

**Herausgeber:**

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

**Redaktion:**

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

**Schriftleitung:**

Prof. Dr. Dennis Bock

**Ständige Mitarbeiter:**

Dr. Henner Apfel  
LOStA Folker Bittmann  
Dr. Matthias Brockhaus  
Dr. Matthias Dann  
Mag. iur. Kathrin Ehrbar  
Friedrich Frank  
Dr. Björn Gercke  
Dr. Tine Golombek  
Antje Klötzer-Assion  
Dr. Patrick Teubner  
Dr. Christian Wagemann

**Aus dem Inhalt:**

*Aufsätze und Kurzbeiträge*

RA Raik Brete, Frankfurt

**Untreue nach § 266 StGB und das Abzugsverbot nach  
§ 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG 1**

*Einführung und Schulung*

RA Dr. Björn Gercke/RA Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

**Einführung ins Arbeitsstrafrecht (II) 8**

*Entscheidungskommentare*

RA Dr. Hans-Jörg Odenthal, Köln

**OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12 24**

RA Dr. Alexander von Saucken, Düsseldorf

**LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12 30**

RA Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf

**BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10 33**

RAin Laura Görtz, Düsseldorf

**OLG Frankfurt (aM), Beschl. v. 25. 01.2012 – 1 Ss 63/11 38**

*Internationales*

Prof. Dr. A. Eicker, Luzern; RA Friedrich Frank; MLaw Melchior Glatthard, beide Zürich

**Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 44**

RA Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

**Schwarze Kassen und Kickbacks unter Privaten 51**

RAin Hannah Milena Piel, Düsseldorf

**Tagung: Internal Investigations 54**

## Editorial

### WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2013

Thematisch weit gefächert präsentiert sich die 1. Ausgabe des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) im Jahr 2013. *Brete* untersucht detailliert die Anwendbarkeit des steuerrechtlichen Abzugsverbots nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG auf die Untreuestrafbarkeit, dies etwa in Abgrenzung zu Bestechungsdelikten, bei denen das Abzugsverbot nach allgemeiner Meinung gilt.

*Gercke/Leimenstoll* knüpfen an den in der vorigen Ausgabe enthaltenen 1. Teil der „Einführung ins Arbeitsstrafrecht“ an und bieten dem Leser eine umfassende Darstellung weiterer wesentlicher Tatbestände u.a. zu den Stichworten Arbeitnehmerüberlassung und -entsendung, Lohnwucher, Arbeitszeit, Arbeitsschutz und Schutz der Betriebsverfassungsorgane.

Die Besprechung von Entscheidungen der Judikative nimmt in dieser Ausgabe des Journals breiten Raum ein. *Odenthal* widmet sich mit Lust der juristischen Auseinandersetzung zu eben so bezeichneten Reisen von Aufsichtsratsmitgliedern. Er kritisiert die Begründung der einen Freispruch bestätigenden Entscheidung des OLG Hamm, weil dort leichthin eine Pflichtverletzung angenommen und die Strafbarkeit erst beim Prüfungspunkt, ob diese auch gravierend sei, verneint wurde. *Von Saucken* stellt die Sinnhaftigkeit einer Entscheidung des LG Mannheim infrage, in der einerseits die Beschlagnahmefreiheit von bei Internal Investigations gewonnenen Unterlagen in der damit beauftragten Rechtsanwaltskanzlei festgestellt wird, andererseits die Beschlagnahme der (inhaltsgleichen?) Unterlagen beim Unternehmen bestätigt wird. Über den Tellerrand der genuin strafrechtlichen Rechtsprechung hinaus blickt *Szesny*, der sich mit einer Entscheidung des VI. Zivilsenats zur Schadensersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Verletzung eines Schutzgesetzes, u.a. Untreue, durch Unterlassen befasst, und dabei einen Bogen zur bekannten Entscheidung des 5. Strafsenats zur Garantenstellung von Compliance Officern schlägt. *Görtz* schließlich nutzt einen Beschluss des OLG Frankfurt am Main, um einigen Kriterien für die Bemessung einer Unternehmensgeldbuße ein normatives, dogmatisches Fundament zu geben.

In ihrem „Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht“ widmen sich *Eicker, Frank* und *Glatthard* den Vorhaben der Legislative, u.a. zum Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund, der aktuellen Rechtsprechung zum materiellen Strafrecht (Urkunden- und Betrugsdelikte) und zum Verhältnis der seit dem 01.01.2011 geltenden schweizerischen StPO zum Verwaltungsstrafrecht (VStR).

Die schweizerische Rechtslage wurde neben der italienischen, französischen, englischen, walisischen und deutschen auf der Internationalen Tagung zu „Schwarze[n] Kassen und Kickbacks unter Privaten“ erörtert, worüber *Rübenstahl* berichtet. Ebenso international präsentierte sich die von der Criminal Section der American Bar Association und der WisteV ausgerichtete Tagung zu Internal Investigations, bei der namhafte Experten aus verschiedenen Ländern die von *Piel* zusammengefassten jeweiligen nationalen und internationalen Sichtweisen darlegten und diskutierten.

Rechtspolitisches bieten die von *Görtz* erläuterten „Beschlüsse der Justizministerkonferenz“ zum Unternehmensstrafrecht, der Datenhehlerei und der Abgeordnetenbestechung. *Bittmann* bereitet redaktionell auf, wie sich die WisteV-Standards zum Bilanzstrafrecht weiterentwickeln und berichtet über die Insolvenzrechtstagung in Leipzig, bei der sich Vertreter aus Politik, Wissenschaft, Rechtsprechung, Ermittlungsbehörde, Beratung und Verteidigung durchaus erwünscht kontrovers mit dem Insolvenzgrund der Überschuldung befassten. Auch stellt er die dort erarbeiteten Thesen dar. Rezensionen von *Kuhn, Geerst, Litzka* und *Bittmann* runden diese Ausgabe ab.

Ich hoffe, dass dieser kurze Überblick Anregung für eine interessante Lektüre bietet, bei der ich Ihnen Freude und Erkenntnisgewinn wünsche!

Dr. Henner Apfel

## 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

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

**Verantwortliche Schriftleitung:** Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel; Kontakt: [redaktion@wi-j.de](mailto:redaktion@wi-j.de).

**Webmaster/ Layout:** Milena Piel  
Kontakt: webmaster@wi-j.de

**Ständige Mitarbeiter:** Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Tine Golombek, Antje Klötzer-Assion, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wage-mann.

**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.

**ISSN: 2193-9950**

## Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Rechtsanwalt Raik Brete, Hannover	
Untreue nach § 266 StGB und das Abzugsverbot nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG	1
Einführung und Schulung	8
Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln	
Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (II)	8
Entscheidungskommentare	24
Rechtsanwalt Dr. Hans-Jörg Odenthal, Köln	
Zum „gravierenden Pflichtenverstoß“ bei der Untreue	24
Rechtsanwalt Dr. Alexander von Saucken, Düsseldorf	
Zur Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen nach §§ 160a, 97 Abs. 2 StPO	30
Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf	
Keine Garantienpflicht von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden	33
Rechtsanwältin Laura Görtz, Düsseldorf	
Zu den Zumessungskriterien für die Unternehmensgeldbuße	38
Internationales	44
Prof. Dr. Andreas Eicker, Luzern; RA Friedrich Frank; MLaw Melchior Glatthard, beide Zürich	
Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	44
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln	
„Schwarze Kassen und Kickbacks unter Privaten“	51
Rechtsanwältin Hannah Milena Piel, Düsseldorf	
Tagung zum Thema Internal Investigations am 07.12.2012 in Frankfurt	55
Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches	59
Rechtsanwältin Laura Görtz, Düsseldorf	
Beschlüsse der Justizministerkonferenz: Unternehmensstrafrecht – Datenhehlerei – Abgeordnetenbestechung	59
Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau	
WisteV-Standards	63
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau	
Insolvenzrechtstagung in Leipzig	66
Rezensionen	69
Rechtsanwalt Sascha Kuhn, Düsseldorf	
Rut Groneberg: Whistleblowing	69
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg	
Kathleen Maja Wolter: Vorabentscheidungsverfahren und Beschleunigungsgebot in Strafsachen	73
Rechtsanwalt Dr. Philipp Litzka, München	
Tobias Friedhoff: Die straflose Vorteilsannahme.	74
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau	
Lösing, Carsten: Die Kompensation des Vermögensnachteils durch nicht exakt quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte	75

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Steuerstrafrecht

---

Rechtsanwalt Raik Brete, Hannover\*

# Untreue nach § 266 StGB und das Abzugsverbot nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG

## I. Einleitung

Vor Einführung des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG im Jahr 1996 konnten Schmier- bzw. Bestechungsgelder bis einschließlich für den Veranlagungszeitraum 1995 problemlos als Betriebsausgaben abgezogen werden.<sup>1</sup> Deshalb war bis dahin im Hinblick auf Schmiergelder auch aus steuer- und steuerstrafrechtlicher Sicht die Unterscheidung zwischen Bestechung (insb. §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB) und (bloßer) Untreue (§ 266 StGB) von vergleichsweise geringer Bedeutung. Vielmehr galt die aus § 40 AO abgeleitete Wertneutralität des Steuerrechts, wonach Zahlungen von Schmier- oder Bestechungsgeldern uneingeschränkt betrieblich veranlasst und dementsprechend abzugsfähig waren.<sup>2</sup>

Ab dem Veranlagungszeitraum 1996 war der Betriebsausgabenabzug nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Durch nochmalige Gesetzesänderung wurden die Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug ab dem Veranlagungszeitraum 1999 nochmals verschärft.<sup>3</sup> So greift seither das Abzugsverbot bereits dann, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die objektiv den Tatbestand eines Strafgesetzes oder eines anderen Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt. Es kommt nach heute aktueller Gesetzeslage für das Abzugsverbot deshalb nicht (mehr) darauf an, dass der Zuwendende und/oder der Empfänger wegen der Zuwendung rechtskräftig verurteilt oder gegen ihn/diese ein Straf- oder Bußgeldverfahren eingeleitet wurde; es genügt allein die objektive Erfüllung des rechtswidrigen Tatbestandes.<sup>4</sup>

Probleme in der praktischen Anwendung ergeben sich aufgrund des Gesetzeswortlautes regelmäßig deshalb, weil das Gesetz keine Straftatbestände konkret benennt, die unter das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG fallen, sondern lediglich von der „Zuwendung der Vorteile aus einer rechtswidrigen Handlung“ spricht, „die objektiv den Tatbestand eines Strafgesetzes oder eines anderen Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt“.

Daher ist allein anhand des Gesetzeswortlautes nicht ersichtlich, ob auch die Verwirklichung des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB unter das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG fällt; einmal in Form der fremdnützigen Untreue, weil auch hier der Empfänger veruntreuter Vermögenswerte Vorteile aus einer rechtswidrigen Handlung erhält; ebenso könnte bei der eigennützigen Untreue die Auffassung vertreten werden, dass als Kehrseite der strafbaren Minderung geschützten Vermögens eine Mehrung des tätereigenen Vermögens eintritt.

Nachfolgend soll dem nachgegangen werden, wobei sich der Beitrag auch mit der steuerlichen (und in der Folge steuerstrafrechtlichen) Behandlung der Untreue auseinandersetzt.<sup>5</sup> Insbesondere die prominenten Fälle aus jüngerer Vergangenheit zeigen, dass Untreue und Beihilfe zur Untreue (auch i.V.m. Bestechungsdelikten) nicht von untergeordneter Bedeu-

---

\*Der Autor dankt Herrn RA Dr. Markus Rübenstahl für die konstruktiven Anregungen und Unterstützung.

<sup>1</sup> Kritisch zum Abzugsverbot Joecks DStR 1997, 1025, 1026, weil damit die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht mehr gewährleistet ist.

<sup>2</sup> Siehe Bürger DStR 2003, 1421 m.w.N.

<sup>3</sup> Zur Rechtslage und deren Entwicklung Gotzens DStR 2005, 673 u. Stahl KÖSDI 2003, 13874.

<sup>4</sup> Crezelius in Kirchhof, EStG, 10. Auf. 2011, § 10 Rn. 228.

<sup>5</sup> Vgl. zu § 266 StGB und § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO BVerfG Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09; BVerfG Beschl. v. 16.6.2011 – 2 BvR 542/09; Hüls NZWiSt 2012, 12.

tung im Beratungsalltag sind<sup>6</sup> und immer auch mit steuer- und steuerstrafrechtlichen Fragestellungen einhergehen.

## II. Anwendungsbereich des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG

Gegen eine steuerliche Relevanz der Untreue spricht zunächst, dass der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG nach h.M. als abschließende Aufzählung<sup>7</sup> nur folgende Straftatbestände umfasst:

- Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB)
  - Vorteilsgewährung (§ 333 StGB)
  - Bestechung (§ 334 StGB)
  - Verstöße gegen das GeldwäschG
- sowie die in der Praxis weniger relevanten Tatbestände
- Wählerbestechung (§ 108b StGB)
  - Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)
  - Vorteilsgewährung in Bezug auf Betriebsratswahlen (§ 119 Abs. 1 BetrVG)
  - Vorteilsgewährung für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 21 Abs. 2 GWB)
  - Vorteilsgewährung in Bezug auf das Stimmverhalten in der Hauptversammlung bzw. Generalversammlung (§ 405 Abs. 3 Nr. 7 AktG und § 152 Abs. 1 Nr. 2 GenG)
  - Vorteilsgewährung in Bezug auf die Abstimmung in einer Haupt- oder Gläubigerversammlung.<sup>8</sup>

Bestätigung findet die abschließende Aufzählung auch durch das BMF-Schreiben v. 10.10.2002<sup>9</sup> (sog. Schmiergelderlass) sowie H 24 EStH: „H 24 (Zuwendungen) EStH [jetzt H 4.14 EStH, Anm. d. Verf.] enthält eine zurzeit abschließende Aufzählung der in Betracht kommenden Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.“

Gemäß dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung<sup>10</sup> kommt eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG über die vorgenannten Tatbestände hinaus nicht ohne Weiteres in Betracht.

## III. Abgrenzung der Untreue und Bestechung nach dem geschützten Rechtsgut und der Stellung im Gesetz

Zwar können Untreue und Bestechung Tateinheitlich verwirklicht werden und entsprechend zu einer Verurteilung führen.<sup>11</sup> Gegen eine steuerliche Relevanz der Untreue hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG spricht jedoch auch der Vergleich des jeweils geschützten Rechtsgutes bzw. die Qualifikation der Delikte: geschütztes Rechtsgut der Bestechung ist der freie Wettbewerb,<sup>12</sup> geschütztes Rechtsgut der Untreue ist allein das fremder Hand anvertraute individuelle Vermögen<sup>13</sup> und nicht die Funktions-

<sup>6</sup> Mannesmann „Untreue in besonders schwerem Fall/Beihilfe“: LG Düsseldorf Urte. v. 22.7.2004 – XIV 5/03; NJW 2004, 3275, Rev. BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04; NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214; Volkswagen „Untreue/Anstiftung/Beihilfe zum Betrug und Bestechung“: LG Braunschweig Urte. v. 25.1.2007 – 6 KLS 48/06 (Hartz); LG Braunschweig Urte. v. 22.2.2008 – 6 KLS 20/07; BeckRS 2009, 29834 (Volkert u. Gebauer), Rev. BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 512/08; NJW 2010, 92 = NStZ 2009, 694; Allianz-Arena „Untreue/Beihilfe und Bestechung“: LG München I Urte. v. 13.5.2005 – 4 KLS 571 Js 50602/03; Klengel/Rübenstahl HRRS 2007, 52, nachfolgend BGH Urte. v. 9.8.2006 – 1 StR 50/06; NJW 2006, 3290 m. Anm. Gehrke/Wollschläger wistra 2008, 5 u. BGH Beschl. v. 6.11.2006 – 1 StR 50/06; NStZ-RR 2007, 57; siehe auch Corsten HRRS 2011, 247, 248 f.

<sup>7</sup> Söhn in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 235. Erg.-lief. Okt. 2012, § 4 Q 61; siehe auch Heinicke in Schmidt, EStG, 31. Aufl. 2012, § 4 Rn. 611.

<sup>8</sup> Zu den Tatbeständen siehe Spatscheck/Wulf in Streck/Mack/Schwedhelm in Tax Compliance, 2010, Rn. 3.258.

<sup>9</sup> BMF-Schreiben v. 10.10.2002 – IV A 6 – 2145 – 25/02, BStBl. I 2002, 1031 = DStR 2002, 1990.

<sup>10</sup> Zur Selbstbindung der Finanzverwaltung siehe auch Brete StuW 2009, 362.

<sup>11</sup> Ausführlich zur Frage, ob die Zahlung von Bestechungsgeldern auch den Untreuetatbestand erfüllen kann: Corsten HRRS 2011, 247; siehe auch Ransiek StV 2009, 321.

<sup>12</sup> Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 299 Rn. 2; Gotzens DStR 2005, 673, 674.

<sup>13</sup> Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 266 Rn. 2; Hübner in LK StGB, 12. Aufl. 2009, § 266 Rn. 7.

fähigkeit der Wirtschaftsordnung,<sup>14</sup> spricht der freie Wettbewerb, den § 299 StGB schützt.<sup>15</sup>

Ebenso spricht für eine unterschiedliche steuerliche Beurteilung und Behandlung der Bestechung und Untreue die Stellung im Gesetz: § 266 StGB findet sich im 22. Abschnitt „Betrug und Untreue“; demgegenüber ist der Bestechungstatbestand im 26. Abschnitt „Straftaten gegen den Wettbewerb“ zu finden. Zudem ist Untreue ein Vermögensdelikt, wie z.B. der Diebstahl<sup>16</sup> und (auch) damit keine Straftat gegen den Wettbewerb.

#### IV. Zuwendung eines Vorteils i.S.d. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG

Die Prüfung der Vorteilszuwendung i.S.d. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG erfolgt zweistufig, d.h.

- 1) liegt die Zuwendung eines Vorteils vor?
- 2) erfüllt die Zuwendung des Vorteils einen Straftat- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand?

##### 1. Vorteil

Vorteil ist jede Zuwendung, auf die der Empfänger keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, und der Vorteil muss den Empfänger in seiner wirtschaftlichen, persönlichen und/oder rechtlichen Position besser stellen.<sup>17</sup> Das Abzugsverbot bezieht sich demnach auf alle tatsächlich zugewandten Geld- und Sachleistungen,<sup>18</sup> soweit sie nicht vergeblich angeboten oder versprochen wurden.<sup>19</sup>

##### 2. Zuwendung eines Vorteils als Straftat- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand

Das Abzugsverbot gilt jedoch nicht für jegliche Geld- oder Sachleistung. Weitere Voraussetzung des Abzugsverbotes ist, dass die Zuwendung des Vorteils eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder eines Gesetzes verwirklicht, dass die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.<sup>20</sup> In der Folge ist die Anwendung der Nr. 10 ausgeschlossen, wenn die Zuwendung des Vorteils nicht unter den Tatbestand einer Straf- oder Bußgeldnorm fällt.<sup>21</sup>

#### V. Tatbestandsmerkmal „Zuwendung“ bei der Untreue

Es wurde eingangs darauf hingewiesen, dass dem Gesetzeswortlaut des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG nicht zweifelsfrei zu entnehmen ist, ob auch die Verwirklichung des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB unter das Abzugsverbot der Vorschrift fällt. Das liegt daran, dass auch der Untreuetäter bei der eigennützigen Untreue oder der Empfänger veruntreuten Vermögens bei der fremdnützigen Untreue<sup>22</sup> – analog dem Bestechungs- oder Schmiergeldempfänger – einen Vorteil erhält, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat und der ihn in seiner wirtschaftlichen Position besser stellt. Hier fehlt es am Tatbestandsmerkmal „Zuwendung“ des Vorteils: der Untreuetäter ist Zuwendender und Zuwendungsempfänger zugleich, weil die „Zuwendung an sich selbst“ erfolgt, und zwar aus dem Vermögen eines Dritten, nämlich desjenigen, zu dessen Gunsten die Vermögensbetreuungspflicht besteht.

<sup>14</sup> Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 266 Rn. 2.

<sup>15</sup> Zu den unterschiedlichen Schutzrichtungen zwischen Untreue und Bestechung siehe Brand/Sperling AG 2011, 233, 238.

<sup>16</sup> Schroer/Stärke FR 2007, 781 (unerlaubte Arbeitnehmerhandlungen).

<sup>17</sup> Wied in Blümich, EStG, 116. Erg.-lief. Aug. 2012, § 4 Rn. 903; siehe auch Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 331 Rn. 11.

<sup>18</sup> Unter den Vorteilsbegriff fallen auch Nutzungen und Leistungen sowie auch immaterielle Vorteile, die keine Vermögensvorteile sind, siehe Stapf DB 2000, 1092.

<sup>19</sup> Kruschke in Herman/Heuer/Raupach, EStG, 246. Erg.-lief. März 2011 (HHR), § 10 Rn. 1853.

<sup>20</sup> Crezelius in Kirchhof, EStG, 10. Aufl. 2011, § 10 Rn. 228; Kruschke in HHR, § 10 Rn. 1859.

<sup>21</sup> Kruschke in HHR, § 10 Rn. 1859; Wied in Blümich, EStG, 116. Erg.-lief. Aug. 2012, § 4 Rn. 904.

<sup>22</sup> Zum Vorliegen von eigen- und fremdnütziger Untreue innerhalb einer Anklage/Strafverfahren anschaulich BGH Urt. v. 18.5.1999 – 5 StR 72/99; StV 2000, 485.

Demgegenüber erfolgt die Zuwendung bei der Bestechung typischerweise aus eigenem Vermögen des Täters.<sup>23</sup> Der Vorteil bei der Bestechung stellt eine Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung des Bestechungsempfängers dar.<sup>24</sup> An einer solchen Gegenleistung fehlt es bei der Untreue.

Andererseits gibt es Fallkonstellationen der fremdnützigen Untreue, in denen sich Untreue und Bestechung „vermischen“. Vereinfacht beispielsweise ein Angestellter eines Unternehmens ohne Wissen des Inhabers mit Kunden die Zahlung eines überhöhten Entgeltes, damit das Unternehmen einen Auftrag überhaupt erhält, und erfolgt diese Zahlung dann auch, stellt der überhöhte Teil der Zahlung ein Bestechungs- bzw. Schmiergeld dar. Erhält der Angestellte sodann für die erfolgreiche Auftragsakquise eine Bonuszahlung, kann darin eine Untreuehandlung zum Nachteil des Inhabers liegen.<sup>25</sup> Gleiches gilt, wenn die Bestechungsgeldzahlung an den Kunden oder Mitarbeiter des Kunden über den Preis auf den Kunden umgelegt wird.<sup>26</sup>

## 1. Eigennützige Untreue

Relativ klar liegt der Fall bei eigennütziger (unmittelbarer) Untreue: ein Angestellter (auch Fremdgeschäftsführer) veruntreut Gelder dadurch, dass er „in die Kasse greift“ oder Überweisungen auf Konten tätigt, die er extra für „fiktive“ Kunden eingerichtet und auf die er selbst direkten Zugriff hat.<sup>27</sup> Die veruntreuten Gelder fließen so direkt an ihn, ohne dass der Geschädigte (Unternehmensinhaber) hiervon Kenntnis hat bzw. dies (im Nachhinein) billigt. Deshalb fehlt es hierbei an der Zuwendung eines Vorteils als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung des (Bestechungsgeld-)Empfängers.<sup>28</sup>

## 2. Fremdnützige Untreue

Anders hingegen im Fall der fremdnützigen („mittelbaren“) Untreue:<sup>29</sup> ist der „Griff in die Kasse“ aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, weil z.B. im Fall des untreuen Finanzbeamten<sup>30</sup> eine Kasse „körperlich“ nicht vorhanden ist oder der Untreuetäter keinen Zugriff auf die Kasse hat oder kommt eine direkte Überweisung auf ein eigens eingerichtetes Konto nicht in Betracht, muss bzw. wird sich der Untreuetäter eines Dritten bedienen. Der Dritte handelt regelmäßig „nur“ als Gehilfe, weil ihn selbst mangels Anstellungsverhältnis keine Vermögensbetreuungspflicht trifft. Zum besseren Verständnis sollen folgende (tatsächlich verwirklichte) zwei Sachverhalte dienen:

*SV 1: Ehemann M betreibt als Einzelunternehmer eine Marketingagentur und Ehefrau F arbeitet als städtische Angestellte. F ist u.a. für das städtische Marketing zuständig. F beauftragt M mit der Ausarbeitung eines Marketingkonzeptes für die Stadt, welches die Stadt ohnehin extern vergeben will. M und F kommen überein, dass M für seine Leistung überhöhte Rechnungen stellt, die zunächst durch die Stadt auf Anweisung der F ohne Beanstandungen bezahlt werden. Nach interner Revision bei der Stadt kommen Zweifel an der Werthaltigkeit bzw. Marktüblichkeit der Leistungen von M auf und daraufhin räumen M und F ein, zur Deckung privater Liquiditätsempfänge der Eheleute gehandelt zu haben.*

*SV 2: I erarbeitet und entwickelt als Einzelunternehmer Internetseiten sowie internetbasierte Projekte und Anwendungen. Nachdem er mehrere Projekte bzw. Aufträge für einen Kunden erfolgreich erledigt hat, kommt er mit dem Fremdgeschäftsführer G des Kunden überein, bei zukünftiger Auftragserteilung zum Teil überhöhte Rechnungen und zum Teil Rechnungen für fiktive, tat-*

<sup>23</sup> Die Vermögenszuwendung bei der Bestechung muss nicht zwingend aus eigenem Vermögen des Täters erfolgen. Praxisrelevant sind insbesondere die Fälle, in denen die Zuwendung aus dem Vermögen einer (Kapital-) Gesellschaft erbracht wird.

<sup>24</sup> Gotzens DStR 2005, 673, 674.

<sup>25</sup> Siehe Schroer/Stärke FR 2007, 781, 784.

<sup>26</sup> Siehe Schmid in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 31 Rn. 139 m.w.N.; siehe zur Thematik auch Lüderssen in FS für Müller-Dietz, 2001, S. 467.

<sup>27</sup> BGH Ur. v. 6.6.2007 – 5 StR 127/07; NStZ 2007, 596 m. Anm. Schmitz NJW 2007, 2864 (der untreue Finanzbeamte); Rolletschke wistra 2005, 250.

<sup>28</sup> Ist der Vermögensinhaber mit den Bestechungszahlungen einverstanden (oder hat Kenntnis), ist die Strafbarkeit nach § 266 StGB aufgrund seiner Einwilligung ausgeschlossen: Corsten HRRS 2011, 247 m.w.N.; Seier in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 354.

<sup>29</sup> Zur mittelbaren Tatbestandsverwirklichung im Steuerrecht v. Groll StuW 1995, 326.

<sup>30</sup> Siehe BGH Ur. v. 6.6.2007 – 5 StR 127/07; NStZ 2007, 596 m. Anm. Schmitz NJW 2007, 2864; Rolletschke wistra 2005, 250.

sächlich nicht durchgeführte Projekte zu stellen. Die so generierten Mehreinnahmen teilen G und I absprachegemäß so, dass I einen Teil der vereinnahmten Gelder an G weiterleitet und von G dafür fiktive, nicht leistungshinterlegte Rechnungen erhält, damit I seinerseits in Höhe der weitergeleiteten Gelder Betriebsausgaben geltend machen kann. Nach interner Revision beim Arbeitgeber des G fällt der Sachverhalt auf und G und I räumen ein, dass zum Teil überhöhte und zum Teil nicht leistungshinterlegte Rechnungen gestellt wurden.

Die Vermögensverschiebung erfolgt in beiden Sachverhalten so, dass jeweils ein Dritter – M und I – dem Unternehmen, in dem der Angestellte/Fremdgeschäftsführer als der eigentliche Untreuetäter beschäftigt ist, nicht oder nur teilweise erbrachte Leistungen in Rechnung stellt, nachdem er mit der Erbringung (vermeintlicher) Leistungen durch den Angestellten/Fremdgeschäftsführer beauftragt wurde und die Leistungen – jedenfalls in Teilen – auch erfolgt sind.

Nach Rechnungsstellung durch den Dritten erfolgt der Rechnungsausgleich (was nicht zwingend durch den Angestellten/Fremdgeschäftsführer persönlich erfolgen muss), und sodann leitet der Dritte die vereinnahmten Gelder (oder einen Teil davon) an den Untreuetäter weiter.

Untreuetäter können in beiden Sachverhaltsvarianten nur F und G sein, nicht hingegen die Dritten M und I. Letztere können durch die Weiterleitung der überhöhten bzw. nicht leistungshinterlegten Gelder mangels Vermögensbetreuungspflicht nur Beihilfe zur Untreue leisten.

Im Unterschied zum ersten Sachverhalt stellt in der zweiten Sachverhaltsvariante der Untreuetäter (G) dem Gehilfen (I) (vermeintliche) Leistungen in Rechnung, nämlich in Höhe der an ihn weitergeleiteten Gelder. Aus Sicht des Dritten stellen die so weitergeleiteten Gelder Fremdleistungen dar, die er als Betriebsausgaben gegenüber dem Finanzamt (gewinnmindernd) erklärt.

Der Grund hierfür liegt darin, dass der Dritte (I) im Gegensatz zum ersten Sachverhalt die veruntreuten Gelder nicht im Rahmen der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft verbrauchen kann. Je nach Verteilungsabrede könnte es deshalb sein, dass der Dritte mehr Steuern abführen müsste, als ihm tatsächlich an Liquidität bliebe, wenn er keinen Betriebsausgabenabzug hätte. Dies wird an folgendem vereinfachten (Rechen-)Beispiel deutlich, wenn die Verteilungsabrede 1/3 zu 2/3 zu Gunsten des Untreuetäters lautet: hat der Dritte aus der Beauftragung Einnahmen i.H.v. 100 € (Nettoeinnahme ohne Berücksichtigung von Umsatzsteuer), muss er aufgrund der Verteilungsabrede 66 € (gerundet) an den Untreuetäter weiterleiten, so dass dem Dritten tatsächlich (an Liquidität) „nur“ 33 € verbleiben. Ohne Betriebsausgabenabzug müsste der Dritte die insgesamt vereinnahmten 100 € als Einkünfte nach § 15 EStG versteuern. Bei unterstelltem Spitzensteuersatz von 42 % (§ 32a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EStG) verbleiben dem Dritten 58 € (100 € abzgl. 42 € Einkommensteuer ohne Berücksichtigung von Solidaritätszuschlag und evtl. Kirchensteuer). Bei Weiterleitung der 66 € an den Untreuetäter aufgrund der Verteilungsabrede 1/3 zu 2/3 ergibt bzw. ergäbe sich zu Lasten des Dritten ein Liquiditätsnachteil von 8 €, d.h. der Dritte würde „draufzahlen“. Macht der Dritte dagegen die weitergeleiteten 66 € als Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) geltend, mindert sich die Bemessungsgrundlage für die Einkommensteuer um diese 66 €, so dass er nur die tatsächlich bei ihm verbliebenen 34 € (100 € abzgl. 66 €) versteuert und damit keinen „Liquiditätsnachteil“ erleidet.

Schließlich ist im Zusammenhang mit den dargestellten Sachverhalten auf das mit einer Vielzahl von Zweifelsfragen in der praktischen Anwendung behaftete Problem sog. Kick-Back-Zahlungen hinzuweisen: in beiden Fällen (und in gleichgelagerten) können Bestechungsgeldzahlungen i.S.d. § 299 Abs. 2 StGB vorliegen, zumindest dann, wenn es sich bei den weitergeleiteten Geldern (auch) um eine Gegenleistung für die Auftragserteilung handelt.<sup>31</sup> Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann nur für den jeweiligen Einzelfall entschieden werden und hängt im Wesentlichen von der Motivation und Einlassung der Beteiligten ab.<sup>32</sup> Wäre die Auftragserteilung in jedem Fall erfolgt, weil der Auftraggeber die Leistung nicht selbst erbringen kann, sondern zwingend durch den Dritten erbringen lassen muss,

<sup>31</sup> Ausführlich zur Problematik „Kick-Back-Zahlungen als strafrechtliche Untreue“ Kraatz ZStW 2010, 521; siehe auch Spatscheck/Wulf in Streck/Mack/Schwedhelm in Tax Compliance, 2010, Rn. 3.277 f.

<sup>32</sup> So zutreffend Seier in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 357 m.w.N.

liegt der Schwerpunkt eher in der Veruntreuung als in einer Bestechung durch Kick-Back-Zahlungen. Regelmäßig liegt die Motivation aber auf beiden Seiten, was die Beurteilung zugegeben nicht erleichtert: der Dritte = Auftragnehmer ist regelmäßig auch immer an einer Auftragserteilung interessiert, selbst wenn die Auftragserteilung ohnehin erfolgt wäre; andererseits wird es dem Zuwendungsempfänger eher darauf ankommen, überhaupt Zahlungen zu erhalten, zumal sich die im vorherigen Absatz angesprochene Frage des Betriebsausgabenabzugs für ihn nicht stellen dürfte.

