vermögensbetreuungspflicht auch aus der naheliegenden faktischen Geschäftsführung ergeben, was in der zitierten Entscheidung offengelassen wurde.

<sup>73</sup> Böttger/Brockhaus in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 3 Rn. 155; Schönte/Schröder/Perron, StGB, § 266 Rn. 20.

<sup>74</sup> OLG Karlsruhe, NJW 2006, 1682; Fischer, StGB, § 266 Rn. 68. Wesentlich ist dabei die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Ausführl. zur Pflichtwidrigkeit Böttger/Brockhaus in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 3 Rn. 34 ff.

<sup>75</sup> BGH, NStZ 1990, 437 (unter Verweis auf BGH, GA 1977, 342); StV 2004, 424, 425. Vgl. auch Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn. 159.

<sup>76</sup> BGH, wistra 1982, 148, 150; wistra 1985, 190 f.

<sup>77</sup> BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112, 113; BGHSt 49, 147, 158 = NStZ 2004, 559, 561; NStZ 2010, 89; LK-StGB/Schünemann, § 266 Rn. 126. Ausführlich zum Einverständnis Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, Rn. 674 ff. Die insoweit zentralen Entscheidungen bis 2007 sind dargestellt bei Volk/Thomas, MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 17 Rn. 56 ff.

<sup>78</sup> Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn. 88 f. m.w.N.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 153.

<sup>79</sup> Vgl. Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, Rn. 760.

<sup>80</sup> Zur juristischen Person als selbständiger Rechtspersönlichkeit mit eigenem Vermögen Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn. 82 ff.

<sup>81</sup> BGHSt 35, 339; NJW 2000, 155; ausführlich m.w.N. Fischer, StGB, § 266 Rn. 97.

<sup>82</sup> Vgl. BGH, NStZ 2009 153, 154 f. mit Anm. Bittmann wistra 2009, 102. Ausführl. zu der Problematik Fischer, StGB, § 266 Rn. 97a; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 154 f., die die Änderungen im GmbHG darstellen.

<sup>83</sup> OLG Stuttgart, StV 2010, 80 f. = wistra 2010, 34 ff.; vgl. auch Fischer, StGB, § 266 Rn. 97a; Lackner/Kühl, StGB, § 266 Rn. 20a.

Die Veräußerung der Gesellschaft an einen professionellen Firmenbestatter, regelmäßig mit dem Einsatz eines Strohmanns als neuem Geschäftsführer unter Einstellung des Geschäftsbetriebs mit dem Ziel, den Zugriff der Gläubiger auf den Alt-Geschäftsführer zu erschweren, ist nicht nur insolvenzverschleppungs-, sondern auch untreuerelevant.<sup>84</sup> Eine Untreuestrafbarkeit der Vorstände / Geschäftsführer der beherrschenden Gesellschafter kommt auch beim Cash-Pooling innerhalb des Konzerns in Betracht, wenn die Mittel - betriebswirtschaftlich nachvollziehbar - bei der Konzernmutter zusammengezogen werden, im Falle des Verlusts dieser Mittel die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre.<sup>85</sup>

## 2) § 263 StGB

### a) Insolvenzstrafrechtsspezifische Bedeutung

Die Entscheidungsträger eines in schwieriger wirtschaftlicher Lage befindlichen Unternehmens müssen nicht nur Risiko- und Krisenmanagement in besonderem Maße betreiben, sondern gleichsam prüfen, ob die aus abzuschließenden Rechtsgeschäften erwachsenden Pflichten erfüllt werden können. Es stellt sich ein gewisses Dilemma ein: erwirbt das Handelsunternehmen keine Ware, so wird es nicht handeln können. Kauft der Produzent keine Materialien, so wird er keine Güter fertigen können. Ohne Geschäftstätigkeit wird sich die wirtschaftliche Lage kaum bessern. Werden indes in einer wirtschaftlich schwierigen Situation Waren oder Materialien erworben, stellt sich die Frage eines etwaigen Eingehungsbetrugs. Der Eingehungsbetrag ist durch die täuschungsbedingte Übernahme einer Leistungsverpflichtung, die prognostisch nicht erfüllt werden können, gekennzeichnet.<sup>86</sup>

### Eingehungsbetrag

### b) Typische Fallkonstellationen

Nach der Rechtsprechung wird bei Abschluss eines Vertrags regelmäßig positiv konkludent (mit-) erklärt,<sup>87</sup> zum Fälligkeitszeitpunkt der eigenen Verpflichtung nachkommen zu können und zu wollen.<sup>88</sup> Da der Geschäftsführer i.d.R. den Vertrag nicht selbst schließt, sondern der Einkauf tätig wird, wird seine Täterstellung über die Täterschaft kraft Organisationsherrschaft begründet.<sup>89</sup> Der Entschluss, trotz wirtschaftlicher Schieflage weiter zu kontrahieren, verbindet die jeweiligen Rechtsgeschäfte der Mitarbeiter zu einer Tat des Verantwortlichen.<sup>90</sup> Legt der für das Unternehmen Handelnde die schwierige wirtschaftliche Lage gegenüber dem potentiellen Vertragspartner offen, täuscht er nicht.<sup>91</sup> Die bloße Hoffnung, später zahlungsfähig zu sein, steht der Täuschung (und dem entsprechenden Vorsatz) nicht entgegen.<sup>92</sup> Verfahrensrechtlich gestaltet sich der Nachweis der fehlenden Zahlungsfähigkeit in nicht völlig eindeutigen Fällen für Ermittlungsbehörden und Gericht schwierig, da vom Zeitpunkt der Hauptverhandlung aus auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückgeblenkt werden muss, von dem aus auf der Zeitschiene nach vorn zum Fälligkeitszeitpunkt hin unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gesamtsituation wieder vorausgeblenkt werden muss, letztlich also rückblickend eine Prognose erstellt werden muss.<sup>93</sup> Dies bietet

<sup>84</sup> LG Potsdam, wistra 193, 194.

<sup>85</sup> BGHSt 49, 147 (Bremer Vulkan); vgl. auch BGH, NJW 2009, 3666; zur Kritik die Nachweise bei Lackner/Kühl, StGB, § 266 Rn 20a. Ausführlich zur Untreueproblematik beim Cash-Pooling Fischer, StGB, § 266 Rn. 98; Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 727 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Kindhäuser, LPK-StGB, § 263 Rn. 196.

<sup>87</sup> Kein Unterlassen, also auch keine Garantenstellung erforderlich.

<sup>88</sup> BGHSt 15, 24 ff; 27, 293, 294 f.; BGH, NJW 1990, 2476; wistra 2005, 376f. = NSTZ-RR 2005, 311 f. = StraFo 2005, 387 f. = StV 2005, 553 f.

<sup>89</sup> BGH, NSTZ 1998, 568, 569; wistra 2010, 344 f. Ausführl. dazu Hebenstreit in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 48 Rn. 17.

<sup>90</sup> BGH, wistra 1998, 177.

<sup>91</sup> Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 786. Regelmäßig verschlechtern sich indes dadurch die Chancen auf einen Vertragsschluss.

<sup>92</sup> BGH, Beschl. v. 21.06.2007 - 5 StR 532/06 (Red. Leitsatz in StRR 2007, 242); Fischer, StGB, § 263 Rn. 180.

<sup>93</sup> Objektive Indikatoren zählen Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 789 auf: allgemeine Zahlungsmoral, Ausdehnung von Zahlungszielen, häufiger Wechsel von Bankverbindungen, Zahlungsrückstände, Zwangsvollstreckungen; vgl. die Indikatoren zum Vermögensschaden bei Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel Rn. 212.

Verteidigungschancen.<sup>94</sup> An der Folge der Täuschung, dem Irrtum, mangelt es, wenn der Vertragspartner trotz offener Rechnungen weiter liefert.<sup>95</sup>

Nach der Rechtsprechung liegt ein Vermögensschaden - regelmäßig in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung - beim Eingehungsbetrug vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Eingehen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit ergibt, dass der Betroffene durch den Vertrag wirtschaftlich schlechter gestellt ist, etwa, weil das Versprochene gegenüber der Leistung des Getäuschten minderwertig, oder, weil der Versprechende leistungsunfähig oder leistungsunwillig ist.<sup>96</sup> Ein Vermögensschaden kann bereits vor Fälligkeit eintreten, wenn die täuschungsbedingte Gefahr des Forderungsausfalls zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung so groß ist, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Wertminderung eingetreten ist.<sup>97</sup>

### 3) § 266a StGB

#### a) Allgemeines

§ 266a StGB enthält drei Tatbestandsgruppen: § 266a Abs. 1 StGB regelt die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber oder eine gleichgestellte Person und ist ein echtes Unterlassungsdelikt. § 266a Abs. 2 StGB stellt die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers durch den Arbeitgeber oder eine gleichgestellte Person unter Strafe, wobei dieses nur dann tatbestandsmäßig ist, wenn der Arbeitgeber entweder der für den Einzug zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Begehungsdelikt) oder die für den Einzug zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt (echtes Unterlassungsdelikt). § 266a Abs. 3 StGB regelt die strafbare Nichtabführung treuhänderisch einbehaltener Teile des Arbeitsentgelts bei Nichtunterrichtung des Arbeitnehmers (z.B. bei einer Lohnpfändung), ist in der Praxis aber von geringerer Bedeutung. Von einer entsprechenden Darstellung wird daher abgesehen. § 266a Abs. 4 StGB normiert im Wege der Regelbeispielsmethode eine Strafschärfung während Abs. 6 die Voraussetzungen enthält, unter denen das Gericht von Strafe absehen bzw. einen persönlichen Strafaufhebungsgrund annehmen kann.

§ 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB schützen nach hM das Interesse der Versichertengemeinschaft (Solidargemeinschaft) an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung.<sup>98</sup> Nicht geschützt ist dagegen das Vermögen des einzelnen Arbeitnehmers.<sup>99</sup> Dies ausschließlich schützt wiederum § 266a Abs. 3 StGB. § 266a StGB ist ferner Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, so dass viele einschlägigen Entscheidungen von den Zivilgerichten stammen.<sup>100</sup>

Es handelt sich bei § 266a StGB um ein (echtes) Sonderdelikt, da es für die Täterschaft grundsätzlich die Arbeitgeberbereienseigenschaft voraussetzt. Da bei einer juristischen Person regelmäßig die juristische Person als Arbeitgeber zu qualifizieren ist, sind taugliche Täter auch die für den Arbeitgeber i.S.d. § 14 StGB handelnden natürlichen Personen. Der Arbeitgeberbegriff des § 266a StGB ist akzessorisch zum Sozialrecht, da dieser an die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten (vgl. § 28e SGB IV) anknüpft.

#### Tatbestandsgruppen

<sup>94</sup> Dazu *Verjans* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 208.

<sup>95</sup> BGH, wistra 1988, 25, 26; wistra 1993, 224; StV 1999, 24.

<sup>96</sup> BGHSt 16, 220 ff.; 45, 1, 4 f.

<sup>97</sup> BGHSt 34, 394, 395; wistra 1995, 222, 223; BayObLG, NJW 1999, 663, 664.

<sup>98</sup> BGH, NStZ 2006, 227, 228; BVerfG NJW 2003, 961.

<sup>99</sup> *Fischer* StGB § 266a Rn. 2; OLG Köln, NStZ-RR 2003, 212, 213 m.w.N.; a.A. *Tag* in: NK-StGB, § 266a Rn. 8.

<sup>100</sup> BGH NJW 1997, 130, 131 m.w.N.; *Fischer* StGB § 266a Rn. 2.

## b) Objektiver Tatbestand

### aa) Vorenthalten von fälligen Arbeitnehmerbeiträgen

#### (1) Vorenthalten

Abs. 1 stellt das *Vorenthalten* von nach § 23 Abs. 1 SGB IV fälligen *Arbeitnehmerbeiträgen* zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung gegenüber der Einzugsstelle (§ 28h SGB IV) durch den Arbeitgeber unter Strafe. Was vorenthaltene Beiträge sind, ist nach dem materiellen Sozialversicherungsrecht zu bestimmen. Erfolgt beispielsweise eine untertarifliche Bezahlung, so ist daher das tariflich dem Arbeitnehmer zustehende Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage anzusetzen. Nicht vom Wortlaut erfasst sind nach § 24 SGB IV zu zahlende Säumniszuschläge.<sup>101</sup> Die Strafbarkeit ist aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt auch tatsächlich gezahlt wird. Ungeklärt ist bislang noch, ob ein Vorenthalten auch dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber selbst zwar nicht leistet, die Zahlung aber durch Dritte erfolgt.<sup>102</sup>

Der Arbeitgeber enthält Arbeitnehmeranteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag vor, wenn er es vollständig oder teilweise unterlässt, diese bei Fälligkeit an die zuständige Einzugsstelle abzuführen.<sup>103</sup> Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag sind gem. § 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV die Krankenkassen.

In der Krise stellen sich regelmäßig zwei Fragen: Lag Fälligkeit vor? War die Erfüllung seiner Handlungspflicht dem Arbeitgeber möglich und zumutbar?

#### (2) Fälligkeit der Beiträge

Die Fälligkeit bestimmt sich nach § 23 SGB IV. Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1, 2 SGB IV werden laufende Beiträge entsprechend den Regelungen der Satzung der Krankenkasse und den Entscheidungen des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen fällig. Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt oder dem Arbeitseinkommen zu bemessen sind, sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag bestimmt § 3 BVV (Beitragsverfahrensverordnung), dass als Tag der Zahlung anzusehen ist

- bei Barzahlung der Tag des Geldeingangs,
- bei Zahlung durch Scheck, bei Überweisung oder bei Einzahlung auf ein Konto der Einzugsstelle der Tag der Wertstellung zugunsten der Einzugsstelle, bei rückwirkender Wertstellung das Datum des elektronischen Kontoauszuges des Geldinstituts der Einzugsstelle,
- bei Vorliegen einer Einzugsermächtigung der Tag der Fälligkeit.

Eine Stundung durch die Einzugsstelle schiebt die Fälligkeit hinaus, dadurch wird bereits der Tatbestand des § 266a StGB ausgeschlossen. Befindet sich das Unternehmen nicht in Insolvenznähe, geht es ihm also wirtschaftlich gut, kann nur angeraten werden, der Einzugsstelle eine Einzugsermächtigung zu erteilen, damit die Verantwortlichkeit für die rechtzeitige Beitragszahlung auf die Einzugsstelle abgewälzt wird.

Wird weniger als der geschuldete Gesamtversicherungsanteil bezahlt, so gilt § 4 Beitragsverfahrensverordnung vom 3.5.2006 (BVV). Danach sind ohne eine ausdrückliche Bestimmung des Arbeitgebers, dass vorrangig die Arbeitnehmeranteile getilgt werden sollen, die Zahlungen des Arbeitgebers anteilmäßig auf die fälligen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge anzurechnen.<sup>104</sup>

#### (3) Möglichkeit der Handlungspflicht – Sonderproblem Pflichtenkollision

Die Erfüllung seiner Handlungspflicht muss dem Arbeitgeber aber auch grundsätzlich möglich sein. Dies folgt daraus, dass es sich bei § 266a Abs. 1 StGB um ein echtes Unterlassungs-

<sup>101</sup> BGH, NJW 2008, 719.

<sup>102</sup> Vgl. bejahend Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn. 7; dagegen mit guten Argumenten Rönna/Kirch-Heim, wistra 2005, 321, 323

<sup>103</sup> BGH, NStZ 2001, 91, 92; BGH, NJW 1992, 177, 178.

<sup>104</sup> BGH, NJW 1998, 1484; Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn 6 m.w.N.

### Neue Argumente gegen Pflichtenkollision

delikt handelt.<sup>105</sup> Das bedeutet, dass tatsächliche (z.B. Krankheit) oder rechtliche (z.B. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens) Unmöglichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit einer Strafbarkeit entgegenstehen. Eine Unmöglichkeit in diesem Sinne liegt insbesondere vor, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig ist.<sup>106</sup> Aber Vorsicht: Der Tatbestand kann auch dadurch verwirklicht werden, dass der Arbeitgeber zwar zum konkreten Fälligkeitstag zahlungsunfähig ist, aber ein die Zahlungsunfähigkeit verursachendes vorwerfbares Verhalten vorgelagert ist. Dies meint insbesondere die Fälle, bei denen das Vorverhalten per se pflichtwidrig ist, z.B. das Beiseiteschaffen der Gelder, überzogene Entnahmen oder inkongruente Befriedigung anderer Gläubiger.<sup>107</sup>

Da aber nach der Rechtsprechung die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile aufgrund der Strafbewehrung anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten grundsätzlich gesetzlich vorgeht, wird der Arbeitgeber auch verantwortlich gemacht, wenn er durch die kongruente Erfüllung anderer zivilrechtlicher Verbindlichkeiten (auch Lohnansprüche) bei Liquiditätsengpässen die Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.<sup>108</sup> Diese (strafgerichtliche) Rechtsprechung erhält seit der neuen Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen zur Problematik der Pflichtenkollision des Geschäftsführers „Rückenwind“. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen führt das Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung im Stadium der Insolvenzreife einer GmbH grundsätzlich zu einem Schadensersatzanspruch der Einzugsstelle gegen den Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB, wenn dieser an weitere Gesellschaftsgläubiger trotz der Insolvenzreife Zahlungen geleistet hat, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar waren.<sup>109</sup> In einem solchen Fall konnte sich der Geschäftsführer schon nach der früheren und kann er sich auch nach der neueren Rechtsprechung nicht auf eine Pflichtenkollision berufen.<sup>110</sup> Denn diese ist zwischenzeitlich aufgelöst worden. So wurde stets eingewandt, es bestehe der Interessenkonflikt zwischen der Befolgung der Massesicherungspflicht aus § 64 S. 1 GmbHG und der Erfüllung der steuerlichen bzw. sozialversicherungsrechtlichen Abführungspflicht grundsätzlich fort, sodass Zahlungen an den Sozialversicherungsträger unter Hinweis auf die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG nicht geleistet worden sind. Dem ist der BGH in einem aktuellen Urteil vom 25.01.2011 entgegengetreten. Der BGH führt im Wesentlichen aus, dass es mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sei, nach Eintritt der Insolvenzreife fällige Umsatzsteuer und Umsatzsteuervorauszahlungen bzw. Lohnsteuer an das Finanzamt abzuführen. Tue er dies nämlich nicht, begeht er nach ständiger Rechtsprechung eine mit Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit nach § 26b UStG oder § 380 AO i.V.m. § 41 a Abs.1 S.1, § 38 Abs. 3 S.1 EStG und setzt sich gleichzeitig der persönlichen Haftung nach §§ 69, 34 Abs.1 AO aus.<sup>111</sup> Die daraus resultierende Problematik hat den Senat bewogen, in konsequenter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung die Zahlung von Umsatz- oder Lohnsteuer im Zeitpunkt der Insolvenzreife als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar anzusehen. Eine Pflichtenkollision besteht daher nicht mehr. Für die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge gilt das zuvor Gesagte entsprechend.

#### (4) Sonderproblem: Vorverlagerung der Strafbarkeit

Der Arbeitgeber hat durch *geeignete Sicherungsvorkehrungen* dafür zu sorgen, dass er die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile am Fälligkeitstag erfüllen kann.<sup>112</sup> Deshalb macht sich nach § 266a Abs. 1 StGB auch strafbar, wer zwar zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leistungsfähig ist, es aber bei Anzeichen von *Liquiditätsproblemen* unterlassen hat, geeignete und angemessene Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen, und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass diese später nicht mehr erbracht werden können.<sup>113</sup>

<sup>105</sup> BGH, NJW 2002, 2480, 2482; Fischer, StGB § 266a, Rn. 14 m.w.N.

<sup>106</sup> BGH, NJW 2002, 2480, 2481; BGH, NJW 2002, 1122, 1123; Überblick bei Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn. 10.

<sup>107</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 15a; Schönke/Schröder/Perron, StGB, § 266a, Rn. 10 m.w.N.

<sup>108</sup> Kritisch hierzu nur Fischer, StGB, § 266a Rn. 17a.

<sup>109</sup> BGH, Beschluss vom 18. 1. 2010 - II ZA 4/09

<sup>110</sup> BGH, Beschluss vom 18. 1. 2010 - II ZA 4/09

<sup>111</sup> BGH, Urt. v. 25.01.2011, II ZR 196/09.

<sup>112</sup> BGHSt 47, 318, 321 = BGH NJW 2002, 2480, 2482

<sup>113</sup> BGHSt 47, 318, 321 = BGH NJW 2002, 2480, 2482

**bb) Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen**

Der erst 2004 eingeführte § 266a Abs. 2 StGB stellt erstmals das Vorenthalten von fälligen Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung gegenüber der Einzugsstelle durch den Arbeitgeber unter Strafe. Die Strafbarkeit ist aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ebenfalls unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird.

Allerdings setzt der Tatbestand – anders als beim Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen – nicht lediglich die Nichtzahlung der eigenen Schuld voraus. Hinzukommen muss eine der in Nr. 1 oder Nr. 2 – entsprechend § 370 AO – beschriebenen Tathandlungen, also Erteilung unrichtiger bzw. unvollständiger Angaben über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen gegenüber der Einzugsstelle (Nr. 1) oder pflichtwidriges in Unkenntnis lassen der Einzugsstelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen (Nr. 2).

Bei der Tathandlung nach Abs. 2 Nr. 1 handelt es sich um ein Begehungsdelikt sowie um ein Erfolgsdelikt.<sup>114</sup> Der Tatsachenbegriff entspricht dem des § 263 StGB.<sup>115</sup> Sozialversicherungsrechtlich erheblich sind alle Tatsachen, die Grund und/oder Höhe des Sozialversicherungsbeitrags beeinflussen können. Darunter fallen u.a. Mitteilung über Beginn, Dauer und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses oder Höhe des Entgelts. Unrichtig sind Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen; unvollständig, wenn die erklärten Tatsachen an sich richtig sind, die Erklärung wegen des Weglassens ebenfalls relevanter Tatsachen die sozialversicherungsrechtlich relevanten Verhältnisse aber doch nicht zutreffend wiedergeben.<sup>116</sup>

Bei der Tathandlung nach Abs. 2 Nr. 2 handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt.<sup>117</sup> Grundsätzlich gilt auch hier die allgemeine Regel, dass bei einem echten Unterlassungsdelikt dem Täter die Pflichterfüllung möglich sein muss. Dieses Erfordernis bezieht sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung aber nur auf die Erfüllung der in § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB normierten Meldepflichten.<sup>118</sup>

**c) Subjektiver Tatbestand**

§ 266a Abs. 1 bis 3 StGB setzen Vorsatz voraus, wobei bedingter Vorsatz genügt.<sup>119</sup> Es ist das Bewusstsein und der Wille erforderlich aber auch ausreichend, die Abführung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen.<sup>120</sup>

**d) Versuch, Voll- und Beendigung**

Der Versuch ist straflos. Vollendung liegt in den Fällen des Abs. 1 und 2 vor, wenn die Beiträge zur Sozialversicherung und Arbeitsförderung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht an die zuständige Stelle abgeführt worden sind. Eine spätere Nachentrichtung ist – außer in den Fällen des Abs. 6 S. 2 – nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Beendet ist die Tat hingegen, sobald die Pflicht zum Handeln entfällt.<sup>121</sup> Da die Beitragsabführungspflicht über den Vollendungszeitpunkt hinaus besteht und erst 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind, verjährt (§ 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV), sind die Taten der Abs. 1 und 2 dann auch noch nicht beendet, so dass auch die an die Beendigung anknüpfende Verjährung gem. § 78a StGB noch nicht beginnen kann. Die Verjährung kann jedoch im Einzelfall vor der zivilrechtlichen (dreißigjährigen) Verjährung eintreten, insbesondere wenn über das Vermögen der Beitragsschuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.<sup>122</sup>

<sup>114</sup> BGH, NJW 2011, 3047.

<sup>115</sup> MüKo, StGB/Radtke, StGB, § 266a Rn. 51.

<sup>116</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn. 12.

<sup>117</sup> BGH, NJW 2011, 3047; Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn. 12.

<sup>118</sup> BGH, NJW 2011, 3047, 3048.

<sup>119</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 266a Rn. 16.

<sup>120</sup> BGH, NJW 1992, 177, 178.

<sup>121</sup> MüKo-StGB/Radtke, StGB, § 266a Rn. 76.

<sup>122</sup> OLG Dresden, NStZ 2011, 163.

**e) Absehen von Strafe**

Nach § 266a Abs. 6 S. 1 StGB kann das Gericht in den Fällen der Abs. 1 und 2 nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Bestrafung absehen, wenn der Täter ähnlich einer „Selbstanzeige“ zum Fälligkeitszeitpunkt oder unverzüglich danach der Einzugsstelle schriftlich die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und die Unmöglichkeit fristgerechter Zahlung trotz ernsthaften Bemühens darlegt. Das ist bemerkenswert, wo doch die Unmöglichkeit (siehe oben) gerade den Tatbestand ausschließt. Insofern können nur die Fälle des pflichtwidrigen Vorverhaltens gemeint sein, d.h. es gab aus Sicht des Arbeitgebers Gründe für die – nach damaliger Einschätzung des Täters nur vorübergehende – Unmöglichkeit fristgerechter Zahlung. Dies kann u.a. der Fall sein, wenn der Täter aus finanzieller Bedrängnis heraus die vorhandenen liquiden Mittel für die kongruente Erfüllung anderer (nachrangiger) Verbindlichkeiten verwendet, um den Betrieb und Arbeitsplätze zu retten.<sup>123</sup>

**f) Praxisfall: Liquiditätsschöpfung**

Entscheidet sich der Geschäftsführer aber bewusst für den Weg in das Insolvenzverfahren und will er auf der einen Seite eine Strafbarkeit vermeiden, gleichzeitig aber noch hinreichend Liquidität für das Insolvenzeröffnungsverfahren schöpfen, muss das gezielt vorbereitet werden.

Beispiel:

Es ist der 15.01.2012. Eine GmbH zahlt monatlich Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 50.000,- (AN+AG-Anteile). Die Beiträge werden am 27.01.2012, 27.02.2012 und 28.03.2012 fällig. Das Unternehmen ist drohend zahlungsunfähig, da nach der Planung per heute absehbar ist, dass es die fälligen Verbindlichkeiten spätestens zum 15.04.2012 nicht mehr begleichen kann. Der Geschäftsführer möchte sich aber ohnehin in einem Insolvenzverfahren entschulden. Er kann die grundsätzlich abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge – jedenfalls teilweise – „liquiditätswirksam“ einplanen. Zunächst widerruft er sofort die Einzugsermächtigung gegenüber der Einzugsstelle. Er meldet ordnungsgemäß sämtliche Beiträge zur Sozialversicherung. Die fälligen Beiträge zum 27.01.2012 und 27.02.2012 zahlt er aber nur hälftig, und zwar mit konkreter Tilgungsbestimmung auf die (strafbewehrten) Arbeitnehmerbeiträge. Den Insolvenzantrag stellt er am 27.03.2012. Unterstellt, es wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt eingesetzt, so meldet er am 28.03.2012 wiederum ordnungsgemäß die Beiträge. Die Beitragshöhe teilt er dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit und bittet ihn um Zustimmung zur Abführung der Beträge. Diese wird er verweigern, da er Insolvenzforderungen nicht begleichen darf. Der Geschäftsführer hat also insgesamt € 100.000,- „gespart“ und sich gleichzeitig nicht strafbar gemacht. In den Monaten Januar und Februar hat er die strafbewehrten Arbeitnehmerbeiträge abgeführt. Die Zahlung für den Märzbeitrag war ihm zum Fälligkeitszeitpunkt unmöglich.

**4) § 370 AO**

Ebenso typisch wie die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen sind in Krisensituationen Steuerstraftaten gemäß §§ 370ff. AO, vor allem die Steuerhinterziehung. Häufig wird Lohnsteuer nicht mehr abgeführt. Ebenso werden im Zeitraum kurz vor Insolvenzantragstellung oftmals Umsatzsteuervoranmeldungen nicht oder nicht mehr pünktlich abgegeben. Die Nichtabgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen erfüllt bereits den Tatbestand der vollendeten Steuerhinterziehung. Auf die Frage der Entrichtung der geschuldeten Umsatzsteuer und damit auf die Frage, ob eine Zahlung überhaupt noch möglich ist, kommt es dabei nicht an. Wenn die Abgabefrist versäumt und damit der Straftatbestand bereits verwirklicht ist, kann Straffreiheit nur noch durch eine Selbstanzeige herbeigeführt werden. Da die Straffreiheit aber nur dann eintritt, wenn die Steuer innerhalb einer von der Finanzverwaltung gesetzten Frist nachgezahlt wird (was durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht erfolgen wird!), führt die Selbstanzeige bei dem insolventen Täter, dem die entsprechende Mittel fehlen, überhaupt nicht zum gewünschten Erfolg. Für die Strafzumessung oder die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit nach § 398 AO oder §§ 153, 153a StPO kann dies jedoch durchaus von Bedeutung sein. Nachfolgend soll nur die Steuerhinterziehung

*Häufig keine rechtzeitige  
Erklärung der Steuer*

<sup>123</sup> Schönke/Schröder/Perron, StGB, § 266a Rn. 23.

behandelt werden. Die weiteren Steuerstraftaten (etwa Bannbruch, Schmuggel etc.) sind keine insolvenzspezifischen Delikte.