## VI. Steuerliche Behandlung

Kommt es nun typischerweise im Rahmen einer Betriebsprüfung<sup>33</sup> oder wie in den Beispielfällen aufgrund interner Ermittlungen zur Aufdeckung der Untreue, stellt sich neben der strafrechtlichen Aufarbeitung auch die Frage der steuerlichen Behandlung, insbesondere auch die eingangs aufgeworfene, ob die Weiterleitung durch den Dritten an den Untreuetäter dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unterliegt, wenn die weitergeleiteten Beträge als Betriebsausgaben deklariert wurden. „Auf den ersten Blick“ ja, da der Dritte Betriebsausgaben aus einer strafbaren Handlung geltend macht. Jedoch stellen diese Betriebsausgaben keine Zuwendung eines Vorteils dar, weil der Dritte keine Gegenleistung i.S.d. § 299 StGB erhält,<sup>34</sup> sondern die Weiterleitung stellt lediglich einen „Reflex“ aus der Untreuehandlung dar, d.h. die weitergeleiteten Gelder sind im Ergebnis als die vom Untreuetäter erlangten Gelder zu qualifizieren. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG missbilligt nämlich nicht den Empfang von Vorteilen, sondern lediglich die Zuwendung.<sup>35</sup> Die bloße Weiterleitung durch den Dritten (aufgrund vorheriger Abrede mit dem Untreuetäter) stellt auch deshalb keine dem Untreuetäter zuzurechnende Vorteilszuwendung dar, weil es sich dabei ausschließlich um Beuteweiterleitung oder -verteilung handelt. Insoweit erfolgt auch keine Zurechnung als Handlung analog der Handlung eines Angestellten oder vertretungsberechtigten Personen.<sup>36</sup> Bestätigung findet dies auch durch BGH v. 13.9.2010.<sup>37</sup>

„Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG würde...im Ergebnis zu einer Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips und des in § 40 AO verankerten Grundsatzes der Wertneutralität der Besteuerung (Söhn in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff EStG, 201. Aktualisierung September 2009, § 4 Rn. Q 15) führen. Dies gebietet eine **restriktive Auslegung** des Abzugsverbots. Namentlich dann, wenn - wie hier - die Zuwendung i.S.v. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unter Zwischenschaltung eines Dritten gewährt wird, der selbst mit der Zuwendung und bei deren Weiterleitung keine weitergehenden Ziele verfolgt als der eigentliche Vorteilsgeber, greift das Abzugsverbot lediglich bei diesem, nicht aber bei dem - letztlich als (Geld-)Bote fungierenden - Mittler. In solchen Fällen ist die Vorteilszuwendung allein dem eigentlichen Vorteilsgeber zuzurechnen, in dessen Interesse sie auch erfolgt. Nur so kann zudem verhindert werden, dass es zu einer unzulässigen Doppelbesteuerung des für die Zuwendung aufgewandten Betrages kommt. Ein anderes Ergebnis ist auch im Hinblick auf den Zweck des Abzugsverbotes i.S.v. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG - die Bekämpfung der Korruption (BT-Drucks. 13/1686 S. 18; 14/265 S. 170) - nicht geboten. Diesem wird vielmehr hinreichend durch das Abzugsverbot bei dem eigentlichen Vorteilsgeber Rechnung getragen.“

<sup>33</sup> Solange das FA noch keine Kenntnis der Tat bzw. des Sachverhaltes „Betriebsausgabenabzug“ hat, sollte immer über eine Selbstanzeige nachgedacht werden. Meist lässt sich nämlich anfangs noch nicht sicher feststellen bzw. beurteilen, welche strafrechtliche Qualität die weitergeleiteten, als Betriebsausgaben deklarierten Gelder haben; möglicherweise liegt doch keine Untreue, sondern Bestechung vor und dann greift das Abzugsverbot des § 10 Abs. 5 Nr. 10 EStG. Mangels Selbstanzeige droht dann zusätzlich auch eine steuerstrafrechtliche Ahndung.

<sup>34</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn die weitergeleiteten Gelder kein „Entgelt“ für die Auftragserteilung darstellen, was der Fall ist, wenn der Auftrag ohnehin an den Dritten (z.B. aufgrund besonderer Sachkunde) erteilt worden wäre und die beim Dritten verbliebenen (nicht weitergeleiteten) Gelder den marktüblichen Preis darstellen. Anderenfalls stellt sich immer auch die Frage nach der Verwirklichung der §§ 229, 333 f. StGB.

<sup>35</sup> *Stapf* DB 2000, 1092, 1094.

<sup>36</sup> Siehe *Gotzens* DStR 2005, 673, 676.

<sup>37</sup> BGH Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09; NJW 2011, 88 = ZIP 2010, 2239 m. Anm. *Brandt/Sperling* AG 2011, 233 u. *Corsten* StraFO 2011, 69.

## VII. Finanzgerichtliche Rechtsprechung

Zu Untreuefällen existieren bislang vergleichsweise wenig finanzgerichtliche Entscheidungen. Als grundlegend angesehen werden kann die Entscheidung des FG München aus dem Jahr 1984.<sup>38</sup> Hiernach sind Einnahmen aus Untreue nicht steuerbar, wenn ein Arbeitnehmer Geldüberweisungen vom Bankkonto seines Arbeitgebers ohne dessen Wissen auf ein eigenes veranlasst. Der Arbeitnehmer erfüllt dabei, so das FG München, keinen Einkünftebestand des EStG. Bei den Überweisungen handelt es sich weder um Arbeitslohn, da der Arbeitgeber den veruntreuten Betrag nicht willentlich zugewandt und damit nicht i.S.d. § 19 Abs. 1 EStG „gewährt“ hat. Ebenso wenig handelt es sich um eine sonstige Leistung i.S.d. § 22 Nr. 3 EStG, da es an einem auf Einkommens- bzw. Vermögensmehrung durch Leistungsaustausch gerichteten wirtschaftlichen Verhalten fehlt.

Der BFH hat die Beurteilung des FG München in seiner Entscheidung vom 19.3.1987<sup>39</sup> bestätigt: Einnahmen aus Untreue sind nicht steuerbar, da die Veruntreuung von verwaltetem Vermögen kein Betriebsvorgang sei, so dass veruntreute Gelder weder Betriebseinnahmen sind, noch Einnahmen aus Leistungen i.S.d. § 22 Abs. 3 EStG.

Diese Beurteilung ist für die Fälle der eigennützigen Untreue, d.h. den „direkten Griff in die Kasse“, noch gut nachvollziehbar.

Probleme in der Beurteilung ergeben sich in der Praxis hingegen in den oben beschriebenen Fällen mit „Drittbeteiligung“, in denen sich eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr jedenfalls dann nicht verneinen lässt, wenn ein Leistungsaustausch erfolgt, allein die Gegenleistung in Form eines überhöhten, nicht marktüblichen Entgeltes erfolgt.

Mit Urteil vom 3.7.1991<sup>40</sup> hat der BFH zu einem solchen Fall wie folgt ausgeführt:

„Der erkennende Senat weicht von diesen Entscheidungen [BFH v. 19.3.1987 und FG München v. 29.8.1984, Anm. d. Verf.] nicht ab. Es ist zu unterscheiden, ob Untreue dadurch begangen wird, dass der Täter auf anvertrautes Vermögen unmittelbar zugreift oder wie hier die Wirkungen aus Rechtsgeschäften, die sich als Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellen, auf sich überleitet“.

Der Entscheidung des BFH lag ein Sachverhalt zugrunde, der den oben zur fremdnützigen Untreue dargestellten entspricht. Ein Bankangestellter hatte unter Ausnutzung seiner Vertrauensstellung fortgesetzt unter Einschaltung von Mittelsmännern und Mitwirkung weiterer Wertpapierhändler unter dem Namen der Bank Wertpapier- und Depotgeschäfte auf eigene Rechnung abgewickelt. Der Bankangestellte rechnete die Geschäfte über die Bank ab und leitete die erzielten Überschüsse auf eigene Konten weiter. Die eingeschalteten Mittelsmänner und Wertpapierhändler erhielten von dem Bankangestellten Provisionen (Rückvergütungen).

Entgegen seinem o.g. Urteil aus dem Jahr 1987 qualifizierte der BGH die Einnahmen des Bankangestellten als Betriebseinnahmen und damit als steuerbar. Der Bankangestellte habe den nicht steuerbaren Bereich der Vermögensverwaltung verlassen, weil er fortgesetzt fremdes Vermögen zur Gewinnerzielung eingesetzt habe. Jedoch – und dies ist der entscheidende Punkt – sind Aufwendungen, die zur Erzielung der Einnahmen aus Untreue getätigt werden, zu berücksichtigen. Im Entscheidungsfall wurde die zu erwartende Schadensersatzverpflichtung gegenüber der Bank als (gewinnmindernde) Betriebsausgabe berücksichtigt.

Entscheidend ist daher, dass § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG dem Betriebsausgabenabzug nicht entgegensteht.

Derzeit ist beim BFH ein Revisionsverfahren zu vorliegender Thematik anhängig. Dem liegt eine Entscheidung des FG des Saarlandes vom 29.2.2012<sup>41</sup> zugrunde, die im Ergebnis der rechtlichen Beurteilung des BFH-Urteils aus 1991 entspricht: Gelangen veruntreute Beträge durch Gutschrift auf dem betrieblichen Konto in das Betriebsvermögen, ist – im Gegensatz

<sup>38</sup> FG München Urt. v. 29.8.1984 – IX 69/84; EFG 1985, 71; in diesem Sinne auch Thüringer FG Beschl. v. 5.3.2009 – 2 K 35/07; EFG 2009, 735.

<sup>39</sup> BFH Urt. v. 19.3.1987 – IV R 140/84; BFH/NV 1987, 577.

<sup>40</sup> BFH Urt. v. 3.7.1991 – X R 163/87 u. 164/87; BStBl. II 1991, 802.

<sup>41</sup> FG des Saarlandes Urt. v. 29.2.2012 – 1 K 1342/09; EFG 2012, 1328, Rev. beim BFH unter Az. VIII R 19/12.

zur privat veranlassten Untreue im Fall des Vermögenspflegers gem. dem Fall des BGH aus dem Jahr 1987 – ein betrieblicher Zusammenhang von Anfang an gegeben. Deshalb stellen von einem Rechtsanwalt vereinnahmte, als durchlaufende Posten behandelte Fremdgelder Betriebseinnahmen dar, wenn die Fremdgelder nicht unverzüglich weitergeleitet und zum Teil zur Bestreitung von Betriebsausgaben und Lebenshaltungskosten verwendet werden. Darauf, dass die Untreue nur „gelegentlich“ vorgenommen werde, komme es nicht an.

Freilich, und daher im Sinne der bisherigen Rechtsprechung auch nicht dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unterworfen, stellen die Fremdgelder im Zeitpunkt der (tatsächlichen) Weiterleitung Betriebsausgaben dar. Damit scheidet auch eine steuerstrafrechtliche Relevanz in Form zu Unrecht erklärter Betriebsausgaben aus.

## VIII. Zusammenfassung

Die vorangegangenen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass nicht nur die strafrechtliche Beurteilung der Untreue eine Vielzahl von Zweifelsfragen aufwirft, sondern ebenso die steuerlichen und steuerstrafrechtlichen Folgen. Festhalten lässt sich aber, dass untreu-behaftete Geldflüsse, gleich ob eigen- oder fremdnützige Untreue nicht dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unterliegen. Hierbei ist als Abgrenzungskriterium zur (nicht abzugsfähigen) Bestechung bei den zu beurteilenden Zahlungen immer nach dem zugrunde liegenden wirtschaftlichen Gehalt bzw. Hintergrund zu fragen. Vor allem in den Fällen der fremdnützigen Untreue unter Beteiligung Dritter wird es vor allem darauf ankommen, ob und in welcher Höhe Zahlungen (auch) für die reine Auftragserteilung erfolgt sind und somit ggf. die angesprochenen sog. Kick-Back-Zahlungen als nicht abzugsfähige Bestechungsgelder vorliegen.

## Einführung und Schulung

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

## Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (II)

Im 1. Teil des Beitrags wurden neben Begriffsklärungen, Normadressaten sowie dem einschlägigen Behördenaufbau der Tatbestand des § 266a StGB sowie die wesentlichen Tatbestände in Zusammenhang mit illegaler Beschäftigung behandelt. Im hiesigen 2. Teil folgt nunmehr eine Darstellung der wesentlichen Tatbestände zum sozialen Arbeits- bzw. Arbeitnehmerschutz, zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz sowie zum Schutz der Betriebsverfassungsorgane.

### I. Tatbestände zum sozialen Arbeits- bzw. Arbeitnehmerschutz

Dem sozialen Arbeits- bzw. Arbeitnehmerschutz kommt in der realen Arbeitswelt mittlerweile eine herausragende Rolle zu, die durch die Straf- bzw. Sanktionsbewehrung bei Verstößen besonders unterstrichen wird. Von herausragender Bedeutung für die Praxis sind hier insbesondere das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zum sozialen Schutz von Leiharbeitnehmern sowie das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), das seine ursprüngliche Beschränkung längst überwunden und sich – so *Thüsing* mit Recht – „zum allgemeinen Schutzgesetz“<sup>1</sup> entwickelt hat.

#### 1. Grundzüge illegaler Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) trat am 7.10.1972<sup>2</sup> in seiner ursprünglichen Fassung in Kraft und wurde seitdem mehrfach – teilweise grundlegend – geändert. Die ak-

<sup>1</sup> *Thüsing* in *Thüsing*, AEntG, 2010, vor § 1 Rn. 5.

<sup>2</sup> BGBl. I 1972, S. 1393.

tuelle Fassung in der Bekanntmachung vom 3.2.1995<sup>3</sup> geht insbesondere auf die Richtlinie 91/383 WEG des Rates der EG vom 25.6.1991<sup>4</sup> zurück. Die „Leiharbeit“ gilt mittlerweile als wichtiges – vom Gesetzgeber gebilligtes und gefördertes – Mittel zur Erschließung neuer Beschäftigungsmöglichkeiten.<sup>5</sup> Regelungszweck des AÜG ist ausweislich des ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers der „soziale Schutz der Leiharbeiternehmer“.<sup>6</sup>

Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG liegt dann vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) seine bei ihm angestellten Arbeitnehmer als Leiharbeiternehmer vorübergehend zur Verfügung stellt, der sie wie eigene Arbeitnehmer (weisungsgebunden) in seinem Betrieb einsetzt.<sup>7</sup> Mit Blick auf das Merkmal der „Eingliederung“ sind insbesondere folgende Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtwürdigung maßgeblich:<sup>8</sup>

- Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Beschäftigungsunternehmens,
- Integration in die Arbeitsorganisation des Beschäftigungsunternehmens,
- Bereitstellung von Werkzeug und Material oder Arbeits- bzw. Sicherheitskleidung durch den Einsatzbetrieb,
- Koordination des Einsatzes mit Arbeit im Beschäftigungsunternehmen,
- Übernahme von Tätigkeiten, die zuvor von Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebs ausgeführt wurden.

Abzugrenzen ist die Arbeitnehmerüberlassung von Dienst- und Werkverträgen sowie der bloßen Arbeitsvermittlung.<sup>9</sup>

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erfasst der Anwendungsbereich des Gesetzes nur die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.<sup>10</sup> Liegt eine solche vor, bedürfen die Beteiligten grundsätzlich einer Erlaubnis i.S.d. § 2 AÜG. Ausnahmen sind in § 1 Abs. 1 S. 2, § 1 Abs. 3 und § 1a Abs. 1 AÜG geregelt sowie teilweise in spezifischen Regelungen außerhalb dieses Gesetzes.<sup>11</sup> Im Baugewerbe ist die Arbeitnehmerüberlassung nach § 1b AÜG grundsätzlich unzulässig und damit auch weder erlaubnisfähig noch -pflichtig.<sup>12</sup>

Zum (sozialen) Schutz der Leiharbeiternehmer statuieren die §§ 15 ff. AÜG Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände, durch welche die Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gesichert werden sollen.<sup>13</sup> Verstöße gegen diese Vorschriften gehen regelmäßig einher mit Begleitdelikten wie Steuerhinterziehung, Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB oder Verstößen gegen §§ 10, 11 SchwarzArbG.<sup>14</sup>

## a) Ordnungswidrigkeiten nach § 16 AÜG

§ 16 AÜG enthält in seiner aktuellen Fassung insgesamt 24 Ordnungswidrigkeitentatbestände. Die Tatbestände des § 16 Abs. 1 Nr. 1, 2a - 8 und 18 AÜG richten sich an den Verleiher. § 16 Abs. 1 Nr. 1a, 2, 9, 10, 14 - 16 und 17 AÜG gelten für den Entleiher. Bei der Ordnungswidrigkeit des § 16 Abs. 1b und 11 - 13 AÜG kommen sowohl der Verleiher als auch der Entleiher als tauglicher Täter in Betracht.

Im Einzelnen enthält § 16 AÜG folgende Ordnungswidrigkeitentatbestände:

- Verleih ohne erforderliche Verleiherlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)

<sup>3</sup> BGBl. I 1995, S. 158.

<sup>4</sup> ABIEG Nr. L 206 v. 29.7.1991, S. 19 ff.

<sup>5</sup> Vgl. BAG, NZA 2004, 921, 923; *Heitmann* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 37 Rn. 48; *Paetzold* in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 4.

<sup>6</sup> BT-Drs. 6/2303, S. 9.

<sup>7</sup> *Kaul* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, Kap. XII 3 Rn. 6; *Paetzold* in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 1.

<sup>8</sup> Nach *Hamann* in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 127 ff. unter Bezugnahme auf die einschlägige Rspr. des BAG.

<sup>9</sup> Ausführlich hierzu: *Gercke* in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 139 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zum Gewerbsmäßigkeitbegriff BAG, NZA 2005, 1006, 1008; *Hamann* in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 274.

<sup>11</sup> Vgl. etwa Gesetz über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafentarbeiter vom 03.07.1950 (BGBl. I 1950, S. 352); Personenbeförderungsgesetz vom 21.03.1961 (BGBl. I 1961, S. 241); Güterkraftverkehrsgesetz vom 06.08.1975 (BGBl. I 1975, S. 2132, 2489) i.d.F. des Reformgesetzes vom 22.06.1998 (BGBl. I 1998, S. 1485).

<sup>12</sup> Einzelheiten hierzu etwa bei *Paetzold* in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 67 ff.

<sup>13</sup> *Böhm* in: Hümmerich/Boecken/Düwell, AnwK-ArbR, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, AÜG, § 16 Rn. 1.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu sowie zum Konkurrenzverhältnis *Gercke* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 585 ff. m.w.N.

- Entleih ohne erforderliche Verleiherlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 1a AÜG)
- Unzulässiger Verleih im Baugewerbe (§ 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG)
- (Tatsächliches) Tätigwerdenlassen eines ausländischen Arbeitnehmers ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung bzw. Aufenthaltstitel (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG)
- Verletzung der Anzeigepflicht bei erlaubnisfreier Arbeitnehmerüberlassung nach § 1a AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 a AÜG)
- Nichterfüllung einer rechtmäßigen Auflage nach § 2 Abs. 2 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 AÜG)
- Verstöße gegen einzelne Anzeige-, Auskunfts- und Aufbewahrungspflichten nach § 7 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 – 6a AÜG)
- Verstöße gegen statistische Meldepflichten nach § 8 Abs. 1 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 7 AÜG)
- Nichtgewährung von Arbeitsbedingungen bzw. Mindestentgelten entgegen § 10 Abs. 4, 5 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a u. 7b AÜG)
- Verstöße gegen einzelne Nachweispflichten nach § 11 Abs. 1 und 2 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 8 AÜG)
- Nichterfüllung von Auskunftsansprüchen des Leiharbeitnehmers nach § 13 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 9)
- Verstoß gegen Pflicht zur Gewährung des Zugangs zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten (§ 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG)
- Verletzung von im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz statuierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten bei Prüfungen entgegen § 17a AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 11 – 13 AÜG)
- Verstoß gegen in §§ 17b, 17c AÜG verankerte Melde- und Dokumentationspflichten (§ 16 Abs. 1 Nr. 14 – 18 AÜG)

Die einzelnen Tatbestände können sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig verwirklicht werden. Die Höhe der maximal zu verhängenden Bußgelder ergibt sich für vorsätzliche Verstöße aus § 16 Abs. 2 AÜG, wobei insbesondere Verstöße gegen § 16 Abs. 1 Nr. 2, 7a und 7b AÜG mit einer Geldbuße bis zu EUR 500.000,00 eine besonders empfindliche Sanktionierung nach sich ziehen können.

#### **b) Verleih ausländischer Arbeitnehmer ohne Genehmigung (§ 15 AÜG)**

Der Grundtatbestand des § 15 Abs. 1 AÜG stellt eine Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit des Verleihs eines Arbeitnehmers ohne die nach § 1 Abs. 1 AÜG erforderliche Verleiherlaubnis (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG) bei gleichzeitiger (kumulierter) illegaler Beschäftigung eines Ausländers nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III bzw. § 98 Abs. 2a AufenthG unter Strafe; der Tatbestand erfordert eine vorsätzliche Begehungsweise.<sup>15</sup>

§ 15 AÜG sieht Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Abs. 2 bestimmt für die Regelbeispiele der Gewerbsmäßigkeit sowie des groben Eigennutzes einen erhöhten Strafraum von sechs Monaten bis fünf Jahren.

#### **c) Entleihe ausländischer Arbeitnehmer ohne Genehmigung zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen (§ 15a Abs. 1 AÜG)**

Nach § 15a Abs. 1 AÜG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Entleiher einen Ausländer ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung bzw. Aufenthaltstitel unter Bedingungen tätig werden lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren deutschen Leiharbeitnehmers stehen.<sup>16</sup> Tauglicher Täter kann insoweit nur der Entleiher im Rahmen einer mit entsprechender Erlaubnis betriebenen Arbeitnehmerüberlassung sein;<sup>17</sup> handelt der Entleiher ohne diese,

<sup>15</sup> Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 153 f.

<sup>16</sup> Vgl. zur Beurteilung des Vorliegens ausbeuterischer Arbeitsbedingungen ausführlich Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 499 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Stracke in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 15a Rn. 12.

macht er sich nach §§ 10, 11 SchwarzArbG strafbar, weil er aufgrund der Fiktion von § 9 Nr. 1, 10 AÜG wie ein Arbeitgeber behandelt wird.<sup>18</sup>

Bedingter Vorsatz ist ausreichend; dies gilt insbesondere auch bzgl. der ausbeuterischen Arbeitsbedingungen.<sup>19</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Entleiher diese nicht ohne weiteres aus der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer erfährt, weil die Arbeitsbedingungen letztlich auf dem Innenverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer beruhen und ihn selbst ggü. dem Leiharbeitnehmer nur die gegenseitigen Interessenwahrungspflichten bzgl. der Arbeitsleistung selbst treffen.<sup>20</sup>

§ 15a Abs. 1 S. 2 AÜG sieht für besonders schwere Fälle einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis fünf Jahren vor und nennt als Regelbeispiele Gewerbsmäßigkeit sowie Handeln aus grobem Eigennutz.

#### d) Umfangreicher und beharrlich wiederholter Entleih ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung (§ 15a Abs. 2 AÜG)

Tathandlung des § 15a Abs. 2 Nr. 1 AÜG ist der Entleih von mindestens sechs ausländischen Leiharbeitnehmern ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung bzw. Aufenthaltstitel. Angesichts des Wortlauts der Norm können die Arbeitnehmer auch von verschiedenen Verleihern stammen.<sup>21</sup> Die Verwirklichung des Grundtatbestands ist mit einem Strafrahmen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe belegt. Abs. 2 S. 2 sieht bei Handeln aus grobem Eigennutz eine Erhöhung des Strafrahmens auf bis zu drei Jahren vor. Grober Eigennutz liegt dann vor, wenn sich der Entleiher von seiner Gewinnerzielungsabsicht in einem besonders anstößigen Maße leiten lässt.<sup>22</sup>

§ 15a Abs. 2 Nr. 2 AÜG stellt die vorsätzliche beharrliche Wiederholung einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG unter Strafe. Beharrlichkeit setzt als täterbezogenes Merkmal eine besondere Hartnäckigkeit voraus, in der eine gesteigerte Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommt und die eine Gefahr weiterer Verstöße indiziert.<sup>23</sup> Die Verwirklichung des Grundtatbestands wird mit einem Strafrahmen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe sanktioniert. Das Regelbeispiel des Abs. 2 S. 2 (s.o.) greift auch für Abs. 2 S. 1 Nr. 2.

## 2. Illegale Arbeitnehmerentsendung

### a) Grundzüge des AEntG

Das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) vom 26.2.1996<sup>24</sup> war ursprünglich Reaktion auf die Sorge, die auf europäischer Ebene geltende Dienstleistungsfreiheit könne zu einem massiven Einsatz ausländischer Arbeitnehmer aus Ländern mit deutlich geringerem Lohnniveau führen,<sup>25</sup> zielt nach seiner Neuregelung nunmehr aber neben grenzüberschreitenden Sachverhalten auch auf die Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte ab.<sup>26</sup> Nach § 1 AEntG dient das Gesetz der Schaffung angemessener (Mindest-)Arbeitsbedingungen, der Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen, dem Erhalt sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit sowie der Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie. Insgesamt lässt sich das wesentliche Ziel des AEntG diesbezüglich vereinfacht mit der prägnanten Formel „gleicher Lohn bei gleicher Arbeit am gleichen Ort“ wiedergeben.<sup>27</sup>

Kernvorschriften im Hinblick auf den Anwendungsbereich des AEntG sind die §§ 2 und 3 AEntG: Während § 2 AEntG festlegt, dass bestimmte grundlegende (Mindest-

<sup>18</sup> Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 153 f.

<sup>19</sup> Grimm/Bock, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung, 1. Aufl. 2004, § 12 Rn. 12.

<sup>20</sup> Stracke in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 15a Rn. 34; Paetzold in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 112.

<sup>21</sup> Kudlich in: Thüsing, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 15a Rn. 26; Stracke in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 15a Rn. 26.

<sup>22</sup> Vgl. Paetzold in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 103.

<sup>23</sup> BGH GewArch 1992, 179 ff.

<sup>24</sup> BGBl. I 1996, S. 227.

<sup>25</sup> Vgl. BT-Drs. 13/2414, S. 6 ff; vgl. auch Heitmann in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 37 Rn. 104: „Schutz[...] vor ausländischer Billigkonkurrenz“.

<sup>26</sup> Thüsing in: Thüsing, AEntG, 2010, § 1 Rn. 2.

<sup>27</sup> So Greeve in: Greeve/Leipold, Handbuch Baustrafrecht, 2004, 7. Teil Rn. 1.

)Arbeitsbedingungen auch auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer anzuwenden sind, soweit sie in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind, betrifft § 3 AEntG die zwingende Einhaltung tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen.<sup>28</sup>

Eine Übersicht über die einzuhaltenden tariflichen Arbeitsbedingungen in den gem. § 4 AEntG von der Tarifierstreckung erfassten Branchen bietet die folgende Tabelle:<sup>29</sup>

Branche	Mindest-lohn	Überstunden-zuschläge	Urlaubs-dauer	Urlaubs-entgelt	Urlaubs-geld	Urlaubs-kasse
Abfallwirtschaft	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Aus- und Weiterbil-dungsleistungen	ja	nein	ja	ja	nein	nein
Bauhauptgewerbe	ja	ja	ja	ja	ja	ja
Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwer-ken	ja	nein	ja	nein	ja	nein
Briefdienstleistungen	Derzeit kein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag					
Dachdeckerhandwerk	ja	ja	ja	ja	ja	nein
Elektrohandwerke	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau	nein	ja	ja	ja	nein	nein
Gebäudereinigungslei-stungen	ja	ja	ja	ja	nein	nein
Gerüstbauerhandwerk/-gewerbe	nein	nein	ja	nein	nein	nein
Maler- und Lackierer-handwerk	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Montageleistungen auf Baustellen	Noch kein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag					
Pflegebranche	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Sicherheitsdienstlei-stungen	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Steinmetz- und Stein-bildhauerhandwerk	nein	ja	ja	ja	ja	nein
Wäschereidienstleistun-gen im Objektkunden-geschäft	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Zeitarbeitsbranche	ja	nein	nein	nein	nein	nein

Übersichten zu den jeweils aktuell geltenden Mindestlöhnen finden sich auf der Homepage des Zolls.<sup>30</sup> Die tariflichen Bedingungen gelten jeweils nur zeitlich begrenzt. Der Verteidiger

<sup>28</sup> Näher hierzu Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 173 ff.

<sup>29</sup> Tabelle entnommen aus:

<http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-Lohnuntergrenze/arbeitsbedingungen.html?nn=210052>, Stand 27.11.2012.

<sup>30</sup> Vgl. aktuell:

[http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-Lohnuntergrenze/uebersicht\\_mindestloehne.html?nn=210052](http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-Lohnuntergrenze/uebersicht_mindestloehne.html?nn=210052), Stand 27.11.2012; eine Darstellung zum Stand Januar 2012 findet sich in Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 654.

hat mithin immer darauf zu achten, für welchen Zeitraum die einzelne tarifliche Mindestbedingung Geltung hat.<sup>31</sup>

## b) Ordnungswidrigkeitentatbestände nach § 23 AEntG

Die Vorschrift des § 23 AEntG beinhaltet in Abs. 1 und 2 insgesamt 11 Ordnungswidrigkeitentatbestände. Vorsätzliches wie auch fahrlässiges Handeln wird gleichermaßen sanktioniert. Das hat zur Folge, dass etwaige Tatbestandsirrtümer gem. § 11 Abs. 1 S. 1 OWiG zwar den Vorsatz entfallen, aber die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt lassen.<sup>32</sup>

### aa) Nichtgewährung der tariflichen Arbeitsbedingungen (Abs. 1 Nr. 1)

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG stellt die zentrale materielle Bußgeldnorm des Rechts der Arbeitnehmerentsendung dar.<sup>33</sup> Ordnungswidrig handelt danach derjenige, der entgegen § 8 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 AEntG, jeweils in Verbindung mit einem Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6 AEntG, der nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1 AEntG erstreckt worden ist, eine (Mindest-)Arbeitsbedingung nicht gewährt oder einen Beitrag nicht leistet. In der Praxis kommt insoweit häufig der Frage, ob es sich um Lohnbestandteile oder um bloße „Aufwandsentschädigungen“ handelt, die im Rahmen der Feststellung des Mindestlohns nicht zu berücksichtigen sind, eine besonders erhebliche Bedeutung zu.<sup>34</sup> Der Tatbestand ist auch dann erfüllt, wenn die Differenz zwischen festgelegtem Mindestlohn und tatsächlich ausgezahltem Lohn nach Fälligkeit im Nachhinein gezahlt wird<sup>35</sup> oder der Mindestlohn nur geringfügig unterschritten wird.<sup>36</sup>

Strukturell handelt es sich um ein Unterlassungsdelikt (Unterlassen der jeweiligen Mindestarbeitsbedingung), daher gilt der entsprechende allgemeine Grundsatz, dass eine Verantwortlichkeit stets eine physisch-reale Handlungsmöglichkeit des Verpflichteten voraussetzt.<sup>37</sup> Daher kann es etwa an einem vorwerfbaren Verhalten fehlen, wenn der Arbeitgeber den Mindestlohn wegen finanziellen Unvermögens nicht leisten konnte.<sup>38</sup>

### bb) Verstöße gegen Mitwirkungspflichten (Abs. 1 Nr. 2 – 4)

Die einzelnen Tatbestände des § 23 Abs. 1 Nr. 2 – 4 AEntG sanktionieren Verstöße gegen die sich aus § 17 S. 1 AEntG ergebenden Mitwirkungspflichten. Diese wiederum nehmen Bezug auf die den Behörden nach § 5 SchwarzArbG zustehenden Befugnisse zur Kontrolle und Durchsetzung.<sup>39</sup>

Im Einzelnen sind folgende Verhaltensweisen bußgeldbewehrt:

- Fehlende Duldung einer Prüfung und fehlende Mitwirkung bei einer entsprechenden Prüfung (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 AEntG),
- Fehlende Duldung des Betretens eines Grundstücks oder Geschäftsraums im Rahmen einer Prüfung (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 AEntG),
- Fehlende, falsche, unvollständige, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder verspätete Übermittlung von Daten (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 AEntG).

<sup>31</sup> Greeve in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 136.

<sup>32</sup> Näher zu dieser Thematik sowie anlassbezogenen Erkundigungspflichten Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 195 f.

<sup>33</sup> Kudlich in: Thüsing, AEntG, 2010, § 23 Rn. 26.

<sup>34</sup> Vgl. BayObLG NStZ-RR 2001, 52; NStZ 2003, 556; LG Duisburg NStZ-RR 1999, 221; Kudlich in: Thüsing, AEntG, 2010, § 23 Rn. 27.

<sup>35</sup> Greeve in: Greeve/Leipold, Handbuch Baustrafrecht, 2004, 7. Teil Rn. 32.

<sup>36</sup> Vgl. KG wistra 2002, 227; LG Duisburg NStZ-RR 1999, 221; beiden Gesichtspunkten wird aber regelmäßig Bedeutung im Rahmen der Unrechtsbewertung, mithin im Hinblick auf die Höhe der Geldbuße zukommen; vgl. zum Konkurrenzverhältnis zu § 266a BGH NJW 2012, 2051 ff. (Tatmehrheit), kritisch hierzu Pananis/Venn, ZWH 2012, 298, 399 m.w.N.

<sup>37</sup> Näher hierzu Gercke in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 2010, § 13 Rn. 5 m. w. N.

<sup>38</sup> Vgl. Kudlich in: Thüsing, AEntG, 2010, § 23 Rn. 28.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Teil I des vorliegenden Beitrags, WI-Journal 04-2012.

**cc) Verstöße gegen Meldepflichten (Abs. 1 Nr. 5 – 7)**

Die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 23 Abs. 1 Nr. 5 -7 AEntG sanktionieren Verstöße gegen die nach § 18 AEntG ausländischen Arbeitgebern sowie in- und ausländischen Entleiher, denen von einem ausländischen Verleiher Arbeitnehmer überlassen werden, obliegenden Meldepflichten im Hinblick auf im Geltungsbereich des AEntG beschäftigte Arbeitnehmer.

**dd) Verstöße gegen Aufbewahrungs- bzw. Bereithaltungspflichten (Abs. 1 Nr. 8 – 9)**

In § 23 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AEntG werden Verstöße gegen die sich aus § 19 AEntG ergebenden Aufbewahrungs- und Bereithaltungspflichten von Dokumenten sanktioniert. § 19 Abs. 1 AEntG statuiert eine Pflicht des Arbeitgebers und des Entleihers, im Anwendungsbereich eines für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und (mindestens) zwei Jahre aufzubewahren. Abs. 2 AEntG verpflichtet den Arbeitgeber zudem, alle Unterlagen, die für die Kontrolle der Einhaltung des Tarifvertrags (vgl. §§ 4 – 6 AEntG) bzw. der Rechtsverordnung i.S.d. § 7 AEntG erforderlich sind, für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, in deutscher Sprache bereitzuhalten. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen dürfen die Anforderungen an Aufbewahrungs- bzw. Bereithaltungspflichten – gerade im Rahmen des § 23 AEntG – nicht überspannt werden.<sup>40</sup>

**ee) Haftung des Hauptunternehmers (Abs. 2)**

Die Regelung des § 23 Abs. 2 AEntG normiert eine Haftungserweiterung bezüglich des Hauptunternehmers, welcher Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang<sup>41</sup> von einem Nachunternehmer ausführen lässt, der wiederum seinerseits vom Anwendungsbereich des AEntG erfasst wird und inhaltliche Vorgaben des Rechts der Arbeitnehmerentsendung entsprechend § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG verletzt. Voraussetzung ist die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Hauptunternehmers davon, dass der unmittelbar handelnde Subunternehmer die tariflichen Mindestbedingungen entgegen § 8 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 AEntG nicht gewährt. Dem Hauptunternehmer obliegt mithin eine erhebliche „Kontrolllast“ für seinen Vertragspartner, welche angesichts der verschuldensunabhängigen Haftung allerdings allenfalls dann zu rechtfertigen ist, wenn der Hauptunternehmer selbst den entsprechenden Tarifbedingungen unterliegt.<sup>42</sup>

**3. Lohnwucher (§ 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB)**

Im Hinblick auf das Arbeitsstrafrecht ist bzgl. des Wuchertatbestands ausschließlich § 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB relevant. Damit wird insbesondere der sog. Lohnwucher erfasst.<sup>43</sup> Der Tatbestand erfasst Austauschgeschäfte jeglicher Art, sofern die Leistung des Opfers für den Täter einen Vermögensvorteil darstellt; hierunter fallen auch Arbeitsverhältnisse. Lohnzahlungen sind im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses „sonstige Leistungen“.<sup>44</sup> Die geleistete Arbeit ist jedenfalls dann ein Vermögensvorteil, wenn sich der Erfolg der Arbeit wirtschaftlich zugunsten des Arbeitgebers auswirkt.<sup>45</sup>

Erforderlich zur Tatbestandserfüllung ist ein auffälliges Missverhältnis. Dies bestimmt sich aus dem für den jeweiligen Einzelfall vorzunehmenden Vergleich des Wertes der Leistung mit dem der Gegenleistung.<sup>46</sup> Dies orientiert sich – aus Gläubigersicht<sup>47</sup> – grundsätzlich am tarifvertraglich vorgesehenen bzw. marktüblichen Lohn.<sup>48</sup> Auffällig ist das Missverhält-

<sup>40</sup> So zutreffend auch *Kudlich* in: Thüsing, AEntG, 2010, § 23 Rn. 40.

<sup>41</sup> Eine Leistung in erheblichem Umfang wird in der Praxis nach hM regelmäßig ab einem Auftragsvolumen von EUR 10.000,00 angenommen, was allerdings mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten insbesondere im Baugewerbe als deutlich zu niedrig anzusehen ist; vgl. *Gercke* in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 194 m.w.N.

<sup>42</sup> So zutreffend *Rieble*, NJW-Spezial 2009, 414 unter Hinweis auf BAG NZA 2007, 613 sowie BVerfG NZA 2007, 609.

<sup>43</sup> BGHSt 43, 53, 59; OLG Köln NStZ-RR 2003, 212; BAG DB 2004, 1432.

<sup>44</sup> *Stree/Heine* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 7.

<sup>45</sup> BGHSt 43, 53, 59.

<sup>46</sup> OLG Stuttgart wistra 1982, 36, 37.

<sup>47</sup> BayObLG NJW 1985, 873.

<sup>48</sup> *Bernsmann* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, Kap. V 3 Rn. 24.

nis, wenn es einem mit der Materie befassten Kundigen ohne Weiteres ins Auge springt.<sup>49</sup> Als strafrechtliche „Faustformel“ ist grundsätzlich bei einem Lohn, der nicht mehr als 2/3 des Tariflohns zur Tatzeit in der fraglichen Branche für die geleistete Tätigkeit bzw. bei Fehlen eines Tarifvertrags des allgemein üblichen Entgelts in der Branche beträgt, von einem auffälligem Missverhältnis auszugehen.<sup>50</sup>

Die Tathandlung muss unter Ausbeutung einer (spezifischen) Schwächesituation bei einem anderen erfolgen. Als Schwächesituation zählt § 291 StGB abschließend die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen und die erhebliche Willensschwäche eines anderen auf. Für das Merkmal der Ausbeutung ist es ausreichend, dass der Täter die bedrängte Lage des Opfers zur Erlangung auffällig übermäßiger Vermögensvorteile bewusst missbraucht.<sup>51</sup> Die Gegenansicht, die darüber hinaus ein besonders anstößiges und rücksichtsloses Ausnutzen der Schwächesituation fordert,<sup>52</sup> lässt sich weder mit dem Wortlaut noch mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbaren.<sup>53</sup>

In subjektiver Hinsicht ist bedingter Vorsatz ausreichend. Dieser muss die Umstände erfassen, welche die Schwächelage des Opfers sowie das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründen.<sup>54</sup>

Von den in § 291 Abs. 2 S. 2 StGB genannten Regelbeispielen, bei denen regelmäßig vom Vorliegen eines besonders schweren Falles auszugehen ist, sind im Hinblick auf den Lohnwucher § 291 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 StGB von Bedeutung. Dabei setzt Nr. 1 voraus, dass der Täter durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt. Davon ist auszugehen, wenn der Bewucherte als Folge der Tat in eine Mangellage gerät, die im geschäftlichen Bereich seine Daseinsgrundlage gefährdet oder auf Grund derer im persönlichen Bereich der notwendige Lebensunterhalt ohne Hilfe Dritter nicht mehr gewährleistet ist.<sup>55</sup> Nach Nr. 2 liegt überdies ein besonders schwerer Fall i.d.R. vor, wenn der Täter die Tat gewerbsmäßig begeht.<sup>56</sup> Dass der Täter im Rahmen seines Gewerbebetriebes gehandelt hat, besagt noch nicht, dass er das Wuchergeschäft gewerbsmäßig vorgenommen hat.<sup>57</sup>

#### 4. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem ArbZG

Die Begrenzung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit ist ein lange Zeit im Vordergrund stehender Bereich des Arbeitnehmerschutzes,<sup>58</sup> dessen Ursprung bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückreicht. Zum 01.04.1994 ist in der Bundesrepublik Deutschland das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) in Kraft getreten, welches insoweit zentrale Kernvorschriften enthält.<sup>59</sup> Anlass der Novellierung war die Notwendigkeit der Anpassung des deutschen Arbeitszeitrechts an die Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG vom 23.11.1993<sup>60</sup> sowie einige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>61</sup> zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Arbeitsleben.<sup>62</sup> Zum 01.01.2004 erfolgte eine Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH, welcher mit Urteil vom 09.09.2003<sup>63</sup> klargestellt hatte, dass Bereitschaftsdienst auch in Deutschland als Arbeitszeit anzusehen ist.

Die in § 1 ArbZG verankerten Schutzzwecke des Gesetzes sind der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und die Verbesserung der Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten (Abs. 1) sowie Schutz der Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer (Abs. 2). Das Gesetz konzentriert sich im Wesentlichen auf

<sup>49</sup> BGHSt 43, 53, 60.

<sup>50</sup> BGHSt 43, 53, 59 f.; OLG Köln NStZ-RR 2003, 212, 213; *Saliger* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 1. Aufl. 2009, § 291 Rn. 16.

<sup>51</sup> BGHSt 11, 182, 187; OLG Karlsruhe wistra 1988, 280, 285; *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 291 Rn. 14; *Putzke* in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 2010, § 291 Rn. 10.

<sup>52</sup> OLG Köln NJW 1976, 119, 120; *Stree/Heine* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 29; *Mitsch*, Strafrecht BT 2/II, 2001, § 5 Rn. 70; *Sturm*, JZ 1977, 84.

<sup>53</sup> *Panaris* in MünchKomm-StGB, Band 4, 2006, § 291 Rn. 20; *Saliger* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 291 Rn. 9; *Wolff* in LK-StGB, Band 10, 12. Aufl. 2008, § 291 Rn. 24.

<sup>54</sup> *Putzke* in Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 2010, § 291 Rn. 18.

<sup>55</sup> BT-Drucks. VI/1549, S. 10.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 2009, 3978.

<sup>57</sup> RG HRR 33 Nr. 1806.

<sup>58</sup> *Blessing* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 43.

<sup>59</sup> *Greeve* in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 195.

<sup>60</sup> Inzwischen ersetzt durch die Richtlinie 2003/88/EG vom 04.09.2003.

<sup>61</sup> Vgl. beispielsweise BVerfG NJW 1992, 964 zur Unzulässigkeit des Nachtarbeitsverbots für Frauen.

<sup>62</sup> *Gercke* in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 211 m.w.N.

<sup>63</sup> EuGH NZA 2003, 1019 ff.

drei Regelungsbereiche:<sup>64</sup> Regelung der werktäglichen Arbeitszeit und arbeitsfreien Zeiten (§§ 3 – 8 ArbZG), Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe (§§ 9 – 13), Gewährleistung der Durchführung des Gesetzes und Statuierung von Kontrollermöglichungspflichten (§§ 16, 17 ArbZG).

Das ArbZG gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer und alle Arbeitsbereiche;<sup>65</sup> wenige Ausnahmen – leitende Angestellte, Leiter öffentlicher Dienststellen und gleichgestellte Personen, Geistliche sowie Pflege- und Betreuungspersonal, welches in häuslicher Gemeinschaft mit anvertrauten Personen lebt – sind (abschließend) in § 18 ArbZG geregelt. Spezielle Regelungen existieren darüber hinaus für die Beschäftigung im öffentlichen Dienst (§ 19), die Luftfahrt (§ 20), die Binnenschifffahrt (§ 21 ArbZG) und den Straßentransport (§ 21a ArbZG). Auch wenn das Arbeitszeitgesetz auf öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse keine Anwendung findet,<sup>66</sup> so entfaltet die Richtlinie 2003/88/EG in Bezug auf bestimmte Arbeitszeitschutzbestimmungen unmittelbare Wirkung, so dass der staatliche Arbeitgeber sich (auch gegenüber Verbeamteten) nicht auf abweichendes nationales Recht berufen kann.<sup>67</sup>

#### a) Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 22 ArbZG

In § 22 ArbZG sind Verstöße gegen elementare Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu EUR 15.000,00 (Abs. 1 Nr. 1 – 7, 9 und 10) bzw. EUR 250.000,00 (Abs. 1 Nr. 8) bewehrt, § 22 Abs. 2 ArbZG. Adressat der Bußgeldvorschriften ist grundsätzlich (allein) der Arbeitgeber;<sup>68</sup> durch die Regelung des § 9 OWiG, welcher in gewissem Umfang eine Übertragung von Arbeitgeberpflichten ermöglicht, wird der potentielle Täterkreis allerdings erweitert.

#### aa) Beschäftigung über die Grenzen zulässiger Arbeitszeiten hinaus (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG)<sup>69</sup>

Ordnungswidrig handelt, wer seine Arbeitnehmer über die geregelte zulässige Arbeitszeit<sup>70</sup> hinaus beschäftigt. Gemäß § 3 S. 1 ArbZG darf diese werktäglich nur 8 Stunden betragen; die tägliche Arbeitszeit kann allerdings vorübergehend auf 10 Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von 6 Monaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden pro Werktag nicht überschritten werden (vgl. § 3 S. 2 ArbZG); eine strengere Regelung gilt für sog. Nachtarbeiter<sup>71</sup> (vgl. § 6 Abs. 2 ArbZG). § 7 ArbZG lässt im Interesse höherer Flexibilität Abweichungen durch Tarifverträge und Betriebs- oder Dienstvereinbarungen zu, wobei jeweils ein entsprechender Ausgleich gewährleistet sein muss. § 8 ArbZG ermächtigt die Bundesregierung zu Sonderregelungen in Form von Verordnungen für einzelne Beschäftigungsbereiche oder Arbeitnehmergruppen.

Das Arbeitszeitgesetz unterscheidet zwischen mehreren Stufen unterschiedlicher Arbeitszeitformen:

- Vollarbeit (Zeit zwischen Beginn und Ende der Arbeit ohne Pausen, § 2 Abs. 2 ArbZG),
- Arbeitsbereitschaft (Zeiten wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung),<sup>72</sup>
- Bereitschaftsdienst (Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebes bereithält, um (von dort), wenn erforderlich, die Arbeitstätigkeit aufnehmen zu können),<sup>73</sup>

<sup>64</sup> Vgl. Greeve in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 195; Schlottfeld in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 4.

<sup>65</sup> Blessing in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 44.

<sup>66</sup> Für Beamte des Bundes gilt insbes. die VO über die Arbeitszeit der Bundesbeamten v. 23.02.2006 (BGBl. I 2006, S. 427), zuletzt geändert durch Art. 1 VO zur Änd. Arbeitszeit- und urlaubsrechtl. Vorschriften vom 13.08.2008 (BGBl. I, S. 1684), erlassen auf der Grundlage von § 72 Abs. 4 BBG.

<sup>67</sup> Schlottfeld in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 11.

<sup>68</sup> Linnenkohl in: Linnenkohl/Rauschenberg, Handkommentar ArbZG, 2. Aufl. 2004, § 22 Rn. 1.

<sup>69</sup> Spezielle (sanktionsbewehrte) Regelungen finden sich etwa in §§ 8, 58 JArbSchG und §§ 8, 21 MuSchG.

<sup>70</sup> Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 ArbZG ist „Arbeitszeit“ die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen, wobei Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen sind.

<sup>71</sup> Vgl. zum Begriff die Legaldefinitionen des § 2 Abs. 3 – 5 ArbZG.

<sup>72</sup> BAG, EzA § 7 AzO Nr. 1.

<sup>73</sup> BAGE 8, 25, 27.

- Rufbereitschaft (Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer an einem von ihm selbst – ohne faktische Aufenthaltsbeschränkung – bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebes bereithält, um von dort aus, wenn erforderlich, die Arbeitstätigkeit aufnehmen zu können).<sup>74</sup>

Der EuGH bewertet die Arbeitsbereitschaft (von Ärzten) als Arbeitszeit, daher kommt der Unterscheidung von Vollarbeitszeit und Arbeitsbereitschaft im Wesentlichen (nur) noch im Hinblick auf die Frage Bedeutung zu, inwieweit eine Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit (§ 7 ArbZG) zulässig ist.<sup>75</sup>

Der in § 11 (ausnahmsweise Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeitszeit) verwendete Begriff der Beschäftigungszeit ist weiter zu verstehen als der Begriff der „Arbeitszeit“; er umfasst auch die Rufbereitschaft und den Bereitschaftsdienst.<sup>76</sup>

Nach der Rechtsprechung stellt eine Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers in einen Verstoß gegen eine bußgelbewerte Regelung des ArbZG keinen Rechtfertigungsgrund dar, da eine Dispositionsfreiheit insoweit nicht bestehe.<sup>77</sup>

#### bb) Nichtgewährung gesetzlicher Ruhepausen (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG)

Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn entgegen § 4 ArbZG Ruhepausen nicht, nicht mit der vorgeschriebenen Mindestdauer oder nicht rechtzeitig gewährt werden. Pausen sind im Voraus festgelegte Unterbrechungen der Arbeitszeit von min. 15 Min. (vgl. § 4 S. 2 ArbZG), in denen der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten hat, sondern frei darüber entscheiden kann, wo und wie er diese verbringen will.<sup>78</sup>

#### cc) Nichtgewährung gesetzlicher Ruhezeiten (§ 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG)

Ordnungswidrig handelt gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG, wer entgegen § 5 Abs. 1 ArbZG die Mindestruhezeit (min. 11 Stunden) nicht gewährt oder entgegen § 5 Abs. 2 ArbZG die Verkürzung der Ruhezeit nicht oder nicht rechtzeitig durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit ausgleicht. Ruhezeit ist die Zeit zwischen dem Ende eines Arbeitstages und dem Beginn des nächsten Arbeitstages, welche dem Arbeitnehmer zur Regenerierung der durch die tägliche Arbeitszeit verbrauchten Kräfte zu dienen bestimmt ist.<sup>79</sup>

#### dd) Zuwiderhandlung gegen Rechtsverordnungen (§ 22 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG)

Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG handelt ordnungswidrig, wer gegen eine auf der Grundlage von § 8 S. 1, § 13 Abs. 1 oder 2 oder § 24 ArbZG erlassene Rechtsverordnung<sup>80</sup> verstößt, soweit diese für einen bestimmten Tatbestand auf die Bußgeldvorschrift des § 22 ArbZG verweist.

#### ee) Unzulässige Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen (§ 22 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG)

Die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen ist gemäß § 9 ArbZG grundsätzlich unzulässig; § 22 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG statuiert einen korrespondierenden Bußgeldtatbestand. Dieses generelle Verbot umfasst jede Art der Beschäftigung.<sup>81</sup> Nach § 9 Abs. 2 ArbZG kann allerdings in mehrschichtigen Betrieben Beginn oder Ende der Sonn- und Feiertagsruhe um bis zu 6 Stunden vor- oder zurückverlegt werden. Ausnahmen vom generellen Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit sind in den §§ 10 ff. ArbZG geregelt.

<sup>74</sup> BAGE 21, 348.

<sup>75</sup> Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 217; Schlottfeld in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 11.

<sup>76</sup> Vgl. Schliemann/Meyer, Arbeitszeitrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 694.

<sup>77</sup> OLG Jena BeckRS 2010, 23535; vgl. hierzu Pananis/Venn, ZWH 2012, 398, 399.

<sup>78</sup> BAG NZA 1993, 752, 753.

<sup>79</sup> Vgl. Linnenkohl in: Linnenkohl/Rauschenberg, Handkommentar ArbZG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 3 f; beachte: eine Sonderregelung der Ruhezeit für Kraftfahrer findet sich in § 21 Abs. 5 ArbZG.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. Verordnung über Arbeiten in Druckluft v. 04.12.1972 (BGBl. I, S. 2235), zuletzt geändert durch VO v. 18.12.2008 (BGBl. I, S. 2768); siehe zu Landesverordnungen nach § 13 Abs. 2 die Übersicht bei Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK ArbZG.

<sup>81</sup> Wank in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 1.

**ff) Beschäftigung an allen Sonntagen oder Nichtgewährung bzw. verspätete Gewährung von Ersatzruhetagen (§ 22 Abs. 1 Nr. 6 ArbZG)**

Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 6 ArbZG handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 11 Abs. 1 ArbZG (min. 15 beschäftigungsfreie Sonntage im Jahr) einen Arbeitnehmer an allen Sonntagen beschäftigt. Ebenfalls mit Bußgeld bedroht ist ein Verstoß gegen § 11 Abs. 3 ArbZG, wonach einem Arbeitnehmer für die (zulässige) Beschäftigung an einem Sonn- oder Feiertag ein Ersatzruhetag zu gewähren ist.

**gg) Zuwiderhandlung gegen vollziehbare Anordnungen (§ 22 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG)**

Ebenso ist die Zuwiderhandlung gegen vollziehbare Anordnungen im Sinne des § 13 Abs. 3 Nr. 2 ArbZG, durch welche die Aufsichtsbehörden vom generellen Sonn- und Feiertagsarbeitsverbot des § 9 ArbZG abweichende Sonderregelungen treffen können, gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht.

**hh) Unterlassen einer Auslage bzw. eines Aushangs von Arbeitszeitbestimmungen (§ 22 Abs. 1 Nr. 8 ArbZG)**

Wer entgegen § 16 Abs. 1 ArbZG eine Auslage bzw. einen Aushang des Arbeitszeitgesetzes sowie der für den Betrieb geltenden Rechtsverordnungen, Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen mit Bezug zur Arbeitszeit nicht vornimmt und so den Arbeitnehmern eine Kenntnisnahme der für sie geltenden Schutzbestimmungen an geeigneter Stelle im Betrieb nicht ermöglicht, handelt gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 6 ArbZG ebenfalls ordnungswidrig.<sup>82</sup>

**ii) Nichterstellung von Aufzeichnungen (§ 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG)**

Erstellt der Arbeitgeber keine Aufzeichnung im Sinne des § 16 Abs. 2 ArbZG (zu verlängerten Arbeitszeiten) oder § 21a Abs. 7 ArbZG (Arbeitszeiten im Bereich des Straßentransports), oder bewahrt er diese nicht für die gesetzlich vorgeschriebene Dauer von 2 Jahren auf, so begeht er gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG eine Ordnungswidrigkeit.

**jj) Verletzung von Auskunfts-, Vorlage und Übersendungspflichten (§ 22 Abs. 1 Nr. 10 ArbZG)**

Schließlich handelt gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 10 ArbZG ordnungswidrig, wer entgegen § 17 Abs. 4 ArbZG eine arbeitszeitbezogene Auskunft gegenüber den Aufsichtsbehörden nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt, Unterlagen nicht bzw. nicht vollständig vorlegt oder einsendet, oder entgegen § 17 Abs. 5 ArbZG eine Kontrollmaßnahme der Aufsichtsbehörden nicht gestattet.

**b) Strafvorschriften des § 23 ArbZG**

Durch § 23 ArbZG werden die Ordnungswidrigkeiten des § 22 Abs. 1 Nr. 1 – 3 und 5 – 7 ArbZG unter zwei alternativen Voraussetzungen zur Straftat aufgestuft, welche mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet wird.

Ein Vergehen liegt zum einen dann vor, wenn der Täter vorsätzlich handelt und dadurch Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers gefährdet (§ 23 Abs. 1 Alt. 1 ArbZG). Da die abstrakte Gefährdung bereits in den zugrundeliegenden Ordnungswidrigkeiten enthalten ist, setzt der Straftatbestand eine konkrete Gefährdung in Form einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Verletzung des betroffenen Rechtsguts voraus.<sup>83</sup>

Die Qualität einer Straftat wird auch dann erreicht, wenn der Arbeitgeber eine der einschlägigen Ordnungswidrigkeiten beharrlich wiederholt (§ 23 Abs. 1 2. Alt ArbZG), und damit eine entsprechende rechtsfeindliche Gesinnung erkennen lässt.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, 2008, Rn. 295.

<sup>83</sup> RGSt 30, 179; Blessing in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 53.

<sup>84</sup> Näher hierzu Gercke in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap. 11 Rn. 228; Linnenkohl in: Linnenkohl/Rauschenberg, Handkommentar ArbZG, 2. Aufl. 2004, §§ 22, 23 Rn. 8.

Führt der Täter die Gefährdung im Fall des § 23 Abs. 1 1. Alt ArbZG „nur“ fahrlässig herbei, so reduziert sich der Strafrahmen auf Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen (§ 23 Abs. 2 ArbZG).

## II. Tatbestände zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz

Der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz kann auf eine lange Tradition zurückblicken: In der Weimarer Republik etwa wurde Arbeitsstrafrecht vor allem als Arbeits- bzw. Arbeiterschutzrecht verstanden.<sup>85</sup> Der straf- bzw. sanktionsbewehrte öffentliche-rechtliche Arbeitsschutz ist ursprünglich dem Bedürfnis nach ausreichendem Arbeitnehmerschutz angesichts frühkapitalistischer Auswüchse im 19. Jahrhundert entsprungen<sup>86</sup> und insoweit – so *Doms* – „Ergebnis der sozialpolitischen Entwicklung der letzten 150 Jahre“.<sup>87</sup> Es handelt sich neben den regelmäßig in Betracht kommenden Tatbeständen der §§ 222, 229 StGB aus dem Kernstrafrecht, die hier nicht näher vertieft werden sollen,<sup>88</sup> um eine Fülle von über eine Vielzahl von Gesetzen – regelmäßig in Verbindung mit nur schwer überschaubaren und sich überdies ständig wandelnden Verordnungen und Richtlinien – verstreuten Tatbeständen, so dass *Blessing* das Arbeitsschutzrecht zutreffend als „ein kaum zu durchschauendes System“<sup>89</sup> bezeichnet. Dem Grundsatz der Verwaltungsrechtsakzessorität kommt im Hinblick auf die jeweilige Gebotsnorm hier regelmäßig besondere Bedeutung zu.

### 1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem ArbSchG

Das Arbeitsschutzgesetz bzw. genauer „Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit“ (ArbSchG)<sup>90</sup> ist als zentraler Bestandteil der Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989<sup>91</sup> zum 21.08.1996 in Kraft getreten. Das Gesetz richtet sich im Wesentlichen an den Arbeitgeber.<sup>92</sup> Der Anwendungsbereich ist auf das Gebiet der Bundesrepublik begrenzt; ohne Belang ist insoweit die Nationalität des Arbeitgebers oder Beschäftigten.<sup>93</sup>

Sinn und Zweck des ArbSchG sind in § 1 Abs. 1 generalklauselartig dahingehend beschrieben, dass „Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes“ gesichert und verbessert werden sollen. Nach § 1 Abs. 2 ArbSchG gilt das Gesetz für alle Tätigkeitsbereiche bis auf den Schutz von Hausangestellten in Privathaushalten (absolute Ausnahme) sowie von Beschäftigten auf Seeschiffen und schließlich von Beschäftigten in Betrieben, die dem BundesbergG unterliegen (relative Ausnahmen).<sup>94</sup>

Vom Schutz des ArbSchG werden nur die Beschäftigten erfasst; insoweit gilt der sehr weite Beschäftigtenbegriff des § 2 Abs. 2 ArbSchG, der über den allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff hinausgeht.<sup>95</sup> Erfasst wird – abgesehen von den o.g. Ausnahmen – letztlich jeder, der einer lohnabhängigen Arbeit nachgeht.<sup>96</sup>

Die „zentrale Basisvorschrift“<sup>97</sup> des ArbSchG regelt in § 3 die Verpflichtungen des Arbeitgebers. Danach hat dieser

- alle erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen (§ 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG),
- Wirksamkeitskontrollen durchzuführen (§ Abs. 1 S. 2 ArbSchG)

<sup>85</sup> Vgl. etwa: *Nevoigt*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, 1927.

<sup>86</sup> *Blessing* in: Müller-Guggenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1.

<sup>87</sup> *Doms*, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmers für Arbeitsschutz im Betrieb, 2006, S. 24.

<sup>88</sup> Vgl. hierzu *Kraft* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kapitel Rn. 958 ff.

<sup>89</sup> *Blessing* in: Müller-Guggenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 2.

<sup>90</sup> BGBl. I 1996, 1246.

<sup>91</sup> ABLEG Nr. L 183, S.1.

<sup>92</sup> *Kohte* in: Kollmer/Klindt, Praxiskommentar ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 122 (Arbeitgeber als „zentraler Normadressat des Gesetzes“).

<sup>93</sup> *Aufhauser* in Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn. 6a.

<sup>94</sup> Insoweit bestehen besondere Regelungen; näher hierzu *Kollmer* in: Kollmer/Klindt, Praxiskommentar ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 65 ff.

<sup>95</sup> Vgl. *Aufhauser* in Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 2.

<sup>96</sup> *Blessing* in: Müller-Guggenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 12.

<sup>97</sup> *Kohte* in: Kollmer/Klindt, Praxiskommentar ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 1.

- sowie Anpassungs- und Optimierungsmaßnahmen durchzuführen bzw. stetig anzustreben (§ 3 Abs. 2 S. 2 und 3 ArbSchG).

§ 4 ArbSchG („Allgemeine Grundsätze“) ergänzt diese Grundpflichten. Hinzu kommen die besonderen Pflichten zur Gefährdungsanalyse und Dokumentation aus §§ 5, 6 ArbSchG, ferner allgemeine Vorschriften zur Übertragung von Aufgaben (§ 7 ArbSchG), Zusammenarbeit mehrerer Arbeitgeber (§ 8 ArbSchG) sowie zum Umgang mit bzw. Zugang zu besonders gefährlichen Arbeitsbereichen (§ 9 ArbSchG: „Besondere Gefahren“), weiterhin zu Vorkehrungen zu Notfallmaßnahmen (§ 10 ArbSchG) und arbeitsmedizinischer Vorsorge (§ 11 ArbSchG) sowie schließlich zur erforderlichen Unterweisung (§ 12 ArbSchG). Demgegenüber obliegen den Beschäftigten im Wesentlichen Mitwirkungs- bzw. Unterstützungspflichten bei der Einhaltung des Arbeitsschutzes (§§ 15, 16 ArbSchG).

Die Konkretisierung der einzelnen Pflichten erfolgt mittels Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung (vgl. §§ 18, 19 ArbSchG). Gem. § 20 Abs. 1 ArbSchG haben die Länder das Recht, durch Landesrecht festzulegen, ob für Beamte der Länder, Gemeinden und sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts die Rechtsverordnungen auch für die Länder gelten.<sup>98</sup> Diese Regelungstechnik ermöglicht zwar individuelle Anpassungen an konkrete – und naturgemäß auch „dynamische“ – Gefährdungssituationen, verkompliziert aber für den Arbeitgeber die Nachvollziehbarkeit aller Verweisungen und damit letztlich auch der eigenen Verpflichtungen.<sup>99</sup>

### a) Ordnungswidrigkeiten nach § 25 ArbSchG

#### aa) § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG

Nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit diese für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist; es handelt sich mithin um eine Blankettvorschrift. Dies setzt allerdings einen entsprechenden Rückverweis auf die Norm in der jeweiligen Verordnung voraus.

Von Relevanz sind insoweit:<sup>100</sup>

- § 7 Abs. 1 Baustellenverordnung,
- § 6 Abs. 1 VO zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz,
- § 25 Abs. 1 Betriebsstättenverordnung,
- § 22 Abs. 1 Druckluftverordnung,
- § 18 Abs. 1 Biostoffverordnung,
- § 10 Abs. 1 VO zur arbeitsmedizinischen Vorsorge,
- § 16 Abs. 1 Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung.

#### bb) § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbSchG

Nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbSchG handelt weiterhin ordnungswidrig, wer als Arbeitgeber oder als verantwortliche Person (vgl. § 13 ArbSchG) einer vollziehbaren Anordnung nach § 22 Abs. 3 ArbSchG<sup>101</sup> zuwiderhandelt, sich also als Anordnungsadressat über eine behördliche Verfügung hinwegsetzt. Die Vollziehbarkeit setzt Bestandskraft oder die sofortige Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO voraus.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Zu den Verordnungen im Einzelnen: *Kraft* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, Kap. Rn. 805.

<sup>99</sup> Vgl. *Kraft* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 804.

<sup>100</sup> Ausführlich hierzu im Einzelnen: *Kraft* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 819 ff.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu die Beispiele möglicher Anordnungen bei *Aufhauser* in Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 13.

<sup>102</sup> Vgl. *Wieser/Janzarik* in: Kollmer, Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz, 1. Aufl. 2005, § 25 Rn. 54.

**cc) § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b ArbSchG**

Nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b ArbSchG handelt schließlich ordnungswidrig, wer als Beschäftigter einer vollziehbaren Anordnungen nach § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbSchG zuwiderhandelt.

**dd) Rechtsfolgen**

Nach Abs. 2 wird die vorsätzliche Begehung von Ordnungswidrigkeiten in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. b mit Geldbuße bis zu EUR 5.000,00 und im Fall des Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a mit einer Geldbuße bis zu EUR 25.000,00 geahndet. Im Falle einer fahrlässigen Begehung kann gem. § 17 Abs. 2 OWiG maximal jeweils die Hälfte festgesetzt werden.

**b) Straftatbestände nach § 26 ArbSchG****aa) § 26 Nr. 1 ArbSchG**

Nach § 26 Nr. 1 ArbSchG macht sich strafbar, wer eine in § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbSchG sanktionierte Ordnungswidrigkeit beharrlich wiederholt. Insoweit ist zum einen erforderlich, dass der Arbeitgeber der Anordnung bereits (mindestens) einmal zuwidergehandelt hat.<sup>103</sup> Außerdem muss im Rahmen einer Gesamtwürdigung berücksichtigt werden, ob sich aus den früheren Verstößen eine (insgesamt) rechtsfeindliche Gesinnung des Adressaten gegenüber arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben ableiten lässt.<sup>104</sup>

**bb) § 26 Nr. 2 ArbSchG**

Nach § 26 Nr. 2 ArbSchG macht sich weiterhin strafbar, wer durch eine in § 25 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 Buchst. a ArbSchG bezeichnete Ordnungswidrigkeit Leben oder Gesundheit eines Beschäftigten gefährdet. Es handelt sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt, mithin wird schon die Schaffung einer konkreten Gefahr für besonders strafwürdig erachtet, ohne dass der Beschäftigte konkret Schaden genommen hat.<sup>105</sup> Erforderlich ist allerdings eine hinreichend konkrete bzw. konkretisierte Gefahr; d.h., dass der Schadenseintritt bedrohlich naheliegen muss, während eine bloß allgemein denkbare, mithin abstrakte Gefahr nicht ausreicht.<sup>106</sup> Gefährdungen des Arbeitgebers selbst oder von Dritten werden durch § 26 Nr. 2 ArbSchG nicht erfasst.<sup>107</sup> Bezüglich der Gefahrenlage ist Vorsatz erforderlich.<sup>108</sup>

**2. Ordnungswidrigkeiten nach § 209 SGB VII**

Nach § 15 Abs. 1 SGB VII erlassen die Unfallversicherungsträger in eigener Kompetenz Unfallverhütungsvorschriften, die gegenüber allen Mitgliedern der Berufsgenossenschaften und für die Versicherten selbst verbindlich sind und normativen Charakter haben.<sup>109</sup> Diese Vorschriften gelten nur für solche Unternehmen, die Mitglied des Unfallversicherungsträgers sind, der sie erlässt, sowie für Arbeitnehmer, die eben bei diesem versichert sind.<sup>110</sup> Der vorsätzliche oder fahrlässige Verstoß gegen eine entsprechend erlassene Unfallverhütungsvorschrift stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII dar.

Die Unfallversicherungsträger haben ferner die Kompetenz und Pflicht, selbst oder durch ihre Aufsichtspersonen, die entsprechenden Maßnahmen zur Unfallverhütung zu überwachen und diese ggf. im Sofortvollzug anzuordnen (§ 17 SGB VII). Auch die Nichtbeachtung einer solchen vollziehbaren Anordnung begründet eine Ordnungswidrigkeit (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII).

Darüber hinaus ist der Unternehmer verpflichtet, Maßnahmen von Aufsichtspersonen i.S.d. § 18 SGB VII zur Überwachung der Unfallverhütung i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1, 3 - 7 SGB VII zu dulden. Auch die Verletzung dieser Duldungspflicht begründet eine Ordnungswidrigkeit (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII).

<sup>103</sup> Vgl. BGHSt 23, 172 ff.

<sup>104</sup> Vgl. Pelz in Kollmer, Kollmer/Klindt, Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 8.

<sup>105</sup> Greeve in: Greeve/Leipold, Handbuch Baustrafrecht, 2004, 8. Teil Rn. 17.

<sup>106</sup> Wieser/Janzarik in: Kollmer, Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz, 1. Aufl. 2005, § 26 Rn. 14.

<sup>107</sup> Wieser/Janzarik in: Kollmer, Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz, 1. Aufl. 2005, § 26 Rn. 17.

<sup>108</sup> Aufhauser in Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 2.

<sup>109</sup> Blessing in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 34.

<sup>110</sup> Rixen in: Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 22.

Schließlich sind weitere Ordnungswidrigkeitstatbestände in § 209 Abs. 1 Nr. 4 – 11 SGB VII enthalten; sie betreffen die Verletzung verschiedener Auskunftspflicht- und Dokumentationspflichten.

### 3. Schutz bestimmter Personengruppen

Über den allgemeinen Arbeitsschutz hinaus werden bestimmte Personen- bzw. Berufsgruppen, die aufgrund ihrer tatsächlichen Verfassung oder rechtlichen Stellung als besonders gefährdet betrachtet werden, vom Gesetzgeber geschützt. Der eigentliche Schutz wird hier durch spezielle arbeitsrechtliche Regelungen einerseits und öffentlich-rechtliche Ge- und Verbote andererseits gewährleistet.<sup>111</sup> Teile der Normen sind durch Ordnungswidrigkeiten- bzw. Straftatbestände flankiert.