#### a) Allgemeines

§ 370 Abs. 1 AO statuiert, welches Tun oder Unterlassen den Grundtatbestand der Hinterziehung erfüllt. Die Tathandlungen bestehen darin, dass den zuständigen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht werden (Nr. 1) oder dass diese Behörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen werden (Nr. 2). Die Versuchsstrafbarkeit regelt Abs. 2. Abs. 3 enthält eine erhöhte Strafdrohung für besonders schwere Fälle. Geschütztes Rechtsgut ist das öffentliche Interesse am rechtzeitigen und vollständigen Aufkommen jeder einzelnen Steuerart.<sup>124</sup> Bezeichnenderweise ist § 370 AO kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>125</sup> Auch ist die Steuerhinterziehung keine die Restschuldbefreiung ausschließende unerlaubte Handlung nach § 302 Nr. 1 InsO.<sup>126</sup> Das bedeutet auch der Steuerhinterzieher kann unter Umständen Restschuldbefreiung erlangen. Hier ist nur darauf zu achten, wann der Antrag auf Durchführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens gestellt wird. Denn die Finanzverwaltung macht sich immer häufiger den Versagungsgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu Nutze. Danach ist die Restschuldbefreiung zu versagen, wenn dies ein Insolvenzgläubiger im Schlusstermin beantragt, und wenn der Schuldner in den letzten drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorsätzlich oder grob fahrlässig schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat, um Leistungen an öffentliche Kassen zu vermeiden. Die Abgabe einer unrichtigen oder unvollständigen Steuererklärung ist ein entsprechender Unterfall.<sup>127</sup> § 370 AO ist eine Blankettstrafnorm und enthält zudem normative Tatbestandsmerkmale, d.h. die Merkmale „steuerlich erhebliche Tatsachen“ und „Steuern verkürzt“ werden im Einzelnen durch die Vorschriften der Einzelsteuergesetze bestimmt. Der Unterschied eines Blankettstrafatbestandes gegenüber anderen Straftatbeständen besteht darin, dass die Blankettnorm nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst enthält. Erst Blankettstrafgesetz plus blankettausfüllende Norm ergibt die maßgebliche Strafvorschrift.

#### b) Tatbestand

##### aa) Steuern

§ 370 AO ist anwendbar auf Steuern nach § 3 AO. Dazu gehört auch der Solidaritätszuschlag. Keine Steuern sind die in § 3 Abs. 4 AO aufgeführten steuerlichen Nebenleistungen. Sie können daher auch nicht im Sinne des § 370 AO „verkürzt“ werden.

##### bb) Tathandlung durch Tun

Als Täter durch aktives Tun kommt jeder in Betracht, der in der Lage ist, auf die Festsetzung, Erhebung und Vollstreckung der geschuldeten Steuer einzuwirken (Jedermannsdelikt).<sup>128</sup> Dies betrifft insbesondere die Mitteilung unrichtiger oder unvollständiger Angaben gegenüber den Finanzbehörden in Anträgen, Auskünften, Anzeigen oder sonstigen Äußerungen. Zu den Steuererklärungen gehören auch die Steueranmeldungen, also die Steuererklärungen, in denen der Steuerpflichtige seine Steuern selbst berechnen muss (vgl. 150 Abs. 1 S. 3 AO), so z.B. die Umsatzsteuervoranmeldung, die – sofern keine Dauerfristverlängerung gewährt wurde – monatlich abzugeben ist.

##### cc) Tathandlung durch Unterlassen

Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen kann dagegen nach hM nur derjenige sein, den eine besondere Pflicht zur Aufklärung der Finanzbehörden trifft.<sup>129</sup> Klassiker ist die Nichtabgabe einer Steuererklärung trotz Verpflichtung. Ob eine Verpflichtung besteht, ist

<sup>124</sup> BGH, wistra 1989, 226; BayObLG, NStZ 1981, 147.

<sup>125</sup> BFH, wistra 08, 477; BStBl 97, 308.

<sup>126</sup> BFH, Urt. v. 19.08.2008 - VII R 6/07 (FG Hamburg).

<sup>127</sup> BGH, NZI 2006, 249; BGH, NZI 2003, 449.

<sup>128</sup> FGJ/Joeks, § 370 AO Rn. 19 m.w.N.

<sup>129</sup> BGH, wistra 1987, 147; 2003, 100, 102; 2003, 344, 345.

regelmäßig den Einzelsteuergesetzen zu entnehmen. So sehen u.a. § 141 S. 1 AO i.V.m § 18 Abs. 1, S. 1 UStG eine Pflicht zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldung vor. Die Pflicht zur Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung ist in § 149 Abs. 1, S. 1 i.V.m. § 18 Abs. 3, S. 1 UStG geregelt.

#### dd) Steuerverkürzung

Eine Steuerverkürzung liegt nach § 370 Abs. 4 AO vor, wenn die Steuern nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Dabei ist zu prüfen, ob die Ist-Steuer von der Soll-Steuer abweicht. Dabei muss die Steuer, die aufgrund unwahrer Tatsachen festgesetzt wurde, mit derjenigen Steuer verglichen werden, die zu erheben gewesen wäre, wenn die der Wahrheit entsprechenden Angaben zu Grunde gelegt worden wären. Die nicht rechtzeitige Festsetzung ist allerdings der häufigste Fall in Krisensituationen.

#### ee) Erlangung nichtgerechtfertigter Steuervorteil

Die weitere Alternative ist die Erlangung nicht gerechtfertigter Steuervorteile. Da jeder Verkürzung von Steuereinnahmen zum Nachteil des anspruchsberechtigten Steuergläubigers ein ungerechtfertigter Vorteil des Steuerpflichtigen gegenübersteht, kann der Begriff „Steuervorteil“ nur besondere Vorteile kennzeichnen. Aber auch in diesem beschränkten Sinne bereitet eine Begriffsbestimmung wegen der mangelhaften Begriffsdisziplin des Gesetzes erhebliche Schwierigkeiten und soll auch nicht näher problematisiert werden, zumal in der Regel die Tatbestandsalternative der Steuerverkürzung in Insolvenzfällen vorliegt.

#### c) Subjektiver Tatbestand

Eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung setzt vorsätzliches Fehlverhalten voraus. Vorsatz ist kurzgesprochen das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Ausreichend ist Eventualvorsatz hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestands. Bedingt vorsätzlich in diesem Sinne handelt, wer den Eintritt einer Steuerverkürzung und das Vorliegen der übrigen Merkmale des Tatbestands konkret für möglich hält und den Erfolgseintritt billigt oder sich mit ihm abfindet. Besondere Probleme bereitet bei der Steuerhinterziehung regelmäßig die Frage, ob der Täter ausreichende Kenntnis von der steuerlichen Rechtslage hatte. Der Täter einer Steuerverkürzung muss den angegriffenen Steueranspruch kennen. Von bestimmender Bedeutung hierfür ist die Schwierigkeit der zu beurteilenden steuerlichen Frage. Daneben kann es u.a. auf das Alter, das Ausbildungsniveau oder die Herkunft des Steuerpflichtigen ankommen.<sup>130</sup> Es kann auch von Bedeutung sein, ob und inwieweit eine steuerliche Fragestellung zum Zeitpunkt der Abgabe der Steuererklärung in den allgemeinen Medien diskutiert und publik gemacht wurde.<sup>131</sup>

#### 5) §§ 26b, 26c UStG

Die in den §§ 26b und c UStG enthaltenen Delikte sind im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen bislang (noch) nicht in den Fokus der Finanzverwaltung geraten, haben für die Praxis aber durchaus erhebliche Bedeutung. Denn selbst wenn der Unternehmer seine Umsatzsteuervoranmeldung rechtzeitig abgibt – und so die Strafbarkeit einer Steuerhinterziehung vermeidet – so ist nicht ausgeschlossen, dass er sich – wenn zwar eine Anmeldung erfolgt, eine Zahlung unterbleibt – eine Steuerordnungswidrigkeit begeht.

#### a) Allgemeines

§ 26b UStG ist durch das Gesetz zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen bei der Umsatzsteuer und zur Änderung anderer Gesetze (Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz – StVBG, BGBl I 01, 3922 = BStBl I 02, 32) neu eingeführt worden. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Sanktionsnorm der Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs speziell in Form der Umsatzsteuerkarussellgeschäfte dienen. Hierzu wird im Einzelnen in der BT-Drucksache 14/7471 u.a. ausgeführt:

*„Das Umsatzsteueraufkommen ist in diesen Fällen derzeit nicht ausreichend geschützt. Wird die Umsatzsteuer in der Rechnung i.S.v. § 14 ausgewiesen und ordnungsgemäß den Finanzbehörden*

<sup>130</sup> FG Nürnberg, Urt. v. 21. 10. 2002 – IV 278/2002, Stbg. 2003, 288 zur Vermögensteuer.

<sup>131</sup> BGH, Beschl. v. 24. 10. 2002 – 5 StR 600/01, BGHSt 48, 52 = wistra 2003, 100, 106.

*den gegenüber erklärt, gleichwohl aber vorsätzlich nicht entrichtet, ist eine Ahndung als Steuerordnungswidrigkeit derzeit nicht möglich. Verwaltungsrechtliche oder andere Maßnahmen bestehen nicht, um insbesondere den als Rechnungsaussteller auftretenden sog. „missing-trader“ wirksam das Handwerk legen zu können. Mit § 26b kann dies erstmals gelingen.“*

## b) Tatbestand

### aa) Objektiver Tatbestand

§ 26b Abs. 1 UStG sieht vor, dass derjenige ordnungswidrig handelt, wer die in einer Rechnung im Sinne von § 14 UStG ausgewiesene Umsatzsteuer zu einem in § 18 Abs. 1 Satz 3 oder Abs. 4 Satz 1 oder 2 UStG genannten Fälligkeitszeitpunkt nicht oder nicht vollständig entrichtet. Es kommt also nur auf die Nichtentrichtung der Steuer an. Eine Beschränkung auf die Umsatzsteuerkarussellgeschäfte ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Die Vorschrift gilt praktisch in jedem Krisenstadium und insbesondere im vorläufigen Insolvenzverfahren. Anders als bei der Steuerhinterziehung existiert bei der Ordnungswidrigkeit nicht die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige.

### bb) Subjektiver Tatbestand

Die Vorschrift sanktioniert ihrem Wortlaut nach sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Begehungsweise. Die Gesetzesbegründung selbst spricht nur von einer vorsätzlichen Begehungsweise („gleichwohl vorsätzlich nicht entrichtet“), sodass eine Beschränkung auf die vorsätzliche Begehungsweise unter gewissen Einschränkungen sachgerecht erscheint. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des oben Gesagten, nämlich dass § 26b UStG grundsätzlich die Bekämpfung der Karussellgeschäfte beabsichtigt. Die Karussellgeschäfte sind gerade von der Absicht des Rechnungsausstellers („missing-trader“) geprägt, die in der Rechnung ausgewiesene USt nicht abzuführen. Insoweit ist nicht ersichtlich, wie § 26b UStG sowohl vom Sinn und Zweck der Vorschrift als auch mit Rücksicht auf den Gesetzgebungsprozess die Finanzverwaltung berechtigen soll, jede fahrlässige Nichtabführung von Umsatzsteuer als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen.

### c) Neue Probleme seit dem 01.03.2012?

Es stellt sich die Frage, ob § 26b UStG mit der Neuregelung der Insolvenzordnung ebenfalls aus seinem „Dornröschenschlaf“ geweckt und als Instrumentarium der Finanzverwaltung genutzt wird, wenn Umsatzsteuer im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung (Insolvenzeröffnungsverfahren) nicht rechtzeitig abgeführt wird und die Finanzverwaltung mit Steuerforderungen (egal welcher Art!) im Insolvenzverfahren ausfällt. Insoweit könnte sich § 26b UStG als Druckmittel der Finanzverwaltung herausstellen, um sich Sondervorteile einräumen zu lassen.

### aa) In-Kraft-Treten des ESUG

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) ist seit dem 01.03. 2012 in Kraft. Das erklärte Ziel des Gesetzes ist die Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch die Stärkung des Gläubigereinflusses bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, die Optimierung des Insolvenzplanverfahrens und der Eigenverwaltung sowie die Einführung eines vorinsolvenzlichen Moratoriums (Schutzschirmverfahren).

### bb) Das Schutzschirmverfahren

Mit dem § 270b InsO wird dem Schuldner im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt (Schutzschirmverfahren).<sup>132</sup> Wenn lediglich eine Überschuldung oder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, der Schuldner aber nicht zahlungsunfähig ist, kann er mit dem Verfahren nach § 270b InsO Planungs- und Rechtssicherheit erhalten. Er hat die Chance, im Schutz eines besonderen Verfahrens in Eigenverwaltung, einen Sanierungsplan zu erarbeiten, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden soll. Mit der Entscheidung über die Anordnung des Schutzschirmverfahrens bestimmt das Gericht gem. §§ 270b Abs. 2 Satz 1, 270a Abs. 1

*Neu: vorläufiger Sachwalter*

<sup>132</sup> Zum Schutzschirmverfahren instruktiv *Buchalik, ZInsO 9/2012, S. 349 ff.*

### Steuerverbindlichkeiten nach Eröffnung nicht mehr Masseverbindlichkeiten

Satz 2 InsO gleichzeitig einen vorläufigen Sachwalter. Neben die bisher bekannten und möglichen Akteuren im Eröffnungsverfahren – vorläufiger „starker“, „schwacher“ oder „halbstarker“ Insolvenzverwalter – tritt nunmehr noch zusätzlich ein vorläufiger Sachwalter. Für den Schuldner war es – mit Blick auf § 26b UStG - bisher günstig, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt eingesetzt wurde. Er ist nicht Vermögensverwalter i.S.d. § 34 Abs. 3 AO und hat die steuerlichen Pflichten des Schuldners nicht zu erfüllen. Steuerforderungen, die auf das Handeln dieses vorläufigen Insolvenzverwalters oder des Schuldners vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgehen, waren grundsätzlich Insolvenzforderungen. Der Schuldner bleibt verfügungsberechtigt und hat daher die steuerlichen Pflichten zu erfüllen.<sup>133</sup> Die Umsatzsteuervoranmeldungen hat er also regelmäßig erstellt. Der Abführung der Steuer hat der vorläufige Verwalter seine Zustimmung nicht erteilt, sodass eine Ordnungswidrigkeit des Schuldners ausgeschlossen war.

Für die Finanzverwaltung ist das seit der Einführung des § 55 Abs. 4 InsO durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 vom 09.12.2010 auch unproblematisch. Denn § 55 Abs. 4 InsO statuiert, dass Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit gelten. Die Neuregelung wurde in erster Linie aus fiskalischen Gründen eingefügt.<sup>134</sup> Mit in-Kraft-Treten des ESUG und der Änderungen der InsO gibt es nunmehr – wie dargelegt – auch einen vorläufigen Sachwalter. Dieser ist explizit nicht in § 55 Abs. 4 InsO genannt. Wenn also der Schuldner in der vorläufigen Eigenverwaltung unter dem Schutzschirm und lediglich unter Aufsicht des vorläufigen Sachwalters agiert, begründet weder ein *vorläufiger Insolvenzverwalter* noch *der Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters* Steuerverbindlichkeiten. Eine analoge Anwendung des § 55 Abs. 4 InsO kommt u.E. nicht in Betracht. Die Finanzverwaltung wäre dann hinsichtlich ihrer Steuerforderung auf die Anmeldung zur Tabelle verwiesen, weil es sich um eine Insolvenzforderung handelt.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Finanzverwaltung dann an den Geschäftsführer hält. Die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters als Aufsichtsperson ändert zum einen nichts an den steuerlichen Pflichten des Schuldners. Zum anderen kann er sich nicht exkulpieren, da es einer Zustimmung des Sachwalters für gewöhnliche Geschäfte des Unternehmens nicht bedarf. Der Einwand, man habe die Umsatzsteuer nicht fristgerecht abführen können, geht ins Leere. Hier wird der Schuldner noch mehr als bisher aufpassen müssen, dass in der Krise die steuerlichen Pflichten erfüllt werden, um eine Ordnungswidrigkeitenhaftung zu vermeiden.

## 6) Weitere relevante Straftatbestände

Als weitere im Zusammenhang mit Insolvenzen relevante Tatbestände sind der Vollständigkeit halber § 264 StGB (Subventionsbetrug), § 265 StGB (Versicherungsmisbrauch), § 265b (Kreditbetrug), § 288 StGB (Vereitelung der Zwangsvollstreckung), § 289 StGB (Pfandkehr), § 156 StGB (Falsche Versicherung an Eides statt) und strafbewehrte registerrechtliche Verstöße gegen AktG, GmbHG und GenG zu nennen.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Schlesw-Holst FG, EFG 2004, 1023.

<sup>134</sup> Jungclaus/Keller, NZI 2010, 808, 809.

<sup>135</sup> Ausführliche Darstellung bei Knierim/Smok in: Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, Rn. 820 ff.

## Entscheidungsanmerkungen

### Strafverfahrensrecht

---

Rechtsanwalt Alexander Sättele, Berlin

# Zur Inbegriffsrüge bei fehlerhafter Anordnung und fehlerhaftem Abschluss des Selbstleseverfahrens – ein kurzer Beitrag zu BGH NJW 2010, 3382

Die Beweisaufnahme in Wirtschaftsstrafsachen wird zumeist von Urkunden dominiert. Fast zwangsläufig kommt dem sog. Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO in diesen Verfahren deshalb besondere Bedeutung zu<sup>1</sup>, wobei es jedoch erhebliche regionale Unterschiede zu geben scheint. Während eine Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Berlin 2009 in einem Umfangsverfahren sämtliche 300 in der Anklageschrift aufgeführten Urkunden auf diesem Weg zum Gegenstand der Beweisaufnahme machte, wird in Bremen von der Durchführung des Selbstleseverfahrens weitgehend abgesehen, weil der Justizhaushalt nicht genügend Mittel für die Anfertigung der erforderlichen Kopien zur Verfügung stellt<sup>2</sup>. Von der letztgenannten Ausnahm einmal abgesehen, ist das Selbstleseverfahren ein fester Bestandteil der Beweisaufnahme vor den Wirtschaftsstrafkammern bzw. Abteilungen für Wirtschaftsstrafsachen<sup>3</sup>.

Obwohl gute Gründe für eine zurückhaltende Anordnungspraxis und gegen eine wahllose Einbeziehung entscheidungserheblicher Urkunden in das Selbstleseverfahren sprechen<sup>4</sup>, scheinen Auseinandersetzungen über die Grenzen des § 249 Abs. 2 StPO<sup>5</sup> im Gerichtssaal nur selten stattzufinden. Hamm<sup>6</sup> hat vermutlich recht, wenn der konstatiert, dass „mancher Richter, Staatsanwalt und Verteidiger das Einsparen von tagelangen ermüdenden Verlesungen als Erleichterung empfinden mag“, insbesondere dann, wenn es sich – wie häufig in Wirtschaftsstrafsachen – um Bilanzen, Prüfberichte oder Kontostaffeln handelt. Etwaige Auseinandersetzungen über die Durchführung bzw. den Umfang des Selbstleseverfahrens finden jedenfalls keinen Eingang in die Entscheidungen der Revisionsgerichte<sup>7</sup>. Diese müssen sich dafür immer wieder mit einem eher formal wirkenden Aspekt des Selbstleseverfahrens beschäftigen, nämlich mit der fehlenden oder fehlerhaften Protokollierung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO. Hiernach sind die Anordnung des Selbstleseverfahrens durch den Vorsitzenden, ein etwaiger Widerspruch gegen diese Anordnung nach § 249 Abs. 2 S. 2 StPO sowie die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten Gelegenheit hierzu hatten, in das Protokoll aufzunehmen. Der Nachweis, dass diese Förmlichkeiten eingehalten wurden, kann somit nur durch das Protokoll erbracht werden, § 274 S. 1 StPO. Sind die Anord-

---

<sup>1</sup> S. hierzu LR<sup>26</sup>/Mosbacher, § 249 Rn. 54.

<sup>2</sup> Hierüber berichtete Reinhold Schlothauer anlässlich der WisteV-Veranstaltung zu überlangen Verfahrensdauern in Wirtschaftsstrafsachen am 9.2.2012 in Berlin.

<sup>3</sup> In jedem Wirtschaftsstrafverfahren, in dem der Verf. seit 2005 vor dem Land- bzw. Schöffengericht verteidigte, wurde ein Selbstleseverfahren durchgeführt.

<sup>4</sup> Dazu schon Kempf, StV 1987, 215, 221f.; s.a. Dahs, NJW 1995, 553, 555f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. A. 2011, Rn. 2036.

<sup>5</sup> Zu den Grenzen des Selbstleseverfahrens Knierim/Rettenmaier, StV 2006, 155.

<sup>6</sup> Die Revision in Strafsachen, 7. A. 2010, Rn. 865.

<sup>7</sup> Da nach h.M. dem Vorsitzenden bei der Entscheidung, ob und ggf. in welchem Umfang er das Selbstleseverfahren anordnet, ein weiter Ermessensspielraum zusteht, hat die Rüge, die Anordnung verletze die Grenzen des § 249 Abs. 2 StPO, kaum Aussicht auf Erfolg. Sie wird zumeist an der Frage, ob das Urteil auf dieser Rechtsverletzung beruht, scheitern – dazu LR<sup>26</sup>/Mosbacher, § 249 Rn. 110.

nung des Selbstleseverfahrens, ein etwaiger Widerspruch hiergegen oder die Feststellung über die Kenntnisnahme nicht protokolliert, so gelten sie als nicht geschehen<sup>8</sup>.

Aus diesem Grund gibt das Selbstleseverfahren immer wieder Anlass zu verfahrensrechtlichen Beanstandungen in der Revision, namentlich dann, wenn im Protokoll die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben, nicht vermerkt ist<sup>9</sup>. Der BGH hob in solchen Fällen bereits mehrfach Urteile auf eine entsprechende Inbegriffsrüge (Verletzung des § 261 StPO)<sup>10</sup> hin auf (dazu sogleich). Die Inbegriffsrüge hat aber auch dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Anordnung des Vorsitzenden, das Selbstleseverfahren durchzuführen, nicht oder nicht vollständig im Protokoll vermerkt wird. Ersteres dürfte nur selten geschehen und ließe sich zudem durch eine – auch nachträgliche – Protokollberichtigung aus der Welt schaffen<sup>11</sup>, falls die beiden Urkundspersonen eine sichere Erinnerung daran haben<sup>12</sup>, dass der Vorsitzende das Selbstleseverfahren anordnete, was schon deshalb regelmäßig der Fall sein dürfte, weil der Vorsitzende selbst eine der beiden Urkundspersonen ist. Eine unvollständige Protokollierung kann bspw. dann vorliegen, wenn das Urteil auf dem Inhalt einer Urkunde beruht, die in der zu Protokoll genommenen Aufstellung der in das Selbstleseverfahren aufzunehmenden Urkunden, auf die der Vorsitzende bei seiner Anordnung Bezug genommen hat<sup>13</sup>, versehentlich nicht mit aufgeführt wird. Damit fehlt im Protokoll die nach § 273 Abs. 1 S. 1 StPO erforderliche Bezeichnung dieses Schriftstücks. Die Durchführung des Selbstleseverfahrens gilt insoweit als nicht geschehen, mit der Folge, dass der Inhalt der Urkunde nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört, sofern er nicht durch ein anderes Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt wurde<sup>14</sup>. In diesem Fall wird eine nachträgliche Protokollberichtigung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, weil eine sichere Erinnerung der Urkundspersonen an die Einbeziehung einer weiteren Urkunde, die in der Aufstellung nicht aufgeführt wird, wenig plausibel erscheint. In einem solchen Fall wäre die Aufstellung höchstwahrscheinlich unverzüglich ergänzt worden. Seltsamerweise hatte der BGH – soweit ersichtlich – bislang über eine solche (nicht völlig fernliegend erscheinende) Fallgestaltung nicht zu entscheiden.

Die Inbegriffsrüge hat auch dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde Kenntnis genommen haben, nicht oder nicht § 249 Abs. 2 S. 1 u. 3 StPO entsprechend im Protokoll vermerkt wurde. Soweit ersichtlich, hat erstmals der 1. Strafsenat am 21.9.1999 über einen Fall entschieden, in dem die entsprechende Feststellung völlig fehlte<sup>15</sup>. Hier griff die Inbegriffsrüge des Angeklagten durch. Den Entscheidungsgründen ist allerdings lediglich zu entnehmen, dass in der geltend gemachten „*Missachtung wesentlicher Förmlichkeit des Selbstleseverfahrens*“ ein Verstoß gegen § 261 StPO liege, der auch durch die Erklärung des Strafkammervorsitzenden, alle Richter und Schöffen hätten versichert, von dem Inhalt zweier Urteile, die nach § 249 Abs. 2 StPO Gegenstand der Beweisaufnahme werden sollten, Kenntnis genommen zu haben, nicht geheilt werden könne. Eine eingehende Begründung für diese Auffassung enthält der Beschluss jedoch nicht.

Diese lieferte der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 7.7.2004 nach<sup>16</sup>. In diesem Fall war im Protokoll lediglich vermerkt, dass die Berufsrichter vom Wortlaut zweier Jahresabschlüsse einer GmbH Kenntnis genommen hatten; ein entsprechender Eintrag für die Schöffen fehlte. Der Senat hob das Urteil des Landgerichts auf die Inbegriffsrüge des Angeklagten hin auf. Bei der Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO handele es sich um eine wesentliche Förmlichkeit i.S.d. § 273 StPO, die eine Differenzierung zwischen (Berufs-) Richtern und Schöffen nicht zulasse. Fehlt diese Feststellung, so sei aufgrund der negativen Beweiskraft

<sup>8</sup> Vgl. Meyer-Goßner, StPO<sup>54</sup>, § 274 Rn. 14 m.N.

<sup>9</sup> Der Verteidiger kann eine auf das Protokoll gestützte Inbegriffsrüge auch dann gefahrlos erheben, wenn er positiv weiß, dass die zu beurkundende Förmlichkeit tatsächlich eingehalten wurde und die Protokollierung nur aus Versehen unterblieben ist. Dieses Verteidigungsverhalten ist zwar nach Auffassung des BGH missbräuchlich (BGHSt 51, 88, 93), aber nicht strafbar (LG Augsburg NJW 2012, 93, 94).

<sup>10</sup> Näheres zur sog. Inbegriffsrüge bei Hamm, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 931ff.; Schlothauer/Weider, Verteidigung im Revisionsverfahren, Rn. 1768ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu BGHSt 51, 298 (Rügeverkümmern).

<sup>12</sup> Vgl. BGH, a.a.O., S. 314; s.a. NStZ 2010, 403, 404.

<sup>13</sup> Zu dieser Vorgehensweise LR<sup>26</sup>/Mosbacher, § 249 Rn. 64.

<sup>14</sup> Vgl. BGH NStZ 2001, 161; LR<sup>26</sup>/Mosbacher, § 249 Rn. 108.

<sup>15</sup> NStZ 2000, 47.

<sup>16</sup> NStZ 2005, 160.

des Protokolls davon auszugehen, dass die Schöffen die in Rede stehenden Beweismittel nicht zur Kenntnis genommen hätten mit der Folge, dass diese nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörten. Wegen § 274 StPO sei es dem Revisionsgericht insoweit auch verwehrt, freibeweislich nachzuforschen, ob die Kenntnisnahme tatsächlich unterblieben sei oder nicht<sup>17</sup>. Wird eine Urkunde, die nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört, vom Gericht ausweislich der Urteilsgründe zur Überzeugungsbildung herangezogen, so liege hierin ein Verstoß gegen § 261 StPO.

Dieser Auffassung scheint sich auch der 2. Strafsenat in seinem Beschluss vom 8.7.2009<sup>18</sup> angeschlossen zu haben, der auf die Entscheidungen des 1. und 5. Strafsenats ausdrücklich Bezug nimmt. Bei genauerer Betrachtung fällt allerdings auf, dass er an einem wesentlichen Punkt von der Begründung des 5. Strafsenats abweicht und dadurch die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 20.7.2010<sup>19</sup> maßgeblich vorbereitet. Vordergründig geht es dabei um die Frage, unter welchen Voraussetzungen in dem zu entscheidenden Fall eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls und damit eine der Verkümmern der vom Revisionsführer erhobenen Verfahrensrüge möglich gewesen wäre. Richter und Schöffen hatten in dienstlichen Stellungnahmen erklärt, dass sie die in Rede stehenden Urkunden sehr wohl zur Kenntnis genommen hätten, obwohl in das Hauptverhandlungsprotokoll keine dahingehende Feststellung aufgenommen worden sei. Hierzu führt der 2. Strafsenat aus, dass eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls nicht in Betracht komme, weil es inhaltlich richtig sei. Der zu protokollierende Verfahrensvorgang – nämlich die Feststellung über die Kenntnisnahme – habe auch nach den dienstlichen Erklärungen der Richter und Schöffen tatsächlich nicht stattgefunden. Und hier liegt der entscheidende Unterschied zur Begründung des 5. Strafsenats: Das Protokoll beweist nach Auffassung des 2. Strafsenats nicht, ob die Richter und Schöffen den Inhalt der Urkunden tatsächlich zur Kenntnis genommen haben oder nicht, sondern lediglich, ob der Vorsitzende eine diesbezügliche Feststellung getroffen hat oder nicht. Folgerungen hat der 2. Strafsenat aus diesem abweichenden Begründungsansatz jedoch nicht gezogen – vermutlich deshalb, weil das Urteil nach seiner Ansicht auf dem geltend gemachten Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO nicht beruhte, so dass er sich mit den etwaigen Folgen der geltend gemachten Rechtsverletzung nicht auseinanderzusetzen brauchte. Nur so ist es zu erklären, dass er auf die vorgenannten beiden Entscheidungen ohne weitere Erläuterung Bezug genommen hat.