Zu nennen sind hier insbesondere:

- das Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG),<sup>112</sup>
- das Mutterschutzgesetz (MuSchG),<sup>113</sup>
- das Heimarbeitsgesetz (HAG),<sup>114</sup>
- sowie die Ordnungswidrigkeiten des § 156 SGB IX (früher § 68 SchwerbehindertenG) und der Straftatbestand des § 155 SGB IX.<sup>115</sup>

Aufgrund der sehr speziellen Materie kann an dieser Stelle keine nähere Vertiefung erfolgen; insoweit wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.<sup>116</sup>

## III. Straftaten gegen die Betriebsverfassungsorgane nach § 119 BetrVG

§ 119 BetrVG soll die in der Strafnorm aufgeführten Betriebsverfassungsorgane vor Beeinträchtigungen ihrer Wahl, ihrer Tätigkeit und vor Begünstigungen oder Benachteiligungen aufgrund ihrer Tätigkeit schützen.<sup>117</sup>

### 1. Täterkreis<sup>118</sup>

Die Strafandrohung des § 119 BetrVG richtet sich nicht etwa nur gegen den Arbeitgeber und dessen Vertreter, sondern gegen jedermann, also ebenso gegen Arbeitnehmer, Betriebsangehörige, die nach § 5 Abs. 2 BetrVG nicht als Arbeitnehmer gelten, leitende Angestellte sowie außenstehende Dritte wie Funktionäre der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften.<sup>119</sup>

### 2. Tatmodalitäten

#### a) § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Inkriminiert wird in § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Wahl in § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG. Strafbar ist die Behinderung oder unzulässige Beeinflussung der Wahl der in § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bezeichneten Institutionen. Es handelt sich um ein Erfolgsdelikt, sodass es objektiv zu einer Wahlbehinderung oder -beeinflussung gekommen sein muss; eine darauf gerichtete Tätigkeit allein reicht nicht aus.<sup>120</sup> Die Beeinflussung

<sup>111</sup> Vgl. *Blessing* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 34 Rn. 64.

<sup>112</sup> Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend v. 12.4.1976, BGBl. I, S. 965, zuletzt geändert am 31.10.2008, BGBl. I, S. 2149.

<sup>113</sup> Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter i.d.F. v. 20.6.2002, BGBl. I, S. 2318, zuletzt geändert am 17.3.2009, BGBl. I, S. 550.

<sup>114</sup> Heimarbeitsgesetz v. 14.3.1951, BGBl. I, S. 191; letztmals geändert am 31.10.2006, BGBl. I, S. 2407.

<sup>115</sup> Vom 19.6.2001, BGBl. I, S. 1046, zuletzt geändert am 30.7.2009, BGBl. I, S. 2495.

<sup>116</sup> Ausführlich zu den Einzelheiten bzgl. der jeweiligen Personengruppen: *Kraft* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 891 ff.

<sup>117</sup> Vgl. näher hierzu und zur praktischen Bedeutung *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1026.

<sup>118</sup> Vgl. näher hierzu *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1027.

<sup>119</sup> *Annuß* in: Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 119 Rn. 4; *Preis* in: Wlotzke/Preis/Kreft, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 119 Rn. 3.

<sup>120</sup> Vgl. *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1032 m.w.N.

sung setzt jedoch nicht voraus, dass sich diese tatsächlich im Wahlergebnis niederschlägt.<sup>121</sup>

Der Begriff der Wahl in diesem Sinne ist weit zu verstehen und umfasst vorbereitende Maßnahmen, den Wahlvorgang selbst sowie die Auszählung des Wahlergebnisses einschließlich der Feststellung des korrekten Wahlergebnisses.<sup>122</sup> Eine solche extensive Auslegung des Wahlbegriffs verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG und den dort verankerten Bestimmtheitsgrundsatz, da sie noch nicht die durch den Wortlaut gesetzten Grenzen überschreitet.<sup>123</sup> Der Begriff der Behinderung der Wahl bezieht sich allein auf den Wahlvorgang an sich<sup>124</sup> und kann durch positives Handeln und Unterlassen erfolgen.<sup>125</sup> In der AUB-Entscheidung<sup>126</sup> ließ der BGH offen, ob der Anwendungsbereich im Wege einer teleologischen Reduktion auf „erhebliche Verstöße“ beschränkt werden muss.<sup>127</sup>

#### b) § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

§ 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG stellt die Behinderung oder Störung der Tätigkeit des Betriebsrates oder einer der in der Norm genannten Vertretungen unter Strafe, wobei nicht jede Verletzung einer dem Arbeitgeber obliegenden Aufklärungs- oder Auskunftspflicht eine Straftat im Sinne dieser Norm darstellt.<sup>128</sup> Dies ist schon daraus ersichtlich, dass der Gesetzgeber in § 121 BetrVG die Verletzung wichtiger Aufklärungs- oder Auskunftspflichten nur als Bußgeldtatbestände sanktioniert. Entscheidende Bedeutung kommt bei der Bewertung insoweit stets dem Rechtsgut zu: Dies ist die von außen nicht behinderte bzw. gestörte Amtstätigkeit.

Letztlich muss der Anwendungsbereich der Norm auf offensichtlich Fehler begrenzt bleiben: Die Rechtsprechung hat etwa bei der Zerschlagung des Betriebsrates durch Versetzen, Kettenkündigungen etc.,<sup>129</sup> durch die Erteilung eines Hausverbots für Mitglieder des Betriebsrates oder des Wahlvorstands<sup>130</sup> oder durch die Empfehlung des Arbeitgebers durch betriebsöffentlichen Aushang, eine Betriebsversammlung nicht zu besuchen,<sup>131</sup> den Tatbestand als erfüllt angesehen.

#### c) § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erhebt das Begünstigungs- bzw. Benachteiligungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG in den Rang einer Strafnorm.<sup>132</sup>

### 3. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Strafantragserfordernis

Der Vorsatz des Täters muss sich auch auf den Erfolg der Tathandlung, also die Wahlbehinderung, die Behinderung oder Störung der Tätigkeit oder die Benachteiligung oder Begünstigung erstrecken. Da es sich bei der Behinderung und Störung um sog. normative Tatbestandsmerkmale handelt, ist es für den Vorsatz des Täters nicht erforderlich, dass er sie rechtlich korrekt bewertet;<sup>133</sup> es genügt vielmehr die Parallelwertung in der Laiensphäre insofern, dass dem Täter „die soziale Tragweite seines Verhaltens bewusst ist“, sodass er den „unrechtstypisierenden Bedeutungsgehalt“ des jeweiligen Merkmals erfassen kann.<sup>134</sup>

<sup>121</sup> BGH NJW 2011, 88; vgl. hierzu näher: *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1037f. m.w.N.

<sup>122</sup> BGH NJW 2011, 88.

<sup>123</sup> *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75, 76.

<sup>124</sup> *BayObLG* AP Nr. 1 zu § 119 BetrVG 1972; *Annuß* in: Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 119 Rn. 3; *Lingemann* in: Jaeger/Röder/Heckelmann, Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, 2003, § 119 Rn. 23.

<sup>125</sup> *Annuß* in: Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 119 Rn. 14; *Oetker* in: Gemeinschaftskommentar BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 119 Rn. 32; *Sax*, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsrechts, 1975, S. 105 ff.

<sup>126</sup> BGH NJW 2011, 88.

<sup>127</sup> So etwa *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1035, m. w. N.

<sup>128</sup> *Annuß* in: Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 119 Rn. 21; vgl. auch *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1045 m.w.N.

<sup>129</sup> AG Hamburg-Harburg AiB 1990, 212.

<sup>130</sup> AG Bremen AiB 1992, 42.

<sup>131</sup> OLG Stuttgart NSTZ 1989, 31.

<sup>132</sup> Näheres hierzu sowie Beispiele für das Vorliegen einer Begünstigung in diesem Sinne bei *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1047ff m.w.N.

<sup>133</sup> *Oetker* in: Gemeinschaftskommentar BetrVG, 9. Auflage 2010, § 119 Rn. 30.

<sup>134</sup> *Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, StGB, 9. Aufl. 2010, § 15 Rn. 43a m.w.N.; zu den weiteren Anforderungen vgl. *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1052.

Eine rechtfertigende Einwilligung kommt nicht in Betracht, da es sich bei den durch die Strafnorm geschützten Rechtsgütern um nicht zur Disposition stehende Güter der Allgemeinheit handelt.<sup>135</sup>

Die Straftatbestände des § 119 Abs. 1 BetrVG sind nach § 119 Abs. 2 BetrVG Antragsdelikte.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Oetker in Gemeinschaftskommentar BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 119 Rn. 34; Preis in: Wlotzke/Preis/Kreft, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 119 Rn. 5.

<sup>136</sup> Zum Kreis der Antragsberechtigten und den Anforderungen an den Strafantrag vgl. Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2. Kap. Rn. 1055 ff.

## Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Hans-Jörg Odenthal, Köln

# Zum „gravierenden Pflichtenverstoß“ bei der Untreue

**Anm. zu OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12**

- 1. Der Tatbestand der Untreue setzt einen gravierenden Pflichtenverstoß voraus.**
- 2. Die Einwilligung des Vermögensinhabers lässt den Tatbestand des § 266 StGB entfallen.**
- 3. Ein Irrtum über die Einwilligung ist Tatbestandsirrtum i.S. des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB.**

**OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12**

**Zum Sachverhalt:** I. Der Angeklagte, der Geschäftsführer der Wohn- und T Z1, einem gemeinnützig ausgerichteten Wohnungsunternehmen der Stadt Z2, ist, wurde durch Urteil des Amtsgerichts Münster vom 05. Mai 2010 wegen Untreue in 4 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 200,00 € verurteilt. Nach den Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils war der Angeklagte für die Planung und Durchführung sog. Besichtigungsfahrten der Aufsichtsratsmitglieder der Wohn- und T2 Z1, überwiegend Ratsmitglieder der Stadt Z2, in den Jahren 2004 bis 2007 nach Utrecht/Rotterdam, Leipzig/Dessau, Lübeck und Litauen verantwortlich, die keinen konkret messbaren Nutzen für die Gesellschaft gehabt, sondern vielmehr der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder gedient hätten. Der Angeklagte habe damit die ihm als Geschäftsführer treffende Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens verletzt und der Gesellschaft einen Schaden von insgesamt 53.294,29 € an Reise- und Stornierungskosten (Reise Litauen) zugefügt.

Das Landgericht Münster hat die dagegen gerichtete Berufung der Staatsanwaltschaft Münster (mit dem Ziel der Verurteilung zu einer höheren Strafe) verworfen und den Angeklagten auf seine Berufung hin unter Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts Münster vom 05. Mai 2010 freigesprochen.

Die Strafkammer hat detaillierte Feststellungen zum Teilnehmerkreis, dem inhaltlichen und zeitlichen Ablauf der jeweiligen Besichtigungsfahrten und den dabei im Einzelnen angefallenen Kosten für An- und Abreise, Kost, Logis, Eintrittsgelder etc. getroffen. Die Fahrt nach Litauen im Jahre 2007 ist kurzfristig abgesagt worden, so dass insoweit nur Stornierungskosten angefallen sind. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Urteilsgründe Bezug genommen. Die Höhe der Aufwendungen insgesamt hat die Strafkammer, ähnlich wie das Amtsgericht, mit 53.556,09 € festgestellt.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist die Strafkammer zu der Auffassung gelangt, dass die Fahrten trotz der naturgemäß enthaltenen touristischen Elemente ganz vorrangig sachdienlichen Zwecken gedient hätten, nämlich sowohl der fachlichen Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder als auch der Verbesserung des Arbeitsklimas; das gelte nicht nur für die Fahrten als solche, sondern letztlich auch für die einzelnen Programmpunkte. Die Auswahl der Reiseziele sei stets im Hinblick auf laufende oder künftige Aufgaben und Vorhaben der Wohn- und T2 erfolgt. Ein evidenter und daher strafbarer Pflichtenverstoß i. S. d. § 266 StGB lasse sich da-

her nicht feststellen. Dagegen spreche auch nicht der Umstand, dass sich einige der Reisetilnehmer durch die Fahrten als Ausgleich für ehrenamtlich geleistete Arbeit belohnt gefühlt hätten; das subjektive Empfinden Einzelner sei kein Beleg für die Intension des Angeklagten, die Gesellschaft pflichtwidrig zu schädigen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft Münster mit der Revision, mit der die Verletzung materiellen Rechts gerügt wird.

Es sei nicht Aufgabe eines Geschäftsführers einer städtischen Wohnbaugesellschaft, Fahrten für Aufsichtsratsmitglieder durchzuführen, bei denen es nicht um Fortbildung gehe, die vielmehr der Kategorie Ausflug einzuordnen seien, und damit Einfluss auf ein Kontrollorgan zu nehmen. Dieses Verhalten sei evident pflichtwidrig.

Die Generalstaatsanwaltschaft ist der Revision der Staatsanwaltschaft mit ergänzenden Ausführungen beigetreten. Es sei davon auszugehen, „dass auch einfache Reisen mit dominierendem Ausflugscharakter - wie die hier durchgeführten - den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen“. [...]

**Aus den Gründen:** II. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist zulässig, aber unbegründet. [...]

Der Senat folgt der eingehenden Argumentation der Strafkammer, wonach die getroffenen Feststellungen dem - rechtlich nicht zu beanstandenden - Schluss erlauben, dass die durchgeführten Fahrten durch sachdienliche Zwecke - Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder im Hinblick auf aktuelle bzw. anstehende Bauvorhaben - dominiert wurden und damit trotz der unverkennbaren bzw. unvermeidbaren touristischen Elemente ein gravierender Pflichtverstoß des Angeklagten nicht vorliegt.

Die Argumentation der Staatsanwaltschaft und der Generalstaatsanwaltschaft fußt demgegenüber auf der Prämisse, es habe sich bei den fraglichen Fahrten um Ausflüge mit Belohnungscharakter gehandelt. Damit wird, wie zu Recht von der Verteidigung reklamiert, im Kern in unzulässiger Weise die tatrichterliche Beweiswürdigung angegriffen. Zwingende Anhaltspunkte für den eindeutig privaten Ausflugscharakter der fraglichen Reisen wie Bordell- und Spielbankbesuche oder die Mitnahme von Ehepartnern hat die Strafkammer nicht feststellen können, dagegen aber mit eingehender und nachvollziehbarer Begründung das Vorliegen zahlreicher Umstände, die den sach- bzw. fachdienlichen Zweck belegen.

Auch der rechtliche Ansatz der Kammer, dass nur gravierende Pflichtverstöße den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen, hält rechtlicher Überprüfung stand. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des 1. und 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47 148, 150; 47, 187; 49, 147). Soweit der 3. Strafsenat auch einfache Verstöße als ausreichend für die Begründung der Strafbarkeit angesehen hat (BGHSt 50, 331, 336, 343 ff „Mannesmannentscheidung“), lässt sich diese Ansicht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.06.2010 (NJW 2010, 3209 ff) nach Überzeugung des Senats nicht mehr aufrechterhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat unter anderem folgendes zu dieser Frage ausgeführt.

Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussetzbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussetzbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rechtsprechung des BGH verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 und BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 zur Kreditvergabe, näher dazu unten III 3 a; BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 zur Prämienverteilung durch Aktiengesellschaften). Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rechtsprechung, die eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148, 152 = NJW

2002, 1211; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585; s. aber auch BGHSt 50, 331, 343 ff. = NJW 2006, 522, BGH NJW 2006, 453, 454 ff., aus dem Schrifttum vgl. zustimmend Kutzner, NJW 2006, 3541, 3543; ablehnend Beckemper, NStZ 2002, 324, 326, Sauer, wistra 2002, 465). Der gegen die Rechtsprechung erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (Schünemann, NStZ 2005, 473, 475), überzeugt angesichts der dargelegten Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht.“

Ausgehend von diesen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hat die Strafkammer den zutreffenden Rahmen für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Angeklagten gewählt. [...]

3. Ergänzend weist der Senat noch auf folgendes hin:

Selbst wenn man von einer gravierenden Pflichtwidrigkeit des Angeklagten hätte ausgehen müssen, folgt daraus nicht ohne weiteres die Strafbarkeit nach § 266 StGB. Denn der Straftatbestand wird grundsätzlich durch das Einverständnis des Treugebers (= Vermögensinhabers) ausgeschlossen (Fischer, StGB 59. Aufl. § 266 Rn. 90 mwN). Aufgrund der Feststellungen des Landgerichts liegt es nahe, von einem solchen Einverständnis der Stadt Münster auszugehen. Sowohl dem vormaligen Stadtdirektor, als auch dem Oberbürgermeister und dem Ältestenrat war die Praxis der bereits von den Vorgängern des Angeklagten organisierten Besichtigungsfahrten bekannt. Bedenken wurden zu keinem Zeitpunkt erhoben. Vielmehr wurden die Fahrten in eine „Positivliste“ der Veranstaltungen aufgenommen, für die den Teilnehmern Verdienstausschlag gewährt werden konnte. Damit kann von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen werden.

Jedenfalls wird man ein hypothetisches Einverständnis - zumindest nach den Grundsätzen „in dubio pro reo“ - nicht ausschließen können. Denn nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen wird man davon ausgehen müssen, dass wenn der Angeklagte bei der Stadt Z2 um die Genehmigung der Fahrten nachgesucht hätte, eine solche auch erfolgt wäre. Für diese Einschätzung sprechen auch die Feststellungen am Ende des landgerichtlichen Urteils. Danach ist davon auszugehen, dass nach den seit dem 1. Juli 2011 geltenden „Corporate Governance Kodex“ der Stadt Z2 für Informationsfahrten der Aufsichtsräte städtischer Unternehmen diese nicht den heutigen Willen widersprechen würden. Daraus kann geschlossen werden, dass dies auch in der Vergangenheit nicht der Fall war. Dass eine solche Einwilligung ihrerseits gesetzeswidrig und damit unwirksam wäre (vgl. Fischer aaO Rn 92 mwN), ist nicht zu erkennen. Es bleibt auch einem öffentlich rechtlichen Vermögensträger unbenommen, in einem gewissen Rahmen „Belohnungen“ für eine ehrenamtliche Tätigkeit zu gewähren.

Jedenfalls ließe sich ein Irrtum des Angeklagten über das Vorliegen einer solchen (hypothetischen) Einwilligung nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen. Dieser würde gem. § 16 I 1 StGB den Vorsatz und damit die Strafbarkeit entfallen lassen.

#### **Anmerkung:**

### „Lustreisen“

1. Das Urteil des OLG Hamm betrifft einen Sachverhalt, der in den letzten Jahren unter dem Schlagwort „Lustreisen“ die Justiz beschäftigt und zur Einleitung zahlreicher Ermittlungsverfahren gegen Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder kommunaler Versorgungsbetriebe geführt hat. Dabei geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Personen wegen der Organisation von bzw. der Teilnahme an Informationsfahrten des Aufsichtsrates mit mehr oder weniger ausgeprägtem touristischen Begleitprogramm wegen Untreue strafbar machen können. In dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall war der Geschäftsführer einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft vom Amtsgericht wegen der Durchführung mehrerer Aufsichtsratsfahrten, die nach Einschätzung des Gerichts keinen konkret messbaren Nutzen für die Gesellschaft gehabt, sondern vielmehr der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder gedient hätten, wegen Untreue verurteilt worden. Auf seine Berufung hin hatte das Landgericht ihn mit der Begründung freigesprochen, dass mit den Fahrten trotz touristischer Elemente vorrangig sachdienliche Zwecke verfolgt worden seien und sich jedenfalls ein evidenten und daher strafbarer Pflichtverstoß nicht feststellen lasse. Dem hat sich das OLG Hamm angeschlossen und den Freispruch bestätigt. Zudem hat der Senat aus der Kenntnis des Oberbürgermeisters und des Ältestenrates der Stadt von den durch den Angeklagten organisierten Fahrten auf ein tatbestand-ausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers geschlossen.

*Keine vorhersehbaren  
Kriterien für die  
Pflichtwidrigkeit*

2. Die Ausführungen dazu, dass der Angeklagte sich nicht pflichtwidrig verhalten habe, weil die Aufsichtsratsfahrten vorrangig „sachdienlichen Zwecken“ gedient hätten, scheinen auf den ersten Blick eine typische Einzelfallentscheidung zu begründen, bei der die Frage, ob sich der Treuenehmer pflichtwidrig im Sinne des Untreuetatbestandes verhalten hat, von der Subsumtion abhängt, ob die Fahrten wegen ihres touristischen Begleitprogramms vorwiegend „der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder“ (Amtsgericht) oder vorrangig, „sowohl der fachlichen Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitgliedern als auch der Verbesserung des Arbeitsklimas“ (Landgericht) gedient haben, also einer Bewertung des Reiseprogramms anhand der Kategorien „sachdienlich“ oder „nicht sachdienlich“. Tatsächlich ist diese Entscheidung aber ein weiterer Beleg dafür, dass es der Rechtsprechung zum Treuebruchtatbestand der Untreue noch nicht einmal im Ansatz gelingt, in denjenigen Fällen, in denen der Treuenehmer nicht gegen ihm vom Treugeber ausdrücklich auferlegten Pflichten verstößt, sondern der Pflichtverstoß aus einer Verletzung der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflichten (§§ 347 HGB, 43 GmbHG, 93 AktG) abgeleitet wird,<sup>1</sup> auch nur annähernd vorhersehbare Kriterien für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit zu entwickeln.

Die Subsumtion von Amts- und Landgericht beruht – trotz des unterschiedlichen Ergebnisses – auf demselben unausgesprochenen Vorverständnis, dass der die Fahrten organisierende Geschäftsführer nur pflichtgemäß handelt, wenn die Informationsvermittlung im Vordergrund steht. Dabei bleibt die rechtlich entscheidende Vorfrage, woraus sich das nämlich ergeben soll, unbeantwortet.

a) Die Pflichtverletzung kennzeichnet die Tathandlung und damit den Unrechtsgehalt des Treuebruchtatbestandes.<sup>2</sup> Ohne sie würde sich der Tatbestand in der Verursachung eines Nachteils im Vermögen des Treugebers durch den Treuenehmer erschöpfen, also in einem schlichten Kausalzusammenhang, der eine strafrechtliche Sanktion nicht zu rechtfertigen vermöchte. Im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG bedarf das Pflichtwidrigkeitsmerkmal klarer Konturen. Insbesondere darf es nicht in einer Weise ausgelegt werden, dass es mit dem selbständig neben ihm stehenden Merkmal der Verursachung eines Nachteils verschleift.<sup>3</sup> Inhalt und Umfang der Pflicht müssen dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis entnommen werden.<sup>4</sup> Die Pflichten eines Geschäftsführers ergeben sich aus den für das jeweilige Rechtsverhältnis einschlägigen Rechtsätzen, Geschäftsordnungen, vertraglichen Regelungen, namentlich dem Anstellungsvertrag, und Einzelanweisungen. Der Inhaber des geschützten Vermögens hat es also in der Hand, die dem Geschäftsführer als Treuenehmer obliegenden Pflichten so detailliert zu regeln, wie es ihm erforderlich erscheint. Verstößt der Geschäftsführer gegen eine ihm auferlegte, zumindest auch vermögensbezogene<sup>5</sup> Pflicht und schädigt er hierdurch das ihm anvertraute Vermögen, ist der Untreuetatbestand regelmäßig erfüllt.

b) Aus den Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts können im Einzelfall weitere Pflichten abgeleitet werden.<sup>6</sup> Diese sind als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. 266 StGB jedoch nur dann mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar, wenn und soweit durch eine fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist.<sup>7</sup> Hiervon ist die Rechtsprechung, die die Bindung an das Bestimmtheitsgebot zugunsten eines sich am Rechtsempfinden des jeweiligen Rechtsanwenders orientierenden case law aufgegeben hat,<sup>8</sup> weit entfernt. Sie verstrickt sich in Einzelfallentscheidungen, deren Sachverhalte euphemistisch als „Fallgruppen“ bezeichnet werden. Abgrenzungsprobleme in Randbereichen eines Tatbestandsmerkmals, also die Notwendigkeit, in Grenzfällen zu entscheiden, ob ein Verhalten noch nicht oder schon die Schwelle zur Strafbarkeit überschreitet, gibt es zwar auch bei anderen Straftatbeständen, ohne dass deshalb deren Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot zweifelhaft wäre. Bei dem Treuebruchtatbestand der Untreue

<sup>1</sup> Vgl. dazu Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 19 b.

<sup>2</sup> MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 151; SSW/StGB-Saliger, § 266 Rn. 31.

<sup>3</sup> BVerfGE 126, 170 (211) = NSTZ 2010, 626 Rn. 8.

<sup>4</sup> BGHSt 8, 271 (272); Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 31 Rn. 133.

<sup>5</sup> S. zu dieser Einschränkung BGHSt 56, 203; 55, 288 Rn. 34 ff. m. krit. Anm. Brand, JR 2011, 400; SSW/StGB-Saliger, § 266 Rn. 32 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 36.

<sup>7</sup> BVerfGE 126, 170 (210 f.).

<sup>8</sup> LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 99 spricht von einer „unsortierten Kriterienvielfalt“.

sind diese Abgrenzungsprobleme aber nicht auf Randbereiche der Norm beschränkt, sondern betreffen in denjenigen Fällen, in denen aus der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflicht konkrete Handlungspflichten abgeleitet werden, die nicht unter eine von der Rechtsprechung bereits entwickelte Fallgruppe fallen oder hieraus wenigstens abgeleitet werden können, sondern erst im Einzelfall vom Strafrichter formuliert werden, den Kern des Unrechtstatbestandes. Dieser von der Rechtsprechung beschrittene Irrweg wird nicht dadurch besser, dass er im Fall des OLG Hamm zu dem richtigen Ergebnis geführt hat.

*Informationsvermittlung  
muss nicht im Vordergrund  
stehen*

c) Gremienfahrten müssen nicht überwiegend oder gar ausschließlich der Informationsvermittlung dienen. Mit ihrer Durchführung werden i.d.R. verschiedene Zwecke verfolgt, die sich überlagern und nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können: Neben der Informationsvermittlung kann die Förderung des Gedankenaustausches zwischen den Gremienmitgliedern außerhalb des engen zeitlichen und sachlichen Korsetts förmlicher Gremiensitzungen bezweckt sein. Hinzu kommt die Stärkung des Gemeinschaftsgefühls der Teilnehmer im Interesse einer vertrauensvollen und sachlichen Zusammenarbeit sowohl innerhalb des Gremiums als auch mit der Geschäftsführung. Ein weiterer Aspekt kann die Anerkennung der von den Gremienmitgliedern für das Unternehmen geleisteten Tätigkeit und damit die Förderung ihrer Motivation sein. Der unternehmensbezogene Nutzen solcher Gremienfahrten beurteilt sich also ganz überwiegend anhand „weicher“ Kriterien. Welche Zwecke innerhalb dieses Motivbündels wie gewichtet und in welcher Weise sie umgesetzt werden, liegt im Ermessen des Geschäftsführers,<sup>9</sup> der hierbei allerdings die ihm vom Geschäftsherrn gemachten Vorgaben zu beachten hat. Dieser hat es in der Hand, dem Geschäftsführer durch entsprechende Anweisungen Grenzen zu setzen. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, hat der Geschäftsführer einen weiten Handlungs- und Ermessensspielraum. Diesen hat das Strafrecht zu akzeptieren. Es ist nicht Aufgabe des Strafrichters, seine Vorstellungen an die Stelle der Vorstellungen des Geschäftsherrn zu setzen und die Durchführung der von ihm als „unangemessen“ empfundenen Fahrten zu sanktionieren. Deshalb fehlt der von den Vorinstanzen des besprochenen Urteils vorgenommenen Bewertung der Fahrten nach der Ausrichtung ihres Programms am Ziel der Informationsvermittlung eine tragfähige normative Grundlage, weil sie den Maßstab für die Beurteilung des Handelns des Geschäftsführers nicht dem der Vermögensbetreuungspflicht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, also den für ihn geltenden geschriebenen oder ungeschriebenen Regeln des Unternehmens und der im Unternehmen gelebten Praxis, sondern einem Vorverständnis entnimmt, das sich von dem für den Geschäftsführer in dem Unternehmen konkret geltenden Pflichtenkatalog entfernt.

*Weiter Ermessensspielraum  
des Geschäftsführers*

d) Eine Pflichtverletzung kann sich allerdings auch aus einem Verstoß gegen das auch für privatrechtlich strukturierte Gesellschaften der öffentlichen Daseinsvorsorge geltende Sparsamkeitsgebot ergeben, das ein allgemeines Prinzip der Haushaltsführung im öffentlichen Bereich darstellt.<sup>10</sup> Der Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft darf daher nicht auf deren Kosten einen unverhältnismäßigen Aufwand betreiben.<sup>11</sup> Unverhältnismäßig sind Luxusreisen, deren Programm keinen hinreichenden Bezug zu den Aufgaben des Aufsichtsrates aufweist oder bei denen der private Charakter, zum Beispiel wegen der Teilnahme von Ehepartnern der Gremienmitglieder, eindeutig im Vordergrund steht. Hierfür lagen im vorliegenden Fall aber keine Anhaltspunkte vor, wie sich aus der im Urteil des OLG Hamm zitierten Bewertung der Fahrten durch die Generalstaatsanwaltschaft als „einfache Reise mit dominierendem Ausflugscharakter“ ergibt. Der von der Staatsanwaltschaft angenommene „dominierende Ausflugscharakter“ allein reicht aber eben wegen des Ermessensspielraums, der dem Geschäftsführer, sofern ihm vom Geschäftsherrn keine konkreten Vorgaben für die Durchführung solcher Gremienfahrten gemacht worden, bei der Gewichtung und der Umsetzung der mit ihnen verfolgten Zwecke zugestanden werden muss, für das strafrechtliche Pflichtwidrigkeitsurteil nicht aus.

*Sparsamkeitsgebot im  
Bereich der öffentlichen  
Daseinsvorsorge*

3. Dass sich der Geschäftsführer in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall mit der Durchführung der Fahrten innerhalb des ihm zustehenden Ermessensspielraums gehalten und gegen keine ihm obliegende Pflichten verstoßen hat, wird auch daran deutlich, dass nach den Feststellungen des Landgerichts sowohl dem Oberbürgermeister als auch dem Ältestenrat der Stadt die schon von den Vorgängern des Angeklagten organisierten Fahr-

<sup>9</sup> BGHZ 135, 244 (253); BGHSt 47, 187 (192).

<sup>10</sup> Vgl. BGH, NStZ 2008, 87; Bieneck, wistra 1998, 249.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Hamm, NStZ 1986, 119 m. Anm. Molketin, NStZ 1987, 369 (zu Repräsentationsaufwendungen).

ten bekannt waren und von diesen gebilligt wurden. Das OLG Hamm hat hieraus auf ein tatbestandausschließendes Einverständnis der Stadt als Inhaberin des gestützten Vermögens geschlossen. Richtigerweise dürfte diese Kenntnis und Billigung schon die Pflichtverletzung als Tathandlung ausschließen. Die Unterscheidung zwischen dem die Tathandlung kennzeichnenden Merkmal der Pflichtverletzung und der Pflichtwidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung, die durch das Einverständnis des Inhabers des geschützten Vermögens ausgeschlossen wird, ist nicht nur von dogmatischem Interesse, sondern kann u.U. auch praktische Auswirkungen haben. Ein tatbestandausschließendes Einverständnis des Geschäftsherrn kann nämlich bei Personengesellschaften oder juristischen Personen jedenfalls in der Regel nur angenommen werden, wenn alle Inhaber des geschützten Vermögens oder das von ihnen hierfür bestimmte und sachlich zuständige Gremium ihr Einverständnis erklärt haben.<sup>12</sup> Demgegenüber kann für die Beurteilung der dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten schon die Kenntnis und Billigung seines Verhaltens durch Repräsentanten des geschützten Vermögens unterhalb der Schwelle des Einverständnisses aller Vermögensinhaber und ohne eine Einhaltung des für die Bildung eines einheitlichen Gesellschaftswillens vorgeschriebenen Verfahrens genügen.

4. Der besprochene Fall zeigt schließlich, dass der Versuch, den Treuebruchtatbestand durch die „verschwommene“<sup>13</sup> Einschränkung seines Anwendungsbereiches auf gravierende Pflichtverletzungen<sup>14</sup> auf klare und eindeutige Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken und dadurch die erforderliche Bestimmtheit zu geben, zur Begrenzung des Tatbestandes ungeeignet ist.<sup>15</sup> Denn wenn schon die Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, nicht anhand eines konkreten, für den Treuenehmer geltenden Pflichtenkatalogs, sondern danach beurteilt wird, ob der jeweilige Rechtsanwender das Verhalten des Treuenehmers als mit der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflicht noch oder nicht (mehr) vereinbar hält, kann es keine objektivierbaren Kriterien dafür geben, wann der auf diese Weise begründete Pflichtverstoß als gravierend oder nicht gravierend eingestuft wird. Die schon theoretisch schwierige Unterscheidung zweier Ebenen, auf deren erster geprüft wird, ob eine einfache Pflichtverletzung vorliegt, wobei Beurteilungsgrundlage hierfür die für das jeweilige Rechtsverhältnis einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Pflichten sein sollen, bevor auf einer zweiten, genuin strafrechtlichen untersucht wird, ob ein Verstoß gegen einen engen, unzweifelhaften Kern vorliegt, jenseits dessen jedes wirtschaftlich irgendwie sinnvolle Handeln hingenommen werden muss, schwimmt jedenfalls praktisch. Dementsprechend hatte im vorliegenden Fall das Amtsgericht keine Probleme, den von ihm aus dem als sachwidrig empfundenen Programm der „Besichtigungsfahrten“ begründeten Pflichtverstoß als „evident pflichtwidrig“ einzustufen, während umgekehrt das Landgericht aufgrund seiner Einschätzung, dass die Fahrten sachdienliche Zwecke erfüllt hätten, schon keinen Pflichtverstoß und folgerichtig erst recht keinen gravierenden erkennen konnte. Daran zeigt sich, dass die vermeintliche Einschränkung des Tatbestandes durch die Begrenzung auf gravierende Pflichtverstöße nur eine inhaltsleere Floskel darstellt, die den Tatbestand tatsächlich nicht einschränkt, sondern nur zur Bestätigung eines auf einer Vorstufe begründeten Pflichtwidrigkeitssurteils herangezogen wird. Normative Kriterien für die Gewichtung einer Pflichtwidrigkeit als gravierend oder nicht gravierend fehlen jedenfalls weitgehend. Das erklärt, warum dieses Merkmal von der Rechtsprechung auch nicht konsequent berücksichtigt, sondern nur von Fall zu Fall angewendet wird.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Vgl. BGHSt 50, 331 (342); Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 93; MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 132 ff.; SK-StGB/Hoyer, § 266 Rn. 57.

<sup>13</sup> LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 57.

<sup>14</sup> BGHSt 46, 30; 47, 148; 47, 187 (197).

<sup>15</sup> LK-StGB/Schünemann, § 266, Rn. 93 ff.; SK-StGB/Hoyer, § 266 Rn. 57.

<sup>16</sup> Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 61; LK-StGB/Schünemann, § 266 Rn. 98.

Rechtsanwalt Dr. Alexander von Saucken, Düsseldorf

## Zur Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen nach §§ 160a, 97 Abs. 2 StPO

*Anm. zu LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12*

**1. Allein die Stellung der Rechtsanwälte als unabhängige Organe der Rechtspflege und ihre Teilnahme an der Verwirklichung des Rechtsstaats heben sie noch nicht in einer Weise aus dem Kreis der lediglich von dem relativen Schutz des § 160a Abs. 2 StPO erfassten Berufsgeheimnisträger heraus, die einen Verzicht auf Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigen könnte (Ls. d. Red.).**

**2. Eine über den Wortlaut und die gesetzgeberische Intention hinausgehende Auslegung, etwa dahingehend, dass durch die Neuregelung des § 160a StPO auch § 97 StPO eingeschränkt oder gar verdrängt werde, erscheint unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geboten. Vielmehr erscheint es durchaus denkbar und jedenfalls bei Vorliegen evident missbräuchlicher Gestaltungen angezeigt, die Regelung des § 160a Abs. 1 StPO n. F. anhand ihrer verfassungsrechtlich zu billigenden Zielsetzung, nämlich: Schutz des potentiellen Verteidigungsmandates, und nicht: Schutz eines Zeugen, der im Grundsatz keinerlei strafrechtliche Ermittlungen gegen sich selbst zu erwarten hat, vor lediglich unerwünschten Aufklärungsbemühungen der Strafverfolgungsbehörden, dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass im Hinblick auf die rechtsstaatlich gebotene Sachverhaltsaufklärung eine Verlagerung von Beweismitteln in den Gewahrsamsbereich eines Rechtsanwaltes - insbesondere durch juristische Personen - nicht ohne jede Einschränkung möglich ist, wenn nicht der durch § 160a Abs. 1 StPO n. F. gewährte Schutz entfallen soll. (Ls. d. Red.)**

**3. Die Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen ist nach § 97 Abs. 2 StPO zu beurteilen; lediglich ergänzend ist § 160a Abs. 1 StPO in der seit dem 1.2.2011 geltenden Fassung - insbesondere zur Frage der Verwertbarkeit - heranzuziehen. (amtlicher Leitsatz)**

*LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12*

### Anmerkung:

Spätestens seit der Entscheidung des LG Hamburg vom 15.10.2010, mit der die Beschlagnahme von Mandatsunterlagen bei einer mit einer internen Sonderuntersuchung (sog. „internal investigations“) beauftragten Großkanzlei bestätigt wurde,<sup>1</sup> besteht insbesondere bei Rechtsanwaltskanzleien, die von ihren Mandanten mit der internen Aufarbeitung strafrechtlich relevanter Vorgänge mandatiert sind, erhöhte Alarmbereitschaft. Es herrscht große Verunsicherung vor, ob Mandatsunterlagen vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden noch ausreichend geschützt sind. Nach der zwischenzeitlich in Kraft getretenen Gesetzesänderung zu § 160 a Abs. 1 StPO hat sich mit Beschluss vom 03.07.2012 nunmehr auch das LG Mannheim mit einer vergleichbaren Konstellation auseinandergesetzt.

### Entscheidungsgründe:

Dem Beschluss des LG Mannheim lagen zwei Beschwerden eines Unternehmens sowie der von diesem Unternehmen beauftragten Rechtsanwaltskanzlei gegen die Beschlagnahme von Mandatsunterlagen, die im Zuge einer internen Untersuchung durch die Kanzlei angefertigt worden waren, zugrunde. Das Gericht verwarf die Beschwerde des Unternehmens im Hinblick auf die Beschlagnahme der in den Unternehmensräumlichkeiten aufgefundenen Mandatsunterlagen als unbegründet. Das Unternehmen als „Zeuge“ im zugrunde liegenden Ermittlungsverfahren gegen einzelne Unternehmensmitarbeiter unterliege der vorrangigen Regelung des § 97 Abs. 2 StPO, während § 160a Abs. 1 StPO in der seit dem

<sup>1</sup> LG Hamburg NJW 2011, 942 m. Anm. v. Galen; NZWiSt 2012, 26 m. Anm. Schuster; GWR 2011, 169 m. Anm. Szesny; wistra 2011, 192-StV 2011, 148.

01.02.2011 geltenden Fassung lediglich ergänzend – insbesondere zur Frage der Verwertbarkeit – heranzuziehen sei.

Demgegenüber drang die Rechtsanwaltskanzlei mit ihrer Beschwerde gegen die Beschlagnahme von Mandatsunterlagen in ihrem Gewahrsam durch. Insoweit sei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO einschlägig, auf den sich seit der Neuregelung des § 160a Abs. 1 StPO nunmehr auch „Rechtsanwälte“ berufen könnten. In diesem Zusammenhang befasste sich das Gericht auch ausführlich mit der Neuregelung des § 160a Abs. 1 StPO, wobei es zu dem Ergebnis gelangte, dass eine zurückhaltende Anwendung der Neuregelung geboten sei, um weiterhin eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Insbesondere müsse die Beschlagnahme von Mandatsunterlagen in Rechtsanwaltskanzleien weiterhin zulässig sein, wenn sich herausstelle, dass die Räumlichkeiten der Kanzlei in missbräuchlicher Art und Weise zur Unterbringung von ermittlungsrelevanten Dokumenten dienten, die nicht das zugrundeliegende Mandatsverhältnis betreffen, sondern vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden „in Sicherheit“ gebracht werden sollten. Es gelte, eine missbräuchliche Ausnutzung der Neuregelung in § 160a Abs. 1 StPO zu verhindern. Da freilich im vorliegenden Fall eine missbräuchliche Verbringung von der Beschlagnahme unterfallenden Unterlagen in die Rechtsanwaltskanzlei nicht zu erkennen war, war die Beschlagnahmeanordnung im Ergebnis aufzuheben.

#### **Bewertung:**

Zu begrüßen ist zwar zunächst, dass das LG Mannheim die Entscheidung des LG Hamburg vom 15.10.2010, die noch unter dem alten § 160a Abs. 1 StPO ergangen war, für überholt hält. Dennoch ist die Entscheidung des LG Mannheim in vielerlei Hinsicht problematisch und dürfte nicht zur Beseitigung der Verunsicherung bei Unternehmen und den von ihnen mit internen Untersuchungen beauftragten Rechtsanwaltskanzleien beitragen. Im Gegenteil: Der Umstand, dass nach Auffassung des Gerichts zwar Mandatsunterlagen im Gewahrsam einer Rechtsanwaltskanzlei grundsätzlich beschlagnahmefrei sein sollen, die identischen Unterlagen bei dem Auftraggeber der internen Untersuchung dagegen vollumfänglich beschlagnahmt werden können, löst erneut Unbehagen aus. Auch die Ausführungen des Gerichts zu etwaigen Ausnahmekonstellationen im Falle missbräuchlicher Berufung auf § 160a Abs. 1 StPO vermögen nicht zu überzeugen.

#### **Im Einzelnen:**

Zunächst befremdet in der Begründung des Beschlusses des LG Mannheim, dass den Unternehmen, gegen deren Mitarbeiter bzw. Führungsebene ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, vom Gericht lediglich ein Zeugenstatus zugebilligt wird. Diese Auffassung wird vom Gericht mit der lapidaren Begründung versehen, juristische Personen könnten „allenfalls“ Betroffene eines Einziehungs-/Verfalls- oder Owi-Verfahrens sein, jedoch „niemals Beschuldigte eines Strafverfahrens“.

Diese formalistische Sichtweise ist vorliegend unangebracht. Gerade Mitarbeiterverfehlungen mit „altruistischer“ – also im vermeintlichen Interesse des Anstellungsunternehmens liegender – Stoßrichtung, wie etwa Korruption oder Kartellverstöße, bringen für die betroffenen Unternehmen über die Verfallsvorschriften der § 73 ff. StGB bzw. über die Bußgeld- und Abschöpfungsregelungen der §§ 30 I, III i.V.m. 17 IV OWiG erhebliche und zum Teil existenzbedrohende finanzielle Konsequenzen mit sich.

Aus diesem Grunde sehen die §§ 442, 431, 434 Abs. 1 i.V.m. 137 StPO vor, dass sich der Einziehungs- bzw. Verfallsbeteiligte (vor der Anordnung der Einziehungs- bzw. Verfallsbeteiligung gemäß §§ 431, 442 StPO durch das Gericht auch als „Nebenbeteiligungsinteressent“ bezeichnet) in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Rechtsanwalts bedienen darf. Damit wird das Unternehmen, das aufgrund von Mitarbeiterverfehlungen von einer etwaigen Verfallsanordnung bedroht ist, dem Beschuldigten in einem Strafverfahren zumindest punktuell gleich gestellt.

Über die Verweisungsnorm des § 444 StPO gelangen die soeben genannten Grundsätze im Übrigen auch zur Anwendung, wenn in einem Strafverfahren über die Verhängung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung gemäß § 30 OWiG zu entscheiden ist.

Der vom LG Mannheim entschiedene Fall dürfte hierzu keine Ausnahme bilden: Materiell-rechtlich ging es vorliegend um den Verdacht der gewerbsmäßigen Urheberrechtsverletzung in mittelbarer Täterschaft (bzw. Beihilfe dazu) durch Unternehmensverantwortliche im Sinne des § 30 OWiG, so dass eine Nebenbeteiligung des Anstellungsunternehmens durchaus im Raume stand.

Damit ist allerdings auch der Weg für die Frage der Beschlagnahmefreiheit der aus der Durchführung einer internen Untersuchung resultierenden Mandatsunterlagen (Berichte, Interviewprotokolle etc.) nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO vorgezeichnet:

In der Praxis werden gerade die oben genannten Fälle sicherer oder vermuteter „altruistischer“ Mitarbeiterverfehlungen häufig umfassend aufgearbeitet, um möglicherweise bestehende deliktische Strukturen im Unternehmen aufzudecken (solche Strukturen sind dagegen bei rein unternehmensschädigenden Delikten wie Diebstahl, Unterschlagung oder Untreue eher selten). Gleichzeitig ist eine solche interne Untersuchung von Beginn an wesentlicher Baustein einer erfolgreichen Unternehmensverteidigung. Erst die umfassende Kenntnis der verfahrensgegenständlichen Sachverhalte versetzt das Unternehmen in den Stand, bereits frühzeitig „auf Augenhöhe“ mit den Ermittlungsbehörden zu kommunizieren, den Umfang der Kooperationsbereitschaft zu bestimmen und somit wesentlichen Einfluss auf eine etwaige Sanktionierung zu nehmen. Meint man es also mit der prozessualen Gleichstellung eines nebenbeteiligten Unternehmens mit dem Beschuldigten eines Strafverfahrens ernst, müssen die Erkenntnisse einer internen Untersuchung im Ergebnis der Beschlagnahmefreiheit unterliegen. Da oftmals zu Beginn einer internen Untersuchung noch nicht absehbar ist, ob und in welchem Umfang behördliche Ermittlungen eingeleitet werden, ist dieser Schutz überdies auf Mandatsunterlagen, die vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens angefertigt wurden, zu erstrecken.<sup>2</sup>

Dies muss im Übrigen unabhängig von der – oftmals zufälligen – Lagerung der Mandatsunterlagen in den Räumlichkeiten der Rechtsanwaltskanzlei und/oder des mandatierenden Unternehmens gelten. § 97 Abs. 2 S. 1 StPO, wonach nur Gegenstände im Gewahrsam des zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten von der Beschlagnahmefreiheit gemäß § 97 Abs. 1 StPO umfasst sein sollen, steht dem nicht entgegen. Es ist mittlerweile unbestrittene Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, dass die Regelung des § 97 Abs. 2 S. 1 StPO verunglückt ist und die verfassungsrechtlich geschützte Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger nicht einseitig zu begrenzen vermag. Zur Begründung wird angeführt, dass für die Frage des Gewahrsams § 97 Abs. 2 S. 1 StPO durch den später in Kraft getretenen § 148 StPO ergänzt wird. Daher sind schriftliche Mitteilungen auch dann von der Beschlagnahme ausgeschlossen, wenn sie in den Besitz des Beschuldigten (resp. des Nebenbeteiligten) gelangt sind.<sup>3</sup>

Es bleibt also zu hoffen, dass das LG Mannheim mit seiner Entscheidung, Mandatsunterlagen aus einer internen Untersuchung im Gewahrsam des Unternehmens seien uneingeschränkt der Beschlagnahme unterworfen, allein bleibt.

Kritisch zu bewerten sind weiterhin die Ausführungen des LG Mannheim zur Reichweite des am 01.12.2011 neu gefassten § 160a Abs. 1 StPO. Nach Auffassung des Gerichts führe die Aufnahme der Berufsgruppe der (übrigen, nicht als Strafverteidiger tätigen) „Rechtsanwälte“ zu einer erheblichen Ausweitung des Personenkreises, der sich auf die Unzulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 160a StPO berufen könne.

Die Einbeziehung der Rechtsanwälte verleite Mandanten unter Umständen dazu, verfahrensrelevante Unterlagen, die nicht Gegenstand der anwaltlichen Beratung seien, bei ihren Anwälten zu „parken“, um sie somit dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Dies – so das Gericht weiter – erfolge unter Umständen ohne Wissen der Rechtsanwälte, wenn die Mandanten beratungsbezogene Unterlagen mit beratungsfremden Unterlagen vermengten. In einem solchen Fall könne der Rechtsanwalt in der Regel nicht erkennen, „ob er als Werkzeug für eine dolose Strategie seines Auftraggebers eingesetzt“ werde.

Das vom LG Mannheim gesetzte Signal ist beunruhigend: Will der Anwalt eine Durchsuchung in seinen Räumlichkeiten weitgehend ausschließen, hat er seinem Mandanten grund-

<sup>2</sup> Vgl. auch *Mehle/Mehle* NJW 2011, 1639 ff.; *LG Gießen* wistra 2012, 409 ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Nachweise bei *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. § 97 Rz. 37; hierzu jüngst auch *LG Gießen* wistra 2012, 409 ff.

sätzlich mit gesundem Misstrauen zu begegnen und gegebenenfalls die übergebenen Mandatsunterlagen auch daraufhin zu prüfen, ob sie nicht bloß in doloser Absicht in den Gewahrsam der Rechtsanwaltskanzlei überführt wurden. Mit dieser Sichtweise rüttelt das Gericht freilich an der unverzichtbaren Grundlage eines jeden Mandatsverhältnisses – dem unbedingten Vertrauen zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten.

Außerdem trägt die Entscheidung des Gerichts auch an diesem Punkt nur zu weniger statt mehr Rechtssicherheit bei. So bleibt völlig unklar, welche Maßstäbe an den Verdachtsgrad einer „missbräuchlichen“ Berufung auf § 160a Abs. 1 StPO anzusetzen sind. Eine Nachprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit einer auf den Verdacht des Missbrauchs gestützten Beschlagnahmeanordnung wird kaum möglich sein.

Dem Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber sowie der Rechtssicherheit wäre an dieser Stelle ein besserer Dienst erwiesen, wenn man etwaige Ausnahmetatbestände zu § 160 a Abs. 1 StPO auf offenkundige Fälle und kollusives Zusammenwirken zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber beschränken würde. Im zuletzt genannten Fall griffe im Übrigen die Verstrickungsklausel des § 160a Abs. IV StPO ein – wegen (versuchter) Strafvareitelung durch den Rechtsanwalt.

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

## Keine Garantenpflicht von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden

*Anm. zu BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10*

**Allein aus der Stellung als Geschäftsführer einer GmbH bzw. Mitglied des Vorstands einer AG ergibt sich keine Garantenpflicht gegenüber außenstehenden Dritten, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern. Die Pflichten aus der Organstellung zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte der Gesellschaft aus § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG, zu denen auch die Pflicht gehört, für die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft Sorge zu tragen, bestehen grundsätzlich nur dieser gegenüber und lassen bei ihrer Verletzung Schadensersatzansprüche grundsätzlich nur der Gesellschaft entstehen.**

*BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10 (OLG München)*

**Zum Sachverhalt:**

[1] Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der N. AG. Er nimmt die Beklagten zu 2 und 3, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, wegen Beihilfe zu Untreuetaten des Vorstandsvorsitzenden der N. AG auf Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die N. AG stellte Markenplüsch- und Geschenkartikel her. Sie stand in langjähriger Geschäftsbeziehung zu der O.-Handelsgesellschaft mbH, die u.a. Markenartikel der N. AG an verschiedene Großabnehmer absetzte. Geschäftsführer der O.-Handelsgesellschaft mbH waren seit ihrer Gründung der Beklagte zu 2 und seit 1999 auch der Beklagte zu 3. Im August 2003 übernahm der Beklagte zu 3, der an der O.-Handelsgesellschaft mbH bis dahin zu 49,43% beteiligt gewesen war, vom Beklagten zu 2 einen (weiteren) Geschäftsanteil von 35,57%. Mit Wirkung vom 28. November 2003 wurde die O.-Handelsgesellschaft mbH durch Formwechsel in eine Aktiengesellschaft – die Beklagte zu 1 – umgewandelt. Ihr Vorstand besteht aus den Beklagten zu 2 und 3.

[3] Im Zeitraum von Oktober 2002 bis August 2003 stellte die O.-Handelsgesellschaft mbH der N. AG elf Warenrechnungen über insgesamt 14.017.462,82 € netto. Die angeblich zugrunde liegenden Forderungen veräußerte sie zum Teil an ein Factoring-Unternehmen und zum Teil an eine Bank. Die N. AG zahlte die Rechnungsbeträge im Zeitraum von Februar bis November 2003 an

den Factor bzw. die Bank. Im Zusammenhang mit den Warenrechnungen berechnete die O.-Handelsgesellschaft mbH der N. AG mit elf gesonderten Rechnungen darüber hinaus "Handlinggebühren" in Höhe von insgesamt 377.509,39 € netto, die die N. AG ebenfalls beglich. Am 1. August 2006 wurde über das Vermögen der N. AG das Insolvenzverfahren eröffnet.

[4] Der Kläger behauptet, der Vorstandsvorsitzende der N. AG, P., habe, um Liquidität zu erzeugen, Scheingeschäfte initiiert. Er habe veranlasst, dass die K. P. GmbH, deren Geschäftsführer sein Bruder war, Rechnungen für die angebliche Lieferung diverser Artikel der N. AG an die Beklagte zu 1 gestellt habe, denen tatsächlich keine Warenlieferung zugrunde gelegen habe. Die Beklagte zu 1 habe die Rechnungen bezahlt und die angeblich gelieferten Artikel absprachegemäß der N. AG mit einem Aufschlag von 10% in Rechnung gestellt. In einzelnen Fällen habe die N. AG die Ware ihrerseits der Firma K. P. GmbH berechnet. Bei den Rechnungen der O.-Handelsgesellschaft mbH über insgesamt 14.017.462,82 € netto und den Handlingrechnungen über insgesamt 377.509,39 € netto handele es sich um derartige Scheinrechnungen für fingierte Warenlieferungen. Dies sei den Beklagten zu 2 und 3 bekannt gewesen.

[5] Mit der vorliegenden Teilklage begehrt der Kläger von den Beklagten zu 2 und 3 als Gesamtschuldern die Zahlung eines Betrags in Höhe von 10.000.000 €. Das Landgericht hat die Beklagten zu 2 und 3 als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 8.333.603,72 € nebst Zinsen zu zahlen, und die Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 im Übrigen abgewiesen. [...] Die Berufung der Beklagten zu 2 und 3 hatte keinen Erfolg. Auf die Anschlussberufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, dass die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 10.000.000 € nebst Zinsen verurteilt werden. Mit den vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgen die Beklagten zu 2 und 3 ihre Anträge auf Abweisung der Klage in vollem Umfang weiter.

#### **Entscheidungsgründe:**

A. [6] Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind die Beklagten zu 2 und 3 dem Kläger aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1, § 27 StGB zum Ausgleich des der N. AG entstandenen Schadens verpflichtet. Die Haupttat, zu der die Beklagten zu 2 und 3 Beihilfe geleistet hätten, sei die von P. begangene Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB). P. habe die ihm als alleinvertretungsberechtigtem Mitglied des Vorstands der N. AG obliegende Vermögensbetreuungspflicht dadurch verletzt, dass er mittels fingierter Geschäftsvorfälle den Abfluss von Vermögensbestandteilen der N. AG initiiert habe. Die N. AG habe auf seine Veranlassung auf Scheinrechnungen der O.-Handelsgesellschaft mbH gezahlt, denen keine entsprechenden Forderungen zugrunde gelegen hätten. Durch die pflichtwidrigen Handlungen des P. sei der N. AG ein Schaden entstanden. Denn die Zahlungen seien aus ihrem Vermögen abgefließen, ohne dass die N. AG einen Gegenwert hierfür erlangt habe. Es sei weder ersichtlich noch dargetan, dass P. ständig Gelder zum Ersatz des Vermögensabflusses bereitgehalten habe oder eine alsbaldige Erstattung der zu Unrecht abgezweigten Mittel aus anderen Gründen sicher habe erwartet werden können. P. habe auch vorsätzlich gehandelt. Ihm sei der Scheincharakter der Rechnungen bekannt gewesen. Durch die Erfassung der fingierten Vorfälle in den Geschäftsunterlagen der N. AG habe er die wahre Sachlage und den wahren wirtschaftlichen Hintergrund verschleiern wollen, der in der Schaffung von Liquidität zu Gunsten der N. AG und der K. P. GmbH bestanden habe. [...]

[8] Der Beklagte zu 3 habe Beihilfe durch pflichtwidriges Unterlassen geleistet. Ein aktiver Gehilfenbeitrag könne ihm zwar nicht nachgewiesen werden. Der Beklagte zu 3 habe aber Kenntnis von der Tatsache der Übereinkunft zwischen P. und dem Beklagten zu 2 betreffend die Durchführung von Finanzierungsgeschäften der streitgegenständlichen Art gehabt. Er sei deshalb in seiner Funktion zunächst als Geschäftsführer der O.-Handelsgesellschaft mbH und sodann als Vorstandsmitglied der Beklagten zu 1 dazu verpflichtet gewesen, gegen die Beteiligung an Straftaten aus dem Unternehmensbereich der Beklagten zu 1 heraus einzuschreiten. Die Kenntnis des Beklagten zu 3 von den Absprachen zwischen P. und dem Beklagten zu 2 über die Scheingeschäfte ergebe sich daraus, dass sich der Beklagte zu 3 im Rahmen der Aufstockung seines Geschäftsanteils an der O.-Handelsgesellschaft mbH von 49,43% auf 85% intensiv mit den Geschäften dieser Gesellschaft befasst habe. [...]

[9] Zu den zentralen Aufgaben des Beklagten zu 3 als Mitgeschäftsführer oder Vorstandsmitglied zähle die Pflicht, aus dem eigenen Unternehmen entspringende Straftaten zu verhindern. Diese Pflicht habe dem Beklagten zu 3 nicht nur im Innenverhältnis zur Beklagten zu 1, sondern auch gegenüber der N. AG als Vertragspartnerin obliegen. Da der Beklagte zu 3 durch Einschreiten die

Durchführung und Fortsetzung der Absprache habe unterbinden können und ihm dies auch zumutbar gewesen sei, sei ihm der Vorwurf der Beihilfe zur Untreue des P. zu machen.

[10] Der infolge der Schutzgesetzverletzung kausal verursachte und deshalb von den Beklagten zu 2 und 3 auszugleichende Schaden bestehe im Umfang der von der N. AG auf die "Luftrechnungen" und die damit sachlich verknüpften Handlingrechnungen geleisteten Zahlungen in Höhe der Bruttobeträge. Im Umfang der an die N. AG gelangten und dort ungeschmälert verbliebenen Rückflüsse sei allerdings ein gegenzurechnender Vorteil bzw. eine Schadenswiedergutmachung eingetreten. Die einzelnen Vorfälle begründeten jeweils einen eigenen Schadensersatzanspruch in Höhe des Zahlungsabflusses. Nur soweit der jeweils eingetretene Schaden durch einen hierauf bezogenen Zufluss ausgeglichen worden sei, könne der Zufluss Berücksichtigung finden.

[11] B. Diese Erwägungen halten weder den Angriffen der Revision des Bekl. zu 3 noch denen der Revision des Bekl. zu 2 stand.

I. Revision des Bekl. zu 3:

[12] Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des BerGer., der Bekl. zu 3 sei dem Kl. wegen Beihilfe zur Untreue gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 266 Abs. 1, 27 StGB zum Schadensersatz verpflichtet. [...]

[14] 2. Die getroffenen Feststellungen tragen [...] nicht die Annahme, dass der Bekl. zu 3 den Tatbestand der §§ 266 Abs. 1, 27 StGB verwirklicht hat.

[15] a) Gemäß § 27 Abs. 1 StGB ist Hilfe, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Als Hilfeleistung in diesem Sinne ist grundsätzlich jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolgs in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich (BGH, NJW 2007, 384, 388 f.; StraFo 2011, 332). Dabei leistet auch derjenige dem Täter Hilfe, der die Tatförderung eines (weiteren) Gehilfen unterstützt (vgl. BGH, NJW 2001, 2409, 2410 = NStZ 2001, 364; StraFo 2011, 332, 333 m. w. Nachw.).

[16] b) Das BerGer. hat die für die Annahme von Beihilfe erforderliche, vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat zutreffend in den Untreuetaten des Vorstandsvorsitzenden der N-AG, P, gesehen. Es ist mit Recht davon ausgegangen, dass P durch die gezielte Veranlassung von Zahlungen der N-AG auf Scheinrechnungen der O-Handelsgesellschaft mbH den Tatbestand des §§ 266 Abs. 1 StGB verwirklicht hat. Hiergegen erhebt die Revision auch keine Beanstandungen.

[17] c) Die Revision wendet sich aber mit Erfolg gegen die Beurteilung des BerGer., der Bekl. zu 3 habe Hilfe zu den Untreuetaten des P geleistet. Nach den Feststellungen des BerGer. hat der Bekl. zu 3 weder P noch den Bekl. zu 2 bei der Tatbegehung aktiv unterstützt, so dass Beihilfe durch positives Tun ausscheidet. Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen auch nicht die Annahme, der Bekl. zu 3 habe Beihilfe durch Unterlassen geleistet.

[18] aa) Ein Unterlassen kann dem positiven Tun gem. § 13 Abs. 1 StGB nur dann gleichgestellt werden, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt, und das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entspricht. Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein besonderer Rechtsgrund festgestellt werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter aktiv tätig zu werden. Der Täter muss rechtlich verpflichtet sein, den deliktischen Erfolg abzuwenden, also eine Garantenstellung innehaben (BGH, NJW 2000, 3013, 3014 m. w. Nachw.; NJW 2010, 1087 Rn. 57). Eine sittliche Pflicht oder die bloße Möglichkeit, den Erfolg zu verhindern, genügen nicht (vgl. BGHSt 30, 391, 394 = NJW 1982, 1235; BVerfG, NJW 2003, 1030).

[19] Ob eine solche Garantenstellung besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Erfolgsabwendung dem Herbeiführen des Erfolgs gleichzustellen, ist nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hängt die Entscheidung von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab; dabei bedarf es einer Abwägung der Interessenlage und der Bestimmung des konkreten Verantwortungsbereichs der Beteiligten (vgl. BGH, NJW 2000, 3013; NJW 2010, 1087 Rdnrn. 57 f.; BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356 Rdnrn. 23 ff.; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 13 Rdnr. 14).

[20] bb) Danach kann eine Garantenstellung des Bekl. zu 3 auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht bejaht werden. Das BerGer. hat keine Umstände festgestellt, aus denen sich

eine rechtliche Verpflichtung des Bekl. zu 3 gegenüber der N-AG ergab, den dieser durch die Zahlung auf die Scheinrechnungen entstandenen Vermögensschaden zu verhindern.

[21] (1) Entgegen der Auffassung des BerGer. ergibt sich eine entsprechende Garantenpflicht des Bekl. zu 3 gegenüber der N-AG nicht allein aus seiner Stellung als Geschäftsführer der O-Handelsgesellschaft mbH bzw. als Mitglied des Vorstands der Bekl. zu 1.

[22] (a) Eine Garantenstellung des Bekl. zu 3 zu Gunsten der N-AG kann insbesondere nicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG oder § 93 Abs. 1 AktG abgeleitet werden. Zwar umfassen die Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die dem Geschäftsführer einer GmbH bzw. den Mitgliedern des Vorstands einer AG auf Grund ihrer Organstellung obliegen (§ 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG), auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (Legalitätspflicht, vgl. Senat, BGHZ 133, 370, 375 = NJW 1997, 130; BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 = NZG 2008, 547 Rdnr. 38; Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., § 93 Rdnr. 71; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 93 Rdnrn. 63 f.; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 43 Rdnrn. 23, 32; Verse, ZHR 175 [2011], 401, 403 ff.).

[23] Nach der gefestigten Rechtsprechung des erkennenden und des II. Zivilsenats besteht diese Pflicht aber grundsätzlich nur der Gesellschaft gegenüber und nicht auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten. Denn die Bestimmungen der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG regeln allein die Pflichten des Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitglieds aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Sie dienen nicht dem Zweck, Gesellschafts-gläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen. Wie sich aus § 43 Abs. 2 GmbHG und § 93 Abs. 2 AktG ergibt, lässt eine Verletzung der Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung Schadensersatzansprüche nur der Gesellschaft, nicht hingegen der Gläubiger entstehen (vgl. Senat, NJW 1974, 1371, 1372; BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976; BGH, NJW 1979, 1829; BGHZ 110, 342, 359 f. = NJW 1990, 1725; BGHZ 125, 366, 375 f. = NJW 1994, 1801; so auch BGH, MDR 2003, 581, 582 = BeckRS 2003, 00706; OLG Frankfurt a.M., VersR 1992, 240, 241; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, § 43 Rdnr. 166; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rdnrn. 273, 287; Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. z. AktG, § 93 Rdnr. 224; Krieger/Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 93 Rdnrn. 1, 66; Bank, in: Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, 2010, Kap. 10 Rdnrn. 36 f.; Hemeling, ZHR 175 [2011], 368, 385; Goette, ZHR 175 [2011], 388, 398; Wagner, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 823 Rdnr. 393; so wohl auch BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 Rdnr. 37). Aus diesem Grund sind die Bestimmungen der § 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG auch keine Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB (BGH, NJW 1979, 1829 = WM 1979, 853, 854; BGHZ 110, 342 359 f. = NJW 1990, 1725; BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 Rdnr. 353; Hopt, in: Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 93 Rdnr. 492) und ist zwischen den Interessen der eigenen Gesellschaft und denen außenstehender Dritter zu differenzieren (vgl. BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356 Rdnr. 29: „Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter“).

[24] Eine Außenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Mitglieds des Vorstands einer AG kommt nur in begrenztem Umfang auf Grund besonderer Anspruchsgrundlagen in Betracht (vgl. Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG, Rdnrn. 339 f., 350 f.; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rdnr. 308; Haas/Ziemons, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 43 Rdnrn. 284 f.; Hopt, in: Hopt/Wiedemann, § 93 Rdnr. 492; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, Rdnr. 188). So haften der Geschäftsführer bzw. das Vorstandsmitglied persönlich, wenn sie den Schaden selbst durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt haben (vgl. Senat, NJW 1974, 1371, 1372; BGHZ 109, 297, 303 f. = NJW 1990, 976; VersR 1996, 713, 714; BGHZ 56, 73, 77 = NJW 1971, 1358; NJW 2009, 673 = NZM 2009, 203 = NZBau 2009, 240 Rdnr. 12; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG, Rdnrn. 339, 347; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, Rdnr. 202; Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. z. AktG, Rdnr. 223).

[25] (b) Eine außenstehenden Dritten gegenüber bestehende Verpflichtung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Mitglieds des Vorstands einer AG, Vermögensschäden zu verhindern, folgt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht aus der von ihr herangezogenen Rechtsprechung des I. Zivilsenats. Diese Rechtsprechung betrifft die hier nicht einschlägige Störerhaftung (vgl. BGH, NJW 1987, 127, 129 = GRUR 1986, 248 – Sporthosen; GRUR 2006, 957 = MMR 2006, 672 – Stadt Geldern; GRUR 2011, 152 = MMR 2011, 172 Rdnr. 48 – Kinderhochstühle im Internet).

[26] (2) Das BerGer. hat auch keine Umstände festgestellt, die die Annahme rechtfertigten, dass der Bekl. zu 3 – über die ihm gegenüber der O-Handelsgesellschaft mbH bzw. der Bekl. zu 1 obliegenden Pflichten aus der Organstellung hinaus – weitere Pflichten übernommen hatte, die er nicht nur für diese Gesellschaften als deren Organ zu erfüllen hatte, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber der N-AG trafen und den Schutz ihrer Vermögensinteressen zum Gegenstand hatten (vgl. zur Garantenstellung aus Gewährübernahme: BGH, NJW 2000, 2754, 2756; BGHSt 47, 224, 229 = NJW 2002, 1887; BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356 Rdnr. 23; NJW 2010, 1087 Rdnr. 59; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 13 Rdnr. 20). Soweit das BerGer. eine Garantenstellung des Bekl. zu 3 zu Gunsten der N-AG daraus ableiten möchte, dass diese „Vertragspartner“ gewesen sei, übersieht es, dass nach seinen Feststellungen vertragliche Beziehungen allein zwischen der N-AG und der O-Handelsgesellschaft mbH, nicht aber zwischen der N-AG und dem Bekl. zu 3, bestanden. Abgesehen davon reichen vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften zur Begründung einer Garantenpflicht nicht ohne Weiteres aus (vgl. BGH, NJW 2010, 1087 Rdnr. 58 m.w. Nachw.). [...]