Diese Vorlage des 2. Strafsenats hat nunmehr der 3. Strafsenat in seinem Beschluss vom 20.7.2010 aufgegriffen. Darin führt er – ohne die vorgenannten einschlägigen Entscheidungen der anderen Senate auch nur zu erwähnen – aus, dass die tatsächliche Kenntnisnahme vom Wortlaut eines Schriftstücks durch die Richter und Schöffen im Selbstleseverfahren durch das Protokoll nicht bewiesen werden kann. In der Sitzungsniederschrift würden nur solche Vorgänge beweiskräftig beurkundet, die von den Urkundspersonen aus eigener Wahrnehmung bestätigt werden könnten<sup>20</sup>. Für die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO, die in der Hauptverhandlung zu erfolgen hat, treffe dies zu, für die tatsächliche Kenntnisnahme durch die Richter und Schöffen hingegen nicht. Es gehöre gerade zu den Eigenarten des Selbstleseverfahrens, dass dieser Vorgang aus der Hauptverhandlung heraus verlagert und damit der unmittelbaren Wahrnehmung der Urkundspersonen entzogen werde. Und selbst dann, wenn die Urkundspersonen bei der Kenntnisnahme durch die beisitzenden Richter und Schöffen ausnahmsweise anwesend sein sollten, unterliege es nicht ihrer Wahrnehmung, ob diese den Wortlaut tatsächlich vollständig zur Kenntnis genommen und mit der Aufmerksamkeit studiert hätten, die erforderlich sei, damit sie ihrer Aufgabe der Urteilsfindung verantwortlich gerecht werden könnten. Durch einen Protokollvermerk könne die (nicht) ordnungsgemäße Durchführung des Selbstleseverfahrens daher nicht bewiesen werden, sondern allein die Tatsache, ob der Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine entsprechende Feststellung getroffen habe<sup>21</sup>.

Wäre der 3. Strafsenat an dieser Stelle stehen geblieben, so hätte dies ohne Zweifel weitreichende Folgen für die Erfolgsaussichten der Inbegriffsrüge in den hier in Rede stehenden Fällen gehabt. Zwar käme eine Protokollberichtigung nach wie vor nur in Ausnahmefällen in

<sup>17</sup> Allgem. zum Ausschluss des Freibeweises Meyer-Goßner, StPO<sup>49</sup>, § 274 Rn. 3.

<sup>18</sup> BGHSt 54, 37f.

<sup>19</sup> NJW 2010, 3382.

<sup>20</sup> A.a.O., S. 3383

<sup>21</sup> A.a.O.

Betracht – die Ausführungen des 2. Strafsenats gelten insoweit uneingeschränkt fort. Sie wäre aber auch nicht erforderlich, um einer bereits erhobenen Inbegriffsrüge die Grundlage zu entziehen. Entfällt die Beweiskraft des Protokolls, so kann das Revisionsgericht – wie bei allen Verfahrensrügen, die sich nicht auf wesentliche Förmlichkeiten i.S.d. §§ 271 bis 274 StPO beziehen – im Freibeweisverfahren klären, ob der geltend gemachte Verfahrensverstoß tatsächlich vorliegt<sup>22</sup>. Dienstliche Erklärungen der erkennenden Richter und Schöffen, dass sie die in der Anordnung des Vorsitzenden genannten Urkunden tatsächlich zur Kenntnis genommen haben, wären kaum zu widerlegen und hätten zur Folge, dass der Revisionsführer den von ihm geltend gemachte Rechtsverletzung regelmäßig nicht beweisen könnte. § 249 Abs. 2 S. 3 StPO würde damit faktisch auf den Rang einer nicht revisiblen Ordnungsvorschrift herabsinken.

Dies geschieht jedoch nicht, weil der 3. Strafsenat nicht nur die Grundlagen der bisherigen Rechtsprechung beseitigt, sondern zugleich die Funktion der Protokollierung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO in einer Weise neu bestimmt, die die Erhebung erfolgversprechender Inbegriffsrügen weiterhin zulässt. Dabei knüpft er an den vom ihm im ersten Teil der Begründung bereits hervorgehobenen Umstand an, dass der Urkundenbeweis im Selbstleseverfahren außerhalb der Hauptverhandlung erhoben wird, und stellt sich die Frage, wie der in dieser Form gewonnene Beweisstoff gleichwohl zum Inbegriff der Hauptverhandlung werden und der Beweismäßigkeit des Gerichts zugrunde gelegt werden kann<sup>23</sup>. Hierzu, so der Senat, bedürfe es „der Kenntlichmachung und des Hinweises an die Verfahrensbeteiligten“, die durch die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO beweiskräftig vollzogen werde. Es verhalte sich hierbei ähnlich wie bei der Verwertung offenkundiger bzw. gerichtskundiger Tatsachen, die ebenfalls außerhalb der (laufenden) Hauptverhandlung gewonnen würden. Diese Tatsachen würden grundsätzlich nur dann zum Inbegriff der Hauptverhandlung, wenn ein entsprechender Hinweis in der Hauptverhandlung erfolge.

Diese Entscheidung des 3. Strafsenats ist m.E. aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zunächst hat sie der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts ohne großes Federlesen die Grundlage entzogen – zu Recht, denn die inhaltliche Reichweite des Vermerks über die Feststellung der Kenntnisnahme der Urkunden durch Richter und Schöffen war von den anderen Senaten tatsächlich überdehnt worden.

Noch bemerkenswerter ist der Umstand, dass der 3. Strafsenat die sich ihm bietende Möglichkeit, die Inbegriffsrüge in Bezug auf das Selbstleseverfahren erheblich einzudämmen oder gar auszumerzen, nicht wahrgenommen hat. Er selbst stellt in der Entscheidung klar, dass die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO weiterhin eröffnet sei, wenn der Vermerk über die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO (vollständig) fehlt.

Ein Verstoß gegen § 261 StPO liegt weiterhin auch dann vor, wenn der Protokollvermerk unvollständig ist, weil bspw. die Kenntnisnahme durch die Schöffen nicht erwähnt wird. Der Beweisstoff kann selbstverständlich nur dann zum Inbegriff der Hauptverhandlung werden, wenn alle Richter und Schöffen von ihm Kenntnis genommen haben. Solange kein entsprechender Hinweis im Protokoll vorhanden ist, brauchen die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht davon auszugehen, dass dies geschehen ist. Die vom 3. Strafsenat hervorgehobene Kenntlichmachungs- und Hinweisfunktion wird somit erst dann erfüllt, wenn der Vermerk vollständig ist. Deshalb wäre es auch unerheblich, wenn der fragliche Richter oder Schöffe im Nachhinein erklären würde, dass er vom Inhalt der Urkunden Kenntnis genommen habe.

Am bemerkenswertesten ist aber der ausdrückliche Hinweis des 3. Strafsenats, dass zudem die Möglichkeit bestehen könnte, ein auf Urkunden, die Gegenstand des Selbstleseverfahrens waren, beruhendes Urteil mit der (allerdings zu beweisenden) Behauptung anzugreifen, die Richter oder Schöffen hätte entgegen der protokollierten Feststellung den Wortlaut der fraglichen Urkunden tatsächlich gar nicht zur Kenntnis genommen. Dies war nach der bisherigen Rechtsprechung zur inhaltlichen Reichweite des Protokollvermerks ausgeschlossen, weil das Gegenteil mit der im Protokoll vermerkten Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO bewiesen war. Nachdem der 3. Strafsenat nunmehr klargestellt hat, dass das Protokoll lediglich die Tatsache der Feststellung, dass die Kenntnisnahme erfolgt sei, beweist, und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme durch Richter und Schöffen, ist diese Frage dem Frei-

<sup>22</sup> Vgl. Hamm, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 308f.

<sup>23</sup> S.a. LR<sup>26</sup>/Mosbacher, § 249 Rn. 84, der hier den Aspekt der Verfahrensklarheit betont.

beweis zugänglich. Erklärt ein Richter oder Schöffe, dass er den Inhalt der in Rede stehenden Urkunden nicht zur Kenntnis genommen hat, wäre dieser Beweis erbracht.

Der 3. Strafsenat hat die von ihm aufgeworfene Frage, ob eine solche Rüge Aussicht auf Erfolg haben kann, letztlich offen gelassen<sup>24</sup>, weil sie vom Revisionsführer nicht erhoben worden war. M.E. ist diese Frage zu bejahen. Nimmt ein Richter oder Schöffe ein Beweismittel nicht zur Kenntnis, so gehört es nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung. Wenn dieser Sachverhalt im Freibeweisverfahren bewiesen werden kann und das Urteil auf einer Urkunde beruht, von der nicht alle Richter bzw. Schöffen Kenntnis genommen haben, ist es aufzuheben. Daran ändert auch ein etwaiger Vermerk nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO nichts. Dieser beweist lediglich, dass eine entsprechende Feststellung in der Hauptverhandlung getroffen worden ist, nicht aber deren inhaltliche Richtigkeit. Gerade dies hat der 3. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung überzeugend herausgearbeitet.

---

<sup>24</sup> Krit. dazu *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 633, 634.

## Internationales

### Länderbericht Österreich

---

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Mag. Phillip Bischof; Rechtsanwaltsanwältin Mag. Julian Korisek, MBA, LL. M., cand. iur. Anna Katharina Radschek, alle Wien<sup>1</sup>

## Korruptionsbekämpfungspaket der Europäischen Kommission

Im Juni 2011 hat die Europäische Kommission ein Maßnahmenpaket vorgelegt, durch das *"entschlossener gegen den schweren Schaden vorgegangen werden soll, den die Korruption auf wirtschaftlichem, sozialem und politischem Gebiet in der EU verursacht."* Den ersten Schritt um Korruption in der EU wirksam bekämpfen zu können, hat die Kommission mit der Einführung des „Korruptionsbekämpfungsbericht der EU“ gemacht. Durch diesen sollen die *"Anstrengungen, die die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Korruption unternehmen, regelmäßig überwacht und bewertet, und Anreize für ein größeres politisches Engagement auf diesem Gebiet gegeben werden."* Ziel ist es, auf diese Weise die Mitgliedstaaten zu unterstützen, einschlägige Rechtsvorschriften besser durchzusetzen, ihren internationalen Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen und ihre Korruptionsbekämpfungsstrategien und –maßnahmen besser aufeinander abzustimmen.

Der Korruptionsbekämpfungsbericht der EU soll ein klares Bild der Korruptionsbekämpfungsanstrengungen und ihrer Ergebnisse zeichnen und Mängel und Schwachpunkte in den 27 Mitgliedstaaten aufzeigen und auf diese Weise die politische Bereitschaft zum Handeln fördern. Gefordert wird ein verstärktes kontinuierliches Vorgehen gegen Korruption, wovon einen Teil die vorgeschlagenen Maßnahmen darstellen sollen.

Kern dieser Maßnahmen ist die Einführung eines neuen Evaluierungsmechanismus zur Bewertung der Korruptionsbekämpfungsanstrengungen in der EU: Der „Korruptionsbekämpfungsbericht der EU“ soll *„Entwicklungstrends und zu behebbende Mängel aufzeigen sowie zum Voneinander-Lernen und zum Austausch bewährter Praktiken“* anregen. Er wird ab 2013 alle zwei Jahre veröffentlicht und aus den Informationen unterschiedlicher Quellen erstellt werden. Es werden sowohl die bestehenden Überwachungsmechanismen des Europarats, der OECD und der Vereinten Nationen genutzt werden, sowie unabhängige Sachverständige, sonstige Beteiligte und die Zivilgesellschaft. Parallel wird die EU Verhandlungen über ihre Mitwirkung in der Europarats-Gruppe der Staaten gegen Korruption (GRECO) aufnehmen, um Synergieeffekte zwischen den beiden Mechanismen zu schaffen.

---

<sup>1</sup> Rechtsanwältin Mag. Ehrbar, Rechtsanwaltsanwältin Mag. Korisek und cand. iur. Radschek sind in der Rechtsanwaltskanzlei Ehrbar tätig, Rechtsanwalt Mag. Bischof ist in der Kanzlei Rechtsanwälte mag. Bischof & mag. Lepschi tätig.

Um darüber hinaus wirksamer gegen Korruption vorzugehen, sollten die Mitgliedstaaten die bereits auf europäischer und internationaler Ebene bestehenden Rechtsakte zur Korruptionsbekämpfung besser umsetzen. Die EU sollte zudem Aspekte der Korruptionsbekämpfung in all ihren relevanten internen und externen Politikbereichen stärker berücksichtigen.

Zum Abschluss kündigte die Kommission folgende weitere Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Korruptionsbekämpfungspaket an:

Sie wird aktualisierte EU-Vorschriften über die Einziehung von Erträgen aus Straftaten vorschlagen, eine Strategie zur Verbesserung strafrechtlicher Finanzermittlungen in den Mitgliedstaaten vorstellen und einen Aktionsplan zur Verbesserung der Verbrechenstatistiken annehmen. Ferner soll mit EU-Agenturen wie Europol, Eurojust und der Europäischen Polizeiakademie (CEPOL) sowie mit dem OLAF zusammengearbeitet werden, um die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit auszuweiten und die Schulung von Mitarbeitern der Strafverfolgungsbehörden zu verbessern. Auch wird die Kommission weiter an der Erstellung modernisierter EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen sowie für Rechnungslegungsstandards und gesetzliche Abschlussprüfungen für EU-Unternehmen arbeiten. Darüber hinaus wird die Kommission eine Strategie zur Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Betrugsdelikten annehmen. Zugleich wird sie die Korruptionsbekämpfung im Erweiterungsprozess und – gemeinsam mit der Hohen Vertreterin – im Rahmen der Nachbarschaftspolitik der EU stärker betonen. In der Kooperations- und Entwicklungspolitik sollen künftig mehr Auflagen und Bedingungen vorgeben werden.

## I. Umsetzung in Österreich

### 1) Das Antikorruptionspaket infolge der Dienstrechtsnovelle 2011

Im Dezember 2011 wurde im Nationalrat die Dienstrechtsnovelle 2011 (1610 d.B) einschließlich eines Antikorruptionspaketes beschlossen. Ziel dieser Novelle ist es, den öffentlichen Dienst im Kampf gegen Korruption fit zu machen. Dazu wird einerseits eine besondere Schutzmaßnahme für Whistleblower im Beamtendienstrecht eingeführt und andererseits RichterInnen während ihrer Ausbildung ermöglicht, in der Privatwirtschaft zu arbeiten, um so ihr Fachwissen in diesem Bereich zu erweitern. (Protokoll der Nationalratssitzungen vom 6.+7. Dezember 2011 von *Hannes Weninger*)

Gemäß § 79 StPO sind Behörden bzw. öffentliche Dienststellen bei Verdacht einer Straftat zur Anzeige verpflichtet. Nach Beamtendienstrecht gilt diese Pflicht auch für Beamte, wenn sie in Ausübung ihres Dienstes Kenntnis von einer strafbaren Handlung erlangen.

Dennoch gab es in Österreich bisher keine Schutzmaßnahmen vor Vergeltungsmaßnahmen für jene Angestellte, die im guten Glauben Korruptionsfälle anzeigten (=„Whistleblower“). Stattdessen hatten diese Angestellten bisher immer zu befürchten, dass sie durch ein solches Handeln ihre eigene Karriere gefährden. Dies galt, obwohl in Österreich bereits am 1. Dezember 2006 die „Civil Law Convention on Corruption“ in Kraft trat, worin in Artikel 9 zwingend der Schutz von „Whistleblowern“ vorgeschrieben wird. Mit der Dienstrechtsnovelle wurde dieser Bestimmung Rechnung getragen, so dass in Zukunft einerseits das Recht keine Vergeltungsmaßnahmen aufgrund einer Informationsbekanntgabe zu erleiden eintragbar wird und andererseits Beamte, die in sensiblen Bereichen wie etwa der Firmenprüfung oder Auftragsvergabe tätig waren, ein halbes Jahr nicht zu einem Unternehmen wechseln dürfen, mit dem sie in behördlichem Kontakt gestanden haben.

Richter und Staatsanwälte dürfen zukünftig während ihrer Ausbildung in der Privatwirtschaft etwa bei Rechtsanwälten aber auch bei der Finanzmarktaufsicht arbeiten, um so einen besseren Einblick in deren Arbeitsweise zu erhalten. Diese Adaptierung der Spezialisierungsmöglichkeit während der Ausbildungszeit wurde vor allem aufgrund der vermehrten Anzahl an Wirtschaftsfällen notwendig.

### 2) Lobbying- und Interessenvertretungs- Transparenz-Gesetz - LobbyG (1465 d.B.)

Nach Bericht der OECD und eines Berichtes des Ausschusses für konstitutionelle Fragen des Europäischen Parlaments vom 26. April 2011 (PE 458.636v02-00, A7-0174/2011) ist für Trans-

Transparenz im Lobbying ein fundierter Rahmen notwendig um das öffentliche Interesse zu schützen und nachvollziehbar zu machen, wie Beschlüsse gefasst werden und welche Interessenträger diese beeinflussen. Daher hat die österreichische Bundesregierung am 25. Oktober 2011 im Nationalrat eine Regierungsvorlage eingebracht, mit der ein Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen (Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz – LobbyG) erlassen werden soll.

Ziel dieses Gesetzesentwurfes ist es, klare Verhältnisse in legislativen und exekutiven Tätigkeiten zu schaffen, mit denen staatliche Entscheidungsprozesse beeinflusst werden. Darunter sind alle Kontakte mit Funktionsträgern des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände mit dem Zweck der Einflussnahme auf deren Entscheidungen zu verstehen. Dies kann auch die Gerichtsbarkeit umfassen, wenn es in diesem Zusammenhang zu Lobbying kommt.

Dieses Ziel soll durch Einrichtung eines öffentlich einsehbaren Lobbying- und Interessenvertretungs- Registers erreicht werden, in welchem Lobbying-Unternehmen ihre Grunddaten und die Namen der bei ihnen zum Zweck des Lobbying beschäftigten Personen eintragen müssen. In einem nicht öffentlich einsehbaren Teil hat das Unternehmen weiter für jeden Lobbying-Auftrag den oder die Auftraggeber und den Auftragsgegenstand eintragen zu lassen. Diese Registrierungspflichten sollen von bestimmten Verhaltenspflichten, welche Mindeststandards für die Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten festlegen, begleitet werden. Diese Prinzipien der Lobbying-Tätigkeit und Interessenvertretung sind in § 6 LobbyG festgelegt und besagen, dass derartige Aktivitäten offenzulegen sind und dass auf staatliche Funktionsträger nicht unlauterer Einfluss genommen werden darf.

Darüber hinaus wird festgelegt, dass die Tätigkeit als Funktionsträger der öffentlichen Hand mit der Lobbying-Tätigkeit für ein Lobbying-Unternehmen in dessen jeweiligem Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsbereich unvereinbar ist.

Für den Fall des Verstoßes gegen die Registrierungs- und Verhaltenspflichten drohen nach §§ 13 - 15 LobbyG Verwaltungsstrafen und in gravierenden Fällen die mit einem Tätigkeitsverbot verbundene Streichung aus dem Register. Weitere Sanktion für die Verletzung dieser Regeln ist die zivilrechtliche Nichtigkeit von Verträgen mit nicht registrierten Lobbying-Unternehmen sowie von nicht registrierten Lobbying-Aufträgen.

Wer Lobbyist ist, bestimmt sich nach § 4 Z 4 LobbyG, wonach jene Personen von den Bestimmungen dieses Gesetzes erfasst sind, die eine Lobbying-Tätigkeit als Organ, Dienstnehmer oder Auftragnehmer eines Lobbying-Unternehmens ausüben oder zu deren Aufgaben dies gehört. In erster Linie sollen von dieser Definition privatrechtlich tätige Personen erfasst werden. Darüber hinaus sollen aber auch Selbstverwaltungskörper und Interessenverbände bestimmte Mindeststandards einhalten und sich registrieren lassen.

### 3) Korruptionsstaatsanwaltschaft

Am 30. November 2010 hat der Nationalrat das strafrechtliche Kompetenzpaket beschlossen, wodurch das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Staatsanwaltschaftsgesetz und das Gerichtsorganisationsgesetz zur Stärkung der strafrechtlichen Kompetenz geändert wurden. Teil dieses Bundesgesetzes war die Einrichtung einer bundesweiten Strafverfolgungsbehörde, in der die notwendige Kompetenz und Expertise für eine qualifizierte und effiziente Verfolgung großer Wirtschafts- und Korruptionsdelikte konzentriert ist.

Seit 1. September 2011 gibt es nun in Österreich am Sitz der Oberstaatsanwaltschaft Wien eine Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA), bei der zurzeit 15 StaatsanwältInnen tätig sind. Der Personalstand wird bis 1. September 2012 weiter erhöht werden und gleichzeitig zu einem etappenweisen Ausbau der Zuständigkeit der WKStA führen.

Bisher erstreckt sich die Zuständigkeit der WKStA auf das Gebiet der Amts- und Korruptionsdelikte, auf Wirtschaftsstrafsachen mit Schadensbeträgen, die fünf Millionen Euro übersteigen, und auf die Erteilung von Auskünften, ob ein Verband im Sinn des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) nach den Eintragungen in der Verfahrensautomation Justiz eine Verurteilung aufweist und ob er als Beschuldigter geführt wird. Voraussetzung für eine

solche Auskunftserteilung ist, dass der Antrag schriftlich (jedoch nicht per E-Mail) mit genauer Bezeichnung des Verbandes von einem vertretungsbefugten Organ des Verbandes oder einer von ihm bevollmächtigten, zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person wie beispielsweise einem Rechtsanwalt oder Notar, oder mündlich zu Protokoll gestellt wird. Dafür ist eine Antragsgebühr in Höhe von EUR 53,00 zu entrichten.

Ab 1. September 2012 wird die Zuständigkeit dieser Strafverfolgungsbehörde auch Finanzstrafdelikte mit fünf Millionen Euro übersteigenden Schadensbeträgen, qualifizierte Fälle des Sozialbetrugs, qualifiziertes kridaträchtiges<sup>2</sup> Verhalten sowie unter anderem Vergehen gemäß § 255 Aktiengesetz oder § 122 GmbH-Gesetz bei entsprechend großen Unternehmen (Stammkapital von zumindest fünf Millionen Euro oder mehr als 2.000 Beschäftigte) umfassen. Ermittlungsverfahren, die Wirtschaftsstrafsachen mit geringeren Schadensbeträgen als fünf Millionen Euro betreffen, werden weiterhin bei den jeweils örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften geführt. Die WKStA kann aber die Zuständigkeit für Wirtschaftsstrafverfahren an sich ziehen, wenn besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens oder Erfahrungen mit solchen Verfahren erforderlich erscheinen (§ 20b StPO).

In den durch die WKStA geführten Ermittlungsverfahren ist das Landesgericht für Strafsachen Wien das zuständige Haft- und Rechtsschutzgericht. Daher wurden beim Landesgericht für Strafsachen Wien entsprechende Gerichtsabteilungen errichtet, in welchen Richter mit einschlägiger Erfahrung und spezieller Expertise vor allem in den Bereichen des Finanz-Wirtschafts- Banken- und Wertpapierrechts eingesetzt werden, um derartige Verfahren konzentriert und effizient führen zu können. Dazu wird ein eigens für die StaatsanwältInnen der WKStA und die mit diesen Wirtschaftsstrafsachen befassten RichterInnen konzipierter mehrmonatiger Intensivlehrgang „Wirtschaftsrecht“ angeboten.

Durch § 39 Abs. 1a StPO wurde darüber hinaus für den Fall der örtlichen Zuständigkeit eines anderen Landesgericht für Strafsachen die Möglichkeit der Delegation des Hauptverfahrens an das Landesgericht für Strafsachen Wien geschaffen, wenn dies im Interesse einer wirksamen und zügigen Führung des Hauptverfahrens liegt.

Die Kontaktdaten der WKStA lauten:  
Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft  
Dampfschiffstraße 4  
1030 Wien  
Tel.: +43 1 52152 5946  
Fax: +43 1 52152 5920  
E-Mail: [wksta.leitung@justiz.gv.at](mailto:wksta.leitung@justiz.gv.at)  
Homepage: <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/wksta-de.html>

## II. Die Stellung des Compliance Officers im Straf- und Zivilrecht

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in einem vielbeachteten Urteil vom 17. Juli 2009<sup>3</sup> einen angeklagten Juristen wegen Beihilfe zum Betrug zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt.

Der Angeklagte war als Jurist bei den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (im Folgenden: BSR) Leiter der Rechtsabteilung. Zusätzlich war ihm im Tatzeitraum die Innenrevision unterstellt.

Nach den Bestimmungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes waren Kosten für die Straßenreinigung anteilig von den Anliegern zu tragen. Einen Teil der Kosten hatte das Land Berlin zu tragen. Aufwendungen für die Reinigung von Straßen ohne Anlieger hatte das Land im vollen Umfang zu tragen.

<sup>2</sup> Anmerkung der Redaktion: Krida ist ein Tatbestand des österreichischen StGB: Gem. § 159 StGB handelt kridaträchtig, wer entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt; durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt; übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt; Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird; oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt oder Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird.

<sup>3</sup> BGH 5 StR 394/08.

Die Entgelte für die Straßenreinigung wurden von Vorstand und Aufsichtsrat der BSR in einer Tarifbestimmung festgelegt. Die Tarifbestimmung war von einer Projektgruppe "Tarifkalkulation" vorbereitet worden, die der Angeklagte leitete. Durch ein Versehen wurden bei der Berechnung der Entgelte Kosten für anliegerfreie Straßen einbezogen, die das Land Berlin vollständig hätte tragen müssen. Der Berechnungsfehler wurde in der Folge bemerkt, auf Weisung eines früheren Mitangeklagten jedoch nicht korrigiert.

Aufgrund des fehlerhaften Tarifs wurden rund 23 Mio. Euro zu viel an Entgelt verlangt und von den Eigentümern der Anliegergrundstücke auch überwiegend bezahlt.

Der Angeklagte informierte weder seinen unmittelbaren Vorgesetzten, noch Vorstand oder Aufsichtsrat. Ein aktives Handeln konnte nicht festgestellt werden, seine Untätigkeit wurde aber vom BGH als Beihilfe durch Unterlassen interpretiert.

Der BGH bejahte eine Garantenstellung im Sinne des § 13 StGB. Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts treffe die Verpflichtung, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden.

Die Entscheidung des BGH hat auch in Österreich zu vielen Diskussionen geführt, allerdings rein theoretischer Natur, da es keinen vergleichbaren Anlassfall und daher keine Judikatur gibt. Ein sehr beachtenswerter Aufsatz wurde von Prof. Hubert Hinterhofer (Ao. Univ.-Prof. Dr. Hubert Hinterhofer: Der untätige Compliance Officer: Strafbare Beitrag durch Unterlassen? — ZFR Heft 3, 107) verfasst.

Neben der Frage der strafrechtlichen Haftbarkeit eines untätigen Compliance-Beauftragten stellt sich auch die Frage einer zivilrechtlichen Haftung aufgrund einer Unterlassung.

In Bezug auf die Tätigkeit eines Geldwäschereibeauftragten (das österreichische Bankwesengesetz spricht in § 40 Abs. 4 Z 6 von einem „besonderen Beauftragten zur Sicherstellung der Einhaltung der §§ 40 ff zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung“) hat der OGH hierzu interessante und deutliche Feststellungen getroffen.<sup>4</sup>

Vorausgegangen war dieser Entscheidung folgender Sachverhalt: Ein Vermögensberater nahm von seinen Kunden Gelder auf seinem Konto an. Von den Kundengeldern zweigte er rund 5 Mio. Euro ab und finanzierte damit seinen Lebenswandel, anstatt die Gelder, wie versprochen, für die Kunden zu veranlagen. Dadurch schädigte der Vermögensberater etwa 100 Kunden und wurde vom Landesgericht für Strafsachen wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs rechtskräftig verurteilt.

Der verurteilte Vermögensberater hatte sein Privat- und sein Geschäftskonto bei derselben Bank geführt. Einer der geschädigten Kunden versuchte von dieser Bank, Schadenersatz zu erlangen. Er begründete seinen Anspruch mit den Sorgfaltspflichten, die Kreditinstituten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung auferlegt sind. Hätte der Geldwäschereibeauftragte seine Verpflichtungen entsprechend wahrgenommen, hätte ihm auffallen müssen, dass der Vermögensberater Kundengelder von seinem Geschäftskonto auf sein Privatkonto transferiert, und dass diese Zahlungsströme nicht mit Provisionszahlungen der Kunden an den Vermögensberater zu erklären sind.

Dies wurde vom OGH abgelehnt. Ein Individualschutzzweck zu Gunsten eines Opfers einer Vortat, wie dem einzahlenden Betrugsoffer, könne nur dann angenommen werden, wenn der Schutzzweck der Sorgfaltspflichten des BWG sich auch auf die Verhinderung der strafrechtsrelevanten Vortat erstrecken würde.

Das Ziel der Geldwäscherichtlinien liegt in der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Erlöse aus kriminellen Tätigkeiten sollen nicht in das Finanzsystem eingeschleust und auf diese Weise verschleiert werden. Auch Drogenhandel und organisiertes Verbrechen sollen bekämpft werden. Der Schutzzweck der Regelungen besteht im Schutz des europäischen Finanzsystems. Als Mittel der Bekämpfung werden unter anderem Finanzinstitute als Hilfsorgane der Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden eingesetzt. Da dem Finanzsystem bei der Bekämpfung der Geldwäscherei eine höchst effektive Rolle zukommen kann, werden Sorgfaltspflichten vorgesehen, damit entsprechende Verdachtsinformationen an die zuständigen Behörden weitergegeben werden können.

---

<sup>4</sup> OGH vom 19. Mai. 2010, 8 Ob 145/09w.

Der Zweck der Geldwäschevorschriften des BWG, insbesondere auch der Meldepflichten nach § 41 leg cit, liegt in der Heranziehung der Finanzinstitute zur Unterstützung der Aufsichts- und Strafbehörden bei der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Sie werden in dieser Hinsicht als Hilfsorgane der Rechtspflege eingesetzt. Der Schutzzweck der Sorgfaltspflichten nach §§ 39 ff. BWG ist demnach auf die Verfolgung von Allgemeininteressen gerichtet. Direkte Schutzpflichten zu Gunsten potentieller Opfer aus den Vortaten werden in den einschlägigen Rechtsquellen nicht angesprochen. Aus diesem Grund kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Vorschriften gerade auch den Zweck verfolgen, den aus der Vortat Geschädigten vor eintretenden Vermögensnachteilen zu schützen.