#### Anmerkung:

Drei Jahre vor der hier zu besprechenden Entscheidung hatte der 5. Strafsenat des BGH eine Entscheidung mit dem amtlichen Leitsatz „Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine Garantenpflicht treffen, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden“ getroffen. Die vorliegende Entscheidung des VI. Zivilsenats scheint dieser Rechtsprechung *prima facie* entgegenzustehen, weil sie eine Garantenpflicht von Vorständen und Geschäftsführern zur Verhinderung von Vermögensschäden gegenüber Dritten ausdrücklich ablehnt. Bei genauer Betrachtung verflüchtigt sich diese Diskrepanz:

Ausdrücklich hatte der – vom VI. Zivilsenat ausdrücklich in Bezug genommene – 5. Strafsenat es für zweifelhaft erachtet, dem Leiter der Innenrevision oder Rechtsabteilung eines Unternehmens eine Garantenstellung auch insoweit zuzuweisen, als er verpflichtet ist, Straftaten aus dem Unternehmen zu Lasten Dritter zu unterbinden.<sup>1</sup> Nur ganz ausnahmsweise, nämlich weil es sich beim damals in Rede stehenden Unternehmen um einen Stadtreinigungsbetrieb in der Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts handelte und sich die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit auf den hoheitlichen Bereich des Unternehmens bezog, ging nach Auffassung des 5. Strafsenats die Überwachungspflicht des Angeklagten über das hinaus, was im rein privaten Unternehmen Gegenstand dieser Pflicht ist: Es gehe nicht nur um die Gewinnerzielung (i. e. Schutz des Vermögens des Unternehmens), sondern auch um den Gesetzesvollzug, den der Senat als „Kernstück“ der Tätigkeit der Stadtreinigungsbetriebe bezeichnete. Vor diesem Hintergrund zitiert in der vorliegenden Entscheidung der VI. Zivilsenat den 5. Strafsenat völlig zu Recht, indem er darauf hinweist, dass zwischen den Interessen des eigenen Unternehmens und den Interessen außenstehender Dritter zu differenzieren ist. Nach Auffassung des 5. Strafsenates – hierüber mag man streiten<sup>2</sup> – entfällt diese Differenzierung im hoheitlichen Bereich. Das bedeutet, dass bei rein privaten Unternehmen die Rechtsprechung des 5. Strafsenats keine Anwendung findet, sie also insoweit durchaus nicht der rechtlichen Bewertung des VI. Zivilsenats widerspricht.

In diesem Zusammenhang macht es Sinn, auch auf das *obiter dictum* des 5. Strafsenats in Bezug auf die strafrechtliche Garantenpflicht des Compliance Officers einzugehen: Der Senat wird im Schrifttum überwiegend so verstanden, dass sich aus der Übernahme einer Compliance-Funktion, deren Aufgabe es (auch) ist, Straftaten Unternehmensangehöriger zu verhindern, eine Garantenpflicht i. S. von § 13 StGB in Bezug auf außenstehende Dritte ergibt<sup>3</sup>. Dieses Verständnis ist aber nicht zwingend, macht der 5. Strafsenat doch deutlich, dass es bei der Implementierung der Compliance-Funktion darum geht, dem Unternehmen selbst erhebliche Nachteile und Haftungsrisiken oder Ansehensverlust durch deliktisches Verhalten seiner Mitarbeiter zu ersparen.<sup>4</sup> Die nachträgliche Auslegung *Raums*, der – sofern eine konkrete Einschränkung des Verantwortungsbereichs aus Art und Umfang seiner Bestellung nicht vorliegt – eine Pflicht des Compliance Officers erkennt, „die strafrechtlichen Risiken zu beobachten und zu kontrollieren, die typischerweise von solchen geschäftlichen

<sup>1</sup> BGHSt 54, 44 = BGH NJW 2009, 3173, 3175 Rn. 28.

<sup>2</sup> Insofern zust. *Mosbacher/Dierlamm* NSTZ 2010, 268; abl. *Kraft wistra* 2010, 81, 84.

<sup>3</sup> Vgl. nur: *Franz/Steiner*, CCZ 2012, 211, 212; *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189, 2194.

<sup>4</sup> BGH NJW 2009, 3173, 3175 Rn. 27; anders allerdings *Raum* CCZ 2012, 197.

Unternehmen ausgehen und die Allgemeinheit bedrohen“ (als Beispiel nennt er „Betrugs-, Korruptions- und Umweltdelikte, aber vor allem auch Kartellverstöße“),<sup>5</sup> lässt sich in der BGH-Entscheidung nicht ohne Weiteres festmachen. Von einer (unmittelbaren) Schutzpflicht zugunsten von Rechtsgütern individueller Dritter oder gar der Allgemeinheit ist dort nicht die Rede. Es ist kaum anzunehmen, dass der BGH mit diesem *obiter dictum* eine neue Fallgruppe einer Garantenpflicht eröffnen wollte.<sup>6</sup> Richtig ist, dass allenfalls dort, wo der Geschäftsbetrieb *spezifische* Gefahren für Außenstehende mit sich bringt, sich eine strafrechtliche Garantenpflicht der Unternehmensorgane und auch derjenigen begründen lässt, die zur Verhinderung der Realisierung dieser spezifischen Gefahren „auf Posten gestellt“ wurden bzw. in deren Aufgabenbereich sich diese Verhinderungsfunktion einfügen lässt.<sup>7</sup> Und auch hier bezieht sich die Garantenpflicht nur auf betriebsbezogene Straftaten, wie der 4. Strafsenat im Jahr 2011 klargestellt hat.<sup>8</sup> Es muss bezweifelt werden, dass sich aus diesen Grundsätzen eine strafbarkeitsbegründende Garantenpflicht eines Compliance Officers herleiten lässt, sofern dieser zur Verminderung jeglicher im Rahmen eines Unternehmensbetriebs denkbarer Straftaten wie Untreue, Betrug, Korruption, Buchhaltungsdelikte, Diebstahl, Unterschlagung usw. „auf Posten gestellt“ wurde. Es handelt sich bei ihm um eine Präventionsfunktion, deren rechtliche Verantwortlichkeit in den strafrechtlichen Kategorien der Teilnahme, der Begünstigung, der Strafvereitelung, der unterlassenen Hilfeleistung und der Nichtanzeige geplanter Straftaten zu suchen ist. Eine Unterlassensstrafbarkeit kommt hingegen nur bei vertraglicher Verantwortungsübernahme für einen ganz spezifischen Gefahrenbereich in Betracht, der deutlich abgrenzbar ist vom naturgemäß breiten Verantwortungsbereich eines Compliance Officers.

In die so verstandene Rechtsprechung des 4. und 5. Strafsenats lässt sich die vorliegende Entscheidung des VI. Zivilsenats zwanglos einfügen. Der vom Zivilsenat nochmals unterstrichenen Trennung der Interessen des Unternehmens und der Interessen außenstehender Dritter folgt, dass Unternehmensangehörige – Organmitglieder eingeschlossen – zwar für *eigenes* originär-deliktisches Verhalten einzustehen haben, und zwar sowohl straf- als auch zivilrechtlich. Eine rechtliche Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Unternehmensangehöriger zum Nachteil Dritter ist hingegen nur in Ausnahmefällen von der Leitungsaufgabe der Geschäftsführungsorgane und der von ihnen insoweit besonders Beauftragten umfasst; sie ist Ausnahme, nicht Regel. Das hat der VI. Zivilsenat klargestellt.

<sup>5</sup> Raum CCZ 2012, 197.

<sup>6</sup> Ebenso *Stoffers* NJW 2009, 3173, 3176. Zu den Problemen, einen einheitlichen materiellen Entstehungsgrund für Garantenpflichten zu finden, und den Ausweg über die „Fallgruppenmethode“ vgl. *Schönke/Schröder/Stree/Bosch*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 15 m. w. N.

<sup>7</sup> In dies. Richtung *Gehrmann* GWR 2012, 370 („nur in besonderen Konstellationen“); *Rübenstahl* NZG 2009, 1341 ff; *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 32. Plastisch wird die Problematik z.B. in der Diskussion um die Pflichtenstellung des Gewässerschutzbeauftragten (vgl. dazu nur *NK-StGB/Ransiek*, § 324 Rn. 67; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 324 Rn. 16; *MK-StGB/Schmitz*, 1. Aufl. 2006, Vor §§ 324 ff. Rn. 124; *AnwKomm-StGB/Szesny*, 2010, Vor §§ 324 ff. Rn. 67).

<sup>8</sup> BGH NJW 2012, 1237 = GWR 2012, 48 m. Anm. *Kindler*.

Rechtsanwältin Laura Görtz, Düsseldorf

## Zu den Zumessungskriterien für die Unternehmensgeldbuße

*Anm. zu OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25. Januar 2012 – 1 Ss 63/11*

**1. Vor der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße wegen einer Ordnungswidrigkeit, die nicht zu den geringfügigen Ordnungswidrigkeiten zählt, sind Feststellungen zur Leistungsfähigkeit und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens zu treffen. (Ls. d. Red.)**

**2. Auch bei der Verhängung einer Unternehmensgeldbuße sind rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen zu kompensieren und eine lange Verfahrensdauer ist als Milderungsgrund bei der Geldbußbemessung zu berücksichtigen. (Ls. d. Red.)**

**3. Bei der Geldbußbemessung sind zur Wahrung des Doppelbestrafungsverbots die Beteiligungsverhältnisse zwischen Organ und juristischer Person zu berücksichtigen. Eine derartige Abstimmung von Haupt- und Nebensanktion ist umso mehr geboten, wenn Organ und Gesellschafter weitgehend oder gar völlig identisch sind, denn in solchen Fällen würde bei zusätzlicher Sanktionierung der juristischen Person wirtschaftlich gesehen die gleiche Person getroffen wie bereits durch die Hauptsanktion. (amtl. Ls.)**

*OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25. Januar 2012 – 1 Ss 63/11<sup>1</sup>*

## I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe:

Der Angeklagte ist alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter der Nebenbeteiligten. Das zweitinstanzliche Landgericht Frankfurt am Main hat ihn mit Urteil vom 18. Oktober 2010 wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr sowie wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je EUR 60,00 verurteilt. Hiervon galten 60 Tagessätze wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen als gezahlt. Eine Geldbuße von EUR 10.000,00 setzte das Landgericht gegen die Nebenbeteiligte fest. Gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main richteten sich die Revisionen des Angeklagten und der Nebenbeteiligten. Einzig die Revision der Nebenbeteiligten hatte Erfolg, soweit sie sich gegen den sie betreffenden Rechtsfolgenausspruch richtete.

*Feststellungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit*

In seiner Begründung schloss sich das OLG Frankfurt am Main im Wesentlichen der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt vom 12. April 2011 an. Diese hatte zunächst darauf hingewiesen, dass eine Geldbuße in Höhe von EUR 10.000,00 nicht für eine geringfügige Ordnungswidrigkeit festgesetzt werde. Insofern sei es erforderlich, vor der Verhängung und Bemessung der Geldbuße gegen das Unternehmen Feststellungen zu seiner Leistungsfähigkeit und damit zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens zu treffen. Diesem Erfordernis würden die Urteilsfeststellungen nicht gerecht. Das Landgericht habe insoweit lediglich festgestellt, dass die Nebenbeteiligte einen Umsatzrückgang von EUR 31 Mio. im Jahre 2000 auf EUR 7 Mio. im Jahre 2007 erlitten habe und der Nebenbeteiligten die Insolvenz gedroht habe. Zum 31. Dezember 2009 habe ein Bilanzverlust von EUR 1,2 Mio. bestanden. Zum Zwecke der Sanierung des Unternehmens habe der Angeklagte der Nebenbeteiligten Gesellschafterdarlehen in Höhe von EUR 1,5 Mio. gewährt und seit dem Jahre 2003 auf ein Geschäftsführergehalt verzichtet. Mit diesen Feststellungen sei zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Nebenbeteiligten zum relevanten Zeitpunkt der Berufungsentscheidung wenig gesagt. Aus den Umsatzzahlen könne nicht auf die Ertragssituation geschlossen werden. Hinweise auf die wirtschaftlichen Verhältnisse ergäben sich weder aus dem – möglicherweise noch durch Verlustvorträge aus Vorjahren verursachten – Bilanzverlust, noch aus der Tatsache, dass zu einem früheren Zeitpunkt durch Zuführung von Eigenkapital eine drohende Insolvenz abgewendet wurde.

Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Nebenbeteiligte weitere Angaben zu ihrer aktuellen wirtschaftlichen Situation verweigert hätte, da das Landgericht nicht angegeben habe, auf Schätzungen angewiesen zu sein. Insofern hätte es weitergehender Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Nebenbeteiligten bedurft. Ohne diese könne nicht nachgeprüft werden, ob die Festsetzung der relativ hohen Geldbuße auf einer rechtlich tragfähigen Grundlage beruht.

*Verfahrensverzögerung und Verfahrensdauer*

Darüber hinaus hätte die festgestellte – und zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigte – rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung i. S. d. Art. 6 MRK kompensiert werden müssen. Daneben hätte die ungewöhnlich lange Verfahrensdauer bei der Bemessung der Geldbuße berücksichtigt werden müssen. Zu einer Kompensation wegen Verletzung des Art. 6 MRK und einer daneben gebotener Milderung wegen überlanger Verfahrensdauer verhalte sich das Berufungsurteil nicht.

Da wegen noch notwendiger Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen ein rechtsfehlerfreier Zumessungssachverhalt nicht vorliege, bedürfe es einer Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch.

*Doppelbestrafungsverbot*

Dieser Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft trat der Senat bei und ergänzte mit Hinweis auf die Standardkommentierung zum OWiG, „dass bei der Geldbußbemessung zur

<sup>1</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. Januar 2012 - 1 Ss 63/11 = BeckRS 2012, 10887.

*Wahrung des Doppelbestrafungsverbots die Beteiligungsverhältnisse zwischen Organ und juristischer Person zu berücksichtigen sind. Eine derartige Abstimmung von Haupt- und Nebensanktion wird umso mehr geboten sein, wenn Organ und Gesellschafter weitgehend oder gar völlig identisch sind; denn in solchen Fällen würde bei zusätzlicher Sanktionierung der juristischen Person wirtschaftlich gesehen die gleiche Person getroffen wie bereits durch die Hauptsanktion, so dass die wirtschaftlichen Auswirkungen der zweifachen Ahndung jeweils gegenseitig berücksichtigt werden müssen (vgl. Göhler, OWiG, 15. Aufl. § 30 Rn. 35; OLG Hamm, NJW 1973, 1851).*“ Der Senat hob das Urteil im Rechtsfolgenausspruch gegen die Nebenbeteiligte mit den zugrunde liegenden Feststellungen auf und verwies die Sache in diesem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main.

## II. Anmerkung

Die Entscheidung befasst sich mit drei Gesichtspunkten der Geldbußbemessung gegenüber Unternehmen. Zum einen mit den Feststellungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens, zweitens mit der Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen und der Verfahrensdauer und schließlich mit der Wahrung des Doppelbestrafungsverbot. Der Beschluss des OLG ist im Ergebnis in allen Punkten zustimmungswürdig.

### 1. Feststellungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens

Zunächst hat das OLG Frankfurt entschieden, dass vor der Bemessung der Geldbuße Feststellungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu treffen sind, da eine Geldbuße in Höhe von EUR 10.000,00 nicht für eine geringfügige Ordnungswidrigkeit festgesetzt wird. Damit lässt sich der Beschluss in eine Reihe von Judikaten einordnen, die die Regelung des § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG de facto – und unter Verweis auf eine entsprechende Kommentierung – gegenüber Unternehmen anwenden, sich jedoch nicht ausdrücklich zur Anwendbarkeit der Norm verhalten.<sup>2</sup> In der Literatur wird der Anwendung des § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG auf die Unternehmensgeldbuße überwiegend zugestimmt.

Nach § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG kommt eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters bei der Bemessung der Geldbuße „in Betracht“, wenn die Ordnungswidrigkeit nicht lediglich geringfügig<sup>3</sup> ist. In der Praxis wird die Norm dahingehend interpretiert, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse gegenüber den in § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG genannten Zumessungsgesichtspunkten der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und des Vorwurfs, der den Täter trifft, eine nachrangige Bedeutung haben.<sup>4</sup> Entsprechend handelt es sich bei der Einbeziehung der wirtschaftlichen Verhältnisse in die Bußgeldbemessung um ein Korrektiv, welches bei jeder nicht geringfügigen Geldbuße nach den Grundüberlegungen zur Bedeutung und zum Vorwurf der Tat zur Anwendung kommt. Dies ist notwendig, da von der Leistungsfähigkeit des Täters abhängt, wie empfindlich er durch die Geldbuße getroffen wird.<sup>5</sup>

Hinsichtlich der Anwendung der in § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG normierten Zumessungskriterien gegenüber Unternehmen wird teilweise vertreten, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens *könnten* im Rahmen „allgemeiner Zumessungsgrundsätze“<sup>6</sup> berücksichtigt werden. Da § 30 Abs. 3 OWiG allerdings nicht auf § 17 Abs. 3 OWiG, sondern nur auf die §§ 17 Abs. 4, 18 OWiG verweise, sei § 17 Abs. 3 OWiG nicht entsprechend auf die Unternehmensgeldbuße anzuwenden.<sup>7</sup> Zudem könnten an die Feststellungen zu den wirtschaftlichen

<sup>2</sup> So auch: OLG Hamm, wistra 2000, 393, 394; OLG Hamm, wistra 2000, 433, 434. Das OLG Düsseldorf hat bei der Bemessung der Unternehmensgeldbuße wegen eines Kartellrechtsverstößes den § 17 Abs. 3 OWiG in den Katalog anzuwendender Vorschriften aufgenommen, Urteil vom 05. April 2006 - 2 Kart 5 6/05 = BeckRS 2007, 00379.

<sup>3</sup> In der Regel wird eine Geringfügigkeit bei einer Geldbuße in Höhe von EUR 250,00 nicht mehr vorliegen, vgl. OLG Celle, NStZ 2009, 295; Hanseatisches OLG Bremen, NZV 2010, 42, 44; OLG Schleswig, NZV 2011, 410; OLG Jena, Beschluss vom 1. September 2011 - 1 Ss Bs 66/11 = BeckRS 2011, 28896.

<sup>4</sup> Mitsch in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 17 Rn. 84; vgl. auch Gürtler in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 17 Rn. 15 und 22.

<sup>5</sup> Gürtler in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 17 Rn. 22; Mitsch in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 17 Rn. 84.

<sup>6</sup> Gürtler in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 36a.

<sup>7</sup> So Gürtler in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 36a; Korte, NStZ 2001, 582, 584.

Anwendbarkeit von § 17  
Abs. 3 S. 2 OWiG gegenüber  
Unternehmen?

Gesetzsystematik

Verhältnissen eines Unternehmens nicht die gleichen strengen Anforderungen gestellt werden wie bei natürlichen Personen.<sup>8</sup>

Die überwiegende Ansicht in der Literatur geht jedoch dahin, die Zumessungskriterien des § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG – auch ohne ausdrückliche Verweisung – auf die Bemessung der Geldbuße nach § 30 OWiG anzuwenden.<sup>9</sup>

Eine gesetzessystematische Auslegung könnte tatsächlich zu dem Ergebnis gelangen, dass die in § 17 OWiG geregelten allgemeinen Zumessungskriterien nur für die Bußgeldbemessung gegenüber dem Täter anzuwenden sind. Sowohl die Vorschrift zur „Höhe der Geldbuße“ als auch die Vorschrift zur „Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigung“ finden sich im allgemeinen Teil des Ordnungswidrigkeitengesetzes. Der Vorschrift des § 17 OWiG kommt insofern keine übergeordnete Stellung zu, die eine allgemeine Anwendung auch auf die Geldbuße gegenüber Unternehmen zwingend erscheinen lässt. Zudem spricht die eingeschränkte Verweisung des § 30 Abs. 3 OWiG grundsätzlich dafür, nur die ausdrücklich in bezuggenommene Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG anzuwenden.

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 17 OWiG eher allgemein mit „Höhe der Geldbuße“ bezeichnet und insoweit keine eingeschränkte Geltung nur gegenüber dem Täter normiert. Damit könnten die Regelungen des § 17 OWiG als allgemeine Zumessungsgrundlagen zu verstehen sein. Zu den Regelungen des § 17 Abs. 1 und 2 OWiG (Bußgeldrahmen) trifft § 30 OWiG abweichende Bestimmungen, so dass eine Verweisung insoweit ohnehin nicht in Betracht kommt. Dass der Gesetzgeber eine Verweisung auf § 17 Abs. 4 OWiG vorgenommen hat, während er nicht auf § 17 Abs. 3 OWiG verweist, kann mit dem unterschiedlichen Charakter beider Vorschriften begründet werden. § 17 Abs. 3 OWiG enthält die allgemeinen Regelungen zur Bußgeldzumessung. § 17 Abs. 4 OWiG hingegen konstituiert zusätzlich den Abschöpfungscharakter der Geldbuße. § 17 Abs. 4 OWiG beschreibt damit eine über die bloße Ahndung des Unternehmens hinausgehende Rechtsfolge einer Ordnungswidrigkeit. Diese muss gesetzlich bestimmt sein.<sup>10</sup> Derartige Bestimmtheitsanforderungen werden an Zumessungskriterien für Strafen und Geldbußen, zu denen die Regelung des § 17 Abs. 3 OWiG zählt, nicht gestellt. Sie sind vielfach nicht positivrechtlich niedergelegt.<sup>11</sup> Bei der Straf- und Bußgeldbemessung ist es im Gegenteil erforderlich, innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Straf- und Bußgeldrahmen Raum für die Einbeziehung aller im Einzelfall zu berücksichtigenden Umstände zu lassen.<sup>12</sup> Daher bedarf es eines Verweises auf § 17 Abs. 3 OWiG in § 30 OWiG nicht – weder aus rechtlichen noch aus deklaratorischen Gründen.

Anders liegt es in Bezug auf § 17 Abs. 4 OWiG. Hier macht der klarstellende Verweis durchaus Sinn: Hätte der Gesetzgeber in § 30 OWiG keine Verweisung auf § 17 Abs. 4 OWiG vorgenommen, wäre die Abschöpfungsfunktion der Geldbuße nicht aus § 30 OWiG ersichtlich. Dem mag entgegengehalten werden, dass auch andere Ordnungswidrigkeitentatbestände nicht auf § 17 Abs. 4 OWiG verweisen. Ein klarstellender Verweis ist jedoch umso mehr geboten, als § 30 OWiG – ebenso wie § 81 GWB – auch eigene, von § 17 OWiG abweichende Bemessungsregeln aufstellt und vom Rechtsanwender deshalb als abschließende Regelung (miss-) verstanden werden könnte.

### Gesetzgeberischer Wille

Diese Überlegungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit des § 17 Abs. 3 OWiG auf die Unternehmensgeldbuße werden durch den gesetzgeberischen Willen gestützt: Der Gesetzgeber hat die Einführung der Unternehmensgeldbuße gerade mit der Notwendigkeit, ein Unternehmen nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen bebußen zu können, begründet. Insofern verweist die Gesetzesbegründung auf den Fall des Einzelunternehmers. Gegen diesen werde im Falle einer Verletzung der ihm als Unternehmer obliegenden Pflichten durch ei-

<sup>8</sup> Korte, NStZ 2001, 582, 584.

<sup>9</sup> Bohnert, OWiG, 3. Aufl. 2010, § 30 Rn. 41; Cramer/Panaris in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampf, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 81 GWB Rn. 60; Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, § 81 GWB Rn. 360; Lemke/Mosbacher, OWiG, 2. Aufl. 2005, § 30 Rn. 63; Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 115 m. z. w. N.; Wegner, wistra 2000, 361, 362 m. z. w. N.

<sup>10</sup> Zum Schmidt-Abmann Bestimmtheitsgebot hinsichtlich Art und Umfang der Sanktion auch im Ordnungswidrigkeitenrecht: Schmid-Abmann in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 66. Ergänzungslieferung 2012, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 194 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Stree/Kinzig in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 46 Rn. 1; Theune in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 1.

<sup>12</sup> BVerfG, StV 2002, 247 ff. zum Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit und dem Schuldprinzip.

ne Straftat oder Ordnungswidrigkeit eine Sanktion unter Berücksichtigung „des wirtschaftlichen Wertes seines Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten oder beabsichtigten Vorteile festgesetzt.“<sup>13</sup> Das Organ einer Gesellschaft werde jedoch nur entsprechend seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse sanktioniert. Dadurch werde zum einen der Einzelunternehmer gegenüber den Organen einer Gesellschaft schlechter gestellt. Zum anderen – so die Gesetzesbegründung – stehe es oftmals in keinem angemessenen Verhältnis zur Tat, lediglich den Täter nach seinen persönlichen Verhältnissen zu sanktionieren anstatt das Unternehmen als Nutznießer der Tat. Entsprechend dem Einzelkaufmann müssten juristische Personen und Personenvereinigungen nicht nur die Vorteile, sondern auch die Nachteile, die bei Straftaten im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung entstehen können, tragen.<sup>14</sup> Der gesetzgeberische Wille, ein Unternehmen nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu beußen, ist damit unzweifelhaft.

Unabhängig davon, wie man sich im Ergebnis zur Anwendbarkeit des § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG auf die Unternehmensgeldbuße verhält, ist die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Geldbußbemessung zwingend geboten. Sie entspricht der Vorstellung des Gesetzgebers. Zudem ist nicht ersichtlich, warum ein Unternehmen unabhängig von seiner Leistungsfähigkeit bebußt werden sollte. Wie auch Geldbußen gegenüber natürlichen Personen werden mit der Unternehmensgeldbuße präventive und repressive Zwecke verfolgt.<sup>15</sup> Eine Geldbuße, die in keinem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens steht, verfehlt diese Zwecke. Eine Geldbuße, die die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens übersteigt, kann statt einer Sanktionierung eine Eliminierung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten des Unternehmens bedeuten. Und auch umgekehrt ist eine Geldbuße, die ein Unternehmen im Hinblick auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht empfindlich trifft, unter Umständen nicht zur Normverdeutlichung geeignet.

Dem OLG Frankfurt ist jedenfalls im Ergebnis darin zuzustimmen, bei der Bemessung der Unternehmensgeldbuße die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens zu beachten.

## 2. Berücksichtigung von Verfahrensverzögerung und Verfahrensdauer

Das OLG Frankfurt hat entschieden, dass eine Kompensation von rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen i. S. d. Art. 6 MRK und daneben eine Berücksichtigung der ungewöhnlich langen Verfahrensdauer bei der Bemessung von Geldbußen auch gegenüber Unternehmen zu erfolgen hat. Beides ist bei der Sanktionierung von natürlichen Personen und auch bei der Beußung von Unternehmen wegen Kartellrechtsverstößen bereits anerkannt.<sup>16</sup> Das OLG hält dabei im Hinblick auf die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung eine „Kompensation“ für erforderlich. Demnach soll – wie auch im Kartellrecht – die Verzögerung durch einen Abschlag nach der Geldbußbemessung kompensiert werden (sog. Vollstreckungslösung<sup>17</sup>). Die überlange Verfahrensdauer ist hingegen ein Milderungsgrund, der bereits bei der Geldbußbemessung zur Anwendung gelangt.

Die Rechtsprechung der Kartellgerichte hat bereits Kriterien aufgestellt, an denen sich die Auswirkungen einer Verfahrensverzögerung und einer überlangen Verfahrensdauer auf das Unternehmen bewerten lassen. Demnach ist zu berücksichtigen, ob das Unternehmen wegen der langen Verfahrensdauer über einen langen Zeitraum Rücklagen bilden musste<sup>18</sup>, ob durch die Verzögerung eine verstärkte Beeinträchtigung des Unternehmens durch die mit dem Ermittlungsverfahren verbundenen Unsicherheiten bei der Investitions- und Zukunftsplanung eingetreten ist<sup>19</sup> sowie, ob andere schwerwiegende und nachhaltige Konsequenzen wirtschaftlicher Art das Unternehmen belasten.<sup>20</sup>

### Kriterien für Milderung und Kompensation

<sup>13</sup> BT-Drucks. V/1269, S. 59.

<sup>14</sup> BT-Drucks. V/1269, S. 59.

<sup>15</sup> *Rogall* in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 16.

<sup>16</sup> Für das Kartellrecht: OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2009 - VI-2 Kart 10/08 OWi = BeckRS 2009, 28250; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009 - VI-2a Kart 2 06/08 OWi = BeckRS 2010, 04805, wobei sich hinsichtlich der Verfahrensverzögerung beide Entscheidungen mit einer Feststellung der selbigen begnügen und keinen Anlass sehen, eine Kompensation auszusprechen.

<sup>17</sup> Zur Vollstreckungslösung: BGH, NJW 2008, 860 ff.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009 - VI-2a Kart 2 06/08 OWi = BeckRS 2010, 04805.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2009 - VI-2 Kart 10/08 OWi = BeckRS 2009, 28250.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2009 - VI-2 Kart 10/08 OWi = BeckRS 2009, 28250.

*Berücksichtigung der  
Beteiligungsverhältnisse an  
dem Unternehmen*

### 3. Wahrung des Doppelbestrafungsverbots

Das OLG weist darauf hin, dass zur Wahrung des Doppelbestrafungsverbot eine Berücksichtigung der Beteiligungsverhältnisse des ebenfalls sanktionierten Organs an dem Unternehmen geboten ist.<sup>21</sup> Insofern müssen beide Maßnahmen – insbesondere bei weitgehender oder völliger Identität zwischen Organ und Gesellschafter – aufeinander abgestimmt werden, da wirtschaftlich die gleiche Person getroffen wird.

Auffallend ist, dass das OLG Frankfurt von einer „Hauptsanktion“ (gegenüber der natürlichen Person) und einer „Nebensanktion“ (gegenüber dem Unternehmen) spricht. Dies scheint dadurch begründet, dass es einige Passagen aus einem Urteil des OLG Hamm aus dem Jahr 1973 übernimmt.<sup>22</sup> Bis 1986 wurde die Unternehmensgeldbuße in § 26 und später in § 30 OWiG noch als „Nebenfolge“ bezeichnet. Diese sog. Nebenfolgelösung wurde jedoch vom Gesetzgeber aufgegeben, um eine selbstständige Verhängung der Unternehmensgeldbuße – ohne die Einleitung eines Verfahrens gegen eine natürliche Person – zu ermöglichen.<sup>23</sup> Im Ergebnis kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass das OLG Frankfurt die Unternehmensgeldbuße als eine von der Hauptsanktion abhängige Nebensanktion begreift.

Richtigerweise stehen die Sanktionen gegenüber dem Täter einerseits und gegenüber dem Unternehmen andererseits nach der heutigen Gesetzesfassung selbstständig nebeneinander. Trotz dessen sind – dies hatte auch schon der historische Gesetzgeber im Blick<sup>24</sup> – beide Sanktionen zur Wahrung des Verfassungsgrundsatzes des Doppelbestrafungsverbot aufeinander abzustimmen und entsprechend zu mildern. Insofern haben Bußgeldbehörden und Gerichte frühzeitig Feststellungen über die Beteiligungsverhältnisse des Unternehmens zu treffen.<sup>25</sup> Dies gilt konsequenterweise auch, wenn lediglich eine Teilidentität zwischen der sanktionierten Leitungsperson und den Gesellschaftern des Unternehmens besteht.<sup>26</sup>

### III. Fazit

In seinem Beschluss wendet das OLG Frankfurt am Main Zumessungskriterien auf die Unternehmensgeldbuße an, die bisher hauptsächlich bei der Sanktionierung von natürlichen Personen herangezogen wurden. Bei Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen gem. § 81 GWB werden bereits heute umfangreiche Abwägungen im Rahmen der Geldbußbemessung vorgenommen. Im Verhältnis zu den hohen Compliance-Anforderungen, der hohen Dichte zu befolgender Rechtsnormen und der verstärkten Einbeziehung von Unternehmen in die Sanktionierung ist die bisherige Rechtsprechung zu den Zumessungskriterien der Unternehmensgeldbuße übersichtlich. Der Beschluss des OLG Frankfurt bedeutet insoweit einen Schritt in die richtige Richtung. Eine Fortschreibung dieser Rechtsprechung auch unter Berücksichtigung anderer in der Literatur bereits angesprochener Zumessungskriterien<sup>27</sup> wie z.B. Compliance-Bemühungen oder der Frage, wie sich Organisationsmängel auf die Geldbußbemessung auswirken,<sup>28</sup> wäre wünschenswert.

<sup>21</sup> So auch *Gürtler* in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 35.

<sup>22</sup> Vgl. OLG Hamm, NJW 1973, 1851, 1853 f.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 36.

<sup>24</sup> BT-Drucks. V/1269, S. 61.

<sup>25</sup> OLG Hamm, NJW 1973, 1851, 1854.

<sup>26</sup> OLG Hamm, NJW 1973, 1851, 1854.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Dannecker/Biermann* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, § 81 GWB Rn. 394 f. und auch *Gürtler* in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 36a.

<sup>28</sup> Strittig: Vgl. *Gürtler* in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 36a.

## Internationales

### Länderbericht Schweiz

---

Prof. Dr. Andreas Eicker, Universität Luzern, Luzern; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich; MLaw Melchior Glatthard, Zürich

# Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

## I. Einleitung

Seit dem letzten Länderbericht zum schweizerischen Wirtschaftsstrafrecht<sup>1</sup> erging eine Vielzahl der höchstrichterlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Strafprozessrecht, welches am 1. Januar 2011 in einer eidgenössischen StPO vereinheitlicht wurde. Aufgrund ihres noch jungen Alters sind hier noch immer viele Fragen ungeklärt bzw. in Praxis und Lehre bereits umstritten, so dass dementsprechend oft die Gerichte bemüht und Grundsatzentscheide gefällt werden müssen. Gleichwohl gibt es auch in Hinblick auf das materielle Wirtschaftsstrafrecht Neues. Dies insbesondere, wie zwei der nachfolgend aufgeführten Entscheide zeigen, im Bereich der Urkundendelikte (Art. 251 StGB). Aber auch zur Gewerbsmässigkeit des Betrugers (Art. 146 Abs. 2 StGB) erging ein richtungsweisendes Urteil des Bundesgerichts. Von erheblicher Bedeutung ist zudem ein Entscheid des Bundesstrafgerichts, welcher sich zumindest mittelbar mit dem Verhältnis von Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht bzw. deren in verschiedenen Gesetzen geregelten Verfahrensrechts (StPO einerseits, VStrR andererseits) auseinandersetzt. Für den wirtschaftsstrafrechtlich Interessierten ist dies deswegen von Bedeutung, weil das Verwaltungsstrafrecht wichtige Teilrechtsgebiete wie etwa das Mehrwertsteuerstrafrecht, das Zollstrafrecht und das Kartellstrafrecht umfasst und daher von grosser praktischer Relevanz ist. Die gesetzgeberischen Vorhaben folgen den aus den Medien bekannten Ereignissen: Im Nachgang zu den Fifa-Skandalen rückt die Privatbestechung in den Fokus, welche in Art. 4a UWG bisher eher ein Schattendasein führte. Das sog. Whistleblowing – derzeit durch hohe Belohnungen für die Tippgeber in den USA in aller Munde<sup>2</sup> – soll als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden.<sup>3</sup> Zudem soll die Geldwäschereibekämpfung (noch) weiter verstärkt werden<sup>4</sup> und die Verjährungsfristen für „schwere Vergehen“ auf zehn Jahre verlängert werden. Diesmal kein Thema ist dagegen das mittlerweile gescheiterte deutsch-schweizerische Steuerabkommen.<sup>5</sup> Die Reaktionen in Deutschland und der Schweiz – zunächst Hoffnung auf den Vermittlungsausschuss, dann Verweigerung eines neuen Abkommens – dürften bekannt sein.