Demnach sind die den Finanzinstituten durch §§ 39 ff. BWG auferlegten Verhaltenspflichten auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung bezogen. Eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung von Vortaten kann aus diesen Bestimmungen nicht abgeleitet werden.

### III. Richtungsweisende Judikatur in Finanzstrafsachen

#### 1) "Ne bis in idem" - Günstigkeitsvergleich und Änderungen bei der Verjährung im Finanzstrafverfahren - Zum Doppelbestrafungsverbot

Erklärungspflicht für das Vorliegen der Tateinheit entscheidend:

(OGH 17. 2. 2011, 13 Os 104/10h)

Die zentrale Beschwerdebehauptung trachtet danach, aus einem Urteil des Amtsgerichts T\*\*\*\*\* vom 22. März 2005 und dem strafrechtlichen Ermittlungsbericht des Finanzamts R\*\*\*\*\* vom 29. September 2004 das Verfolgungshindernis des Verbots mehrfacher Strafverfolgung (Art 54 SDÜ) abzuleiten. Denn zwischen dem Vorwurf der Hinterziehung der angeführten (vom - in Deutschland wohnhaften - Beschwerdeführer persönlich geschuldeten) deutschen Steuern und der gegenständlichen Verkürzung der österreichischen Kapitalertragsteuer durch den Beschwerdeführer als Geschäftsführer der H\*\*\*\*\* GmbH bestehe Tatidentität iSd Art 54 SDÜ. Nach dem Beschwerdevorbringen betrafen die damit angesprochenen Verfahren Vorwürfe der Hinterziehung deutscher Einkommens-, Umsatz-, Gewerbe- und Vermögenssteuer für die Jahre 1992 bis 1997, wobei es teils zu Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft aus dem Grund der Verfolgungsverjährung, teils zu rechtskräftigen Schuldsprüchen kam.

Dazu hielt der OGH fest, dass die behauptete Tatidentität hier gerade nicht vorliegt und führte dazu aus:

Nach den Urteilsfeststellungen war der Beschwerdeführer im Tatzeitraum einziger Gesellschafter der H GmbH, wobei sein Geschäftsanteil (§ 75 GmbHG) treuhändig vom Mitangeklagten Johann W gehalten wurde. Die dem Schuldspruch wegen Verkürzung der Kapitalertragsteuer zu Grunde liegenden Beträge flossen dem Beschwerdeführer aus Umsatzerlösen der H GmbH zu und stellten solcherart eine verdeckte Gewinnausschüttung an ihn dar. Gemäß § 93 Abs. 2 Z 1 lit. a EStG unterliegen Gewinnanteile aus Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Kapitalertragsteuer, die binnen einer Woche nach Zufießen der Kapitalerträge in Verbindung mit einer entsprechenden Anmeldung (§ 96 Abs. 3 EStG) unter der Bezeichnung „Kapitalertragsteuer“ abzuführen ist (§ 96 Abs. 1 Z 1 EStG). Selbständige Tat ist daher insoweit jeweils das Unterlassen der auf einen bestimmten Ertragszufluss bezogenen Kapitalertragssteuerabfuhr unter Verletzung der korrespondierenden Anmeldungspflicht. Die diesbezüglichen Unterlassungen des Beschwerdeführers als faktischem Geschäftsführer der zum Abzug der österreichischen Kapitalertragsteuer verpflichteten H GmbH (§ 95 Abs. 3 Z 1 EStG) sind aber **nicht ident** mit allfälligen Verfehlungen, die zur Verkürzung von ihm geschuldeter deutscher Steuern führten.

Ergänzend wies der OGH darauf hin, dass den - hier teils relevierten - Einstellungserklärungen des Staatsanwalts nach § 170 Abs. 2 erster Satz dStPO schon nach deutschem Recht keine Rechtskraftwirkung zukommt, woraus folgt, dass selbst bei (hypothetischer) Annahme von Tatidentität iSd Art. 54 SDÜ einer diesbezüglichen Strafverfolgung in Österreich man-

gels einer in Deutschland getroffenen materieller Rechtskraft zugängigen endgültigen Sachentscheidung der Grundsatz „ne bis in idem“ nicht entgegenstünde.

## 2) Keine Suspendierung der Erklärungspflicht bei betrügerisch erlangten Einkünften

(OGH 16. 12. 2010, 13 Os 124/10z; ebenso 26. 7. 2005, 11 Os 23/04; 21. 4. 1998, 11 Os 194/97)

Der OGH bestätigt seine bisherige Judikatur, wonach das durch ein strafgesetzwidriges Tun oder Unterlassen aus (dem allgemeinen Wirtschaftsverkehr entsprechenden) Rechtsgeschäften gewonnene Einkommen, sofern es den Kriterien des § 2 EStG entspricht, sehr wohl die Einkommensteuerpflicht auslöst und in der Einkommenssteuererklärung zu deklarieren ist. Dass für diese Einkünfte keine Gegenleistung erbracht wurde, kann an dieser Pflicht nichts ändern.

Doch hält der OGH fest, dass nach der Offenlegungs-, Wahrheits- und Anzeigepflicht der §§ 119 ff. BAO und § 33 Abs. 1 FinStrG **nicht** offenzulegen ist, dass die Einkünfte aus rechtswidrigen Handlungen stammen. Denn dies widerspräche dem in Art. 6 MRK verankerten Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung. Solange sich die Deklarationspflicht aber auf für die Steuerbemessung relevante Umstände beschränkt und darüber hinausgehende Informationen wie etwa ein strafrechtlich zu ahndendes Verhalten des Abgabeschuldners von der Erklärungspflicht nicht erfasst werden, sind diese Pflichten mit Blick auf eine etwaige unzumutbare Selbstbelastung nicht eingeschränkt.

## 3) Eintritt der Verjährung bei Vorliegen hinterzogener Abgaben aus nicht erklärten ausländischen Kapitaleinkünften

(UFS 12. 5. 2010, RV/3369-W/09)

Auf Grund einer Mitteilung der deutschen Finanzverwaltung und einer in der Folge gem. § 144 BAO durchgeführten Nachschau wurde im Jahr 2009 mittels Bescheid festgestellt, dass der Berufungswerber im Jahr 2000 in Deutschland Einkünfte aus Kapitalvermögen bezogen hatte, die in der Erklärung zur Durchführung der Arbeitnehmerveranlagung des Jahres 2000 in Österreich nicht bekannt gegeben worden sind. Grundsätzlich kann ein bereits abgeschlossenes Verfahren nach § 303 Abs. 4 BAO von Amts wegen wiederaufgenommen werden, wenn Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten. Allerdings ist eine Wiederaufnahme gemäß § 304 BAO nicht mehr zulässig, wenn bereits Verjährung eingetreten ist. Gemäß § 207 Abs. 2 BAO beginnt die Verjährung mit Ablauf des Jahres in dem der Abgabenspruch entstanden ist und soweit eine Abgabe hinterzogen wurde, beträgt die Verjährungsfrist sieben Jahre. Einer Abgabenhinterziehung macht sich schuldig, wer gem. § 33 Abs. 1 FinStrG vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt. Voraussetzung ist also eine Pflichtverletzung, der tatsächliche Eintritt einer Abgabenverkürzung und das Vorhandensein eines Verkürzungsvorsatzes. Fraglich war, ob ein entsprechender Vorsatz vorlag, denn der Berufungswerber brachte vor, er sei nicht davon ausgegangen, dass ausländische Kapitaleinkünfte in Österreich zu versteuern sind. Diesem Vorbringen hielt der UFS in seiner Entscheidung entgegen, dass daraus nicht entnommen werden kann, es sei dem Berufungswerber nicht bewusst gewesen, dass ausländische Kapitaleinkünfte grundsätzlich einer Besteuerung zu unterziehen gewesen wären und daher zumindest bedingter Vorsatz in dem Sinne vorliege, dass eine Abgabenverkürzung durch die Nichterklärung der Einkünfte aus Kapitalvermögen jedenfalls in Kauf genommen wurde. Die bloße Gleichgültigkeit sei daher als Vorsatzform für die Verwirklichung des § 33 FinStrG ausreichend, eine Bejahung der Tathandlung oder ihres Erfolgs ist nicht erforderlich.

## 4) Bei Beteiligung des Geschäftsführers der Brauerei an den Abgabenverkürzungen der Wirte durch tatsachenwidrige Verbuchung von Barverkäufen gibt es keine bedingte Strafnachsicht

(OGH 17. 6. 2010, 13 Os 100/09v)

Das Brauereiunternehmen S\*\*\*\*\*, welches in der Rechtsform eines Einzelunternehmens geführt wurde, belieferte insbesondere Gastwirte mit Bier und anderen Getränken. Dabei kam es sowohl zu Lieferungen an den Unternehmensbereich dieser Gastronomieunternehmen als auch zu Barverkäufen an den Nichtunternehmensbereich derselben Gastronomiebetriebe. Während für den Unternehmensbereich ordnungsgemäß Lieferscheine und Rechnungen mit Namens- und Adressnennung ausgestellt wurden und diese Lieferungen als solche an gewerbliche Wiederverkäufer versteuert wurden, wurden für den Nichtunternehmensbereich Rechnungen ohne (richtigen) Namen und Adresse des Kunden ausgestellt und die Lieferungen bar bezahlt, sodass durch diese Anonymisierung die Zuordnung der Lieferung an die Gastwirte nicht möglich war. Dieser Teil der Lieferungen wurde in den Geschäftsbüchern des Unternehmens als Verkäufe an Endverbraucher verzeichnet und als solche versteuert. Die belieferten Gastwirte veräußerten die außerbetrieblichen Barverkäufe im Rahmen ihres gastgewerblichen Unternehmens und erzielten so Erlöse, welche sie nicht versteuerten.

Der OGH hielt dazu fest, dass gem. § 124 BAO das Unternehmen „auch im Interesse der Abgabenerhebung“ Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen, und zwar dergestalt, dass sich die Geschäftsvorfälle in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen. Die Eintragungen hätten vollständig und richtig vorgenommen werden müssen, wobei das tatsächenswidrige Verbuchen der an Wirte als Wiederverkäufer gelieferten Waren als Barverkäufe an Endverbraucher einer ordnungsgemäßen Buchführung widersprach. Der Geschäftsführer hat durch die Gutheißung gezielter Abstandnahme von einer den wahren Gegebenheiten entsprechenden Buchführung einen aktiven Beitrag zur Abgabenhinterziehung durch solcherart belieferte Wirte, welche er auf diese Weise in ihrem Entschluss zur Verkürzung von Abgaben bestärkte, im Sinne der §§ 12 dritter Fall, 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG verwirklicht.

Einer - auch nur teilweisen - bedingten Nachsicht der Strafe standen, nach Ansicht des OGH, angesichts des viele Jahre hindurch gepflogenen systematischen Vorgehens zum Zweck der Abgabenhinterziehung vor allem generalpräventive Belange entgegen.

## 5) Selbstanzeige

Gemäß § 82 Abs. 3 lit. c FinStrG ist von der Einleitung eines Strafverfahrens abzusehen, wenn Umstände vorliegen, welche die Strafbarkeit des Täters ausschließen oder aufheben wie beispielsweise eine Selbstanzeige. Eine solche hat konkrete Angaben zu den Besteuerungsgrundlagen zu enthalten. Maßstab dafür ist, welche Angaben in der ursprünglichen Erklärung hätten enthalten sein müssen. Nicht ausreichend ist, der Abgabenbehörde bloß die Möglichkeit zu verschaffen, durch eigene Erhebungen den Sachverhalt zu ermitteln. (UFS 10. 12. 2009, FSRV/0048-L/09)

Daher stellt die Selbstanzeige nach § 29 FinStrG eine eng zu interpretierende Ausnahmebestimmung dar, weshalb allfällige Mängel einer Selbstanzeige zu Lasten des Täters gehen. Da die Darlegung der Verfehlung eine präzise Beschreibung verlangt, womit der Finanzbehörde eine rasche und richtige Entscheidung in der Sache selbst ermöglicht wird, könnte, wenn - aus welchen Gründen immer und ohne dass insoweit ein Verschulden Voraussetzung wäre - der Täter zur geforderten präzisen Offenlegung der Bemessungsgrundlagen für die Steuerfestsetzung nicht imstande ist, dieser keine strafbefreiende Selbstanzeige erstatten. Daher hat der UFS die Schätzung für Zwecke der Selbstanzeige anerkannt (UFS 2. 7. 2009, FSRV/0009-W/08) und auch der OGH die grundsätzliche Zulässigkeit einer geschätzten Selbstanzeige bestätigt. Welche Voraussetzungen aber tatsächlich vorliegen müssen, damit eine geschätzte Selbstanzeige strafbefreiend wirkt, hat der OGH offengelassen. (OGH 17. 2. 2011, 13 Os 12/10d)

Bei verspäteten Umsatzsteuervoranmeldungen ist von einer strafbefreienden Selbstanzeige auszugehen, da sie eine konkludente Darlegung der Verfehlung im Sinne des § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG darstellen. Die eine Restschuld ausweisende Jahresumsatzsteuererklärung hingegen wird vom UFS nur als konkludente Selbstanzeige angesehen und kann nur soweit strafbefreiend wirken, als sie fristgerecht innerhalb der 1-Monatsfrist des Jahresumsatzsteuerbescheids entrichtet wird (UFS 29. 4. 2010 FSRV/0033-L/09). Liegen Indizien vor, nach welchen davon auszugehen ist, dass rechtzeitig ein Ansuchen um Zahlungserleichterung gestellt wurde, ist dieses jedoch bei der Finanzbehörde nicht mehr auffindbar und kann daher nicht

mehr festgestellt werden, dass tatsächlich eine strafaufhebende Selbstanzeige vorliegt, so ist ein anhängiges Strafverfahren im Zweifel gem. §§ 136, 157 FinStrG zugunsten des Beschuldigten einzustellen.

#### **6) Höhe von Verbandsgeldbußen insbesondere in Fällen einer Doppelstellung als Entscheidungsträger und Eigentümer**

(VwGH 10. 5. 2010, 2009/16/0191)

Der geschäftsführende Gesellschafter eines Verbandes, welcher zugleich auch der persönlich haftende Gesellschafter dieses Verbandes war und die Verantwortung für sämtliche steuerliche Agenden trug, hatte zugunsten dieses Verbandes eine Finanzordnungswidrigkeit nach § 49 FinStrG begangen, indem er es vorsätzlich unterließ, die Vorauszahlungen an Umsatzsteuer, Kammerumlage und Abzugsteuer für beschränkt Steuerpflichtige ordnungsgemäß zu entrichten. Es wurde festgestellt, den Verband treffe gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 2 VbVG iVm § 28a Abs. 2 FinStrG die Verantwortung für dieses Handeln und dieser hätte daher eine Geldbuße in Höhe von EUR 2.000 zu tragen. Dazu wurde ausgeführt, die Verbandsgeldbuße sei nach der angedrohten Geldstrafe zu bemessen und die im Gesetz bezeichneten Milderungs- und Erschwerungsgründe zu berücksichtigen. Zugunsten des Verbandes sei mildernd zu berücksichtigen gewesen, dass er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen habe, volle Schadensgutmachung geleistet worden sei und der geschäftsführende Gesellschafter zu 99 % an dem Verband beteiligt sei und die Taten bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Eigentümer des Verbandes dergestalt nach sich gezogen hätten, dass der Entscheidungsträger und Hauptgesellschafter der Zweitbeschwerdeführerin wegen der dem belangten Verband zur Last gelegten Taten ebenfalls bestraft worden sei. Damit solle in jenen Fällen eine mildere Bemessung der Geldbuße ermöglicht werden, in denen eine natürliche Person auf Grund ihrer Doppelstellung als Entscheidungsträger und Eigentümer Gefahr laufe, zunächst als Täter der Straftat bestraft und dann nochmals indirekt durch die Verhängung einer Geldbuße sanktioniert zu werden. Der geschäftsführende Gesellschafter selbst war bereits zu einer Geldstrafe in Höhe von EUR 18.000 verurteilt worden.

Gegen die Höhe dieser Strafbemessungen brachten sowohl der Verband als auch der geschäftsführende Gesellschafter Beschwerde an den VwGH ein, welcher aussprach, dass Geldstrafen für Finanzordnungswidrigkeiten nach § 49 FinStrG - anders als Geldstrafen nach dem im Bereich etwa des Strafgesetzbuches geltenden Tagessatzsystem - nicht unmittelbar nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters auszumessen sind, sondern von einem bestimmten Wertbetrag abhängig sind, aus welchem sich der Strafrahmen ergibt. Geldstrafen im Ausmaß von 24,34% dieses Strafrahmens könnten auch unter Berücksichtigung einer schwierigen finanziellen Situation des Beschuldigten nicht als exzessiv bezeichnet werden.

#### **7) Eine (fälschlicherweise) im innergemeinschaftlichen Ausland entrichtete Mehrwertsteuer ist in Österreich bei der Ermittlung des Verkürzungsbetrags zu berücksichtigen**

(UFS 4. 6. 2010, FSRV/0061-L/09)

Ein Unternehmer hatte für sein österreichisches Unternehmen in Deutschland einen Gebrauchtwagen erworben, für welchen er die deutsche Umsatzsteuer iHv 16 % entrichtete, da er von der Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 Z 2 lit. b UStG ausging, welcher besagt, dass nicht als für das Unternehmen ausgeführt unter anderem Lieferungen gelten, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Personenkraftwagen stehen. Nach Art. 12 Abs. 4 BMR gilt die Fiktion des § 12 Abs. 2 Z 2 UStG nicht für den innergemeinschaftlichen Erwerb. Das bedeutet, dass auch ein Erwerb, der im Zusammenhang mit der Anschaffung eines Kraftfahrzeuges steht, als für das Unternehmen ausgeführt gilt, wenn dieses zumindest zu 10 % unternehmerischen Zwecken dient. Derartige innergemeinschaftliche Erwerbe sind gemäß Art. 1 BMR der Erwerbsteuer zu unterziehen. Als Steuersätze kommen bei einem innergemeinschaftlichen Erwerb in Österreich dieselben Prozentsätze zur Anwendung wie bei der Umsatzsteuer im Inland, nämlich 20 %. Diese Steuerpflicht des innergemeinschaftlichen Erwerbes tritt unabhängig davon ein, ob der ausländische Lieferant seine innergemeinschaftliche Lieferung steuerfrei belassen hat. Daher hätte der Beschwerdeführer zwar in Deutschland keine Umsatzsteuer, in Österreich aber dafür die 20% Erwerbssteuer entrichten

müssen. Der UFS hielt allerdings fest, dass zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen sei, sein Verkürzungsvorsatz habe sich allenfalls auf die Differenz zwischen der entrichteten deutschen Umsatzsteuer, die nicht als Vorsteuer abgezogen worden war, und der österreichischen Erwerbsteuer bezogen.

## 8) Zulässigkeit von Prozessabsprachen

(OGH 4. 3. 2010, 13 Os 1/10m; auch 11 Os 77/04; 13 Os 70/06b)

Grundsätzlich sind verfahrensbeendende Prozessabsprachen auch im Abgabenrecht zulässig und oftmals sogar unverzichtbar. Unzulässig sind lediglich solche Absprachen, welche nur unter Missachtung der gesetzlichen Aufgaben der Entscheidungsträger, wie beispielsweise mittels Unterlassen einer ordnungsgemäßen Ermittlungstätigkeit, möglich sind. Daher kann eine mögliche Prozessabsprache immer erst am Ende eines Verfahrens, nach umfangreichen und ergebnisreichen Ermittlungen im Rahmen der zulässigen Möglichkeiten erfolgen. Wurde jedoch kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt und eine notwendige Beweisaufnahme unterlassen, um mittels Prozessabsprache ein Verfahren beenden zu können, so ist der Straftatbestand des § 302 Abs. 1 StGB erfüllt, und der Entscheidungsträger muss sich wegen Missbrauch seiner Amtsgewalt vor Gericht verantworten. Der OGH hat festgehalten, dass eine Absprache zwischen Richter und Verteidiger über zahlenmäßig determinierte Auswirkungen des Aussageverhaltens des Angeklagten auf die über diesen zu verhängende Strafe, die sich bereits vom Ansatz her mit den auf eine mögliche Diversion gerichteten, gesetzlich determinierten Verfahrensschritten nicht vergleichen lässt, schon wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen § 202 erster und zweiter Fall StPO, vor allem aber wegen des eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur - ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden - Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen ist und die Beteiligten disziplinarer (§ 57 RDG) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 StGB) auszusetzen sind. Eine vom Richter eingehaltene Prozessabsprache dieser Art, die mit dem System des liberalen Strafprozesses auch deshalb nicht vereinbar ist, weil sie sich auch im Fall der von Rechtsprechung oder Gesetzgeber verlangter Dokumentation einer Kontrolle entzieht, stellt demnach einen Wiederaufnahmegrund nach § 353 Z 1 StPO dar.

## Russland

Rechtsanwalt Dr. Rainer Birke und Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., beide Düsseldorf

# Das russische Korruptionsstrafrecht und seine Internationalisierung: Ein Kurzüberblick

## I. Einleitung

Es gibt Neuigkeiten: Am 17.02.2012 hinterlegte der stellvertretende Außenminister der Russischen Föderation die Ratifikationsurkunde Russlands für den Beitritt zum OECD Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997<sup>1</sup>. Der noch amtierende Präsident Dmitrij Medwedew hatte das Ratifikationsgesetz Anfang Februar unterzeichnet<sup>2</sup>. Der Beitritt Russlands wird am 17.04.2012 wirksam werden<sup>3 4</sup>.

<sup>1</sup> Pressemitteilung der OECD vom 17.02.2012, [http://www.oecd.org/document/37/0,3746,en\\_21571361\\_44315115\\_49695141\\_1\\_1\\_1\\_1\\_00.html](http://www.oecd.org/document/37/0,3746,en_21571361_44315115_49695141_1_1_1_1_00.html).

<sup>2</sup> Gesetz Nr. 3 ФЗ, veröffentlicht in der Rossijskaja Gaseta am 03.02.2012.

<sup>3</sup> Pressemitteilung der OECD vom 17.02.2012, am angegebenen Ort.

<sup>4</sup> Eine deutschsprachige Beschreibung der Rechtslage vor Einfügung der Änderungen findet sich bei Chebounov, Anton/Pelz Christian, Bestechung in Russland: straf- und steuerrechtliche Folgen für deutsche Investoren (Teil 1), WiRO 2000, S. 279 sowie Teil 2, WiRO 2000, 306.

Medwedew setzt mit dem Beitritt Russlands zum OECD-Antikorruptionsübereinkommen den Schlusspunkt hinter die ehrgeizigen politischen Ziele, die er selbst am Anfang seiner Präsidentschaft im Jahr 2008 proklamiert hatte. Wegen des schlechten Rufs, den Russland beim Thema Korruption in der Weltöffentlichkeit hat, sollte die Bekämpfung käuflicher und beeinflussbarer Entscheidungen allerhöchste politische Priorität haben<sup>5</sup>. Die Umsetzung des OECD-Übereinkommens und der Beitritt hierzu waren dabei nur ein Teil eines gesetzgeberischen Maßnahmenpakets, das auch im Bereich des Strafrechts deutliche Verbesserungen bringen soll.

Nachdem Russland seit 2003 Mitglied dreier wichtiger internationaler Korruptionsbekämpfungsabkommen geworden ist und seit 2008 innerstaatliche Instrumente zur Umsetzung der Standards dieser Übereinkommen geschaffen hat, ist es Zeit für eine Zwischenbilanz.

Als Grundlage hierfür folgt ein Überblick über die wichtigsten Normen des materiellen Strafrechts. Viele der Tatbestände weisen Parallelen zu den deutschen Korruptionsvorschriften auf, wobei es charakteristische Besonderheiten gibt wie eine spezielle Geldstrafe für Korruptionsdelikte, welche die Tatsachengerichte statt Freiheitsstrafe selbst bei den schwerwiegendsten Qualifikationstatbeständen noch anwenden können. Die tatbestandsmäßigen Vorteile materieller Art werden anders als bei uns bereits im Gesetz näher definiert.

Das Fazit am Ende des Beitrags wird zeigen, inwieweit das aktuelle Korruptionsstrafrecht in Russland den Standards der drei internationalen Abkommen zur strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung genügt.

## II. Internationale strafrechtliche Korruptionsbekämpfungsstandards für Russland

Das Übereinkommen der OECD war das letzte der drei Antikorruptionsübereinkommen mit strafrechtlichen Pönalisierungspflichten, das Russland ratifizierte. Bereits im Jahr 2003 unterzeichnete Russland das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003 (UNCAC)<sup>6</sup>, am 01.12.2007 trat das Übereinkommen für Russland in Kraft<sup>7</sup>. Es folgte das Antikorruptionsübereinkommen des Europarats, ETS Nr. 173, vom 27.01.1999, welches Russland 2006 ratifizierte<sup>8</sup> und das am 01.02.2007 für Russland in Kraft trat<sup>9</sup>.

Die Zielrichtung der drei Übereinkommen ist im Hinblick auf die Pflicht, materielle Strafvorschriften einzuführen, unterschiedlich. Während das Europaratsübereinkommen eine möglichst umfängliche Bestrafung korruptiver Verhaltensweisen für den regionalen Bereich der Europaratsmitglieder anstrebt, verzichtet das UN-Übereinkommen auf eine Bestrafungspflicht für Korruption im privaten Sektor – die Schaffung solcher Strafvorschriften ist den Vertragsparteien des Übereinkommens mit universellem Mitgliederkreis freigestellt. Das OECD-Übereinkommen verlangt, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die aktive Bestechung ausländischer Beamter und Beamter internationaler Organisationen nach ihrem innerstaatlichen Recht strafbar ist. Die OECD will dadurch die internationale Korruption auf der Angebotsseite<sup>10</sup> bekämpfen. Weder die (passive) Annahme von Bestechungen, noch die rein nationale Korruption ist Gegenstand des OECD-Übereinkommens<sup>11</sup>. Gemeinsam ist allen drei Abkommen schließlich, dass sie die Implementierung einer Unternehmensverantwortlichkeit für Korruption verlangen<sup>12</sup>.

Da Russland alle drei Übereinkommen ratifiziert hat, gelten sämtliche Pflichtenmaßstäbe.

Um mit den Mitteln strafrechtlicher General- und Spezialprävention tatsächlich wirksam konkrete Verdachtsfälle aufarbeiten zu können, bedarf es einer gleichmäßigen und effekti-

<sup>5</sup> Ansprache auf dem V. Krasnojarsker Wirtschaftsforum, auszugsweise Übersetzung durch Janus, in VDRW-Mitteilungen Heft 36-37 (2008), S. 52; Originaltext im Internet abrufbar unter [http://www.medvedev2008.ru/live\\_press\\_15\\_02.htm](http://www.medvedev2008.ru/live_press_15_02.htm).

<sup>6</sup> United Nations Convention against Corruption vom 31.10.2003, UNTS Bd. 2349, S. 41, Doc. A/58/422 (nach <http://treaties.un.org> 03.11.2011).

<sup>7</sup> Quelle: <http://treaties.un.org> (27.02.2012).

<sup>8</sup> Gesetz No. 125 Φ3, siehe [www.duma.ru](http://www.duma.ru) (27.02.2012).

<sup>9</sup> Quelle: <http://treaties.un.org> (27.02.2012).

<sup>10</sup> Siehe Pieth/Low/Cullen, The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 20 f., vergleiche Absatz 1 der Präambel, die auf "bribery ... in international business transactions" fokussiert.

<sup>11</sup> Pieth/Low/Cullen, a. a. O., S. 20 f.

<sup>12</sup> Siehe Art. 18 des Europarats-Übereinkommens; Art. 26 des UN-Übereinkommens; sowie Art. 2 des OECD-Übereinkommens.

ven Rechtsanwendung. Um zugleich die Umsetzung der vereinbarten Vorgaben überwachen und die Anwendung der geschaffenen Strafvorschriften sicherstellen zu können, sehen alle drei Übereinkommen Monitoring- und Evaluationsinstrumente vor. Für das UN-Übereinkommen ist dies die Conference of the State Parties to the Convention<sup>13</sup>, bei dem Übereinkommen des Europarats die Staatengruppe gegen Korruption GRECO<sup>14</sup>, bei dem OECD-Übereinkommen die Working Group on Bribery (WGB)<sup>15</sup>. Mehr noch als die eigentlichen völkervertraglichen Pflichten könnten diese Instrumente geeignet sein, entscheidende Impulse für Veränderungen zu geben – vorausgesetzt, sie werden nicht als Oktroi der internationalen Gemeinschaft verstanden, sondern als Hilfe von und Austausch mit Experten derjenigen Staaten, die wertvolle Erfahrungen mit vergleichbaren Prozessen gesammelt haben.

Schonende Kritik müssen die Evaluationsberichte dieser Gremien durchaus nicht enthalten. So wird in dem auch im Internet abrufbaren Bericht der GRECO zu Evaluationsrunde I und II unter Punkt IV dargestellt, dass das System der verwaltungsprozessualen und strafprozessualen Regeln Russlands einer Überprüfung zu unterziehen ist, um sicherzustellen, dass Korruptionsfälle als Straftaten zu behandeln sind – eine Beurteilung, die trotz ihrer diplomatischen Formulierung an Deutlichkeit kaum zu wünschen übrig lässt<sup>16</sup>.