## II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzgebungsvorhaben

### 1. Privatbestechung soll Officialdelikt werden

Die Bestechung von Privatpersonen, derzeit noch geregelt in den Art. 4a und 23 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG), soll zum Officialdelikt werden.<sup>6</sup> Angeregt wurde dies durch die Initiative „Fifa. Bestechung von Privatpersonen als Officialdelikt“, welche wiederum, der Name legt es nahe, durch die Vorgänge beim Fussballweltverband Fifa motiviert war. Das Delikt soll künftig zudem nicht mehr im UWG geregelt werden, sondern den Bestechungsdelikten des Neunzehnten Titels des StGB beigefügt

<sup>1</sup> Heiniger/Frank, Länderbericht Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht, Wij 2012, S. 203ff. (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/105-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> (zuletzt besucht am 23.12.2012)).

<sup>2</sup> Vgl. etwa „Olympus zahlt Woodward Millionenabfindung“ in Spiegel-Online vom 8. Juni 2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/olympus-zahlt-michael-woodford-millionenabfindung-a-837749.html> (zuletzt besucht am 23.12.2012).

<sup>3</sup> Vgl. Eicker, Zur prozeduralen Rechtfertigung von Whistleblowing in der Privatwirtschaft nach Schweizer (Straf-)Recht de lege ferenda, NK 2/2012, 68 ff.

<sup>4</sup> Einen Überblick über die Entwicklung der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz findet sich in Graber/Oberholzer, GwG, 3. Aufl., 2009, S. 1ff.

<sup>5</sup> Wehrenberg/Frank/Isering/Götze, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, Wij 2012, S. 47, 52ff. (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/58-länderbericht-schweiz>; zuletzt besucht am 23.12.2012) und Heiniger/Frank, a.a.O., S. 203, 204f.

<sup>6</sup> Dazu ausführlich Gfeller, Die Privatbestechung Art. 4a UWG, 2010, S. 69ff.

werden. In diesem Fall wären dann auch Bestechungshandlungen innerhalb solcher Organisationen wie der Fifa strafbar. Diese unterfallen heute nicht dem UWG. Die Rechtskommissionen von National- und Ständerat haben der Initiative Folge gegeben, so dass nun eine konkrete Vorlage ausgearbeitet werden wird. Dabei wird aber besonders umsichtig und detailliert geprüft werden müssen, welche Auswirkungen eine solche Änderung auf das Bestechungsrecht der Schweiz hat.<sup>7</sup>

## 2. Geldwäschereibekämpfung: Stärkung der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS)

In der Schweiz werden Meldungen nach dem Geldwäschereigesetz (GwG) bei der MROS eingereicht. Die MROS, welche dem Bundesamt für Polizei (fedpol) angegliedert ist, hat die Aufgabe, Verdachtsmeldung bezüglich Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie betreffend solcher Gelder, welche aus einer kriminellen Organisation stammen, entgegenzunehmen, zu analysieren und ggf. an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Da diese Verdachtsmeldungen von den dem Geldwäschereigesetz unterworfenen Personen (sog. Finanzintermediären, welchen das GwG im Verdachtsfall Meldepflichten auferlegt, vgl. Art. 2 GwG<sup>8</sup>) stammen, kommt der MROS eine Filterfunktion zwischen diesen und den Strafverfolgungsbehörden zu. Die Stellung der MROS soll nun weiter gestärkt werden. Am 27. Juni 2012 verabschiedete der Bundesrat eine Botschaft zuhanden des Parlaments, nach welcher die MROS zukünftig mit ihren Partnerstellen im Ausland Finanzinformationen austauschen kann. Ausserdem soll sie mit diesen ausländischen Partnern selbstständig Verträge über die technische Zusammenarbeit abschliessen können. Zudem, und das ist ebenfalls von grosser Bedeutung, sollen ihre Kompetenzen gegenüber den Finanzintermediären ausgebaut werden.<sup>9</sup>

## 3. Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund

Angesichts der weltweiten Entwicklungen und wohl auch aufgrund einer Entscheidung des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2011,<sup>10</sup> erging nun ein Vorstoss von Nationalrat Filippo Leutenegger. In diesem fordert er, dass Whistleblowing als zur Wahrung höherstehender Interessen anerkannt und deswegen als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird. Die Rechtskommissionen von National- und Ständerat haben diesen Vorstoss bisher noch nicht behandelt. *Jositsch* schätzt eine Anerkennung durch diese Institutionen aber eher skeptisch ein, obwohl das Bundesgericht Whistleblowing im vorgängig genannten Entscheid durchaus als aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund anerkannt hat. Er führt diesbezüglich aus: „Man kann (...) feststellen, dass bisher beim Schutz von Whistleblowern im Parlament wenig erreicht werden konnte. Ein diesbezüglicher Vorstoss von Alt-Nationalrat Remo Gysin, der den Schutz im Arbeitsrecht anstrebt, stösst aufgrund der finanziellen Auswirkungen in der Umsetzung auf erheblichen Widerstand seitens der Wirtschaft, weshalb interessant sein wird, inwiefern der Vorstoss von Nationalrat Leutenegger, der sich auf das Strafrecht konzentriert, eine Chance haben wird.“<sup>11</sup>

## 4. Verlängerung der Verjährungsfristen

Nachdem von Seiten des Parlaments mittels Motion vorgebracht wurde, dass die Verjährungsvorschriften für Wirtschaftsdelikte – etwa die ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB – mit sieben Jahren zu kurz bemessen sind und ausgeweitet werden sollten<sup>12</sup>, will der Bundesrat die Verjährungsfrist für die Verfolgung von schweren Vergehen nun auf zehn Jahre erhöhen. Er hat dazu am 7. November 2012 eine dementsprechende Bot-

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch *Hasler*, ForumPoenale 2012, S. 253 m.w.Hinw.

<sup>8</sup> Dazu *Graber/Oberholzer*, a.a.O., Art. 2 N 2ff. m.w.Hinw.

<sup>9</sup> Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBl 2012, 6941; abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2012/6941.pdf> (zuletzt besucht am 23.12.2012); vgl. auch die Medienmitteilung des Schweizerischen Bundesrates vom selben Tage: Geldwäschereibekämpfung: Stärkung der Möglichkeiten der Meldestelle; abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2012/2012-06-27.html> (zuletzt besucht am 23.12.2012). Für weitere Informationen vgl. auch *Hasler*, ForumPoenale 2012, S. 129 und 320.

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch *Heiniger/Frank*, a.a.O., S. 203, 207 m.w.Hinw.

<sup>11</sup> *Jositsch*, Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung, in: Jusletter 19. November 2012, Rz. 4.

<sup>12</sup> Dazu auch *Wehrenberg/Frank/Isenring/Götze*, a.a.O., S. 47, 54 f. m.w.Hinw.

schaft zuhanden des Parlaments verabschiedet.<sup>13</sup> In der Vernehmlassung wurde das Vorhaben mehrheitlich begrüßt.<sup>14</sup> „Schwere Vergehen“ in diesem Sinne sind alle Vergehensstatbestände, welche eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorsehen. Damit sind nunmehr nicht mehr nur „Wirtschaftsdelikte“, sondern eine Vielzahl der Tatbestände des besonderen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches von der Verjährungsverlängerung betroffen.

### III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

#### 1. Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Mai 2012<sup>15</sup> (Urkundenfälschung durch Ausstellung inhaltlich unwahrer Rechnungen)

##### a) Sachverhalt

Zwischen 1998 und 1999 stellten die Beschuldigten, nach Absprache mit dem Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, demselben falsche Rechnungen für diverse Lieferungen und Arbeitsleistungen aus, die in Wahrheit zugunsten der privaten Liegenschaft des Geschäftsführers erfolgten.

Die Rechnungen wurden zu Unrecht an die Aktiengesellschaft adressiert und waren inhaltlich unwahr. Der Geschäftsführer erfasste die in Rechnung gestellten Beträge in der Buchhaltung seiner Aktiengesellschaft als erfolgswirksame Aufwände. Dabei legte er den Verbuchungen die inhaltlich unwahren Rechnungen als Belege zugrunde. Erstinstanzlich wurden die Beschuldigten wegen jeweils einfacher oder mehrfacher Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB verurteilt. Demgegenüber sprach das Obergericht des Kantons Solothurn die Beschuldigten wieder frei. Dagegen führte die Staatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

##### b) Urteil

Zunächst fasst das Bundesgericht die bisherige Rechtsprechung zur Urkundenqualität gemäss Art. 110 Abs. 4 StGB zusammen. Es bestätigt die Vorinstanz darin, dass Rechnungen nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel nicht als Urkunden zu verstehen sind. Denn Rechnungen, ihrem Wesen nach bloss Behauptungen und nicht beweismässige Feststellungen, seien grundsätzlich nicht zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet. Ausnahmsweise können aber auch Rechnungen Urkundenqualität aufweisen, nämlich wenn sie als Buchhaltungsbelege Eingang in eine kaufmännische Buchhaltung finden. Dies deshalb, weil ihnen aufgrund dieses speziellen Verwendungszwecks eine erhöhte Wahrheitsgarantie zukomme. Ist ein Schriftstück bereits bei der Erstellung objektiv und subjektiv dazu bestimmt, Bestandteil einer kaufmännischen Buchführung zu werden, kommt ihm nach bisheriger Rechtsprechung nicht erst mit der Verbuchung der darin enthaltenen Angaben, sondern schon mit der Erstellung Urkundencharakter zu.

Das Bundesgericht hält in seiner Entscheid vom 24. Mai 2012 an dieser verschiedentlich kritisierten Rechtsprechung fest. Dies bedeutet, dass auch weiterhin Dritte in die Pflicht genommen werden können, die im Einvernehmen mit einer buchführungspflichtigen Rechnungsempfängerin inhaltlich unwahre Rechnungen anfertigen, mit welchen deren Buchhaltung verfälscht werden soll. Steht ein solches Zusammenwirken des Rechnungsausstellers mit dem Rechnungsempfänger fest, sei die inhaltlich unwahre Rechnung aufgrund ihrer Zweckbestimmung als Buchhaltungsbeleg bereits mit ihrer Erstellung und nicht erst mit der Verbuchung eine gefälschte Urkunde. Täter und nicht bloss Gehilfe, im Sinne einer Urkundenfälschung, könne daher auch ein Rechnungsaussteller sein, welcher nicht selber für die Buchhaltung verantwortlich ist. Gestützt auf diese Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Erstellung der inhaltlich unwahren Rechnungen und deren Verwendung als Buchhaltungsbelege den objektiven Tatbestand der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB erfüllt.

<sup>13</sup> [http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref\\_2012-11-070.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-11-070.html) (zuletzt besucht am 23.12.2012).

<sup>14</sup> Jurius, Längere Verjährungsfrist für schwere Vergehen, in: Jusletter 12. November 2012.

<sup>15</sup> Entscheid des Bundesgerichts BGE 138 IV 130 (6B\_571/2011) vom 24. Mai 2012, abrufbar unter: [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2011/Entscheide\\_6B\\_2011/6B.571\\_2011.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2011/Entscheide_6B_2011/6B.571_2011.html) (zuletzt besucht am 23.12.2012).

### c) Bemerkungen

Urkunden im strafrechtlichen Sinne sind menschliche Gedankenerklärungen, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sind und einen Aussteller erkennen lassen. Dies folgt aus der – inhaltlich unvollständigen – Legaldefinition des Art. 110 Abs. 4 Satz 1 StGB. Massgebend für die Beweiseignung ist nicht die Beweiskraft, also nicht die Glaubhaftigkeit im konkreten Einzelfall, sondern die generelle Beweistauglichkeit, d.h. die generelle Eignung überhaupt Beweis zu erbringen. Daraus folgt, dass der Urkundencharakter eines Schriftstücks relativ ist. So belegt eine Rechnung zwar, dass ihr Aussteller vom Adressat der Rechnung, den im Rechnungsbeleg genannten Betrag zur Zahlung einfordert, nicht aber, dass die verlangte Zahlung den Leistungen des Rechnungsstellers entspricht, also berechtigt ist.<sup>16</sup> Demzufolge stellte auch schon nach früherer Praxis, die von jemandem ausgestellte unzutreffende Rechnung keine Falschbeurkundung dar. Anders verhält es sich zu Recht, wenn die Rechnung zum Bestandteil einer Buchhaltung wird oder ihre Richtigkeit aus einem anderen Grund als durch objektive Garantien der Wahrheit als gewährleistet erscheint.<sup>17</sup>

## 2. Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2012<sup>18</sup> (Urkundenfälschung durch E-Mails ist möglich, selbst wenn sie weder eine elektronische Signatur aufweisen noch ausgedruckt wurden)

### a) Sachverhalt

Der Beschuldigte hat zwischen 1998 und 2008 auf deliktische Weise Darlehen in der Höhe von insgesamt rund CHF 6,3 Mio. erlangt. Dabei spiegelte er den Geschädigten vor, eine Restforderung aus einem Vertragsverhältnis zwischen der nationalen nigerianischen Ölgesellschaft und einem schottischen Konglomerat erworben zu haben. Der Beschuldigte gab jeweils an, den Vertrag und damit auch die offene Restforderung von USD 21,5 Mio. für GBP 50'000 von einer englischen Gesellschaft abgekauft zu haben und zur Durchsetzung der Forderung, Geld für die Bezahlung von Anwälten, Treuhändern, Bankgebühren und Spesen etc. benötigt zu haben. Um diese Aussagen glaubhaft darzustellen, hatte der Beschwerdeführer mehrfach an ihn gerichtete E-Mails von Drittpersonen inhaltlich abgeändert und diese an die verschiedenen Geschädigten weitergeleitet.

Am 5. Februar 2010 wurde der Beschuldigte vom Strafgericht des Kantons Basel-Landschaft des gewerbsmässigen Betruges, der Veruntreuung sowie der mehrfachen Urkundenfälschung für schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren verurteilt. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 21. Juni 2011 des gewerbsmässigen Betruges, der Veruntreuung, der mehrfachen Urkundenfälschung sowie der Zechprellerei schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren. Dagegen führte dieser Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

### b) Urteil

Der Beschwerdeführer machte insbesondere geltend, dass E-Mails ohne elektronische Unterschrift nicht als Urkunden gemäss Art. 110 Abs. 4 StGB verstanden werden können. Die Vorinstanz hatte dazu festgestellt, dass E-Mails grundsätzlich Beweisurkunden darstellen, wobei es nicht darauf ankommen könne, ob sie mit einer elektronischen Signatur versehen sind oder nicht. Demgegenüber war die erste Instanz noch zum Schluss gelangt, dass eine E-Mail, welche nicht mit einer elektronischen Signatur versehen und damit beliebig veränderbar sei, die Voraussetzungen für eine Urkunde im Sinne von Art. 110 Abs. 4 StGB nicht erfülle. In Bezug auf die in der Anklageschrift genannten E-Mails erachtete sie daher den Tatbestand der Urkundenfälschung, Art. 251 Ziff. 1 StGB, als nicht erfüllt.

Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts steht ausser Frage, dass E-Mails Urkunden darstellen, sofern der Aussteller erkennbar ist und sie beim Empfänger ausgedruckt oder anders sichtbar gemacht werden. Den Ausführungen der Vorinstanz folgend, stellt das

<sup>16</sup> Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, 4. Aufl., 2011, S. 148 f.

<sup>17</sup> Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, 4. Aufl., 2011, S. 160 f.

<sup>18</sup> Entscheid des Bundesgerichts 6B\_130/2012 vom 22. Oktober 2012, abrufbar unter: [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2012/Entscheide\\_6B\\_2012/6B.130\\_2012.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_6B_2012/6B.130_2012.html) (zuletzt besucht am 23.12.2012).

Bundesgericht sodann fest, dass auch einer noch nicht ausgedruckten E-Mail grundsätzlich der Charakter einer (Computer-)Urkunde zukommen kann. Die Abänderung einer E-Mail könne daher ohne weiteres den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllen, soweit es nach der Manipulation weiterversendet werde und seinen Adressaten auch erreiche. Die Erkennbarkeit des Ausstellers der Urkunde ergebe sich dabei in der Regel aus der Absenderadresse oder aus dem jeweiligen Inhalt des E-Mails selbst. Dieses werde dem Empfänger auf seinem passwortgeschützten E-Mail-Account zugestellt und automatisch auf diesem gespeichert. Dadurch seien die Beständigkeit und die Beweisfunktion der Erklärung auch bei einem E-Mail gegeben. Denn gemäss dem Bundesgericht müssen (Computer-)Urkunden nur das Merkmal der Beweiseignung aufweisen, was nicht mit Beweiskraft oder Beweisdienlichkeit verwechselt werden dürfe. Darüber hinaus würden sich die Beweiseignung und -bestimmung eines E-Mails auch schon aus dem Umstand ergeben, dass E-Mails im regulären Geschäftsverkehr weit verbreitet sind. Das Bundesgericht wies die Beschwerde deswegen ab, soweit es auf sie eingetreten war.

### c) Bemerkungen

Gemäss der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kam einem E-Mail sicher Urkundenqualität zu, wenn es ausgedruckt wurde.<sup>19</sup> Nach diesem neuen Bundesgerichtsentcheid sind die genügende Beständigkeit und Beweisfunktion einer E-Mail nun aber schon gegeben, wenn das E-Mail an einen passwortgeschützten E-Mail-Account geschickt wird. Damit kommt praktisch allen E-Mails automatisch Urkundenqualität zu und jede Veränderung eines E-Mails, welches anschliessend weitergeschickt wird, kann die Voraussetzungen einer Urkundenfälschung oder Falschbeurkundung gemäss Art 251 StGB erfüllen.

Problematisch ist ganz grundsätzlich allerdings, dass der Gesetzgeber sich bei der gesetzlichen Erfassung der sogenannten Computerurkunde vom „Vorbild“ der Schrifturkunde hat leiten lassen und die Computerurkunde gem. Art. 110 Abs. 4 Satz 2 StGB der Schriftform gleichgestellt hat, sofern sie demselben Zweck diene. Damit verlangt der Gesetzgeber, dass die bekannten Urkundenmerkmale auch auf die Computerurkunde angewendet bzw. übertragen werden. Folglich bedarf auch die Computerurkunde, genauso wie die Schrifturkunde, einer gewissen Beständigkeit im Sinne der Verkörperungs- bzw. Perpetuierungsfunktion. Dies ist, abgesehen von den weiteren Urkundenmerkmalen, bei elektronischen Aufzeichnungen sicher das problematischste Merkmal und bereitet besondere Schwierigkeiten. Hinreichende Beständigkeit wird man wohl nur bei sogenannten Permanentenspeichern annehmen dürfen, wie es z.B. bei der Festplatte eines Computers und externen Speichermedien wie CD-ROMs der Fall ist. Gelangt die elektronische Erklärung hingegen nur auf einen Arbeitsspeicher oder temporären Zwischenspeicher, genügt dies wohl nach wie vor nicht für die Bejahung einer hinreichenden Beständigkeit.<sup>20</sup> Urkundenqualität ist dann nicht gegeben. Insofern kommt es bei elektronisch gespeicherten Gedankenerklärungen (immer noch) sehr auf den Einzelfall an, ob die Urkundenqualität angenommen werden kann.

Zudem ist zu bedenken, dass sich das Bundesgericht bei seinen Ausführungen zur Urkundenqualität von elektrisch gespeicherten Dokumenten ausschliesslich auf den gängigen E-Mailverkehr bezogen hat. Welche Bedeutung dieses Urteil allenfalls für andere digitale Kommunikationsformen wie Chat, Twitter, Facebook, allenfalls sogar SMS haben wird, bleibt vorerst offen. Die Argumentation des Bundesgerichtes, dass Beständigkeit und Beweisfunktion einer Erklärung nun schon durch Abspeicherung auf einem passwortgeschützten Account oder durch den Umstand der weiten Verbreitung im regulären Geschäftsverkehr gegeben sein können, lässt sich jedenfalls grundsätzlich ohne weiteres auch auf andere digitale Kommunikationsformen als den E-Mailverkehr übertragen.

<sup>19</sup> BGE 116 IV 343, E. 5b.

<sup>20</sup> Boog in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafrecht I, 2. Aufl., 2007, Art. 110 Abs. 4 N 75.

### 3. Entscheidung des Bundesgerichts vom 24. August 2012<sup>21</sup> (Systemloses Vorgehen als gewerbsmässiger Betrug)

#### a) Sachverhalt

Der Beschuldigte erwarb im Jahre 2004 die Aktienmängel von zwei Aktiengesellschaften, welche er anschliessend umfirmierte. Das statutarisch festgelegte Grundkapital der Gesellschaften betrug CHF 120'000.– bzw. CHF 100'000.–. Die Gesellschaften verfügten jedoch weder jemals über Eigenmittel noch über Bankguthaben. Der Beschuldigte verkaufte den Geschädigten/Investoren in unterschiedlichem Umfang Aktien der beiden Gesellschaften. Ausserdem zahlte der Beschwerdeführer ihm gewährte Darlehen anstatt durch Geld durch die Übergabe von Aktien der genannten Gesellschaften zurück. Die Vorinstanz hielt fest, dass der Beschuldigte bei der Investorensuche jeweils system- und strategielos vorgeing. Er habe aber gewusst, dass seine Angaben beim Verkauf der Aktien nicht der Wahrheit entsprachen und nahm eine Täuschung und Schädigung der Anleger zumindest in Kauf.

Das Obergericht des Kantons Zug sprach den Beschuldigten am 8. März 2012 zweitinstanzlich des gewerbsmässigen Betrugs schuldig. Dagegen führte der Beschuldigte Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

#### b) Urteil

Nebst einer allgemeinen Willkürklage machte der Beschwerdeführer insbesondere geltend, dass sein Handeln das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB nicht erfüllt habe. Er argumentierte, dass sein von der Vorinstanz festgestelltes system- und strategieloses Vorgehen bei der Investorensuche der Gewerbsmässigkeit des Betrugs entgegenstehe. Der Vorinstanz folgend lehnt das Bundesgericht die Beschwerde der fehlenden Gewerbsmässigkeit ab. Es hält fest, dass Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB grundsätzlich gegeben ist, wenn die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausgeübt wird. Dies sei abhängig von der investierten Zeit, den aufgewendeten Mitteln, von der Häufigkeit der Einzelakte sowie von der Höhe und Regelmässigkeit der angestrebten Einnahmen. Aus dem vom Beschwerdeführer betriebenen Aufwand, dem jeweils gleichlautenden Lügengebäude und den erzielten Einkünften ergebe sich, dass der Betrug des Beschuldigten nach der Art eines Berufes ausgeübt worden sei. Weiter stellt das Bundesgericht fest, dass die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Geschädigten Investoren system- bzw. strukturlos oder sogar zufällig und planlos anging, eine Subsumtion unter Art. 146 Abs. 2 StGB nicht ausschliesse. Folgerichtig wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es auf sie eingetreten war.

#### c) Bemerkungen

Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes auch plan- und strukturlos ausgeübt werden kann.

Dem ist zu folgen. In der älteren Lehre ist zwar verschiedentlich versucht worden, den Begriff der Gewerbsmässigkeit auf „*planmässig organisiertes gewinnstrebiges Vorgehen*“ zu beschränken<sup>22</sup> und auch in der Praxis waren Schritte in Richtung einer restriktiveren Auslegung dieses Qualifikationsmerkmals festzustellen.<sup>23</sup> Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung geht zur Einengung des Merkmals der Gewerbsmässigkeit allerdings, wie auch der hier besprochene Entscheid zeigt, für die Umschreibung des Begriffs Gewerbsmässigkeit vom Terminus des berufsmässigen Handelns aus. Nicht auf das planmässige oder strukturierte Vorgehen kommt es demnach an, sondern darauf, dass der Täter sich auf derart regelmässige Einnahmen aus seiner deliktischen Tätigkeit verlässt, dass ein Ausstieg aus der Delinquenz kaum noch möglich ist. Dies ist sachlich richtig, denn über das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit soll gerade derjenige Täter höher bestraft werden, der eine besondere soziale Gefährlichkeit offenbart, weil er vor dem Hintergrund sei-

<sup>21</sup> Entscheid des Bundesgerichts 6B\_263/2012 vom 24. August 2012, abrufbar unter: [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2012/Entscheide\\_6B\\_2012/6B.263\\_2012.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_6B_2012/6B.263_2012.html) (zuletzt besucht am 23.12.2012).

<sup>22</sup> Vgl. etwa Halter, ZStrR 1947, S. 351 ff.; ähnlich Schultz, ZStrR 1962, S. 12 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Niggli/Riedo in: Wiprächtiger/Niggli, Basler Kommentar zum Strafrecht I, 2. Aufl., 2007, Art. 139 N 82 m.w.Hinw.

ner Lebensumstände und der zu ihrer Finanzierung benötigten Einkünfte geradezu auf das weitere Begehen von Straftaten angewiesen ist.<sup>24</sup>

#### 4. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 11. Juli 2012<sup>25</sup> (keine analoge Anwendung von Art. 248 Abs. 2 StPO auf das Verwaltungsstrafverfahrensrecht)

##### a) Sachverhalt

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) eröffnete eine Untersuchung nach dem Kartellgesetz (KG) gegen die A-SA. Der Untersuchung lag der Verdacht von Gebietsabsprachen und damit eines Verstosses gegen Art. 5 KG zugrunde. Im Rahmen dieser Untersuchung führte die Weko bei der A-SA eine Hausdurchsuchung durch und stellte dabei verschiedene Unterlagen und Datenträger sicher. Die A-SA verlangte anlässlich der Hausdurchsuchung die Versiegelung eines Datenträgers, weil sich darauf Korrespondenz zwischen ihr und ihrem Anwalt befände.

Mit Gesuch vom 5. April 2012 – also fast vier Monate nach der Versiegelung – beantragte die Weko bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts die Entsiegelung. Die A-SA wandte neben anderen Gründen gegen eine Entsiegelung ein, dass das Entsiegelungsgesuch mit Blick auf Art. 248 Abs. 2 StPO, der zur Einreichung des Entsiegelungsgesuchs eine Frist von 20 Tagen vorsieht, verspätet sei. Die Weko stellte sich hingegen auf den Standpunkt, dass das VStrR zwar keine Frist vorsehe, die vorgenannte Vorschrift der StPO aber auch nicht analog herangezogen werden könne und daher das Gesuch rechtzeitig eingereicht worden sei.

##### b) Urteil

Das Bundesstrafgericht folgt dem Verweis der A-SA auf Art. 248 Abs. 2 StPO nicht. Dies mit der Begründung, dass Art. 1 Abs. 2 StPO vorsehe, dass die Verfahrensvorschriften anderer Bundesgesetze (gegenüber den Bestimmungen der StPO) vorbehalten bleiben. Zu den Verfahrensgesetzen, die nicht von der StPO verdrängt werden, sondern anwendbar blieben, gehöre das VStrR. Das VStrR sei vom Gesetzgeber bei der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bzw. beim Erlass der StPO bewusst ausgeklammert worden. Das Bundesstrafgericht gelangt deswegen zu dem Schluss: *"Im Bereich des Verwaltungsstrafrechts des Bundes sind daher nur jene Regeln der StPO zur Anwendung zu bringen, auf welche das VStrR explizit verweist."*

Da das Verwaltungsstrafgesetz die Siegelung zwar in Art. 50 VStrR regelt, anders als die StPO aber keine spezielle Entsiegelungsfrist vorsehe und auch nicht ausdrücklich auf jene der StPO verweise, hiess die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts das Entsiegelungsgesuch der WeKo folgerichtig gut.

##### c) Bemerkungen

Der prozessrechtliche Entscheid des Bundesstrafgerichts hat für das Verhältnis von Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht bzw. für deren jeweilige Verfahrensrechte weitreichende Bedeutung. Er vermag nicht zu überzeugen.

In Lehre und Praxis ist – im Gegensatz zum deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>26</sup> – nahezu unstrittig, dass das Verwaltungsstrafrecht echtes Strafrecht darstellt und dabei begrifflich dem Nebenstrafrecht zuzuordnen ist.<sup>27</sup> Aufgrund dieser Wesensgleichheit ist jede

<sup>24</sup> Vgl. Niggli/Riedo in: Wiprächtiger/Niggli, Basler Kommentar zum Strafrecht I, 2. Aufl., 2007, Art. 139 N 88.

<sup>25</sup> Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2012.4 vom 11. Juli 2012, abrufbar unter: [http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch/BSTGER-11.07.2012\\_BE.2012.4](http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch/BSTGER-11.07.2012_BE.2012.4) (zuletzt besucht am 23.12.2012). Vgl. hierzu auch die Anmerkung von Acher mann, Zum Verhältnis Strafprozessrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 1. Oktober 2012.

<sup>26</sup> Zur umstrittenen Rechtsnatur des Ordnungswidrigkeitenrechts vgl. Bohnert in Senge, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., 2006, Einleitung, Rn. 109ff. Jüngst wird wieder vermehrt eine qualitative Unterscheidbarkeit angenommen, vgl. Kleszczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, Rz. 4ff.

<sup>27</sup> Vgl. Eicker/Frank/Acher mann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht (2011), S. 4 ff. m.w.Hinw. Erwähnenswert ist, dass das schweizerische Verwaltungsstrafrecht zwar dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht ähnlich ist, aber dennoch weit über dieses hinausgeht. So können im Verwaltungsstrafrecht etwa Freiheitsstrafen verhängt werden (bspw. nach Art. 14 VStrR und Art. 86 HMG).

Ausdehnung des Ahndungsbereichs des Verwaltungsstrafrechts gegenüber dem Strafrecht wertungswidersprüchlich. Das gilt nicht nur für das materielle Recht, sondern muss auch für das Verfahrensrecht gelten. Denn Letzteres dient der Durchsetzung von Ersterem. Es kann nicht angehen, dass der einer Straftat nach Art. 146 StGB (Betrug) beschuldigten Person grösserer prozessualer Schutz zusteht, als derjenigen, welcher ein verwaltungsstrafrechtlicher Vorwurf nach Art. 14 VStrR (Leistungs- und Abgabebetrug) gemacht wird. Denn beiden drohen empfindliche Freiheitsstrafen.

Aber nicht nur systematische Gründe sprechen für eine solche Ansicht. Das Verwaltungsstrafverfahren ist auf eine besonders schnelle Durchführung der Untersuchung ausgelegt. Das zeigt sich etwa an den sehr kurzen Beschwerdefristen (3 Tage). Vor diesem Hintergrund ist es nicht verständlich, dass die Untersuchungsbehörde nahezu unbeschränkt zuwarten können soll, bevor sie ihr Entsigelungsgesuch stellt. Das kann nicht nur das Verfahren auf unbestimmte Dauer verlängern, sondern erschwert auch eine effektive Verteidigung des Beschuldigten.<sup>28</sup>

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der hier besprochene Entscheid eine frühere Empfehlung des Bundesstrafgerichts konterkariert. So führte das Gericht am 14. Januar 2010 noch aus: „Der Gesuchstellerin [in jenem Fall ebenfalls die Weko; Anm. der Verfasser] wird jedoch empfohlen, sich bei weiteren Entsigelungsgesuchen an der künftigen Frist von 20 Tagen zu orientieren.“<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Zur Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren vgl. Frank, AJP 2012, S. 1266ff.

<sup>29</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2009.21 vom 14. Januar 2010, E. 1.4.

---

## Tagungsbericht

---

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

# „Schwarze Kassen und Kickbacks unter Privaten“

**Tagungsbericht zur Internationalen Tagung am Max-Planck-Institut für Strafrecht am 16.11.2012 in Freiburg i. Br.**

Am 16.11.2012 fand eine Vortrags- und Diskussionsveranstaltung zu „Schwarze Kassen und Kickbacks unter Privaten“ statt, die in Kooperation durch das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, das Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und die WisteV e.V. in den Räumen des MPI in Freiburg i. Br. veranstaltet wurde.

Das Freiburger Institut gehört seit 1966 der Max-Planck-Gesellschaft an. Bereits davor hatte es unter der Führung seines ersten Direktors Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck eine klare rechtsvergleichende Ausrichtung erhalten und diese bis heute beibehalten. 1970 kam ein kriminologisch orientierter Forschungsschwerpunkt hinzu. In einer Welt, in der sich räumliche Distanzen leichter und schneller überbrücken lassen und in der wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen – einschließlich strafbaren Handelns – nicht mehr an nationalen Grenzen Halt machen, wird gerade im Wirtschaftsstrafrecht die Berührung mit fremdem Strafrecht immer häufiger. Damit wächst auch das in Deutschland in einzigartiger Weise durch das Freiburger MPI gestillte Informationsbedürfnis bezüglich ausländischer Rechtsordnungen. Vor diesem Hintergrund erschien es ideal, dass eine rechtsvergleichende Tagung zur strafrechtlichen Ahndung zentraler Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität – der Bestechung unter Privaten – in Deutschland, Frankreich, Italien, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und den USA am bestens ausgestatteten Sitz des MPI stattfinden konnte.

Der Direktor des MPI, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich *Sieber*, stellte zunächst das MPI und seine aktuellen Forschungsschwerpunkte vor, führte kurz in die Thematik der Veranstaltung ein und übernahm anschließend – zusammen mit dem Leiter des Referats Wirtschaftsstrafrecht, Dr. Marc *Engelhart* - die Moderation der Veranstaltung. Rechtsanwalt Dr. Markus *Rübenstahl* machte die ca. 50 Teilnehmer mit der mitveranstaltenden WisteV e.V. bekannt, erläuterte knapp das – insbesondere im Zusammenhang mit multinationalen unternehmensinternen Untersuchungen stehende - Interesse des Praktikers an der strafrechtlichen Einordnung von Vorteilsgewährungen im geschäftlichen Verkehr und skizzierte den der Rechtsvergleichung hier zugrunde zu legenden Praxisfall: Die A-AG verkauft der B-GmbH Waren für EUR 300 Mio. trotz günstigerer Konkurrenzangebote, nachdem V (aus dem mittleren Management der A) dem E – dem für den Einkauf zuständigen Mitglied der Geschäftsleitung von B – EUR 15 Mio. für die Auftragsvergabe versprochen hatte. V überwies EUR 15 Mio. von A als Honorar für fiktive Beratungsleistungen zunächst an die schweizerische Domizilgesellschaft X – auf deren Konto V allein Zugriff hat - und von dort aus auf ein offshore-Konto des E. Der Aufwand wird bei A als Betriebsausgabe verbucht und in Steuererklärung und Bilanz gewinnmildernd berücksichtigt. Aus den jeweils sehr umfangreichen Vorträgen und Falllösungen der Referenten können im Folgenden nur einzelne Punkte herausgegriffen werden:

Aus der Perspektive des deutschen Strafrechts offerierte Prof. Dr. Walter *Perron* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) umfassende Lösungsvorschläge hinsichtlich des geschilderten Ausgangsfall sowie der zahlreichen den Referenten aufgegebenen Fallvarianten. *Perrons* Ausführungen zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr waren insbesondere insofern von Interesse, als er – im Gegensatz zu einigen Stimmen in der Literatur - eine Strafbarkeit des Vorteilsnehmers E nach § 299 Abs. 1 StGB für diejenige Fallvariante ablehnte, dass E Alleingesellschafter der B-GmbH und damit wirtschaftlich betrachtet Inhaber ist. Eher kritisch befasste sich *Perron* mit der aus Rechtsprechungssicht regelmäßig bereits aufgrund der Zahlung des Schmiergelds an die „schwarze Kasse“ X gegebenen Untreuestrafbarkeit des V. Insofern sah der Referent – trotz der bestätigenden Rechtsprechung des BVerfG – die Gefahr einer Überdehnung des Untreuetatbestands durch die Rechtsprechung, möglicherweise mit dem Ziel der Umgehung von Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf Bestechungstatbestände.