### III. Das geltende russische Korruptionsstrafrecht: Eine Einführung

#### 1) Öffentlicher Sektor

Das heutige russische Korruptionsstrafrecht trat als ursprünglicher Teil des heutigen russischen Strafgesetzbuchs, des Ugolovnoi Kodex der Russischen Föderation (UKRF), im Jahr 1996 noch unter der Präsidentschaft von Boris Jelzin in Kraft<sup>17</sup>. In den circa 15 Jahren seiner Existenz wurden wesentliche Änderungen am Korruptionsstrafrecht vorgenommen. Diese erfolgten insbesondere durch zwei Gesetze der Jahre 2008 und 2011<sup>19</sup>, die auch der Umsetzung der von Russland inzwischen ratifizierten drei internationalen Antikorruptionsübereinkommen dienen. Erwartungsgemäß geht es um die Erweiterung des Anwendungsbereichs des russischen Korruptionsstrafrechts auf ausländische Beamte sowie Beamte internationaler Organisationen und die Verankerung von Bußgeldtatbeständen zur Sanktionierung juristischer Personen. Einen deutlichen Schwerpunkt bildete aber auch die Einführung einer neuen Sanktionsform, die Abschöpfungscharakter haben soll: Es handelt sich um eine Geldstrafe, deren Höhe sich auf ein Vielfaches des Wertes belaufen kann, den der jeweilige Stder Vorteil hat. Die genaue Berechnung erfolgt anhand eines Multiplikators, den der jeweilige Straftatbestand vorgibt. Die Geldstrafe des Vielfachen kann auch neben Freiheitsstrafe verhängt werden. Daneben erweiterte sich das Spektrum der Tatbestände auf die Vermittlung der Bestechlichkeit gemäß Art. 291.1 UKRF als einer Art tatbestandlich selbstständigster Form der Mittäterschaft<sup>20</sup> – diese Instrumente entsprechen einzelnen Bestimmungen beziehungsweise programmatischen Forderungen der internationalen Übereinkommen<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Art. 63 UNCAC.

<sup>14</sup> Siehe Art. 24 des Übereinkommens des Europarats Nr. ETS 173.

<sup>15</sup> Siehe Art. 12 des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.

<sup>16</sup> GRECO Directorate of Monitoring, Greco Eval I-II Rep (2008) 2E vom 05.12.2008, Seite 76, Ziffer 344 (Hervorhebung wie im Original): "Therefore, the GET recommends to review the system of administrative and criminal procedures in order to firmly establish that cases of corruption are to be treated as criminal offences as a main rule."

<sup>17</sup> Ugolovnoi Kodex Rossijskoj Federazii, Bundesgesetz N 63-Φ3 (13.06.1996).

<sup>18</sup> Siehe zur historischen Entwicklung der strafrechtlichen Korruptionsvorschriften Russlands: *Klepitsky*, Bekämpfung der Korruption in der Wirtschaft Russlands: Strafrechtlicher Aspekt, VDRW-Mitteilungen 2008, Heft 38-39, S. 4, 11.

<sup>19</sup> Siehe insbesondere zu den Neuerungen durch das Gesetz vom 04.05.2011 bereits *Schwarz/Nanaeva*, Russland überarbeitet korruptionsrechtliche Regelungen im Hinblick auf seinen OECD-Beitritt, CCZ 2011, S. 207.

<sup>20</sup> Hierzu unten lit. c).

<sup>21</sup> Die Vermittlung der Bestechlichkeit gemäß Art. 291.1 UKRF könnte der von Art. 12 des Übereinkommens des Europarats (Missbräuchliche Einflussnahme) beschriebenen Verhaltensweisen entsprechen; die Einteilung der verschiedenen Klassen der Korruption nach der Größenordnung der Bestechung könnte durchaus dem Grundgedanken des OECD-Übereinkommens gegen Korruption gegenübergestellt werden, welches namentlich die Beeinflussung internationaler Wirtschaftstransaktionen im Blick hat und nicht die vom Übereinkommen vorausgesetzte Pönalisierung so genannter kleiner facilitation payments (siehe hierzu *Pieth/Low/Cullen*, The OECD Convention on Bribery, Commentary, S. 24).

### a) Art. 290 UKRF, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit

Art. 290 UKRF pönalisiert in Absatz 1 die Annahme von Vorteilen für die Dienstaussübung an sich<sup>22</sup> und in Absatz 3 die Annahme von Vorteilen für die Vornahme rechtswidriger dienstlicher Handlungen<sup>23</sup>. Absatz 2 enthält eine Qualifikation für die Vorteilsannahme ab 25.000 Rubeln, was circa 625 EUR entspricht; Absatz 4 ist eine Qualifikation für die Inhaber staatlicher Ämter des Bundes und der Föderationssubjekte sowie die Häupter der lokalen Selbstverwaltungen<sup>24</sup>. Die Absätze 5 und 6 enthalten weitergehende Qualifikationen für besonders große Summen, organisierte Begehung sowie erpresserische Bestechlichkeit.

Bestechlichkeit gemäß Art. 290 UKRF kann sowohl durch einen russischen Amtsträger, als auch durch einen ausländischen Amtsträger oder einen Amtsträger einer internationalen Organisation begangen werden. Die Annahme eines Vorteils kann gemäß Art. 290 UKRF sowohl persönlich, als auch über einen Mittler erfolgen. Bestechen lassen kann sich der Amtsträger gemäß der gesetzlichen Definition des Art. 290 Abs. 1 UKRF durch Geld, Wertpapiere, anderes Vermögen oder durch rechtswidrige Dienstleistungen vermögenswerter Art sowie durch die Zuweisung vermögenswerter Rechte.

Weiteres Tatbestandsmerkmal einer Bestechlichkeit nach Absatz 1 ist die Vornahme einer Handlung oder Unterlassung zum Nutzen des Schmiergeldzahlers oder der durch ihn vertretenen Personen. Die Vorschrift verlangt, dass die Handlung oder Unterlassung in den Bereich der dienstlichen Befugnisse des Amtsträgers fällt oder er kraft dienstlicher Stellung solche Handlungen oder Unterlassungen ermöglichen kann. Einer solchen Handlung oder Unterlassung steht die allgemeine Protektion oder Duldung im Rahmen des Dienstes gleich.

Die persönlichen Voraussetzungen der Täterschaft werden an zwei Stellen näher beschrieben. Der Begriff des (inländischen) Amtsträgers ist in der Anmerkung 1 zu Art. 285 UKRF definiert<sup>25</sup>. Amtsträger sind danach Personen, die ständig, zeitweise oder durch spezielle Befugnis Funktionen eines Vertreters der Staatsmacht ausüben beziehungsweise organisatorisch-vollziehende oder administrativ-wirtschaftliche Funktionen der Staatsorgane oder der örtlichen Selbstverwaltung, der staatlichen und städtischen Einrichtungen, der staatlichen Korporationen und auch der Streitkräfte sowie anderer Truppen und militärischer Verbände der Russischen Föderation ausüben. Der Oberste Gerichtshof zählt in seinem Plenumsbeschluss N. 6 vom 10.02.2000 beispielhaft Amtsträger auf, die als Täter in Frage kommen<sup>26</sup>. Dazu gehören die Mitglieder des Föderationsrates der RF, die Abgeordneten der Staatsduma, Abgeordnete von Gesetzgebungsorganen der Föderationssubjekte der RF, Mitglieder der Regierung der RF und der Organe der ausführenden Gewalt der Föderationssubjekte, Richter, Friedensrichter, Mitarbeiter von Staatsanwaltschaften, den Steuer- und Zollbehörden, des Innenministeriums der RF sowie des Inlandsgeheimdienstes FSB, dem staatlichen Dienst zugeteilte Auditoren, staatliche Inspektoren und Kontrolleure, Militärangehörige bei Ausführung ihrer Pflichten zum Schutz der gesellschaftlichen Ordnung und bei anderen Aufgaben, bei denen Militärangehörigen ordnende Befugnisse zukommen<sup>27</sup>. Spezielle Befugnisse können durch Gesetz übertragen werden, beispielsweise im Fall von Polizeipraktikanten oder Referendaren bei der Staatsanwaltschaft, durch normative Akte, Befehl, Anordnung des Dienstvorgesetzten oder dazu berechtigten Beamten<sup>28</sup>. Auch Schöffen und Geschworene gehören zu den Amtsträgern<sup>29</sup>.

Ausländische Amtsträger sind gemäß der neu eingefügten Anmerkung 2 zu Art. 290 UKRF beliebige ernannte oder gewählte Personen, die beliebige Dienste in gesetzgebenden, ausführenden, verwaltenden oder rechtsprechenden Organen ausländischer Staaten versehen, sowie beliebige Personen, die beliebige Funktionen für ausländische Staaten ausüben, ein-

<sup>22</sup> Vergleiche die Vorteilsannahme im Sinne des deutschen § 331 StGB.

<sup>23</sup> Vergleiche § 332 StGB, Bestechlichkeit.

<sup>24</sup> Es geht um die von der Verfassung der RF selbst vorgesehenen staatlichen Ämter des Bundes beziehungsweise die in den grundlegenden gesetzgeberischen Akten der Föderationssubjekte vorgesehenen Ämter sowie um die Häupter der lokalen Selbstverwaltung, siehe die Anmerkungen 2 und 3 zu Art. 285 UKRF (vergleiche etwa Art. 80 ff. der Verfassung für das Amt des Präsidenten).

<sup>25</sup> Siehe Wortlaut der Anmerkung zu Art. 285 UKRF; ferner Plenumsbeschluss Nr. 6 vom 06.02.2000 des Obersten Gerichts der Russischen Föderation in der Fassung des Plenumsbeschlusses Nr. 7 vom 06.02.2007 über die Gerichtspraxis in Fällen der Bestechung sowie der kommerziellen Bestechung, dort Ziff. 1.

<sup>26</sup> Plenumsbeschluss des Obersten Gerichts der RF vom 10.02.2000 N 6 in der Fassung des Plenumsbeschlusses vom 06.02.2007 N 7 (Ziffer 1 des Beschlusses).

<sup>27</sup> Plenumsbeschluss des Obersten Gerichts der RF vom 10.02.2000 N 6, Ziff. 2.

<sup>28</sup> Siehe Ziff. 1 des Plenumsbeschlusses des Obersten Gerichts der RF vom 10.02.2000 N 6.

<sup>29</sup> Oberstes Gericht, a. a. O.

schließlich öffentlicher Behörden sowie öffentlicher Unternehmen. Amtsträger einer internationalen Organisation ist ein internationaler Bediensteter oder eine beliebige Person, die von einer solchen Organisation bevollmächtigt ist, in ihrem Namen zu handeln.

Den Amtsträgern im Sinne von Absatz 1 bis 3 gleichgestellt sind gemäß Art. 290 Abs. 4 UKRF die Personen, welche ein Staatsamt der Russischen Föderation oder ein Amt eines Subjekts der Russischen Föderation ausüben sowie die leitenden Beamten der Organe der örtlichen Selbstverwaltung.

Entsprechend dem breit gefächerten Qualifikationsspektrum des Art. 290 UKRF sieht die Vorschrift eine große Bandbreite von Sanktionsmöglichkeiten vor. Hervorzuheben ist die durch Bundesgesetz vom 04.05.2011<sup>30</sup> etablierte Geldstrafe des Vielfachen des Bestechungslohns, die überhaupt nur bei den Korruptionsvorschriften vorkommt. Für den Grundtatbestand der Vorteilsannahme im Sinne des Absatz 1 können so Geldstrafen vom 20- bis 50-fachen des Bestechungslohns neben einem bis zu dreijährigen Verbot der Tätigkeit als Beamter oder der Ausübung bestimmter Tätigkeiten für diese Frist verhängt werden. Die maximale Sanktion für die in Absatz 1 umschriebenen Handlungen sind Freiheitsentzug von bis zu drei Jahren neben Geldstrafe des bis zu 20-fachen des Bestechungslohns. Im Fall rechtswidriger Diensthandlungen durch einen Amtsträger gemäß Absatz 3 erhöht sich die Strafe auf das 40- bis 70-fache des Bestechungslohns, ebenfalls neben dem Tätigkeitsverbot im Sinne des Absatz 1. Möglich ist aber auch die Verhängung von Freiheitsentzug von drei bis zu sieben Jahren neben Geldstrafe des 40-fachen des Bestechungslohns. Organisierte und erpresserische Bestechlichkeit sowie Bestechlichkeit in großem Ausmaß<sup>31</sup> gemäß Absatz 5 kann mit der 70- bis 90-fachen Summe des Bestechungslohns oder mit Freiheitsentzug von sieben bis zwölf Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 60-fachen des Bestechungslohns geahndet werden. Bestechlichkeit in besonders großem Ausmaß<sup>32</sup> gemäß Absatz 6 kann mit Geldstrafe des 80- bis 100-fachen der Bestechung neben dem Tätigkeitsverbot geahndet werden oder mit Freiheitsentzug von acht bis zu 15 Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 70-fachen der Bestechung.

Es fällt auf, dass sämtliche Delikte bis hin zur erpresserischen oder organisierten Bestechlichkeit die Verhängung von Geldstrafen alternativ zur Kombination der Freiheitsstrafe mit Geldstrafe zulassen. Gerade bei den besonders gravierenden Qualifikationstatbeständen stellt sich die Frage, ob eine – wenn auch erhebliche – Geldstrafe dem Unrechtsgehalt der Tat angemessen ist und unsachgerechte Privilegierungen einflussreicher Vorteilsgeber ermöglicht.<sup>33 34</sup>

## b) Art. 291 UKRF, Vorteilsgewährung und Bestechung

Art. 291 UKRF ist im Wesentlichen spiegelbildlich zur passiven Korruption nach Art. 290 UKRF aufgebaut. Absatz 1 beschäftigt sich mit der Vorteilsgewährung und droht Geldstrafe vom 15- bis 30-fachen des Vorteils oder Freiheitsentzug von bis zu zwei Jahren neben Geldstrafe in Höhe des Zehnfachen des Vorteils an. Absatz 2 enthält eine Qualifikation für Vorteile von mehr als 25.000 Rubeln. Gemäß Absatz 3 macht sich strafbar, wer einen Vorteil für die Vornahme rechtswidriger Handlungen beziehungsweise Unterlassungen gibt<sup>35</sup>. Die Strafe beträgt Geldstrafe in der Höhe des 30- bis 60-fachen des Bestechungslohns oder Freiheitsentzug von bis zu acht Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 30-fachen Bestechungslohns. Absatz 4 sieht eine weitere Qualifikation der Tatbestände der Absätze 1 bis 3 für organisierte Begehungsformen sowie für Bestechungssummen von mehr als 150.000 Rubel vor. Der Strafrahmen weist Geldstrafe in Höhe des 60- bis 80-fachen des Bestechungslohns neben einem bis zu dreijährigen Verbot der Ausübung bestimmter Dienste oder Tätigkeiten für

<sup>30</sup> Bundesgesetz N 97 Φ3 vom 04.05.2011.

<sup>31</sup> 150.000 Rubel oder mehr, Anmerkung 1 zu Art. 290 UKRF (entspricht circa 3.750 EUR).

<sup>32</sup> Eine Million Rubel oder mehr, Anmerkung 1 zu Art. 290 UKRF (entspricht circa 25.000 EUR).

<sup>33</sup> Vergleiche bereits zum früheren Rechtszustand: *Schroeder*, in Nussberger (Herausgeberin), Einführung in das russische Recht, S. 326.

<sup>34</sup> Siehe rechtsvergleichend den Grundtatbestand der Bestechlichkeit des deutschen StGB (§ 332 Abs. 1 S. 1): „Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

<sup>35</sup> Siehe für Einzelheiten zum Zeitpunkt der vollständigen Erfüllung des Tatbestandes sowie auch zum Versuchsbeginn im Plenumsbeschluss des Obersten Gerichts der RF vom 10.02.2000 N 6 in der Fassung des Plenumsbeschlusses vom 06.02.2007 N 7 (Ziffer 11 des Beschlusses).

diese Frist oder Freiheitsentzug von fünf bis zehn Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 60-fachen des Bestechungslohns aus. Eine weitere Qualifikation sieht Absatz 5 für Bestechungssummen von mehr als 1 Mio. Rubel vor, wobei die Strafe hier das 70- bis 90-fache des Bestechungslohns oder Freiheitsentzug von sieben bis zwölf Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 70-fachen des Bestechungslohns ist. Die Sanktionsrahmen sind hier folglich etwas geringer als bei der passiven Korruption.

Bemerkenswert sind die Möglichkeiten der Strafbefreiung für den Schmiergeldgeber gemäß der Anmerkung zu Art. 291 UKRF. Hierfür gibt es zwei Alternativen. Nach der ersten wird straffrei, wer aktiv zur Aufdeckung und/oder Aufklärung der Straftat beiträgt und die Bestechungszahlung freiwillig gegenüber dem zur Einleitung des Verfahrens berechtigten Organ mitteilt. Die zweite Möglichkeit besteht, wenn der Schmiergeldzahler durch den Amtsträger erpresst wurde. In letzterem Fall haben die Gerichte gemäß Plenumsbeschluss des Obersten Gerichts vom 10.02.2000<sup>36</sup> auch zu prüfen, ob der Schmiergeldzahler zur Abwendung schädlicher Folgen gezwungen war, einen Amtsträger zu bestechen. Wenn dies der Fall ist, unterliegen diese Gegenstände nicht der Einziehung, sondern werden dem Besitzer zurückgegeben.

### c) Art. 291.1 UKRF, Vermittlung der Bestechlichkeit

Die Vorschrift ist eine der durch Gesetz vom 04.05.2011 eingefügten Neuerungen. In einem Brief des Präsidenten der RF an die Bundesversammlung vom 30.11.2010 führt dieser zu dem neuen Tatbestand aus, es habe sich eine neue Art von „verbrecherischem Gewerbe“ gebildet, dessen Angehörige damit werben würden, dass sie wissen, wie eine Sache entschieden wird und wie viel an wen dafür zu „buchen“ sei<sup>37</sup>. Vom Tatbestand her wird ein Verhalten unter Strafe gestellt, das in der Weiterleitung von Schmiergeldern im Auftrag eines Bestechenden oder eines Bestechlichen besteht. Die Strafe für den Grundtatbestand, Art. 291.1 Abs. 1 UKRF, besteht im 20- bis 40-fachen des Schmiergelds und dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder Ausführung bestimmter Tätigkeiten für die Dauer von bis zu drei Jahren oder Freiheitsentzug von bis zu fünf Jahren mit Geldstrafe in Höhe des 20-fachen des Schmiergelds. Art. 291.1 UKRF enthält mehrere Qualifikationstatbestände, wobei die gravierendste Strafe Freiheitsentzug von sieben bis zwölf Jahren neben Geldstrafe in Höhe des 70-fachen des Schmiergelds für die Vermittlung der Bestechlichkeit in besonders großem Ausmaß ist. Auch bei Art. 291.1 UKRF ist die Bestechung nicht-russischer Amtsträger in den Tatbestand einbezogen<sup>38</sup>.

Schließlich ist bei Art. 291.1 UKRF auch Strafbefreiung durch Aufklärungshilfe möglich<sup>39</sup>.

### d) Art. 304 Alt. 1 UKRF, Provokation einer Bestechlichkeit

Der Tatbestand der Provokation einer Bestechlichkeit (hier Alternative 1 für den öffentlichen Sektor, siehe unten 2.c) für das Pendant des privaten Sektors) besteht in dem Versuch, einen Vorteil an einen Amtsträger zu übergeben, der nicht annahmefähig ist, wobei die Handlung der künstlichen Schaffung von Beweisen einer Bestechlichkeit oder einer Erpressung dient. Im Hinblick auf die Erzeugung künstlicher Beweise verlangt der Straftatbestand direkten Vorsatz<sup>40</sup>. Keine Provokation einer Bestechlichkeit ist es, wenn gesetzlich vorgesehene Ermittlungsmaßnahmen zur Überprüfung von Strafanzeigen wegen erpresserischer Bestechlichkeit durchgeführt werden<sup>41</sup>. Die Vorschrift hat kaum praktische Bedeutung - bisher habe es erst eine Verurteilung gegeben<sup>42</sup>. Rechtlich ist sie interessant, da sie zugleich eine Grenze für rechtswidrige Tatprovokationen darstellen könnte, welche nach der Rechtsprechung des EGMR zugleich ein Verwertungsverbot nach sich ziehen<sup>43</sup>. Ein Verbot der Verwendung von

<sup>36</sup> Plenum des Obersten Gerichts der Russischen Föderation, Beschluss vom 10.02.2000 N6 über die Gerichtspraxis in Fällen der Bestechung und der kommerziellen Bestechung mit den Änderungen des Plenumsbeschlusses vom 06.02.2007 N7, Ziffer 24.

<sup>37</sup> Medwedew, Brief des Präsidenten der Russischen Föderation an die Bundesversammlung der Russischen Föderation vom 30.11.2010, <http://kremlin.ru/news/9637>.

<sup>38</sup> Anmerkung 2 zu Art. 290 UKRF.

<sup>39</sup> Anmerkung 1 zu Art. 291.1 UKRF; vergleiche die Anmerkungen zu Art. 184, 204 sowie 291 UKRF.

<sup>40</sup> Oberstes Gericht, Plenumsbeschluss vom 10.02.2000 N 6 in der Fassung des Plenumsbeschlusses vom 06.02.2007 N 7 (Ziffer 25 des Beschlusses).

<sup>41</sup> Oberstes Gericht, a. a. O.

<sup>42</sup> Pressemitteilung des Zentrums zur Förderung der Politik des Präsidenten zur Bekämpfung der Korruption vom 26.10.2011, siehe <http://www.anti-korrupt.ru/news/2011/10/26/76/> (27.10.2011).

<sup>43</sup> Vergleiche zur Problematik EGMR Ramanauskas gegen Litauen, Urteil vom 05.02.2008, Beschwerde Nr. 74420/01.

Beweismitteln, die unter Verletzung von Bundesrecht der RF erlangt wurden, ist als Justizgrundrecht in Russland zugleich in der Verfassung verankert<sup>44</sup>.

## 2) Privater Sektor

Die Bestechung in der Privatwirtschaft ist auch in Russland unter Strafe gestellt. Die wichtigste Vorschrift – Art. 204 UKRF, kommerzielle Bestechung und Bestechlichkeit – bestand bereits vor den Reformgesetzen der Jahre 2008 und 2011. Daneben gibt es Spezialvorschriften mit einem relativ schmalen Anwendungsspektrum, die in der Praxis nur eine geringe Rolle spielen.

### a) Art. 184 UKRF, Bestechung von Teilnehmern und Organisatoren gewerblicher Sportwettkämpfe sowie von kommerziellen Schauwettkämpfen

Eine Art von Vorfeldkriminalisierung könnte man in Art. 184 UKRF sehen<sup>45</sup>, der es unter Strafe stellt, Sportler, Schiedsrichter, Trainer, Mannschaftsleiter und andere Teilnehmer oder Organisatoren professioneller Sportwettkämpfe, ebenso Organisatoren oder Jurymitglieder gewerblicher Schauwettkämpfe zum Zweck der Einflussnahme auf das Ergebnis solcher Sport- oder Schauwettkämpfe zu bestechen. Für die aktive Bestechung wird Geldstrafe, Pflichtarbeit von 120 bis 180 Stunden oder Arrest von bis zu drei Monaten angedroht. Das Gegenstück findet sich in Art. 184 Abs. 3 UKRF – Spielerbestechlichkeit, sowie in Absatz 4 – Bestechlichkeit als Trainer, Schiedsrichter, Mannschaftsleiter sowie sonstiger Teilnehmer oder Organisator gewerblicher Sportwettkämpfe sowie Organisator oder Jurymitglied bei gewerblichen Schauwettkämpfen. Die Strafraumen sind im Vergleich zu Absatz 1 etwas erhöht. Sie enthalten auch die Möglichkeit eines befristeten Tätigkeits- oder Amtsausübungsverbots. Hinsichtlich der in Absatz 4 genannten Personen ist das Höchstmaß der Strafe Freiheitsentzug von bis zu zwei Jahren.

### b) Art. 204 UKRF, Kommerzielle Bestechung und Bestechlichkeit

Art. 204 Abs. 1 UKRF pönalisiert die rechtswidrige Zuwendung von Geld, Wertpapieren, anderem Vermögen, geldwerten Dienstleistungen oder die Zuweisung anderer vermögenswerter Rechte an eine Person, die Leitungsfunktionen in einer kommerziellen oder einer sonstigen Organisation ausübt zum Zweck der Vornahme einer Handlung oder einer Unterlassung im Interesse des Gebenden im Zusammenhang mit der dienstlichen Stellung des Nehmenden.

Art. 204 Abs. 3 UKRF enthält das Gegenstück zu Absatz 1 und sanktioniert die rechtswidrige Annahme von Vorteilen durch eine Person, die Leitungsfunktionen ausübt.

Wer Leitungsfunktionen ausübt, definiert die Anmerkung 1 zu Art. 201 UKRF. Es kann sich um ein Ein-Personen-Organ, das Mitglied des Aufsichtsrats<sup>46</sup> oder eines anderen kollektiven Ausführungsorgans<sup>47</sup> sowie auch um eine Person handeln, die ständig, zeitweise oder durch besondere Vollmacht organisatorisch-verfügende oder verwaltend-wirtschaftliche Funktionen der in Betracht kommenden Organisation ausübt.

Gemäß der Anmerkung zu Art. 204 wird von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit, wer im Fall des Grundtatbestandes des Art. 204 Abs. 1 sowie der Qualifikation des Abs. 2 erpresst wurde oder wer die Bestechung der für die Verfolgung zuständigen Behörde freiwillig anzeigt<sup>48</sup>.

Das Grunddelikt wird für den aktiv Bestechenden gemäß Art. 204 Abs. 1 UKRF mit einer Geldstrafe in Höhe des zehnfachen der Bestechungssumme bestraft, dem Entzug

<sup>44</sup> Art. 50 Abs. 2 der Verfassung der Russischen Föderation.

<sup>45</sup> Vergleiche BGH, Urteil vom 15.12.2006 - 5 StR 181/06, Fußball-Sportwetten: Der BGH bestätigte die Entscheidung des Landgerichts Berlin im Skandal um die Manipulation von Wetten. Das Landgericht hatte ausschließlich wegen Betrug verurteilt, ausweislich der Begründung des Urteils des BGH seien Schiedsrichtern und Spielern jedoch Beträge zwischen 3.000 und 50.000 EUR versprochen worden, um Spielergebnisse zu manipulieren.

<sup>46</sup> Sovjet Direktorov, vergleiche Art. 32 Abs. 2 des Gesetzes vom 08.02.1998 N14 Φ3 (Über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) sowie auch Art. 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 26.12.1995 N 208 Φ3 (Über die Aktiengesellschaften).

<sup>47</sup> Vergleiche Art. 70 des Gesetzes vom 26.12.1995 N 208 Φ3 (Über die Aktiengesellschaften): Prawlenie oder Direkzija als kollektives Ausführungsorgan der russischen Aktiengesellschaft.

<sup>48</sup> Ähnlich wie bei der aktiven Bestechung im öffentlichen Sektor gemäß Anmerkung zu Art. 291, vergleiche oben III.1.b).

des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder der Ausführung bestimmter Tätigkeiten für die Dauer von bis zu zwei Jahren, durch Freiheitsbeschränkung von bis zu zwei Jahren oder Freiheitsentzug bis zu fünf Jahren. Der Bestochene kann gemäß Art. 204 Abs. 3 UKRF unter Anderem mit dem 15- bis 70-fachen der Bestechungssumme oder Freiheitsentzug bis sieben Jahren nebst Geldstrafe von bis zum 40-fachen der Bestechungssumme bestraft werden. Die Strafen für die Qualifikationstatbestände der Absätze 2 bis 4 des Art. 204 UKRF reichen bis zu einer Geldstrafe in Höhe des 90-fachen der Bestechungssumme sowie Freiheitsentzug von zwölf Jahren nebst Geldstrafe von bis zum 50-fachen der Bestechungssumme.

**c) Art. 304 Alt. 2 UKRF, Provokation einer kommerziellen Bestechlichkeit**

Die Provokation einer Bestechlichkeit ist gemäß Alternative 2 des Art. 304 UKRF auch im privaten Sektor strafbar<sup>49</sup>. Der Tatbestand besteht hier im Versuch der Übergabe des Vorteils an eine Person, die leitende Funktionen in einer kommerziellen oder sonstigen Organisation ausübt, wobei diese Person wie beim Pendent des öffentlichen Sektors nicht annahmefähig ist und die Handlung der künstlichen Schaffung von Beweisen einer Bestechung oder einer Erpressung dient.

**3) Bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen gemäß dem Kodex über administrative Rechtsverletzungen**

Auch das russische Bußgeldrecht – kodifiziert im „Kodeks ob administrativnych Pravonaruschnijach“, im Folgenden: KoAP – kennt die Verantwortlichkeit juristischer Personen für Handlungen, die in ihrem Auftrag durch natürliche Personen begangen werden. Im Gegensatz zum deutschen § 30 OWiG gibt es hierzu einen ganzen Kanon spezieller Vorschriften, welche für bestimmtes Verwaltungsunrecht jeweils Sanktionen vorsehen. Im Zug der innerstaatlichen Umsetzung der drei von Russland mittlerweile ratifizierte internationalen Anti-korruptionsübereinkommen wurden auch Vorschriften zur Sanktionierung von Korruption im öffentlichen und privaten Sektor eingefügt, die im Auftrag der juristischen Person begangen wird.

**a) Art. 19.28 KoAP, Rechtswidrige Belohnung namens einer juristischen Person**

Die Vorschrift, eingefügt durch Gesetz vom 25.12.2008 N 280 Ф3 und durch Gesetz vom 04.05.2011 N 97 Ф3 mit dem Ziel der besseren Anpassung an die UN-Konvention gegen Korruption neu gefasst<sup>50</sup>, pönalisiert korruptive Verhaltensweisen im Interesse juristischer Personen. Sie gilt sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Sektor, wobei ausländische Amtsträger und Amtsträger internationaler Organisationen ebenfalls einbezogen werden. Anders als bei den Strafbestimmungen des UKRF, die nur natürliche Personen betreffen, geht es in Art. 19.28 KoAP um die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens selbst.

Unter Strafe steht die namens und im Interesse einer juristischen Person vorgenommene rechtswidrige Übergabe, der Vorschlag oder das Versprechen von Geld und anderen vermögenswerten Gegenständen an einen Amtsträger oder eine Person, die Leitungsfunktionen in einer gewerblichen oder anderen Organisation ausübt, einen ausländischen Amtsträger oder einen Amtsträger einer öffentlichen internationalen Organisation für Handeln/Untätigkeit im Zusammenhang mit der dienstlichen Stellung der bestochenen Person.

Rechtsfolge ist eine Verwaltungssanktion gegen die juristische Person in Höhe des Dreifachen der Bestechung, jedoch mindestens einer Million Rubel. Die Vorschrift enthält zwei Qualifikationen für die Bestechung in großem sowie in besonders großem Ausmaß. Letztere ist einschlägig bei Bestechungen, die den Wert von 20 Mio. Rubeln<sup>51</sup> überschreiten. Die Sanktion für Bestechung in besonders großem Ausmaß gemäß Art. 19.28 Abs. 5 KoAP ist

<sup>49</sup> Vergleiche oben 1.d) für den öffentlichen Sektor.

<sup>50</sup> Siehe die erläuternde Beschreibung zum Entwurf des Bundesgesetzes vom 04.05.2011 über die Einfügung von Änderungen in UKRF und KoAP im Zusammenhang mit der Vervollkommnung der staatlichen Verwaltung auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung, Seite 2 am Ende, <http://www.duma.ru> (01.11.2011).

<sup>51</sup> Circa 0,5 Mio. EUR.

Geldbuße in Höhe des 100-fachen der Bestechungssumme, jedoch nicht weniger als 100 Mio. Rubel<sup>52</sup> sowie Konfiskation der Bestechung oder des Wertes der Bestechung.

Die inländischen Amtsträger werden in Anmerkung 1 des Art. 19.28 KoAP definiert, der hierfür auf die Definition der Anmerkung zu Art. 285 UKRF verweist<sup>53</sup>. Entsprechendes gilt für die Definition der Person mit Leitungsfunktionen in einer gewerblichen oder anderen Organisation – hier nimmt Anmerkung 2 des Art. 19.28 KoAP die Anmerkung 1 des Art. 201 UKRF in Bezug.

Die Anwendbarkeit der Vorschrift bei internationaler Korruption ergibt sich für Bestechung im öffentlichen Sektor in personeller Hinsicht aus Anmerkung 3 zu Art. 19.28 KoAP: Ein ausländischer Amtsträger ist danach eine ernannte oder gewählte Person, die ein beliebiges Amt im Gesetzgebung, Exekutive/Verwaltung oder Gerichtsbarkeit eines fremden Staates ausübt. Eingeschlossen sind Tätigkeiten für öffentliche Behörden und auch öffentliche Unternehmen. Bei den internationalen Organisationen sind internationale Zivilbedienstete oder beliebige Personen gemeint, die von der Organisation ermächtigt sind, in ihrem Namen zu handeln.

#### b) Art. 19.29 KoAP, Rechtswidrige Heranziehung Beamter sowie früherer Beamter zur Erwerbstätigkeit unter Verstoß gegen gesetzliche Regeln

Die Blankettvorschrift des Art. 19.29 KoAP stellt die Beschäftigung bestimmter Staatsbeamter sowie früherer Staatsbeamter in der Privatwirtschaft unter Sanktion, soweit gesetzliche Regeln diese Tätigkeit ausschließen. Dem auf diese Weise rechtswidrig tätigen Beamten oder ehemaligen Beamten und auch dem Anbieter der Tätigkeit drohen Geldbußen von 20.000 bis 50.000 Rubeln; soweit es sich bei Letzterem um eine juristische Person handelt, können Geldbußen von 100.000 bis 500.000 Rubeln verhängt werden.

### IV. Fazit

Die Fortentwicklung des materiellen russischen Strafrechts zeigt, dass Russland willens ist, bei der Korruptionsbekämpfung die internationalen Standards der Vereinten Nationen, des Europarats und der OECD zu erfüllen.

Dies sagt noch nicht viel über den Istzustand der Rechtsanwendung durch Behörden und Strafgerichte aus. Selbst wenn Erfolgsmeldungen in Form der in Russland schnellen und zahlreichen Pressemitteilungen der Staatsanwaltschaften die Anwendung der alten und auch der neuen beziehungsweise erneuerten Vorschriften bescheinigen, so können die berichteten Fälle ebenso gut Ausnahmen im Einzelfall funktionierender Rechtspflege sein, wie sie für eine beginnende gleichmäßige Rechtsanwendung bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Korruption stehen können. Es wird sich zeigen müssen, ob die auch bei den gravierendsten Qualifikationstatbeständen der Korruption noch verhängbaren Geldstrafen der Abschreckung dienen oder ob es zu einer nicht gerechtfertigten Begünstigung bestimmter Verurteilter kommt. Hier bleibt auch die Anwendungspraxis der russischen Gerichte zu der neuen Form der Geldstrafe des Vielfachen des Bestechungslohns abzuwarten. Einen wesentlichen Faktor der Entwicklung könnten die Kontrollinstrumente insbesondere der Übereinkommen von Europarat (GRECO) sowie OECD (Anti Bribery Commission) darstellen. Das zum Teil äußerst negative Feedback, was Russland von der GRECO noch im Jahr 2008 auf diese Weise erhielt, könnte zugleich geeignet sein, Änderungen auszulösen. Ähnliches gilt für den Beitritt zum OECD-Übereinkommen gegen Korruption, der eine fortdauernde Steuerungsfunktion auf dem Weg Russlands zur Vollmitgliedschaft in der OECD entfalten könnte. Es bleibt zu hoffen, dass sich die russische Gesetzgebung, insbesondere aber die russische Rechtsprechung, durch diese Entwicklung ermutigen lässt und die erforderlichen Veränderungen nach der Präsidentschaftswahl Anfang März 2012 fortgeführt werden.

---

<sup>52</sup> Circa 5 Mio. EUR.

<sup>53</sup> Oben III.1.a).

## Veranstungsberichte und Rechtspolitisches

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau

### WisteV-Standards

Fortsetzung des Artikels aus WiJ 1/2012 Seite 62 – 80: Themenblöcke 1-3.

In der WiJ werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von *Folker Bittmann, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt*, in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sie versuchen, den innerhalb von WisteV erzielten Diskussionsstand repräsentativ widerzuspiegeln, können aber nicht durchweg Ergebnis eines vereinsweiten Diskussionsprozesses sein. Sie stellen schon deshalb nie unverrückbare Endpunkte dar.

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits benannten oder auch zusätzlichen Aspekten zu positionieren. Im besten Falle findet so eine permanente Qualifizierung statt, die allen Interessierten eine verlässliche Orientierung bietet.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: [standards@wi-j.de](mailto:standards@wi-j.de).

WisteV ist ein Zusammenschluss verschiedener am Wirtschaftsstrafrecht beteiligter Berufsgruppen. Das bietet den Vorteil, Themen aus unterschiedlicher Sicht betrachten zu können. Auch damit wird es allerdings nicht gelingen, in jeglicher Hinsicht Konsens herzustellen. Bereits das Anstreben eines solchen Zieles wäre von vorn herein, weil völlig unrealistisch, zum Scheitern verurteilt. Aber mehr Klarheit zu schaffen, hinsichtlich des Trennenden wie des Gemeinsamen, erscheint als wünschenswert, sinnvoll und vor allem erreichbar. Ungewissheiten mögen zwar den professionell am Wirtschaftsstrafrecht Beteiligten aus unterschiedlichen bis gegensätzlichen Gründen durchaus zupass kommen, weil dabei die Chance argumentativer Beeinflussung des Ergebnisses größer ist als beim Bewegen auf gesichertem Terrain. Aber derjenige, der sich fragt, wie er auf rechtmäßige Weise ein (wirtschaftliches) Ziel erreichen kann, der hat keinerlei Interesse an Ungewissheiten. Er strebt nach einem ‚safe harbour‘. Dieses Interesse ist völlig legitim: in einer freiheitlichen Gesellschaft darf – prinzipiell, trotz des faktisch erforderlichen Freischwimmens in einem Meer <und Mehr!> aus Bürokratie – frei gehandelt und damit auch frei gewirtschaftet werden. Um von dieser Freiheit innerhalb des legalen Rahmens Gebrauch machen zu können, bedarf es der Rechtssicherheit. Diese wird in einer sich wandelnden Welt immer nur partiell erreicht werden können. Das stellt die Sinnhaftigkeit dieses Ziels allerdings nicht in Frage.

WisteV hat es sich deshalb zur Aufgabe gemacht, für möglichst viele Themenfelder Standards dergestalt zu entwickeln, dass einerseits Konsentiertes und andererseits Kontroverses formuliert wird. Geeignete Ausgangspunkte sind WisteV-Veranstaltungen zu aktuellen Themen. Deshalb sind insbesondere diejenigen, die Regional- oder Facharbeitskreis-Veranstaltungen organisieren, aufgerufen, das Diskutierte in diesen beiden Kategorien möglichst tiefgehend zusammenzufassen. Es ist allerdings auch ohne weiteres denkbar, derartige Aufstellungen auch aus anderem Anlass zu formulieren.

#### 4) Themenblock: Bilanzstrafrecht

Redaktionell aufbereitet von Folker Bittmann auf der Basis einer von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Universität Köln, erstellten Zusammenfassung seines Vortrags auf der WisteV-wistra-Neujahrstagung im Januar 2012 in Frankfurt am Main. Nähere Informationen zu der Tagung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).

Konsens:

- These 1: Das Bilanzstrafrecht schützt vor einer vorsätzlichen unrichtigen oder verschleiernenden Darstellung der Verhältnisse, § 331 Nrn. 1 und 2 HGB. Hingegen genügt Leichtfertigkeit bei Offenlegung einer unrichtigen oder verschleiernenden Darstellung eines nach internationalen Rechnungsstandards erstellten Einzelabschlusses, wenn dieser nach § 325 Abs. 2a und b HGB von der Pflicht zur Erstellung eines HGB-Jahresabschlusses befreit, § 331 Nr. 1a, sowie Nr. 3 für den Konzernabschluss.
- These 2: Das Insolvenzstrafrecht schützt zusätzlich – aber nur beim Handeln in der Krise und zusätzlich im Fall der Zahlungseinstellung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder der Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse – vor der Aufstellung von Bilanzen, bei denen die Übersicht über den Vermögensstand vorsätzlich oder fahrlässig erschwert ist, § 283 Abs. 1 Nr. 7a, Abs. 4 Nr. 1 und 5 Nr. 1 StGB.
- These 3: Das Strafrecht ist limitiert bilanzrechtsakzessorisch, so dass nur wenige Bilanzverstöße eine Strafbarkeit begründen können.
- These 4: Erfasst sind nur solche Bilanzfälschungen, die sowohl evident, d.h. „schlechthin unvertretbar“, als auch wesentlich und so erheblich sind, dass sie das „Gesamtbild“ der Darstellung beeinträchtigen.
- These 5: Eine absolute Wahrheit im bilanziellen Sinne („die richtige Bilanz“) existiert nicht. Die Bilanzwahrheit ist aufgrund der Komplexität und demzufolge der Mehrdeutigkeit vieler rechnungslegungsrelevanter Sachverhalte „relativ“.
- These 6: Die bloße Nutzung von Ansatz-, Bewertungs- und Darstellungswahlrechten, bilanzpolitischen Ermessensspielräumen, zulässigen sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen und Auslegungsspielräumen macht die Bilanz nicht unrichtig.
- These 7: Mit der VO (EG) Nr. 1606/2002 wurden 2005 die vom IASB herausgegebenen IFRS zum Rechnungslegungsstandard für Konzernabschlüsse von kapitalmarkt-orientierten Gesellschaften in der EU. Da eine unmittelbare Anwendung der Standards privater Gremien ausscheidet, sind nur diejenigen Standards verbindlich, die nach Durchlaufen des sog. Komitologie-/Endorsement-Verfahrens durch Verordnungen anerkannt und veröffentlicht sind („EU-IFRS“).
- These 8: Die Einbeziehung der „EU-IFRS“ ist verfassungsrechtlich prinzipiell unbedenklich, da die deutschen Repräsentanten ausreichend am Komitologie-/Endorsement-Verfahren beteiligt sind. Bedenken könnte jedoch die nur zurückhaltende Nutzung der vorhandenen Kontrollmöglichkeiten wecken.
- These 9: Beim deutschen HGB-Abschluss steht der Gläubigerschutz und damit der Kapitalerhalt im Vordergrund. Dagegen geht es beim angelsächsisch geprägten IFRS-Abschluss um die Kapitalmarktinformation und damit die Performance.
- These 10: Der IFRS-Abschluss baut viel stärker als der HGB-Abschluss auf Prognosen statt auf Fakten auf. Dieser Paradigmenwechsel von einer „objektiven“ zu einer „subjektiven“ Bewertung ermöglicht eine kaum angreifbare „Bilanzkosmetik“.
- These 11: Beim IFRS-Abschluss führen strukturelle Mängel und Gestaltungsmöglichkeiten dazu, dass der Grundsatz der Bilanzwahrheit viel stärker als beim HGB-Abschluss relativiert ist. Dadurch büßt auch das Bilanzstrafrecht an Schärfe ein.
- These 12: Lückenhafte, unklare oder abdingbare Vorgaben der Rechnungslegung – sei es nach HGB, sei es nach IFRS –, scheiden als Basis für eine Bestrafung aus.
- These 13: Es ist daher die Aufgabe des Gesetzgebers, durch klare Vorgaben Lücken, Ungeheimheiten und unverantwortlichen Spielräumen entgegenzuwirken, um eine stabile und überzeugende Grundlage für die strafrechtliche Bewertung der Rechnungslegung zu schaffen, und die Aufgabe der Wissenschaft, den Gesetzgebungsprozess durch die Systematisierung und Systembildung des Bilanzrechts zu unterstützen.

## 5) Themenblock: Verwendungsverbot, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

**Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach einer Tagung des WisteV-Arbeitskreises ‚Insolvenzstrafrecht‘ am 29.11.2011 in den Räumen des BGH. Nähere Informationen zu der Tagung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).**

### Grundlegendes:

Die Ergebnisse unterscheiden sich grundlegend danach, ob man

- a) § 97 Abs. 1 S. 3 InsO für sich betrachtet und diese Bestimmung allein auf der Basis der Gesetzgebungsmaterialien der InsO auslegt mit der möglichen Folge eines im Extrem bis zur Unzulässigkeit der Lektüre der Insolvenzakten seitens der Justiz (Staatsanwaltschaft und Strafgericht) reichenden Beweiserhebungsverbots, oder
- b) § 97 Abs. 1 S. 3 InsO als durch das Justizmitteilungsgesetz modifiziert betrachtet.

Es ist derzeit nicht ersichtlich, dass und wie diese sich gegenüberstehenden Fronten aufgeweicht werden könnten. Die nachfolgenden Thesen beruhen auf der zu b) dargelegten Grundannahme. Deshalb ist ‚Konsens‘ in Klammern gesetzt. Allerdings stehen diese (begrenzt) konsentierten Aussagen mit Ausnahme der Thesen 6 und 7 (das gilt eingeschränkt auch für die Thesen 27, 28 und 32) nicht in einem (logischen) Widerspruch zur Grundannahme a).

### (Konsens):

- These 1: Es besteht ein Zielkonflikt zwischen der umfassenden Auskunftspflicht im Insolvenzverfahren und dem verfassungsverbürgten Schweigerecht im Ermittlungs- und Strafverfahren.
- These 2: Im Jahre 1981 entwickelte BVerfGE 56, 37 ff. eine Lösung dahingehend, daß zwar die Auskunftspflicht uneingeschränkt besteht, hinsichtlich der erteilten Auskunft aber ein strafprozessuales Verwendungsverbot eingreift. Dessen konkrete Ausgestaltung (einschließlich der etwaigen Regelung einer Früh- und Fernwirkung) könne aber nur der Gesetzgeber vornehmen. Ein über ein Verwendungsverbot hinausgehendes Verwendungsverbot befürwortete hingegen der damalige Richter am BVerfG Heußner in seinem Sondervotum.
- These 3: Mit § 97 Abs. 1 S. 3 führte die 1994 verabschiedete, am 1.1.1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung ausdrücklich ein Verwendungsverbot ein: Die Auskunft darf seitdem auch nicht mehr den Weg zu Erkenntnisquellen weisen.
- These 4: Allerdings schuf das bereits zum 1.6.1998 in Kraft getretene Justizmitteilungsgesetz die gesetzliche Grundlage für die ‚Mitteilungen in Zivilsachen‘ denen zufolge die Insolvenzgerichte die Staatsanwaltschaften über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ebenso zu unterrichten haben wie über die Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse.
- These 5: Das Insolvenzgericht darf die Staatsanwaltschaft von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenso wie von einer Antragsabweisung mangels Masse in Kenntnis setzen – auch bei einem Eigenantrag.
- These 6: Die Staatsanwaltschaft darf Insolvenzakten lesen.
- These 7: Die Staatsanwaltschaft darf im Insolvenzeröffnungs- und im Insolvenzverfahren pflichtgemäß erteilte Auskünfte des Schuldners bzw. des vertretungsberechtigten Organs, soweit sie Inhalt der Insolvenzakten geworden sind, ebenso wie Passagen der Insolvenzakten, in denen auf solche Auskünfte Bezug genommen wird, zwar lesen, aber weder ohne weiteres verwerten noch verwenden.
- These 8: Soweit der Inhalt der Insolvenzakten nicht auf in These 7 genannten Auskünften beruht, ist er verwendbar, d.h. aus ihm darf Verdacht geschöpft werden und er darf den Zugang zu Beweismitteln weisen.

- These 9: Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO greift nur bei Vorliegen folgender tatbestandlicher Voraussetzungen ein:
- Auskunft,
  - beruhend auf Auskunftspflicht gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 InsO,
  - Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den Auskunftspflichtigen oder dessen Angehörige (§ 52 Abs. 1 StPO), und
  - fehlende Zustimmung des die Auskunft Erteilenden.
- These 10: § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erstreckt sich nicht auf Angaben im Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.
- These 11: Soweit im oder aus Anlass des Eigenantrags Auskünfte in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht erteilt werden, greift ein verfassungsunmittelbares Verwendungsverbot in Anlehnung an BVerfGE 56, 37 ff. ein.
- These 12: Das Verwendungsverbot gemäß These 11 erstreckt sich mit Inkrafttreten des ESUG auch für die dem Eigenantrag beizufügende Gläubigerliste.
- These 13: Entgegen OLG Jena (12.8.2010 – 1 Ss 45/10) fallen auch Angaben gegenüber dem schlichten Gutachter im Insolvenzeröffnungsverfahren unter die Auskunftspflicht: er ist bloßer Helfer des Insolvenzgerichts, Angaben dem Gutachter gegenüber sind folglich mittelbare Angaben gegenüber dem Insolvenzgericht, so dass sie vom Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erfasst werden.
- These 14: Bestünde gegenüber dem Gutachter keine Auskunftspflicht, so wären dennoch erteilte Auskünfte freiwillig, so dass nicht einmal ein verfassungsunmittelbares Verwendungsverbot in Anlehnung an BVerfGE 56, 37 ff. eingriffe. Diese Rechtslage würde eine Belehrungspflicht verlangen.
- These 15: § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erfasst alle auf der Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO beruhenden, nicht nur die im Wege des Zwangs erteilten Auskünfte.
- These 16: Im Verfahren gegen weitere Verantwortliche (z.B. Mitgeschäftsführer) sind die erteilten Auskünfte verwertbar.
- These 17: Freiwillige Äußerungen sind hingegen frei verwert- und (erst recht) verwendbar.
- These 18: In äußerst seltenen Ausnahmefällen können Auskünfte auch gegenüber dem Insolvenzgericht oder Insolvenzverwalter freiwillig sein. Denkbar ist das etwa bei Irrtum über die Person des Insolvenzverwalters oder eines seiner Mitarbeiter und bei Äußerungen in privatem Rahmen <'Bierlaune'>.
- These 19: Freiwillig sind alle Angaben, die der Auskunftspflichtige Dritten gegenüber tätigte (z.B. gegenüber dem Leiter der eigenen Buchhaltung).
- These 20: Beruht eine Information *auch* auf einer vom Auskunftspflichtigen unabhängigen Quelle, so darf sie verwertet werden.
- These 21: Falsche Angaben sind nicht Ausfluß der Auskunftspflicht. Sie können also frei verwertet werden.
- These 22: Schweigen ist keine Erteilung einer Auskunft, darf folglich verwertet und verwendet werden.
- These 23: Das gilt auch für beredtes Schweigen. Soweit es einen Informationsgehalt aufweist, fällt es nicht unter § 97 Abs. 1 S. 3 InsO (Beispiel: Angaben Ende 2011 „Bilanzen 2000 bis 2008 liegen vor“. Hier ist nicht die Auskunft selbst verwert- und verwendbar, wohl aber die Lücke: Bilanzen 2009 und 2010 fehlen).
- These 24: Handelsbücher werden nicht aufgrund insolvenzrechtlicher Pflichten geführt, ebensowenig Bilanzen aus diesem Grund erstellt: Beide sind deshalb frei verwert- und verwendbar.

- These 25: Das gilt aber nur für das Buchwerk selbst. Das bedeutet, daß eine im Insolvenzverfahren erteilte Auskunft über das Versteck unter § 97 Abs. 1 S. 3 InsO fällt.
- These 26: (Verallgemeinerung von These 25): Hinsichtlich der Nutzung bereits im Insolvenzverfahren aufgedeckter eigenständiger Informationsquellen liegt keine Verwendung einer Auskunft (im Ermittlungs- oder Strafverfahren) vor, also z.B. betreffend vom Insolvenzverwalter aufgrund einer Auskunft oder nach Auswertung ihm zugänglich gemachter Buchführungsunterlagen und Bilanzen zur Masse gezogenes Auslandsvermögen. Das Gesetz kennt keine mittelbare Fernwirkung.
- These 27: Wurden in Erfüllung von § 97 Abs. 1 S. 1 InsO getätigte Angaben ohne Zustimmung strafprozessual verwertet, so darf die Information im Ermittlungs- und Strafverfahren nur dann weiter genutzt werden, wenn sie sich auch auf eine von der Auskunft unabhängige, also uneingeschränkt verwertbare Quelle zurückführen lässt.
- These 28: Da es der Prüfung im Ermittlungs- und Strafverfahren unterliegt, ob eine Auskunft auf der insolvenzrechtlichen Auskunftspflicht beruht oder nicht und ob sie unter § 97 Abs. 1 S. 3 InsO fällt, handelt es sich bei dieser Vorschrift allein um ein Verwertungs- und Verwendungs-, nicht aber um ein Beweiserhebungsverbot.
- These 29: Der Insolvenzverwalter kann als Zeuge vernommen werden. Er verfügt über kein Schweigerecht.
- These 30: Sofern der als Zeuge vernommene Insolvenzverwalter Informationen wiedergibt, die ausschließlich auf einer im Eröffnungs- oder Insolvenzverfahren erteilten Pflichtauskunft beruhen und der Pflichtige keine Zustimmung zur Verwertung und Verwendung erteilt hat, greift das Verwertungs- und Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ein.
- These 31: Das Insolvenzgutachten kann grundsätzlich nicht als schriftliches Beweismittel im Wege des Urkundenbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt werden, § 250 S. 2 StPO. Anderes gilt nur unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO.
- These 32: Ein auf den Inhalt der Insolvenzakte gestützter Vorhalt ist zulässig, soweit die vorgehaltene Stelle nicht unter das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO fällt.

**Kontrovers:**

- Frage 1: Gilt These 16 nur im Fall selbständiger Verfahren oder auch bei Ermittlungen in einem Verfahren gegen alle Verantwortlichen?
- Frage 2: Gilt § 97 Abs. 1 S. 3 InsO auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 30 OWiG? Das Gesetz trifft keine Regelung. Das Bundesverfassungsgericht hält es für verfassungsgemäß, wenn das Organ insoweit kein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt bekommt: Ist dieser Gedanke auf das Verwendungsverbot gemäß § 97 I 3 InsO übertragbar?

**6) Themenblock: Verfahrensdauer**

**Aufbereitet und zusammengestellt von Folker Bittmann nach einer Tagung der Regionalgruppe Osten am 9.2.2012 in Berlin zu dem Thema: Überlange Verfahrensdauer in Wirtschaftsstrafsachen: Ursachen und Abhilfen. Nähere Informationen zu der Tagung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).**

**Konsens:**

- These 1: Für die Strafzumessung bedarf es der Unterscheidung zwischen folgenden, ggf. mildernden Erwägungen:
- (Langer) Abstand zwischen Beendigung der Tat und Entscheidung.

- (Besondere) Belastungen aufgrund der Durchführung des Verfahrens.
- (Rechtstaatswidrige) Verfahrensverzögerungen.

Nachfolgende Thesen beziehen sich allein auf den Aspekt (3).

- These 2: Prozessual zulässiges Verhalten führt nicht zu einer rechtstaatswidrigen Verfahrensverzögerung. Das gilt für das Verhalten aller Beteiligten.
- These 3: Verzögerungen, die ihre Ursache zwar im Verantwortungsbereich der Justiz haben, aber auf einer insgesamt akzeptablen Arbeitsorganisation beruhen, sind nicht rechtstaatswidrig.
- These 4: Eine rechtstaatswidrige Verfahrensverzögerung lässt sich nicht allein mit zeitlichen Umständen begründen. Es müssen vielmehr fallbezogen die jeweiligen Umstände und deren Ursachen berücksichtigt werden.
- These 5: Bei der Einzelfallbetrachtung sind Umfang, Schwierigkeitsgrad und das Verhalten der Beteiligten in den Blick zu nehmen.
- These 6: Die Vollstreckungslösung ist der früher praktizierten Strafzumessungslösung überlegen.
- These 7: Die Verzögerungsrüge mit der Möglichkeit einer Entschädigung steht neben der Vollstreckungslösung. Es lässt sich noch nicht absehen, ob es sich dabei ausschließlich um ein Alternativverhältnis handelt.
- These 8: Die Verfahrensdauer in Wirtschaftsstrafsachen findet ihre wesentliche Ursache in der Komplexität der Materie und ist nicht prinzipiell einer Gruppe von Verfahrensbeteiligten anzulasten. Das gilt auch in Bezug auf die Wehrhaftigkeit der Angeklagten.
- These 9: Es besteht ein Missverhältnis zwischen den der Komplexität geschuldeten Anforderungen an die Justiz und deren Ausstattung.
- These 10: Die durchaus wünschenswerte Vereinfachung der Rechtslage darf nicht dazu führen, dass an insgesamt unvermeidliche Verstöße strafrechtliche Folgen geknüpft werden, auch wenn jeder einzelne auf einer für sich gesehen vermeidbaren Sorgfaltswidrigkeit beruht.
- These 11: Zwischen praktikablen Möglichkeiten der Berechnung des Nachteils bei der Untreue auch in komplexen Sachverhalten und dem Bedürfnis nach alternativen (nicht notwendig: straf-)rechtlichen Lösungen besteht ein inhaltlicher Zusammenhang.
- These 12: Es sollte auf Gesetzesebene geprüft werden, ob  
in Wirtschaftsstrafsachen nur Schöffen mit besonderer Sachkunde eingesetzt werden (nach den Vorbildern der Kammer für Handelssachen und dem Arbeitsgerichtsgesetz), und  
der Einsatz von Richtern und Staatsanwälten auf dem Gebiet der Wirtschaftsstrafsachen besser dotiert werden sollte.
- These 13: Auf der Basis des derzeitigen Rechtszustands ist über eine Reduzierung der Komplexität in jedem Verfahren (in Anlehnung an den Rechtsgedanken der §§ 154, 154a StPO) zu entscheiden. Das gilt für jedes Verfahrensstadium.
- These 14: (Justiz-)Organisatorisch sollte geprüft werden,
- ob und wie der wirtschaftliche Sachverstand innerhalb der Justiz vermehrt werden muss und kann,
  - wie sichergestellt werden kann, dass Staatsanwälte und Richter mit besonderen Kenntnissen des Wirtschaftslebens möglichst lange und intensiv ihre Fähigkeiten anwenden können und nicht (ohne adäquaten Ersatz) anderweit verwendet werden,

- auf welche Weise das justizielle Verfahrensmanagement verbessert werden kann,
- ob eine Entlastung der erkennenden Richter durch Assistenten sachgerecht wäre,
- ob und wie die Verteidigung frühzeitiger als bisher und zwar auch schon im Ermittlungsverfahren einbezogen werden kann, und
- ob die Konzentration der Wirtschaftsstrafsachen auf einen Senat des BGH wünschenswert wäre.

### Tagungsbericht

---

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Dr. Matthias Brockhaus

## Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung vom 20./21.01.2012 in Frankfurt a.M.

Die gemeinsam von der WisteV und der wistra organisierte Neujahrstagung fand dieses Jahr erneut unter regem Interesse statt. Es ist sicherlich zu früh, von einer „Tradition“ zu sprechen die Tatsache, dass die dritte WisteV-wistra-Jahrestagung in Folge bereits Wochen zuvor ausgebucht war und ca. 120 Teilnehmer zählte, lässt aber erwarten, dass sich diese Veranstaltung als feste Größe neben dem bereits bestehenden Tagungsangebot etablieren wird. Dafür spricht auch, dass sich die diesjährige WisteV-wistra-Neujahrstagung, die unter dem Tagungstitel „*Moloch Wirtschaftsstrafrecht – Staatliche Wirtschaftslenkung durch die und auf Kosten der Justiz?*“ stand, erneut ausschließlich auf wirtschaftsstrafrechtliche Themen sowie deren interdisziplinäre Schnittstellen konzentriert hat und aufgrund dieser Fokussierung ein „Alleinstellungsmerkmal“ in der Tagungslandschaft ausweist.

Eingeführt wurde die Tagung mit einem kurzen Vortrag von *Salditt*, der sich mit der der Tagung zugrundeliegenden Begrifflichkeit „*Moloch*“ grundlegend auseinandersetzte, die – wie der Duden formuliert – eine „*grausame Macht*“ umschreibt, die „*immer wieder neue Opfer fordert und alles zu verschlingen droht*“.

Es folgte ein Vortrag des Philosophen und Ökonomen *Kliemt*. Unter dem Arbeitstitel „*Zur Strafempfindlichkeit des homo oeconomicus*“ führte *Kliemt* in den ersten Themenblock ein, der unter dem Titel „*Unsichtbare Hand des Marktes oder starker Arm des Gesetzes*“ stand. *Homo oeconomicus* bezeichnet bekanntermaßen – vereinfacht gesprochen – einen (fiktiven) Akteur, der eigeninteressiert und rational handelt, seinen eigenen Nutzen maximiert, auf veränderliche Restriktionen reagiert, feststehende Präferenzen hat und über vollständige Informationen verfügt. Es sei zweifelhaft, dass der Mensch überhaupt als *homo oeconomicus* agiere, hiergegen sprächen schon empirische Untersuchungen. Kritisch beleuchtet wurde ferner die verbreitete Vorstellung, dass sich die Strafgesetzgebung an der Strafempfindlichkeit des *homo oeconomicus* auszurichten habe.

Diesem wirtschaftsphilosophischen Eingangsvortrag folgte *Theile* mit einem Referat, in dem er sich mit der systemtheoretischen Frage einer „*rationalen Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht*“ auseinandersetzte. Einer „*rationalen*“ Gesetzgebung widerspreche etwa die gesetzliche Regelung zum „*Deal*“. Insgesamt sei festzuhalten, dass es im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts außerordentlich schwierig sei, unter dem Aspekt des Ausgleichs unterschiedlicher Interessenlagen eine adäquate Normierung zu erreichen. Eine „*große Lösung*“ sei in diesen Bereich von der Gesetzgebung jedenfalls nicht zu erwarten.

Der Themenblock wurde mit einem Vortrag von *Korte* abgeschlossen, der aus Sicht eines in der Bundesministerialverwaltung tätigen Praktikers einen Überblick über die „*EU-rechtlichen Rahmenbedingungen der nationalen Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht*“ gab. *Korte* wies

auf die vielfältigen, teils unüberlegten und verfassungsmäßig bedenklichen strafrechtlichen Aktivitäten auf europäischer Ebene hin. Exemplarisch ließe sich dies an den Extensionstendenzen im Bereich der Vermögensabschöpfung belegen. Insgesamt sei die (ernüchternde) Tendenz zu erkennen, dass Strafrechtspolitik auf europäischer Ebene als ein Mittel zur Konjunkturbelebung angesehen werde.

In der abendlichen Podiumsdiskussion, die von *Jahn* (FAZ) moderiert wurde, wurden die verfahrensrechtlichen Perspektiven und typischen Probleme bei der praktischen Bewältigung von Wirtschaftsstrafverfahren erörtert. *Rönnau* wies darauf hin, dass sich die Bedeutung der Hauptverhandlung „verflüchtige“ und somit rechtsdogmatische Fragen in den Hintergrund treten würden. Folge sei, dass eine ganze Rechtskultur „kaputt“ gehe. Gleichwohl wurde – etwa von *Ignor* – hervorgehoben, dass die Kommunikation aufgrund der hohen Komplexität wirtschaftsstrafrechtlicher, kaum „handelbarer“ Verfahren zwischen den Verfahrensbeteiligten notwendig und vernünftig sei. Kritiker aus dem Podium hingegen wiesen darauf hin, dass auch (komplexe) Wirtschaftsstrafverfahren streitig und konfrontativ durchgeführt werden müssten, sofern dies erforderlich sei.

Der zweite Themenblock „*Wirtschaftsstrafrecht als Strafrecht sui generis*“ begann mit einem Vortrag von *Nuzinger*, der der Frage nachging, ob es bereits faktisch einen besonderen Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts gebe. Er vertrat – exemplarisch etwa anhand der Irrtums- sowie der Kausalitätslehre (Stichwort: Gremienentscheidungen) – die These, dass der herkömmliche Allgemeine Teil im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts neu gedacht werden müsse. Diese Auffassung fand im Podium Befürworter, so wies ein Teilnehmer darauf hin, dass die Vorsatzlehre im Wirtschaftsstrafrecht längst überholt sei. Vielmehr sei zu beobachten, dass in der Rechtswirklichkeit eine „weit gefasste Möglichkeitstheorie“ zum Nachweis des (bedingten) Vorsatzes ausreiche.

Im Anschluss beleuchtete *Temming* die Theorie und Praxis der Strafzumessung im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Nach Auswertung amtlicher Strafverfolgungsstatistiken und eigener berufsbezogener Erfahrungen sei festzustellen, dass Wirtschaftsstrafkammern im Verhältnis zu allgemeinen Strafkammern, deren Verfahren in Ermangelung spezifischer wirtschaftsrechtlicher Kenntnisse nicht übernommen worden seien, deutlich milder sanktionieren würden. Insbesondere im Bereich des Steuerstrafrechts seien überraschend niedrige Strafen festzustellen. Von einem „*Moloch Wirtschaftsstrafrecht*“ könne mithin kaum gesprochen werden.

In einem sich anschließenden Referat befasste sich *Gerke* mit den Nebenfolgen von Wirtschaftsstrafverfahren. *Gerke* zeigte auf, dass strafrechtliche Nebenfolgen etwa gewerbe-rechtlicher, arbeitsrechtlicher oder allgemein zivilrechtlicher Art besonders gravierend für die Betroffenen sein können. In besonderer Weise biete das Wirtschaftsverwaltungsrecht ein scharfes Sanktionsinstrument, so dass sich die Frage stelle, ob die gravierenden Folgen den Resozialisierungsgedanken der Kriminalstrafe konterkarieren würden.

Im dritten und letzten Tagungsblock („*Der Jahresabschluss als Grundlage kaufmännischer und strafrechtlicher Entscheidungen – exemplarische Betrachtung einer zentralen Schnittstelle zwischen Wirtschaft und Strafrecht*“) gab *Graf von Kanitz* eine Übersicht über die Grenzen zulässiger Bilanzpolitik und Sachverhaltsgestaltung in der deutschen handelsrechtlichen Rechnungslegung. Hierbei ging er der Grundfrage nach, wann eine Bilanz unrichtig wird.

*Waßmer* schloss sich dieser Thematik mit einem Vortrag an und stellte überblickhaft die Berührungs- und Reibungspunkte zwischen Bilanz- und Strafrecht dar. Zugleich wies er darauf hin, dass die gerichtspraktische Bedeutung des Bilanzstrafrechts gering sei.

Der Themenblock wurde sodann beendet mit einem Bericht von *Jung Yoo*, der einen Überblick aus Sicht der BaFin über die Praxis des Bilanzkontrollverfahrens („*Enforcement-Verfahren*“) gab.

Die inhaltlich sehr anspruchsvolle Veranstaltung hat aufgezeigt, dass unabhängig von der Bewertung der Angemessenheit strafrechtlicher Sanktionierungen, die „*grausame Macht*“ des Wirtschaftsstrafverfahrens omnipräsent ist: Sie zeigt sich in einer ausufernden, für die Betroffenen kaum noch zu überblickenden und nachvollziehbaren Gesetzgebung (zunehmend auch auf europäischer Ebene) und Verfahrensführung der Ermittlungsbehörden,

überlangen und komplexen Strafverfahren, erheblichen finanziellen (Folge-) Risiken und immateriellem Schäden für betroffene Einzelpersonen und Unternehmen. Auch wenn diese Erkenntnis sicherlich nicht neu ist, hat die Tagung dazu beigetragen, die „Macht, die alles zu verschlingen droht“ vertiefend zu analysieren und aktuelle Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht aufzuzeigen. Aus Sicht des in der Praxis tätigen Verteidigers oder Unternehmervertreters bleibt die Erkenntnis, dass gerade die „Macht“ Wirtschaftsstrafrecht durch die beschriebene „Überfrachtung“ immer schwerfälliger wird. Die sich hieraus ergebenden Gestaltungsspielräume gilt es zu nutzen.

## Rezensionen

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittman, Dessau-Roßlau

### **Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht**

**3. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012, 1762 Seiten, 149,95 Euro**

3 Auflagen in knapp 8 Jahren: Allein das zeigt bereits den Erfolg dieses Handbuchs. 30 Autoren plus ein in der Mitarbeiterliste ‚unterschlagener‘, 10 Anwälte, 11 Professoren, aber nur ein hauptamtlicher Richter und 2 Staatsanwälte, 30 Männer und eine (bestimmt nicht: Quoten-)Frau haben in 15 Teilen 42 Abschnitte zum ‚eigentlichen‘ Wirtschaftsstrafrecht verfasst und dabei die Teile des ‚gesamten‘ Rechtsgebietes unbeachtet gelassen, die zu ihm nur ‚im weiteren Sinne‘ gehören. Angesichts der gleichwohl gebotenen Stofffülle erscheint dies zumindest prima facie nicht als Nachteil, zumal dann nicht, wenn auch Daten-, Datennetz- und Zahlungskartendelikte sowie das Geschmacksmusterstrafrecht mehr oder weniger ausführliche Behandlung finden.

Obwohl die Beiträge eine durchaus unterschiedliche Behandlungstiefe aufweisen, zeichnet die meisten ein wenigstens knapper systematischer Überblick über das jeweilige Thema aus, der dem Leser auf diese Weise den Einstieg in die Materie erleichtert. Hilfreich wirken dabei auch die angemessen sparsam eingestreuten, drucktechnisch hervorgehobenen zusammenfassenden oder die Abgrenzungsparameter beispielhaft beleuchtenden Erinnerungsposten.

Am Anfang steht ausschnittsweise eine Art ‚Allgemeiner Teil‘ des Wirtschaftsstrafrechts. Achenbach stellt natürliche Personen als die strafrechtlichen Adressaten und juristische Personen als die von besonderen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts erfassten Zurechnungsadressaten vor. Die in Teil 1, Kapitel 3, Rn. 19, dokumentierte Einleitung des Abschieds von der Interessentheorie als Mittel der Zurechnung von Vertreterhandeln i.S. von § 14 StGB ist mittlerweile (fast) vollzogen (BGH, ZWH 2012, 16 ff.).

Neu aufgenommen sind die Ausführungen von Rotsch zum Thema Compliance (Teil 1, Kapitel 4) – zu Recht fein säuberlich getrennt von den ‚Privaten Ermittlungen‘ (Teil 15, Salvenmoser/Schreier). Dass allerdings fast das gesamte Wirtschaftsstrafrecht zwischen beiden Gebieten abgehandelt wird, obwohl es doch klare Bezüge zwischen ihnen gibt, ist jedenfalls nicht zwingend. Bemerkenswert ist, dass die im Hinblick auf interne Ermittlungen strafprozessual umstrittenste Frage, nämlich die nach Eingreifen eines Verwertungs- oder gar Verwendungsverbots, nur von Rotsch (mit letztgenanntem Ergebnis, Teil 1, Kapitel 4, Rn. 52) behandelt wird. Dieser wiederum scheint sein Manuskript derart früh fertiggestellt zu haben, dass er auf die sogar ein Verwertungsverbot verneinende Entscheidung des LG Hamburg, wistra 2011, 192 f., zur HSH Nordbank nicht mehr eingehen konnte. Zuvor arbeitete Rotsch überzeugend heraus, dass Criminal Compliance nicht vom typisch wirtschaftsstrafrechtlichen Blick auf vergangene Sachverhalte geprägt ist, sondern sich mit der Antezipation von strafrechtlichen Risiken und damit der Vorsorge gegen ihre Realisierung befasst (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 5 ff.). Erfreulich unaufgeregt fallen seine Bemerkungen zur strafrechtlichen Haftung des

Compliance-Beauftragten aus (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 33 ff.). Damit schafft sich *Rotsch* die Basis für seine ebenso kühle wie zutreffende Ablehnung einer pauschalierenden Betrachtung mit der Folge der Bejahung einer strafrechtlichen Garantenstellung nur für den Fall, dass dem Compliance-Beauftragten zivilvertraglich nicht nur die Erfolgsabwendungspflicht übertragen, sondern auch die Vornahme der dafür erforderlichen Handlungen gestattet ist (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 38 ff.; *Seier*, Teil 5, Kapitel 2, Rn. 292, hält es darüber hinausgehend für denkbar, dass eine Betreuungspflicht des Compliance-Beauftragten für das gesamte Vermögen des Unternehmens i.S. von § 266 StGB im Hinblick auf durch Straftaten drohende Einbußen bejaht werden wird). Ob Unternehmensrichtlinien, wie *Rotsch* fürchtet (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 47; ähnlich *Seier*, Teil 5, Kapitel 2, Rn. 293) tatsächlich die unerwünschte Nebenwirkung zeitigen, strafbarkeitsbegründend zu wirken, erscheint als zweifelhaft: Soweit sie sowieso bestehende strafrechtliche Pflichten lediglich konkretisieren, begründen letztere und nicht die Richtlinien die Strafbarkeit. Reichen diese jedoch weiter als die Strafgesetze, begründen also über das Gesetz hinausgehende Pflichten, so ist es keineswegs selbstverständlich, dass deren Verletzung quasi automatisch auch strafrechtliche Folgen zeitigt. Formalverstöße allein begründen z.B. noch keine Pflichtwidrigkeit i.S. des § 266 StGB (näher dazu *Bittmann*, NStZ 2012, 57 ff., 59; s.a. WisteV-Standard 2 – Untreue – These 4). Denkbar ist jedoch eine allgemeine Steigerung an die Kontrollanforderungen aufgrund des höheren Niveaus der Verkehrsüblichkeit (vgl. dazu *Bock*, Criminal Compliance, Baden-Baden 2011, S. 234 f.) Die strafbegründende Wirkung würde allerdings (zumindest partiell) unvermeidlich werden, würde § 299 StGB auf die Pönalisierung quasi jeder arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung ausgeweitet werden (dazu *Rönnau*, Teil 3, Kapitel 2, Rn. 81). Dass Compliance-Richtlinien, richtig verstanden, nicht rein formal gehandhabt werden können, dass es nicht genügt, nur Checklisten quasi abzuhaken, kann nicht oft genug betont werden. *Rotsch* weist deshalb auch völlig zu Recht darauf hin, dass die Erwartung, allein schon das Bestehen derartiger Bestimmungen garantiere strafrechtskonformes Verhalten, absurd ist (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 45). Sachgerechter Einsatz verspricht hingegen sogar einen gesteigerten Ertrag (*Bock*, a.a.O., S. 436 ff.). *Salvenmoser/Schreier* variieren das Thema ‚Private Ermittlungen‘ in Teil 15 in der Vielfalt seiner zivil-, arbeits-, datenschutz- und sonstigen öffentlich – rechtlichen Facetten. Die strafprozessualen Implikationen stehen dabei schwerpunktmäßig unter der Frage eines Verwertungsverbots von Privaten rechtswidrig erlangter Informationen (Teil 15, Rn. 66 ff.). Die Grenzen zulässiger Verwendung rechtmäßig erworbener Kenntnisse thematisiert hingegen nur *Rotsch* (Teil 1, Kapitel 4, Rn. 48 ff.).

Mit § 299 StGB befasst sich *Rönnau* unter der Überschrift „Wirtschaftskorruption“ in wissenschaftlichem Tiefgang und in allenthalben erkennbarer Durchdringung der Systematik (Teil 3, Kapitel 2). Deutlich wird das z.B. bei Ablehnung der Rechtsprechung, die seit Reichsgerichtszeiten trotz Zustimmung des Geschäftsherrn zur Annahme einer Zuwendung die Strafbarkeit des Angestellten nicht entfallen lässt, weil auch der Prinzipal nicht über das Rechtsgut „Wettbewerb“ disponieren könne. Da eine Leistung an den Inhaber und die nachfolgende Weitergabe an den Mitarbeiter aber straflos sei, privilegiere diese Auffassung lediglich das Aufführen von Komödien (Teil 3, Kapitel 2, Rn. 42 f.). *Rönnau* zeigt auch die Verwerfungen (z.B. im Verhältnis zu § 266 StGB) auf, mit denen ebenso wie mit der Pönalisierung sogar von Bagatelverstößen gegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten zu rechnen ist, wenn § 299 StGB de lege ferenda um das Geschäftsherrnmodell erweitert werden sollte (Teil 3, Kapitel 2, Rn. 77 ff.). In feiner rechtsgutsbezogener Differenzierung lehnt er Verschärfungen jedoch nicht durchweg ab (z.B. für bestimmte Zuwendungen außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses, etwa zwecks Unterlassung einer Bonitätsprüfung vor Vergabe eines Kredits, Teil 3, Kapitel 2, Rn. 79, für fremdnützige Beratungen sowie für Angestellte und Beauftragte von Privaten, Teil 3, Kapitel 2, Rn. 82 f.), verlangt aber, dass die neuen Strafbestimmungen nicht in „Hybridtatbestände“ münden (Teil 3, Kapitel 2, Rn. 79), sondern sich harmonisch in das gesamte strafrechtliche Gefüge einpassen müssen. Seiner Forderung zur Ausgestaltung des § 299 StGB als Officialdelikt (bei Fn. 563) ist der Gesetzgeber allerdings partiell bereits mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz insoweit nachgekommen, als § 301 Abs. 1 StGB die Strafverfolgung auch ohne Vorliegen eines Strafantrags dann zulässt, wenn die Staatsanwaltschaft - wie zumeist - das besondere öffentliche Interesse daran bejaht.

Dem Betrug widmet sich *Janssen* im Teil 5, Kapitel 1. Er lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass ihm die Bejahung eines Schadens weder als eine einem solchen gleichkommende

Vermögensgefährdung noch als quantifizierbare Vermögensminderung vor Abschluss eines zeitlich gestreckten Geschehens passt (Teil 5, Kapitel 1, Rn. 137 ff., 148 ff.). Damit steht er nicht allein. Allerdings erschließt es sich dem Leser weder, wie er aus der vom 1. Strafsenat des BGH bejahten Betrugsrelevanz einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr auf die Tatbestandserfüllung allein aufgrund Realisierung des jedem Kreditvertrag immanenten Rückzahlungsrisikos schließt, noch worin die Ablehnung dieser Rechtsprechung im Untreuebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 liegen soll (Teil 5, Kapitel 1, Rn. 149 bzw. 150). Ausführlicher befasst sich mit der Thematik *Seier* in Teil 5, Kapitel 2, Rn. 186 ff., zur Untreue. Aber auch er vermag sich angesichts seiner auch nach der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beibehaltenen Skepsis nicht dazu durchzuringen, der Praxis nicht nur mögliche Fragen und Probleme, sondern ihr auf der Basis des Stands der Rechtsprechung belastbare Kriterien zur Handhabung der anstehenden Themen aufzuzeigen. Den dazu geeigneten Ansatz, den Fokus stärker auf die Pflichtwidrigkeit und ihren kausalen Zusammenhang mit dem Nachteil zu legen, greift *Seier* leider nicht grundsätzlich auf (Teil 5, Kapitel 2, Rn. 178 und 204 ff.). Der in Teil 5, Kapitel 2, Rn. 215, referierten Bejahung der Notwendigkeit eines Unmittelbarkeitserfordernisses zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil seitens des 5. Strafsenats des BGH im Urteil zur Berliner Straßenreinigung hat inzwischen der 1. Strafsenat in zwei obiter dicta (BGH, NJW 2011, 88 ff., 93, Rn. 45 – Siemens/Schelsky/AUB; NJW 2011, 1747 ff., 1751, Rn. 59 – Kölner Parteispenden) widersprochen. Sehr hilfreich sind die von *Seier* zahlreich eingestreuten Übersichten mit Beispielsfällen (Rn. 73 ff. 102 ff., 115, 118 ff., 133, 135, 137 ff., 152 ff.) sowie das 60 Druckseiten füllende „Lexikon besonderer Untreue-Konstellationen im Wirtschaftsleben“, Rn. 216 ff.

Der Vielfalt der Rechtsfragen um die Datenkriminalität widmet sich *Heghmanns* in gewohnt sachkundiger Weise. Teil 6, Kapitel 1, ist dabei eher kommentarähnlich den materiellrechtlichen Themen gewidmet, während sich das Kapitel 2 vorwiegend mit praktischen Fragen befasst, seien sie dem materiellen Recht zuzuordnen wie die Anwendung deutschen Strafrechts bei Taten mit Auslandsberührung, das Verwaltungsrecht mit repressivem Annex wie das Telemedienrecht, oder dem Strafprozessrecht im Hinblick auf den Zugriff auf Daten im Wege der Durchsuchung und Beschlagnahme. Allerdings werden auch noch so tiefgehende theoretische Kenntnisse allein nicht genügen, um die Grenzen zu überwinden, an denen die Ermittlungen wegen zunächst ausgespäter Zugangsdaten, darauf basierenden Computerbetrugs und nachfolgender Geldwäsche nur allzu häufig enden, ohne daß ein Verantwortlicher namhaft gemacht, geschweige denn, zur Rechenschaft gezogen werden kann. Das aber ist nun gewiss nicht *Heghmanns* vorzuwerfen!

Als ausgewiesener Kenner befasst sich *Wegner* im 7. Teil in drei Kapiteln mit dem Insolvenzstrafrecht, unterteilt in Insolvenzstraftaten nach dem StGB, der Insolvenzverschleppung und dem Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen. Ebenso wie *Achenbach* (Teil 1, Kapitel 3, Rn. 17) zieht *Wegner* (Teil 7, Kapitel 1, Rn. 12; Kapitel 2, Rn. 27 ff.) aus § 14 Abs. 3 StGB – anders als die ständige Rechtsprechung – den Schluss, dass eine faktische Betrachtungsweise nur im Fall eines unwirksamen Bestellsakts gesetzeskonform sei, auf letzteren also nicht verzichtet werden könne. Diese Auffassung liegt nun sicherlich im Rahmen des Vertretbaren. Sie erweist sich aber insbesondere in der Kombination mit der von *Wegner* (Teil 7, Kapitel 2, Rn. 30) befürworteten Strafflosigkeit auch des bestellten, die Funktion eines Geschäftsführers aber nicht ausübenden Strohmans als Beseitigung jeglicher strafrechtlichen Verantwortung der die Gesellschaft Leitenden. Die von *Wegner* aufgezeigten Wege einer Strafbarkeit wegen Beihilfe oder aufgrund von Fahrlässigkeit führen nämlich ins strafrechtliche Nirwana: Ersterenfalls fehlt es an einer strafbaren Haupttat, und letzteres scheidet daran, dass mangels jeglicher Verantwortung auch Sorgfaltswidrigkeiten nicht bestraft werden können. Der Eintritt von Strafflosigkeit scheint *Wegner* durchaus bewusst zu sein, zeigt er vor dieser Konsequenz im Zusammenhang mit der wiederholten Einsetzung Unbedarfter im Rahmen professioneller Firmenbestattung doch immerhin gewisse Skrupel (Teil 7, Kapitel 2, Rn. 68). Die Abkehr der Rechtsprechung von der Interessentheorie begrüßt er (Teil 7, Kapitel 1, Rn. 14). Die Kriterien für eine objektive Abgrenzung harren jedoch noch, wenn nicht ihrer Entwicklung, so doch eines dazu erzielten Konsenses. Für die forensische Praxis sehr hilfreich ist die Übersicht über einzelne Bilanzpositionen (Teil 7, Kapitel 1, Rn. 30 ff.). Ob wirklich eine Verschärfung der justiziellen Verfolgungspraxis durch das zivilrechtsakzessorische Verständnis der Zahlungsunfähigkeit mit der Folge von dessen Bejahung bereits bei einer Un-

terdeckung von 10 % zu verzeichnen ist, wie *Wegner* meint (Teil 7, Kapitel 1, Rn. 87) ist zweifelhaft. Für die Insolvenzverschleppung befürwortet nämlich inzwischen auch Müller-Gugenberger/*Bieneck* (5. Aufl. 2011, § 76, Rn. 56, Fn. 4) die Einstellung gemäß § 153 StPO bis zu einer einmonatigen Unterdeckung von 25 %. Gleichwohl ist *Wegners* Unbehagen an einem zivilrechtsakzessorischen Verständnis der Insolvenzauslösetatbestände im Strafrecht verständlich, besteht doch auf diese Weise die Gefahr einer Pönalisierung nicht strafwürdiger Bagatellverstöße. Undifferenziert verlangt *Wegner* (Teil 7, Kapitel 1, Rn. 109, auch 218) für sämtliche im StGB enthaltenen Insolvenzdelikte (§§ 283 – 283d) einen Zusammenhang zwischen Tathandlung und einer der Strafbarkeitsbedingungen des § 283 Abs. 6 StGB. Dabei geht er (im Gegensatz zu BGH, wistra 2007, 463 f.) nicht darauf ein, dass § 283b StGB, wiewohl kein Handeln in der Krise verlangend, es gleichwohl tatbestandlich erfasst, wenn eine Bilanz verspätet erstellt, sie also z.B. längst vor Eintritt der Krise nachgeholt wurde. Für einen Verteidiger ist ein exzessives, nicht aber ein allzu pauschales Verständnis des Insolvenzgeheimnisses, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, durchaus legitim (Teil 7, Kapitel 2, Rn. 14 ff.; s. WisteV-Standards, Themenblock 5, WiJ 2012, 135 ff., in diesem Heft).

Den Ausführungen *Bentes* zu § 266a StGB (Teil 12, Kapitel 2) merkt man an, dass die zahlreichen Änderungen sowohl des Sozialrechts als auch des Straftatbestands selbst die Statik der Vorschrift zumindest erschüttert haben. Eine Vorsorgepflicht zur Sicherstellung der Beitragsabführung (Teil 12, Kapitel 2, Rn. 39) lässt sich bei einer Leistungspflicht bereits vor abschließender Entstehung der Beitragspflicht, 3 Banktage vor Monatsende, § 23 Abs. 1 S. 2 – 4 SGB IV, argumentativ kaum noch, jedenfalls nicht überzeugend begründen. Eine gewisse Lieblosigkeit der Ausführungen ist deshalb ohne weiteres verständlich. Gleichwohl hätte *Bente* den Leser darüber (in Teil 12, Kapitel 2, Rn. 48) aufklären sollen, dass der BGH (NJW 2009, 2599 f.) die Zahlung von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung nach Eintritt materieller Insolvenz nicht als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für vereinbar ansieht. Für seine Auffassung, die Unterlassung der Beitragsabführung gegenüber mehreren Einzugsstellen zum selben Fälligkeitszeitpunkt stehe in Tateinheit, kann er sich weder zu Recht auf den von ihm zitierten *Fischer* (StGB, Rn. 36 zu § 266a StGB) noch auf die nicht erwähnte gegenteilige Rechtsprechung berufen (Teil 12, Kapitel 2, Rn. 77). Die Annahme, Vollendung und Beendigung fielen, anders als es die Rechtsprechung annimmt, zusammen, so dass die Verjährungsfrist mit Ablauf des Fälligkeitszeitpunktes zu laufen beginne (Teil 12, Kapitel 2, Rn. 81 f.) entspricht im Ergebnis allerdings sowohl der Systematik anderer Delikte, insbesondere des § 370 AO, als auch den Bedürfnissen der Praxis.

Weil das Recht der Vermögensabschöpfung nur aus dem Blick der materiellrechtlichen Bestimmungen insbesondere der §§ 73 ff. und 74 ff. StGB begriffen werden kann, ist es konsequent, dass *Retemeyer* (Teil 14) seine Darstellung nicht chronologisch mit der Erläuterung der einstweiligen Sicherungsmaßnahmen gemäß §§ 111b ff. StPO beginnt, sondern sich zunächst damit befasst, was überhaupt dem Verfall oder der Einziehung unterliegt. Allerdings wäre der Nutzer des Werkes gewiss nicht enttäuscht, wenn (in Teil 14, Rn. 17) auch die in der Rechtsprechung unter den Senaten strittigen Fragen des Umfangs des erlangten „Etwas“ im Fall durchgeführter, aber unter Verstoß gegen das Recht geschlossener Verträge zur Sprache gekommen wären. Obwohl auch die Erfassung der gesetzlichen Änderungen nicht immer bruchlos gelang (z.B. Teil 14, Rn. 29) und mit der Aufteilung der Erläuterungen zur Rückgewinnungshilfe auf verschiedene Abschnitte (Teil 14, Rn. 28 ff. und Rn. 59 ff.) kein sichtbarer Erkenntnisgewinn verbunden ist, erweisen sich die Darlegungen gleichwohl, insbesondere im Hinblick auf Hinweise zur Handhabung (z.B. Teil 14, Rn. 79 ff. und Rn. 139 ff.) als instruktiv. Praxisrelevant, wenngleich in gegensätzlichem Sinne für Verteidiger und Opferanwälte, ist der Hinweis, dass die Zwangsvollstreckung des Opfers in im Wege der Rückgewinnungshilfe gesicherte Gegenstände auch dann einen Titel gegen den Beschuldigten als Person voraussetzt, wenn dieser als Vertreter einer juristischen Person gehandelt hat und das Opfer nur mit letzterer einen Vertrag geschlossen hatte (Teil 14, Rn. 130).

In klarer Sprache und souveräner Beherrschung der Problematik befasst sich *Löwe-Krahl* mit der Geldwäsche. Er beschränkt sich dabei nicht nur auf die Erläuterung der wesentlichen Strukturen des § 261 StGB - meisterhaft die eingängige Darstellung der möglichen Antworten auf die Frage, wann ein Gegenstand aus einer im Tatbestand erwähnten Vortat herrührt (Teil 13, Rn. 19 ff.); realistisch die Beobachtung, dass wohl nie wegen Geldwäsche aufgrund einer vorangegangenen Ertragssteuerhinterziehung verurteilt werden wird (Teil 13, Rn. 30);

eher zurückhaltend die Erkenntnis, dass statt der Organisierten Kriminalität mehrheitlich Kleinkriminelle wie Finanzagenten nach vorausgegangenem Phishing verurteilt werden (Teil 13, Rn. 61) - sondern wendet sich auch ausführlich den verwaltungsrechtlichen Regelungen sowohl des Zollverwaltungs- als auch des Geldwäschegesetzes (und seinen bevorstehenden neuerlichen Verschärfungen, Teil 13, Fn. 106) zu. Die Beratungspraxis wird es ihm danken.

Die noch nicht erwähnten Abschnitte befassen sich mit der Strafrechtlichen Produkthaftung (*Kuhlen*), dem Lebensmittelstrafrecht (*Dannecker/Bülte*), dem UWG (*Ebert-Weidenfeller*), dem Kartellrecht, insbesondere Ausschreibungsverstößen (*Achenbach*), dem Wirtschaftsstrafgesetz (*Zieschang*), dem Subventionsbetrug (*Wattenberg*), Außenwirtschaftsverstößen (*Röhrig*), Verstößen gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz (*Beckemper*), dem Wucher (*Bernsmann*), den Bilanz-, Prüfer- und Geheimhaltungsdelikten (*Ransiek*), dem Kreditbetrug (*Hellmann*), Kapitalanlagebetrug (*Joecks*), den Verletzungen des Börsen-, Wertpapierhandels- und Kreditwesengesetzes (*Schröder*), dem Urheberstrafrecht (*Nordemann*), dem Patent- und Gebrauchsmusterstrafrecht (*Nentwig*), dem Markenstrafrecht (*Ebert-Weidenfeller*), der Bekämpfung der Produktpiraterie (*Schwab*), der illegalen Arbeitnehmerüberlassung (*Kaul*), der illegalen Beschäftigung von Ausländern (*Mosbacher*) und der Schwarzarbeit (*Erdmann*).

Schönheitsfehler wie das Verschweigen eines Mitautors oder der Verweis auf den 2. Beitrag einer Autorin unter Verwendung der Abkürzung ‚ders.‘ mindern den Gebrauchswert nicht. An die manchmal etwa unkonventionelle Zitierweise kann man sich gewöhnen. *Rotsch* z.B. führt in der Literaturübersicht anfangs des Teils 1, Kapitel 4, Beiträge in Gemeinschaftswerken unter dem Namen des Verfassers auf (und verweist anschließend im Text darauf, z.B. Fn. 156), während das Buch nicht wie üblich unter dem Namen des Herausgebers zu finden ist. Die Qualität der einzelnen Kapitel ist durchaus unterschiedlich. Über Umfang und Aufbau lässt sich immer streiten – aber nicht in den Kategorien von richtig oder falsch. Die obigen, zum Teil kritischen Hinweise dürfen keineswegs den Blick darauf verstellen, dass sie sich vielfach auf Details beziehen, während der gesamte übrige Teil der jeweiligen Darstellung meist verlässlich die erforderlichen Informationen über die Thematik bietet. Das selbst gesetzte Ziel, ein Werk „mittlerer Dichte“ vorzulegen, mehr als eine bloße Übersicht, aber ohne die Detailfreude eines Großkommentars, ist zweifelsfrei erreicht, zum Teil deutlich übertroffen worden. So bietet das schwergewichtige Buch nicht nur Einstiegshilfen für Neulinge, sondern auch Vertiefungen, über die sich auch ‚alte Hasen‘ freuen.

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main

## Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts

**8. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, 838 Seiten, Gebunden, € 109,95. ISBN 978 3 8114-9619-4 (C. F. Müller Lehr- und Handbuch)**

Über dreißig Jahre nach dem Erscheinen der ersten Auflage von *Kühnes* Lehrbuch ist zu konstatieren, dass dies – nunmehr in 8. Auflage (2010) – zugleich ein Unikat und ein Juwel der Fachliteratur zu Strafverfahren und Strafprozessrecht ist. Einzigartig ist das Lehrbuch nicht zuletzt deshalb, weil es seine Perspektive gerade nicht auf den deutschen Strafprozess beschränkt, sondern *Kühne* auf ca. 120 Seiten einen weiten rechtsvergleichenden Ausblick auf das Strafprozessrecht der aus deutscher Perspektive wohl wichtigsten europäischen Länder – England, Frankreich, Italien, Österreich, Spanien, Niederlande – gibt. Gerade aus Sicht des grenzüberschreitend tätigen Praktikers bietet *Kühnes* Werk damit einen Zusatznutzen, den in dieser Geschlossenheit und Prägnanz kein anderes Lehrbuch und kein StPO-Kommentar aufweist. Besonders dem Strafverteidiger ist es möglich, sich im ersten Zugriff mittels der überblicksartigen Darstellungen über den Verfahrensgang und die wesentlichen

Prozessprinzipien unserer Nachbarländer zu informieren, ohne Spezialliteratur zur Hand zu nehmen oder (überstürzt) Kollegen vor Ort zu kontaktieren. Zu begrüßen ist besonders, dass *Kühne* diese rechtsvergleichenden Darstellungen fortwährend aktualisiert und damit dem deutschen Leser Tendenzen der Prozessrechtsentwicklung in Europa aufzeigt. Hingewiesen sei hier insbesondere auf seine Ausführungen zur Strafprozessreform von 2008 in Österreich mit der Reform des dortigen Ermittlungsverfahrens (S. 736 ff.). Aus Sicht des Rezensenten von besonderem rechtspolitischem Interesse sind auch die knappen Darlegungen zu den besonderen Verfahrensarten in Abgrenzung zum ordentlichen Verfahren in Italien (S. 720 ff.), die nur in der rechtsvergleichenden Spezialliteratur übertroffen werden (*Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 225 ff.). Schon aufgrund seiner rechtsvergleichenden Perspektive wünsche ich dem Werk viele weitere Auflagen und wenn möglich eine Erweiterung gerade des rechtsvergleichenden 7. Kapitels auf weitere Rechtsordnungen, zu denken wäre unter dem Gesichtspunkt der Praxisrelevanz etwa an das Strafprozessrecht osteuropäischer Staaten oder an das US-amerikanische.

Hinzu kommt natürlich, dass das Buch *Kühnes* eine umfassende Übersicht des deutschen Strafprozesses in Theorie und Praxis unter besonderer Berücksichtigung des Blickwinkels der Verteidigung gibt. Dogmatik und Praxis werden nicht isoliert betrachtet, sondern aneinander gemessen und eingeordnet. Das Werk überzeugt zudem durch eine ansprechende Form und einen übersichtlichen Aufbau. Inhaltsübersicht und -verzeichnis sowie Paragraphen- und Sachregister gewährleisten eine problemlose Orientierung.

Die Darstellung folgt in ihrem Aufbau im Wesentlichen dem Gang des Strafverfahrens von der Einleitung der Ermittlungen bis hin zur etwaigen Wiederaufnahme des Verfahrens (2. – 6. Kapitel). Vorangestellt (1. Kapitel) ist eine „Einführung in das Strafverfahrensrecht“, die auch einen gut verständlichen Überblick zum europäischen und internationalen Kontext des deutschen Strafprozesses enthält. Auch unabhängig von der einführenden Darstellung (S. 8 ff.) verliert der *Autor* in der gesamten Darstellung nie den Blick auf die in den letzten 20 Jahren höchst praxiswichtig gewordenen Vorgaben der EMRK gemäß der Rechtsprechung des Straßburger EGMR und deren – teilweise widerwilliger – „Adaption“ durch BVerfG und BGH. Die einleuchtende Struktur und die ebenso eingängige wie prägnante Sprache *Kühnes* verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden. Positiv zu würdigen ist ebenfalls, dass die Neuauflage instruktive staatsanwaltliche Verfügungen und gerichtliche Entscheidungen enthält; deren Abdruck sollte aus Sicht des Rezensenten zukünftig noch ausgebaut werden.

Die Neuauflage berücksichtigt erstmals u.a. das neue Kronzeugengesetz, das Opferschutzgesetz und das Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren. Insgesamt gilt, dass *Kühne* sich nicht darauf beschränkt, die durch die Rspr. des BGH geprägte „herrschende Meinung“ kritiklos zu referieren; der *Autor* bezieht demgegenüber vielfach eine kompromisslos rechtsstaatlich-widerständige Position. *Kühne* lässt es sich auch in der Neuauflage nicht nehmen, mit Engagement und aus Überzeugung zahlreiche sogenannte „Mindermeinungen“ zu vertreten und deutliche Kritik an der Justizpraxis zu artikulieren. In besonderem Maße gerät die praktische Aufgabenerledigung der Staatsanwaltschaft – in Abgrenzung zur Gesetzeslage – in den Fokus seiner kritischen Darlegungen, insbesondere die Einstellungspraxis und der rechtstatsächlich gut belegte Umstand, dass Herrin des Ermittlungsverfahrens de facto vielfach die Polizei ist (S. 94 ff., 98 ff.). Das Phänomen der sogenannten „Konfliktverteidigung“ (S. 192), darf aus Sicht des *Autors* nicht zur „Disziplinierung von Strafverteidigern“ mittels Richterrecht auf der Basis des allgemeinen Rechtsgedankens des Rechtsmissbrauchs und außerhalb klarer gesetzlicher Eingriffsbefugnisse des erkennenden Gerichts oder der Anklagebehörde missbraucht werden. Dem ist und bleibt – trotz der Besorgnis der Bundesrichter um die Leistungsfähigkeit des Strafverfahrens (vgl. *Pfister* StV 2009, 550, 554 ff.) – zuzustimmen, es kann nicht Aufgabe der Justiz sein zu beurteilen, ob der Verteidiger – unter formal korrekter Nutzung seiner gesetzlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Befugnisse – „exzessive“ Antragstellung und „Missbrauch“ von Verfahrensrechten betreibt, der letztlich darauf ausgerichtet ist, ein prozessordnungsgemäßes Verfahren zu torpedieren. Nur klare gesetzliche Regelungen können hier – soweit überhaupt nötig – Abhilfe schaffen.

Herauszustellen ist u.a. auch das Kapitel zur Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsabwägungen (S. 362 ff.), in dem sich *Kühne* in instruktiver Weise auf der Basis empirischer Erkenntnisse mit dem Missbrauch des § 153a StPO in der Verfahrenspraxis auseinandersetzt

(S. 365 ff.), der zwischenzeitlich ganz offen u.a. dazu herangezogen wird, die Einstellung des Verfahrens mit der „Schwierigkeit der Rechtslage“ zu begründen (LG Bonn NStZ 2001, 375), was man mit dem *Autor* nur als „mit geltendem Recht nicht in Übereinstimmung zu bringen“ bezeichnen kann. Überzeugend – wenn auch für die Praxis wohl verloren – sind die kritischen Worte *Kühnes* zur faktischen Funktion des § 153a StPO als „Legalisierung der Verdachtsstrafe“ (S. 367 f.) und zur Umgehung der immerhin verfassungsrechtlich vorgegebenen Gewaltenteilung.

Insgesamt ist das Buch dem Praktiker, gerade auch dem Justizpraktiker, uneingeschränkt zu empfehlen, denn es fördert den reflektierten Umgang mit dem richterrechtlich geprägten Strafverfahrensrecht.

---

#### WisteV-Preis

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., Düsseldorf

## Walther,<sup>1</sup> *Dissertation, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und Deutsches Strafrecht, 2011*

Adieu Tristesse: So groß, wie einige internationale Beobachter nach eher oberflächlicher Betrachtung meinen, ist die Anpassungsbedürftigkeit des deutschen Korruptionsstrafrechts an europa- und völkerrechtliche Vorgaben nicht (hierzu auch *Rehyn/Rübenstahl*, CCZ 2011, 161). Dieser Befund gilt auch für die zunehmend monographisch beleuchteten Tatbestände des § 299 StGB, die seit längerem Gegenstand vielfältiger Reformdiskussionen sind. *Felix Walther* hat dies in seiner von *Satzger* betreuten Dissertation mustergültig herausgearbeitet.

Die gut lesbare und zu kritischer Auseinandersetzung anregende Arbeit besteht aus 7 Kapiteln. Nach einer terminologisch-empirischen Annäherung an seinen Untersuchungsgegenstand stellt der Autor die internationalen Vorgaben zur strafrechtlichen Behandlung von Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr dar (Kapitel 2) und analysiert im Anschluss daran, ob und inwieweit ihnen die geltende Rechtslage in Deutschland gerecht wird (Kapitel 3). Im Rahmen dieses Zentralkapitels beleuchtet *Walther* auch – und das macht die Lektüre unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten besonders interessant – ob die einschlägigen europäischen Rechtsakte, das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption und das UN-Übereinkommen gegen Korruption Anpassungsverpflichtungen für den deutschen Gesetzgeber erzeugen. Sollte es (immer noch) Zeitgenossen geben, die einen Beleg dafür benötigen, dass das deutsche Strafrecht auch in Brüssel, Straßburg und New York vorgeformt wird, so finden diese ihn in Kapitel 3 der vorliegenden Dissertation. Der Aufbau dieses Kapitels ist für den Leser gewinnbringend: Zum einen wird er zunächst durch die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB und deren zahlreiche Problembeispiele geführt, was für sich genommen zwar keine besonders hervorzuhebende Leistung ist, gleichwohl aber einen hilfreichen Nebeneffekt im Sinne eines praxisrelevanten Repetitoriums hat. Wichtiger ist, dass der Verfasser seine Leser im Anschluss mit alternativen Regelungsmodellen europa- und völkerrechtlicher Provenienz vertraut macht, was für die Schärfung einer informiert-kritischen Haltung gegenüber internationalen Regelungseinflüssen wichtig ist und gleichzeitig eine gesamtheitliche Perspektive eröffnet. In Kapitel 4 erfolgt eine kurze Auseinandersetzung mit den Straftatbeständen zur Angestellten- und Beauftragtenbestechung in der Schweiz und Österreich. Dieser rechtsvergleichende „Ausflug“ ist von besonderer Aktualität getragen, weil beide Staaten ihr Korruptionsstrafrecht erst in jüngerer Vergangenheit reformiert haben; gleichzeitig sind die Neuregelungen auch für Staatsanwäl-

---

<sup>1</sup> Dr. Walther ist Preisträger des WisteV-Preis 2012.

te und Strafverteidiger in grenzüberschreitenden Korruptionsfällen von Interesse. Kapitel 5 beleuchtet den Versuch der deutschen Bundesregierung, § 299 StGB auf Basis des Strafrechtsänderungsgesetzes aus dem Jahr 2007 (BT Drs. 16/6558) weitreichend zu reformieren und internationalen Vorgaben anzupassen. In Kapitel 6 beschäftigt sich *Walther* mit dem Problemschwerpunkten bei der Umsetzung der internationalen Vorgaben in das deutsche Recht und beschließt seine Arbeit mit einem eigenständigen Vorschlag für eine Normierung des Privatbestechung, die sich in das System des deutschen Strafrechts einfügen, auf dem Boden des Grundgesetzes stehen und auch den Anforderungen des Europa- und Völkerrechts gerecht werden soll. Dieser Vorschlag verdient schon deshalb eine vertiefende Betrachtung, weil er – im Unterschied zum vielfach kritisierten Strafrechtsänderungsgesetz aus 2007 – ohne einen Tatbestand auskommt, der allein die Treuebeziehung zwischen Angestelltem/Beauftragtem und Dienstherrn schützt und auf einen Wettbewerbsbezug verzichtet. Dies mag auf den ersten Blick verwundern, weil es gerade die von *Walther* untersuchten internationalen Übereinkommen sind, die diese Loyalitätsbeziehung für strafrechtlich schützenswert erklären, ohne dabei einen Vermögensschaden zu verlangen und diese insoweit als „amputierte Untreue“ durch die kriminalpolitische Arena hinken lassen. Eine Motivation für *Walther*, von dem diffusen Tatbestandsmerkmal einer „Pflichtverletzung“ Abstand zu nehmen, ist die nachvollziehbare Überlegung, dass hierdurch ein Rechtsgut geschützt würde, das nicht auf strafrechtliche Absicherung angewiesen ist (so bereits *Mölders*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, S. 156/157; neuerdings auch *Schünemann*, FS Achenbach, 509, 515 ff) und gleichzeitig der für korruptives Handeln typische Tauschcharakter verloren geht. Das ist m.E. der entscheidende Gesichtspunkt. Daneben sei, so *Walther*, ein solches Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren.

In Anbetracht der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 266 StGB aus dem Jahre 2010 (Beschl. v. 23.6.2010, 2 BvR 2559/08) könnte man in Zweifel ziehen, ob sich der Vorschlag *Walthers*, auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung zu verzichten, durchsetzen wird. Es spricht vieles für die Annahme, dass die Bundesregierung bei der Vorlage eines neuen Strafrechtsänderungsgesetzes unter Rekurs auf die erwähnte Untreue-Rechtsprechung darauf hinweisen wird, dass das Verdikt der Verfassungswidrigkeit dadurch abgewandt werden kann, dass das Merkmal der Pflichtwidrigkeit restriktiv ausgelegt wird und beispielsweise nur schwerwiegende und evidente Pflichtverstöße erfasst werden. Diesem denkbaren Einwand will *Walther* durch den Hinweis begegnen, dass es, anders als bei der Untreue, an einem klar konturierten Rechtsgut fehlen würde, durch dessen Inbezugnahme das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit hinreichend präzisiert werden könnte. Weil die internationalen Modelle auf einen „Wettbewerbsbezug“ verzichten, erscheint es in der Tat bedenklich, ein reines Pflichtwidrigkeitsmodell zu installieren, dessen inhaltliche Belebung allein der Rechtsprechung überlassen bliebe.

Die Arbeit von *Walther* beeindruckt durch die konsequente Verfolgung eines überaus ambitionierten Zieles: Der Entwicklung eines neuen § 299 StGB, der sämtlichen internationalen Vorgaben gerecht wird. Die Lektüre der Abhandlung ist vor allem deshalb spannend, weil ihr Verfasser detailliert und gekonnt nachzeichnet, welchen europa- und völkerrechtlichen Zwängen Deutschland bei der Neugestaltung seines Korruptionsstrafrechts im Bereich des § 299 StGB unterworfen ist. Sich der Enge des Korsetts bewusst zu werden, ist deshalb wichtig, weil ansonsten keine konstruktive Kritik neuer Umsetzungsentwürfe der Bundesregierung möglich ist. Wenngleich die Arbeit von *Walther* damit eine starke kriminalpolitische Ausrichtung hat, so ist sie gleichzeitig ein Gewinn für alle Leser, die sich für die ungelösten Probleme des § 299 StGB interessieren. Will man zudem die Korruptionsbekämpfung „in ihren internationalen Bezügen“ erfassen, so bietet die Arbeit von *Walther* eine gut verständliche und lesbare Möglichkeit, dies zu tun.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Dr. Matthias Brockhaus

## Pasewaldt, Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlicher Vermögensabschöpfung im Bereich der Markenpiraterie

### I. Vorbemerkungen

Die vorliegende von Rönnau betreute Dissertation befasst sich mit der in der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung bislang wenig beachteten Thematik der Produkt- und Markenpiraterie im Kontext mit der komplexen Materie der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.

Unter den Begriff der Markenpiraterie fallen nach Ansicht des Autors – entsprechend einer allgemeingültig anerkannten Definition – die „*Fälle des vorsätzlichen, massenhaften und mit Gewinnerzielungsabsicht begangenen Missbrauchs fremder Marken im Zusammenhang mit der Herstellung, dem Transport und der Weiterverarbeitung von oder dem Handel mit Waren*“ (S. 36). Produktpiraterie lässt sich als Verletzung geistiger Schutzrechte jeglicher Art verstehen (S. 30).

Der Verfasser weist zu Beginn seiner Arbeit darauf hin, dass die Produkt- und Markenpiraterie ein **ernst zu nehmendes wirtschaftliches Problem** mit exorbitantem Schädigungspotential für die betroffenen Unternehmen, Kunden und den Staat darstellt. Betroffen sind insbesondere Branchen wie die Textil- und Luxusgüterindustrie, der Pharmasektor und die Nahrungsmittelindustrie (S. 1).

Zivilrechtliche Maßnahmen und klassische strafrechtliche Sanktionsmechanismen zur Bekämpfung illegaler Nachahmungen haben sich – aufgrund der internationalen Dimension der Produkt- und Markenpiraterie – als weitestgehend ineffektiv erwiesen. Überdies findet – worauf noch einzugehen sein wird – der in diesem Bereich einschlägige Straftatbestand des Markenrechts (§ 143 MarkG) in der Praxis der Ermittlungsbehörden **nur wenig Beachtung**, worauf der Verfasser bereits zu Beginn seiner Arbeit hinweist (S. 41). Üblicherweise werden entsprechende Ermittlungsverfahren eingestellt, strafrechtliche Verurteilungen sind äußerst selten (S. 41).

Trotz – oder besser gerade wegen – dieses negativen Befundes untersucht der Verfasser in der vorliegenden Arbeit, ob sich die Bekämpfung der Produkt- und Markenpiraterie durch das Instrumentarium der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (§§ 73 ff. StGB; 111 b StPO ff.) effektiver bekämpfen lässt. Die aus praktischer Sicht gewagte These lautet entsprechend, dass die „*strafrechtliche Vermögensabschöpfung (...) einen entscheidenden Beitrag zur Bekämpfung der Piraterie leisten*“ könnte, da sie den Vertrieb illegaler Nachahmungen wirtschaftlich unrentabel machen könnte (S. 3).

Der Verfasser betritt mit diesem Prüfungsansatz – soweit ersichtlich – Neuland, die Bedeutung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung ist im Markenstrafrecht bislang (kaum) behandelt worden (vgl. S. 3).

### II. Gang der Untersuchung

1. Bevor sich der Verfasser der Beantwortung dieser Frage nähert, wird im ersten Teil seiner Arbeit auf die Phänomenologie der Produkt- und Markenpiraterie sowie deren Auswirkungen eingegangen, die eine Definition der Begriffe „Produkt- und Markenpiraterie“ beinhaltet. Es folgt ein zweiter Teil, in dem die Vermögensabschöpfung im Überblick – sowohl die materiell-rechtlichen Vorschriften der Einziehung und des Verfalls, als auch die strafprozessualen Sicherungsmöglichkeiten (Beschlagnahme, dinglicher Arrest) – dargestellt werden.

2. In dem eigentlichen Kernteil der Arbeit werden sodann „*ausgewählte Probleme der Vermögensabschöpfung in Fällen von Markenpiraterie*“ behandelt:

Der Verfasser geht hierbei der – insbesondere für die Praxis – relevanten Frage nach, welche Straftaten sich außerhalb und innerhalb des StGB als **Anknüpfungstaten der §§ 73 ff. StGB** eignen:

Zuvorderst erfolgt eine sehr detaillierte und mit praktischen Beispielen untermauerte Prüfung der – wenig geläufigen – **Strafvorschriften des Markenrechts** (§§ 143 ff. MarkenG). Die Prüfung ergibt, dass den markenstrafrechtlichen Vorschriften als Anknüpfungstaten eine besondere Bedeutung zukommt, da sie weit gefasst sind und die mit der widerrechtlichen Kennzeichnung von Waren verbundenen Handlungen umfassend pönalisieren (S. 80).

Zu einem weniger eindeutigen und nicht ganz überzeugenden Ergebnis gelangt der Verfasser bei der Prüfung des **Betrugstatbestandes**, der in zwei Fallkonstellationen – zum Nachteil des Erwerbers von nachgemachter Ware sowie zum Nachteil des Markeninhabers – denkbar ist. Nach Ansicht des Verfassers kann der Betrugstatbestand in den hier einschlägigen Fällen als Anknüpfungstat nur dann in Betracht kommen, wenn ein unredlicher Verkäufer imitierte Waren an einen gutgläubigen (End-) Abnehmer veräußert (S. 127). Somit könne der Betrugstatbestand dem vermögensabschöpfungsrelevanten Ziel, „*illegal erwirtschaftete Gewinne umfassend abzuschöpfen*“ nicht gerecht werden (S. 127). Unter Bezugnahme auf markenrechtliche Literatur stellt der Verfasser fest, dass sich der Betrugstatbestand somit auch nicht als „*Waffe im Kampf gegen die Markenpiraterie*“ eigne (S. 127 i.V.m. Fn. 642).

Ein ähnlich ernüchternder Befund zeigt sich bei der (kursorischen) Prüfung diverser weiterer Delikte (etwa der §§ 267, 331 StGB, 370 AO). Allerdings sieht der Verfasser – neben dem Tatbestand der Geldwäsche wohl aufgrund entsprechender Täterstrukturen – den Tatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) als einschlägig an, der allerdings – der Verfasser muss dies selbst konzedieren – entsprechend seiner praktischen Bedeutung keine Bedeutung im Bereich des Markenstrafrechts erlangen dürfte (S. 128).

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass allein die Straftatbestände der §§ 143, 143a MarkG ausreichende Anknüpfungstatbestände für die strafrechtliche Vermögensabschöpfung darstellen. Nach Ansicht des Verfassers sollte daher „*in der Praxis (...) der Fokus der Strafverfolgungsbehörden vor allem auf diesen Delikten liegen, um eine wirksame Bekämpfung der Markenpiraterie zu gewährleisten*“ (S. 132).

3. In einem Abschnitt zum „*geografischen Anwendungsbereich der §§ 73 ff. StGB*“ stellt der Verfasser fest, dass auf die mit der Markenpiraterie einhergehenden Auslandstaten die Vorschriften zur Einziehung und Verfall **nur sehr eingeschränkt anwendbar sind** (S. 156 ff.). Der Verfasser begründet dies insbesondere mit der Zivilrechtsakzessorietät markenstrafrechtlicher Bestimmungen in Verbindung mit dem markenrechtlichen Territorialitätsprinzip (vgl. im Ergebnis S. 290).

Des Weiteren stellt der Verfasser fest, dass als mögliche Verfallsadressen neben den Tatbeteiligten auch rechtsfähige Unternehmen als Drittbegünstigte im Sinn des § 73 Abs. 3 StGB in Betracht kommen können und der erweiterte Verfall (grundsätzlich) nicht anwendbar ist.

Abschließend weist der Verfasser darauf hin, dass sich als „*sehr effektives Instrument*“ zur Abschöpfung eingeführter Markenplagiate das gemeinschaftliche und nationale Grenzbeschlagnahmeverfahren (nach der Produktpiraterieverordnung und den §§ 146 ff. MarkG), welches den Nachweis einer Anknüpfungstat nicht erfordert, erwiesen habe (S. 293).

Die Arbeit endet mit der Aufforderung, dass „*Gerichte und Strafverfolgungsbehörden (...) zur Eindämmung der internationalen Markenpiraterie (...) insbesondere die strafrechtliche Vermögensabschöpfung*“ nutzen sollten. Dieses Rechtsinstitut sei – so der Verfasser – ein „*sehr effektives Mittel zur Bekämpfung professionell und international operierender Fälscherbanden*“ (S. 294).

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Arbeit besticht insbesondere durch eine sprachlich, dogmatisch und strukturell sehr gelungene Darstellung.

Ob die vorstehend zum Ausdruck gebrachte Hoffnung, dass Strafverfolgungsbehörden durch das bereits in sich komplizierte und unpraktikable Instrumentarium der §§ 73 ff. StGB,

§§ 111 b ff. StPO Ermittlungs- bzw. Strafverfahren, denen ein markenstrafrechtlicher Vorwurf zugrunde liegt, mit einer höheren Motivation als bislang betreiben werden, darf indes ernsthaft bezweifelt werden. So belegen die Ausführungen des Verfassers, dass vermögensabschöpfende Maßnahmen im Bereich des Markenstrafrechts schon allein aufgrund der transnationalen Komponenten in praxi leer laufen werden.

Darüber hinaus führen – worauf der Verfasser bereits selbst hingewiesen hat – markenstrafrechtliche Sachverhalte im Regelfall zu einer Einstellung des (Ermittlungs-) Verfahrens. Die Tatsache, dass insbesondere die Anordnung des dinglichen Arrestes zu einem für den Betroffenen erheblichen – wenn nicht gar existenzgefährdenden – Eingriff führen kann, setzt eine äußerst sorgfältige Prüfung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus. Im Rahmen dieser Prüfung wäre zu beachten, dass eine entsprechende Anordnung im Hinblick auf den (häufig) reduzierten Schuldgehalt und die absehbare Verfahrenseinstellung kritisch zu beleuchten wäre. Unabhängig davon ist zu konstatieren, dass die Geldauflage bei einer Einstellung nach § 153 a StPO im Hinblick auf Nr. 93 a RiStBV bereits selbst den durch die Straftat erlangten Vermögensvorteil abdecken soll, mithin nicht ersichtlich ist, wozu es weiterer vermögensabschöpfender Maßnahmen bedarf. Es ist schlechterdings nicht denkbar, dass – unabhängig davon, dass sich in den hier einschlägigen Fallgruppen auch noch die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts stellt – strafprozessuale Sicherungsmaßnahmen im Sinne der §§ 111 b StPO einen markenstrafrechtlich praktikablen Anwendungsbereich finden könnten.

Die praktische Bedeutung der inhaltlich und gedanklich sehr interessanten Arbeit würde sich allerdings dann ändern, wenn – entgegen der Auffassung des Verfassers – der Betrugstatbestand Anwendung finden würde. Insoweit liefert die Arbeit einen ersten diskussionswürdigen Vorschlag zur praktikablen Bekämpfung der Marken- und Produktpiraterie aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und etwaig Geschädigter. Der Verdienst der Arbeit liegt darin, die bestehenden Defizite in der alltäglichen Bekämpfung der Markpiraterie aufzuzeigen, ohne allerdings im Ergebnis einen überzeugenden praktikablen Alternativweg aufzuzeigen.

# Wohin führt der Weg?



**Interdisziplinärer Austausch, internationale Vernetzung,  
mehr Rechtssicherheit schaffen.**

## **WisteV**

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

**Sie haben Interesse an einer Mitgliedschaft oder weitere Fragen?  
Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme!**

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.  
Rundeturmstraße 12 | 64283 Darmstadt

Telefon: 0179 – 486 40 62 oder 0160 – 7844214 | Fax: 06151 – 501 30 20

info@wistev.de | www.wistev.de