Sodann stellte Avocat au barreau *Stephane Bonifassi* (Lebray & Associates, Paris) eingehend und fallorientiert die französische Rechtslage dar. Aus deutscher Sicht war es besonders interessant zu erfahren, dass Frankreich erst 2007 eine dem § 299 StGB in der Reichweite annähernd entsprechende Strafnorm eingeführt hat, die bislang offenbar in der Strafverfolgungspraxis noch nicht sonderlich intensiv – wenn auch wohl mit steigender Tendenz – herangezogen wird. Zudem könnte V auch einen Betrugstatbestand nach französischem Recht (zu Lasten der B-GmbH) verwirklicht haben, da es nicht auf Kenntnis und Zustimmung des E allein ankomme, sondern auf die unverfälschte Willensbildung der juristischen Person bei der Auftragsvergabe abzustellen sei. Hinsichtlich von A und V stehe zudem ein untreueähnlicher Tatbestand des seit 1994 geltenden französischen Unternehmensstrafrechts im Raum, der den Missbrauch von Unternehmensmitteln unter Strafe stellt; hieraus können sich überdies Schadensersatzansprüche gegen V ergeben. Bilanzstraftaten und Kartell- oder Wettbewerbsdelikte seien in Frankreich entweder nicht einschlägig oder jedenfalls für derartige Sachverhalte ohne praktische Bedeutung. Hinsichtlich des Aufwands für die Bestechung Privater sei es derzeit im Übrigen nicht sicher, dass dessen steuerliche Geltendmachung eine Steuerhinterziehung darstelle, da unklar sei, ob derartige Zahlungen – wie in der Vergangenheit der Fall – noch steuerlich abzugsfähig sind.

Anschließend stellte Prof. Vincenzo *Militello* (Università di Palermo) ausführlich und mit großem Vertiefungsgrad das einschlägige italienische Recht dar. Er ging hierbei eingangs besonders auf das neue Gesetz Nr. 190 vom 6. November 2012 zur Reform des italienischen Korruptionsstrafrechts ein, das am 28. November 2012 in Kraft trat. Hier war insbesondere der geänderte Art. 2635 des Zivilgesetzbuchs (Codice Civile) Gegenstand seiner Erläuterungen, der als Teil des Gesellschaftsstrafrechts – und somit nur für Handelsgesellschaften - nunmehr explizit Bestechung unter Privaten mit einer Freiheitsstrafe bedroht. Trotz einer Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt sei aufgrund der Reform mit einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs und seiner praktischen Relevanz zu rechnen. Dies sei u.a. darauf zurückzuführen, dass neuerdings auch die Vorteilsannahme und Vorteilsgewäh-

rung durch Angehörige des mittleren Managements durch die Vorschrift erfasst sei und eine Strafverfolgung auch ohne Strafantrag der Gesellschaft zulässig sei, wenn die Tat zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hat. Weiter sei aus Unternehmenssicht wichtig, dass der Gesetzgeber die Vorschrift auch in den Katalog derjenigen Straftaten einbezogen hat, die die strafrechtsähnliche Unternehmenshaftung gemäß dem Legislativdekret Nr. 231/2001 eröffnen. Es sei – anders als nach bisheriger Rechtslage – damit zu rechnen, dass Fälle wie der Ausgangsfall und seine Abwandlungen nach Art. 2635 des Zivilgesetzbuchs (bei Störung des Wettbewerbs von Amts wegen) verfolgt werden können. Eine Anwendbarkeit auf zwischenstaatliche Sachverhalte und ausländische Gesellschaften mit Sitz im Ausland könne nicht ausgeschlossen werden, da in der italienischen Rechtsprechung eine sehr weitgehende Anwendung der Rechtsfigur des faktischen Funktionsträgers (Geschäftsführers usw.) verbreitet sei, so dass die Verwendung von legaldefinierten Begrifflichkeiten in Art. 2635 kein zwingender Hinderungsgrund sein müsse. Praktisch ohne große Bedeutung dürften hingegen aufgrund der seit 2005 kurzen Verjährungsfristen und der Strafbarkeitsschwellenwerte die Bilanzdelikte der Art. 2621, 2621 des Zivilgesetzbuchs bleiben. Zweifelhafte sei auch die Anwendbarkeit des Unterschlagungstatbestands Art. 646 des italienischen Strafgesetzbuchs (Codice Penale) auf die Verwendung von Unternehmensvermögen als Bestechungsgeld.

Frau Prof. Dr. Marianne *Hilf* (Universität St. Gallen) erläuterte nach einer kurzen Pause sodann umfänglich, systematisch und mit großem didaktischen Geschick die komplexe Rechtslage in der Schweiz. Zunächst beschrieb sie den Anwendungsbereich des hier regelmäßig einschlägigen Tatbestands der Privatbestechung gem. Art. 4a UWG der Schweiz. Anders als nach deutschem Recht sei dieser jedoch nicht anwendbar, wenn der Geschäftsherr den Vorteil genehmige. Einen Schwerpunkt der Darstellung machte die Beschreibung und Subsumtion der untreueähnlichen Tatbestände, insbesondere des Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB-CH (Ungetreue Geschäftsbesorgung) – der nach h.M. wohl hinsichtlich des V einschlägig wäre – aus. Ein Betrug hingegen sei wie nach deutschem Strafrecht abzulehnen, da der entscheidungsbefugte E bei B nicht getäuscht worden ist. Aus Sicht des deutschen Zuhörers überraschend komme für das Handeln des V grundsätzlich auch eine Strafbarkeit wegen Geldwäscherei nach Art. 305bis Ziff. 1 StGB-CH in Betracht, da das Schweizerische Strafrecht auch den Täter der Haupttat erfasst. Interessant ist auch, dass die Verwirklichung des an sich passenden Tatbestands der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB-CH) hinsichtlich der Verbuchung des Schmiergelds als Beraterhonorar zweifelhaft ist, weil diesbezüglich wohl nur eine nicht tatbestandsrelevante schriftliche Lüge vorliege, denn Bestechungsaufwand für Private sei jedenfalls bei einer rein steuerlichen Betrachtung nicht von der Abzugsfähigkeit ausgeschlossen. Der E habe hingegen – trotz des großen, nicht deklarierten Betrages des empfangenen Schmiergelds durch die steuerliche Nichtgeltendmachung – nur eine mit Geldbuße von 1/3 bis dem 3-fachen des Hinterziehungsbetrags sanktionierte steuerliche Übertretung, aber keine Straftat begangen. Zu denken sei – soweit es zu Straftaten gekommen sei – an das Unternehmensstrafrecht (Art. 102 StGB-CH).

Im Anschluss gab der erfahrene Barrister Monty *Raphael* QC (Peters & Peters, London) in launig-ironischer Form einen praxisnahen, ergebnisbezogenen Überblick über die Rechtslage in England und Wales, dessen Schwerpunkte im verfahrenstatsächlichen Bereich lagen. *Raphael* wies zunächst darauf hin, dass der erste gesetzlich umschriebene Korruptionstatbestand im privaten Bereich bereits 1906 in das britische Strafrecht eingeführt wurde; mit Strafe bedroht wurde die Bestechung von Hausangestellten, wenn diese zum Nachteil ihrer Arbeitgeber durch Abschluss wirtschaftlich unvorteilhafter Verträge über deren Vermögen disponierten. Seit jeher sieht hingegen das Case Law einen Straftatbestand des „misconduct of public officials“ vor, unter den die Bestechung und die Bestechlichkeit von Amtsträgern subsumiert werden. Der am 1. Juli 2011 in Kraft getretene UK Bribery Act von 2010 löste sämtliche bestehende Straftatbestände ab und führte einen einheitlichen Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit ein, der sowohl auf die Amtsträgerbestechung als auch auf die Bestechung im geschäftlichen Verkehr anwendbar ist. Bislang sei erst ein einziger Fall mit Bagatelldarakter angeklagt und abgeurteilt worden. Auch perspektivisch sieht *Raphael* keinen Strafverfolgungsschwerpunkt der britischen Behörden im Korruptionsstrafrecht oder im Wirtschaftsstrafrecht überhaupt. Die – zukünftige – Praxisrelevanz insbesondere der Strafbarkeit der Bestechung im geschäftlichen Ver-

kehr wurde von *Raphael* besonders stark in Zweifel gezogen, da er davon ausgeht, dass die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen ihres breiten Ermessens andere Prioritäten in der Strafverfolgung setzen würden, u.a. auch, weil es hier keine attraktiven Abschöpfungsmöglichkeiten gebe. Dies alles, obwohl der Tatbestand des Bribery Act auf Fälle wie den vorliegenden regelmäßig anwendbar sei, da dessen Anforderungen gering seien; insbesondere sei es nicht erforderlich, dass der Nehmer außer der Annahme des Vorteils eine konkrete Handlung ausführe. Nicht einschlägig sei hier für die Geberseite das „statute law“ zur Geldwäsche („money laundering“) von 2002, da das Geld noch nicht aus einer Straftat resultiere. Der „Fraud Act“, der grundsätzlich einen Missbrauch der beruflichen Position – wie hier durch V und E – unter Strafe stelle, könnte an sich zur Anwendung kommen, auch insofern sei allerdings nicht mit Anklagen zu rechnen. Entsprechendes gelte für das – mangels Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern – ebenfalls einschlägige Steuerstrafrecht. Denkbar sei allenfalls, dass die Behörden gegenüber Unternehmen ermitteln und auf ein „deferred prosecution agreement“ mit der Folge von Bußgeldern und zivilrechtlichen Abschöpfungsmaßnahmen („disgorgement“) ohne Prozess hinarbeiten.

Abschließend stellte der ehemalige US-Bundesstaatsanwalt Robert J. *Cleary* (Proskauer Rose LLP, New York) das einschlägige US-Strafrecht vor. Auch er hielt einleitend fest, dass er in der Praxis nicht mit einer intensiven Verfolgung von (bloßen) Bestechungsstraftaten im geschäftlichen Verkehr rechne, dies jedenfalls bisher sehr selten geschehe, obwohl es mit § 299 StGB vergleichbare, anwendbare Straftatbestände durchaus gebe. Zwar stelle ein Bundesgesetz die Bestechung unter Privaten nicht direkt unter Strafe, jedoch können über die Vorschriften des sogenannten „Travel Act“ bei bundesstaatsübergreifendem Bezug („interstate commerce“) auch durch Bundesstaatsanwälte die entsprechenden Straftatbestände der Einzelstaaten zur „commercial bribery“ herangezogen werden. Daneben sei auch eine Verfolgung über die sehr weitreichenden Vorschriften zum „Mail and Wire Fraud“ denkbar. Auch über den Buchhaltungs- und Bilanzierungstatbestand des US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) von 1977 kann jedenfalls die Verbuchung von Bestechungsaufwand unter unzutreffender Bezeichnung, d.h. wenn dieser nicht eindeutig als Schmiergeld bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt werden. Bei einer steuerlichen Geltendmachung werden typischerweise auch Steuerstraftaten verwirklicht, wobei die Behörden allerdings primär dem steuerlichen und nicht dem strafrechtlichen Aspekt nachgehen würden. Allerdings existierten Spezialtatbestände für bestimmte Sektoren (Finanzsektor, Gesundheitssektor), die ein Verhalten wie das von V und E mit Strafe bedrohten und die aufgrund der vorgegebenen Prioritäten der Bundesstaatsanwaltschaften („overriding federal interest“) auch effektiv zur Anwendung gebracht würden.

Dr. *Engelhart* fasste abschließend die Ergebnisse der Tagung zusammen, was ihm angesichts der nicht unerheblichen Unterschiede der behandelten Rechtsordnungen eine erhebliche Befähigung zur Synthese abnötigte. Schließlich konnten die zahlreichen, durch die Vorträge stimulierten Diskussionen im Rahmen des get together mit Buffet fortgesetzt werden. Ein schlussendlicher Höhepunkt für die rechtsvergleichend besonders interessierten Gäste war die Führung Dr. *Engelharts* durch die Räumlichkeiten, insbesondere die Bibliothek des MPI mit ihrem in Deutschland und Europa wohl unübertroffenen strafrechtlichen Bestand von über 400.000 Bänden, zu denen jährlich nach wie vor ca. 10.000 Bände hinzu kommen.

## Tagungsbericht

Rechtsanwältin Hannah Milena Piel, Düsseldorf

## Tagungsbericht zur internationalen Tagung zum Thema Internal Investigations am 07.12.2012 in Frankfurt

Gemeinsam mit der Criminal Justice Section der American Bar Association (ABA) empfing die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) am 07.12.2012 Teilnehmer aus ganz Europa und Nordamerika zu einer ersten internationalen Konferenz zum Thema Internal Investigations. Die Criminal Justice Section der ABA hat in den USA über 20.000 Mitglieder, unter denen sich Staatsanwälte, Verteidiger, Richter und Wissenschaftler befinden. Sie ist damit ebenso interdisziplinär ausgerichtet wie die WisteV. Vor diesem Hintergrund bestand schnell ein Grundkonsens und damit eine Basis für die erfolgreiche Zusammenarbeit bei der Ausrichtung einer internationalen Konferenz, die gerade die internationalen Aspekte unternehmensinterner Ermittlungen zum Inhalt haben sollte. Dass diese internationalen Fragestellungen von herausragender Bedeutung sind, ergibt sich bereits daraus, dass die „geregelte“ Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen aus den USA stammt und dort auf Grundlage der Vorgaben der Securities and Exchange Commission (SEC) und des amerikanischen Justizministeriums (Department of Justice, DoJ) entwickelt wurde. Diese Vorgaben und auch die Forderung nach Durchführung von Internal Investigations in den Unternehmen haben weltweite Bedeutung jedenfalls dadurch erlangt, dass auf dem Weltmarkt tätige Unternehmen aus aller Welt, deren Wertpapiere an den US-Börsen gelistet wurden, sich bei der SEC registrieren mussten und hierdurch in den Anwendungsbebereich des dortigen Straf- und Wertpapieraufsichtsrechts geraten sind und u.a. den entsprechenden Verpflichtungen zur Errichtung eines Compliance Systems genügen mussten. Inzwischen gilt dies nicht mehr nur für die US-amerikanischen bilanzstrafrechtlichen und korruptionsstrafrechtlichen Vorschriften des Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Vielmehr haben eine Vielzahl von Ländern außerhalb der vereinigten Staaten eigene Antikorruptionsgesetze geschaffen und mit extraterritorialer Anwendbarkeit versehen, so dass jedenfalls Korruptionsverstöße innerhalb eines Unternehmens zu einer Haftung des Unternehmens in einer Vielzahl von Ländern führen können, soweit auch nur ein irgendwie gearterter Bezug zu dem jeweiligen Land und dessen Antikorruptionsgesetzgebung besteht. Die Bedeutung internationaler Herangehensweisen und Anforderungen an unternehmensinterner Ermittlungen ist nach alledem evident, ein Austausch zwischen den maßgeblich mit diesem Thema befassten Akteuren unverzichtbar.

Zu der Konferenz kamen Mitglieder mehrerer ausländischer Strafverfolgungsbehörden, Rechtsanwälte, Compliance Mitarbeiter und Wissenschaftler, die sich mit dem Gebiet der Internal Investigations befassen.

Die Veranstaltung begann mit der Begrüßung durch *Prof. Lucian E. Dervan*, USA, im Namen der ABA. Professor Dervan stellte kurz die Zusammensetzung und Ausrichtung der Criminal Justice Section der ABA vor und wies auf die Bedeutung der von der ABA abgehaltenen Konferenzen für den Meinungsaustausch und zur Rechtsfortbildung und Ausbildung hin. Sodann erinnerte Professor Dervan kurz an das Entstehen der Forderung nach Internal Investigations und die Entwicklung dieser Rechtsfigur, sowie deren heute bestehende internationale Bedeutung.

*Dr. Markus Rübenstahl*, Köln, hieß die Veranstaltungsteilnehmer im Namen der WisteV willkommen und erläuterte die Arbeit der WisteV insbesondere auch im Bereich Compliance und Internal Investigations sowie im Hinblick auf die Förderung von internationalem Austausch und Zusammenarbeit.

Sodann begann die Konferenz mit dem 1. Panel zum Thema „aktuelle Trends in transnationalen internen Ermittlungen“, die von *Scott L. Marrah*, Kilpatrick Townsend & Stockton LLP, USA moderiert wurde. Auf dem Podium diskutierten *Gary G. Grindler*, Stabschef des US-Justizministers (U.S. Attorney General) Eric Holder und früherer amtierender/kommissarischer Stellvertreter US-Justizminister, USA, *Jimmy Pappas*, Managing

Director, Alvarez & Marsal, USA, *Frank Viessmann*, Senior Counsel Daimler AG, Deutschland, und *Walter White*, McGuire Woods, Großbritannien. *Jimmy Pappas*, der selbst in einer Vielzahl von Fällen als Untersuchungsleiter von Internal Investigations gearbeitet hat, wies auf die weiterhin weltweit große Bedeutung der Ermittlungsverfahren des DoJ hin sowie darauf, dass insbesondere die Anzahl der Korruptionsprozesse in den USA mit Auslandsbezug sich in letzten Jahren verdoppelt haben und in diesem Zeitraum über 2 Milliarden Dollar als Geldbußen auferlegt wurden. Immer größere Bedeutung würde dabei dem Aspekt der Vermögensabschöpfung zukommen. Sodann wurde der neue Resource Guide zum FCPA, der von der Criminal Section des DoJ am 15.11.2012 herausgegeben wurde, vorgestellt. Das 120 Seiten starke Dokument gibt präzisierende Vorgaben zur aktuellen Auslegung des FCPA durch SEC und DoJ. Insbesondere wird darin der Werthaltigkeitsbegriff von etwaigen Bestechungsleistungen – vom FCPA bezeichnet als „anything of value“ – näher definiert und mit Beispielen versehen. Auch aus Sicht des DoJ soll der FCPA nicht generell Höflichkeitsgeschenke verbieten, sondern allein solche Bestechungshandlungen, mit denen eine irgendwie geartete Gegenleistung hervorgerufen werden soll, und die deshalb nicht mehr als unbedenklich erscheinen. *Walter White* wies aus britischer Sicht darauf hin, dass in Großbritannien eine Initiative zur Erstellung von Richtlinien zum UK Bribery Act leider kürzlich gestoppt worden sei und dass aus seiner Sicht gerade die mangelnde Bestimmtheit in diesem Bereich zu gesellschaftlichen Problemen führe, da bei den Unternehmen insoweit große Unsicherheit herrsche. Aus seiner Sicht seien die vielen leeren Sitze bei Veranstaltungen der Olympischen Spiele in London insbesondere auch eine Folge der Angst der Unternehmen gewesen, Personen zu Sportveranstaltungen einzuladen („business seats“). Auch aus Sicht von *Frank Viessmann* stellt die Unsicherheit in diesem Bereich ein Problem dar, das gerade durch unterschiedliche Regelungen in den verschiedenen Ländern verstärkt wird. Er wünscht sich aus Sicht der Daimler AG eine stärkere Rechtsvereinheitlichung zumindest in den europäischen Ländern und Nordamerika. *Jimmy Pappas* bemerkte dazu, dass dessen ungeachtet ein effektives Compliance Programm eines Unternehmens auch dynamisch sein müsse, um mit den jeweiligen Entwicklungen in der Gesellschaft Schritt zu halten. Daraufhin müssten die Unternehmen ihre Compliance Programme auch immer wieder neu überprüfen. *Gary G. Grindler* sah einen aktuellen Trend in den USA auch im Bereich der Geldwäsche- und Kartellaufdeckung. Dies seien Themenkomplexe, mit denen sich die Ermittlungsmaßnahmen des DoJ gerade verstärkt beschäftigten. *Walter White* und *Jimmy Pappas* stellten als weiteren aktuellen Themenkomplex für unternehmensinterne Untersuchungen internationale Finanztransaktionen aus Sicht der Banken dar. Gerade Terrorismusbekämpfungsmaßnahmen hätten hier zu einer stärkeren Überwachung der Bankkunden und der von der Bank vorgenommenen Bankgeschäfte geführt. Zudem hätte die Bankenkrise Anlass für Internal Investigations gegeben und zu einer Verschärfung der bankeninternen Regelungen geführt. Zuletzt kam der weltweit unterschiedliche Umgang mit Whistleblowern zur Sprache. *Walter White* wies darauf hin, dass in den meisten Ländern der Welt ein hohes Risiko mit dem Aufdecken von Verfehlungen einhergehe und erinnerte an den aktuellen Fall aus Russland, bei dem ein Whistleblower ermordet wurde.

Das 2. Panel zum Thema „Auswahl der richtigen Untersuchungsleiter und der richtigen Strategie für die Durchführung von Internal Investigations“ wurde durch *T. Markus Funk*, Perkins Coie LLP, USA, moderiert. Auf dem Podium diskutierten *Niels Hartwig*, Leiter des Global Funktions & Project Office, Siemens AG, *Andy O’Connell*, Chief Executive Officer Guidepost Solutions LLC, USA und *Tom Stocker*, Pinsent Mason LLP, Großbritannien. Herr *Hartwig* schilderte hier sehr anschaulich die Erfahrungen seines Unternehmens mit der Auswahl und Koordinierung zahlreicher externer Berater im Rahmen der äußerst umfangreichen internen Korruptionsuntersuchungen vor einigen Jahren. *O’Connell* und *Funk* trugen hierzu die US-Perspektive bei, *Stocker* äußerte sich zur britischen Sichtweise.

Zum Abschluss des Vormittags und bevor die Teilnehmer eigene Gespräche im Rahmen des Mittagessens fortsetzen konnten, hielt *Dr. Klaus Moosmayer*, Chief Counsel Compliance der Siemens AG einen anregenden Kurzvortrag zu der Globalisierung von internationalen Internal Investigations. Er ging dabei kurz auf die Geschichte von Siemens als weltweitem Konzern ein, um sodann die damit heutzutage einhergehenden Herausforderungen für den Konzern zu schildern, weltweite Compliance Standards einzuführen und auf deren Einhaltung hinzuwirken.

Nach dem Mittagessen wurde die Konferenz mit dem 3. Panel fortgesetzt, in dem *Lynn Neils*, Covington & Burling, USA, und *Daniel Nardello*, Nardello & Co., USA, Großbritannien, das Podium zum Thema „Dokumente sammeln, sichten und weitergeben auf internationaler Ebene“ moderierten. Auf dem Podium diskutierten *Günter Degitz*, Forensic Technology Practise Group Leader, Alvarez & Marsal, Deutschland und *Francesco Isolabella della Croce*, Studio legale Lodovoco Isolabella, Italien. *Isolabella della Croce* wies zunächst darauf hin, dass im Hinblick auf die Aufbewahrung und insbesondere Weitergabe von Dokumenten erhebliche Unterschiede zwischen den USA und den europäischen Staaten bestünden, die auch in den jeweiligen Verfassungen der Staaten angelegt seien. Für die Länder in Europa komme der Schengen-Vertrag hinzu, der den Bürgern Europas vollständige Reisefreiheit garantiere. Zugleich versuche die europäische Union die Daten des „reisenden“ EU-Bürgers zu schützen. *Günter Degitz* ging sodann auf die spezifische Situation in Deutschland ein, wo der Datenschutz auch aufgrund der nationalen Geschichte einen besonders hohen Stellenwert habe. In den deutschen Unternehmen seien die Betriebsräte sehr mächtig, zugleich sei stets die Zusammenarbeit mit einem Datenschutzbeauftragten vonnöten. Die strengen Reglementierungen hätten dazu geführt, dass Daten maximal innerhalb der EU ausgetauscht werden könnten, nicht jedoch in die USA weitergegeben werden dürften. Eine Weitergabe von Daten in die USA könne deshalb allenfalls dadurch erfolgen, dass Daten einem lokal ansässigen Dritten übergeben würden, der seinerseits zu einer Weitergabe der erlangten Daten in die USA ermächtigt sei. *Neils* schilderte die aus ihrer Sicht gegenteilige Situation in den USA, wo derartige Datenschutzregelungen nicht bekannt seien und die Unternehmensangestellten vom eigenen Unternehmen im Grunde komplett überwacht und „durchleuchtet“ werden dürften. Ein Ergebnis dieser Möglichkeiten sei jedoch die heutzutage einsetzende Sensibilisierung der Amerikaner für Datenschutzfragen und die Gefahren des Datenmissbrauchs. In dem Umgang mit Daten sieht *Neils* deshalb eine große Herausforderung für die Zukunft von Compliance und Internal Investigations. Sie befürwortet das möglichst expansive Sichern von Daten, um anschließend zu prüfen, welche Daten verwendet werden dürfen, und welche nicht, weil dort gegen Datenschutzrechte verstoßen würde. Auch *Isolabella della Croce* betonte, dass am Anfang stets die Sicherung der Daten stehen müsse, indem sämtliche Daten auf einen separaten Speicherplatz kopiert würden. Aus italienischer Sicht bestünden gegen die bloße Sicherung der Daten durch Kopie keinerlei Datenschutzbedenken.

Das 4. Panel beschäftigte sich mit dem Thema „der Austausch zwischen Unternehmensangestellten, internen Beratern und externen Untersuchungsleitern auf einer internationalen Ebene“ und wurde von *Sonja Maeder*, Lalive, Schweiz, moderiert. Podiumsteilnehmer waren *Pamela Chepiga*, Allen & Overy, USA, *Stephen Gentle*, Kingsley Napley, Großbritannien, *Joe Jaffe*, Guidepost Solutions LLC, Großbritannien und *Donald J. Sorochan*, QC, Miller Thomson LL, Kanada. Der Diskussion wurde ein erfundenes Fallszenario eines international tätigen Unternehmens vorangestellt, in dem es zu Korruptionshandlungen von Unternehmensangestellten gekommen ist. Eine wesentliche Fragestellung war deshalb auch hier, von wem die Rechtsverstöße untersucht werden sollten und inwiefern eine Weitergabe der Untersuchungsergebnisse innerhalb des Konzerns, jedoch über mehrere Landesgrenzen hinweg, erfolgen könnte. *Pamela Chepiga* hielt eine Untersuchung der Verstöße durch externe Ermittler schon deshalb für nötig, weil in dem Beispielsfall das unternehmensinterne Compliance-System möglicherweise nicht gut genug gewesen sein könnte, um die inkriminierten Handlungen der eigenen Angestellten zu verhindern. Die Mitarbeiter der unternehmensinternen Compliance-Abteilung könnten hierdurch in einen Interessenkonflikt geraten. Sodann hielten alle Podiumsteilnehmer die externe Vergabe des Untersuchungsauftrags für sinnvoller, weil sowohl in den USA als auch in Kanada für den von dem Unternehmen beauftragten Anwalt keine Schweigepflicht im Hinblick auf den Inhalt der mit Unternehmensmitarbeitern und Dritten geführten Interviews bestehe. Darauf müsse der Anwalt den Interviewten jedoch explizit hinweisen („Upjohn Warning“). *Chepiga* schilderte einen aktuellen Fall aus den USA, in dem ein Gericht die Verwendung der Aussage eines interviewten Mitarbeiters abgelehnt hatte, nachdem dieser beanstandete, er sei durch den ermittelnden Anwalt nicht darauf hingewiesen worden, dass er in Bezug auf die getätigten Angaben keiner anwaltlichen Schweigepflicht unterliege. Mehrere Anwälte traten der Darstellung des Interviewten entgegen und behaupteten, eine entsprechende Belehrung sei erfolgt; dennoch lehnte das Gericht die Verwendung des Interviews ab, weil sich im Protokoll des Interviews kein Hinweis auf eine entsprechende Belehrung befand, obwohl im Üb-

rigen alles protokolliert worden war. Die Podiumsteilnehmer waren sich sodann darin einig, dass der Umfang der internen Ermittlungen zunächst gut geplant werden müsse und insbesondere auch von dem hierfür vom Unternehmen zur Verfügung gestellten Budget abhängen. Der Umfang der Ermittlung und die hierdurch entstehenden Kosten müssten zu Beginn geplant werden und dürften zu dem zu ermittelnden Rechtsverstoß nicht außer Verhältnis geraten.

Das 5. Panel zum Thema „Disclosure und Settlement nach Internal Investigations“ (Offenlegung und Einigung mit den Ermittlungsbehörden) wurde von *Dr. Markus Rübenstahl*, Mitglied des WisteV-Vorstands, moderiert. Podiumsteilnehmer waren *Carlos Gómez-Jara Diéz*, Professor für Strafrecht an der Universität Madrid und Rechtsanwalt, *Tyler Hodgson*, Borden Ladner Gervais, Kanada, *Pamela J. Parizek*, KPMG Forensics, USA, und *OStAin Wimmer*, Staatsanwaltschaft München. *OStAin Wimmer* ging zunächst auf das durch ihre Staatsanwaltschaft geführte Siemens-Verfahren ein und wies darauf hin, dass hier der Hinweis auf strafrelevante Sachverhalte nicht aus dem Unternehmen heraus, sondern durch eine anonyme Strafanzeige erfolgt sei. Erst im Anschluss daran seien auch interne Untersuchungen des Unternehmens in die Wege geleitet worden, die somit zeitgleich mit den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft stattgefunden hätten. Die Lage sei deshalb grundsätzlich anders gewesen, als wenn ein Unternehmen mit den Ergebnissen einer bereits durchgeführten und abgeschlossenen internen Untersuchung an die Staatsanwaltschaft herantrete. In diesem Fall würden die übergebenen Dokumente sicherlich intensiv geprüft, die Staatsanwaltschaft würde auf dieser Basis sodann entscheiden, in welchem Umfang noch eigene Ermittlungen und etwaige Durchsuchungen erfolgen müssten. Aus Sicht von *OStAin Wimmer* ist es nach dem deutschen Strafprozessrecht insbesondere im Hinblick auf wesentliche Aussagepersonen unerlässlich, dass diese von der Staatsanwaltschaft oder jedenfalls Ermittlungsbeamten selbst vernommen werden, damit sich diese einen eigenen Eindruck verschaffen und ein unverfälschtes und unvoreingenommenes Bild erhalten können. Vielfach sei es aus Sicht der Staatsanwaltschaft deshalb auch nicht unproblematisch, wenn die Zeugen vom Unternehmen schon vorab vernommen worden seien. Es gebe jedoch keine konkrete rechtliche Handhabe, dies zu verhindern. *Pamela J. Parizek* betonte, dass es in den USA von erheblicher Bedeutung sei, ob die Unternehmen sich infolge unternehmensinterner Ermittlungen selbst angezeigt hätten, oder ob das Verfahren durch einen Hinweis von außen ins Rollen gekommen sei. *Pamela J. Parizek* schilderte in diesem Zusammenhang den Aufbau der amerikanischen US-Sentencing-Guidelines und wies auf die erheblichen Ermäßigungen hin, die sowohl im Hinblick auf die zu verhängende Geldbuße (Reduzierung idR um 30 %) als auch im Hinblick auf den dem Urteil zugrunde liegenden Schuldfaktor („culpability factor“) bei einer Selbstanzeige einträten. *Carlos Gómez-Jara Diéz* betonte, dass in den USA durch die Offenlegung des Sachverhalts durch das Unternehmen die Möglichkeit bestehe, beim DoJ ganz oder teilweise abzuwenden, dass Anklage erhoben wird. Dies sei in Spanien nicht möglich; hier sei die Staatsanwaltschaft verpflichtet, im Hinblick auf alle ihr vorgelegten Verdachtsmomente Anklage zu erheben, wenn ein entsprechender Tatverdacht besteht. Das im Zentrum der Ermittlungen stehende Unternehmen sei in Spanien – wie ein individueller Beschuldigter – berechtigt, Sachverhalte auszulassen oder falsch darzustellen. Schon deshalb müsse die Staatsanwaltschaft selbst ermitteln. In den USA müssten sich die Unternehmen dagegen eines externen Rechtsanwalts bedienen, um zu erreichen, dass für diesen im Hinblick auf das ihn beauftragende Unternehmen eine Schweigepflicht aus dem Mandat besteht, so dass er auf Nachfragen des DoJ berechtigt wäre, die Antwort zu verweigern; wohingegen das Unternehmen bei intern durchgeführten Ermittlungen verpflichtet wäre, alle Ermittlungsergebnisse vorzulegen.

Die Podiumsteilnehmer betrachteten daraufhin die Frage, ob in ihren Heimatstaaten die Staatsanwaltschaft jeweils berechtigt wäre, die Protokolle der durch einen externen Ermittler geführten Interviews zu beschlagnahmen. In Spanien ist dies generell nicht möglich. In Deutschland ist dies hoch umstritten und es liegen derzeit abweichende Entscheidungen der Landgerichte Hamburg und Mannheim vor. Aus Sicht von *OStAin Wimmer* spricht für die Beschlagnahmemöglichkeit, dass der Mandatsschutz nur das Verhältnis des externen Ermittlers zum beauftragenden Unternehmen betreffe; mit den jeweils interviewten Unternehmensangestellten bestehe dagegen kein Mandatsverhältnis. Jedenfalls wenn sich die betreffenden Unterlagen im Unternehmen befänden, sind sie unproblematisch beschlagnahmefähig. In den USA können die Akten des externen Ermittlers nach den

US-Sentencing Guidelines in der Regel nicht beschlagnahmt werden. *Tyler Hodgson* wies darauf hin, dass die Rechtslage in Kanada anders ist: Es bestehe für die Unternehmen keine Pflicht zur Mitarbeit oder Selbstanzeige, und es gebe auch keine Straferleichterungen durch eine entsprechende Selbstanzeige. Insofern würden die betroffenen Unternehmen auch allenfalls dann eine Selbstanzeige erstatten, wenn sie die Aufdeckung durch Dritte – möglicherweise gar in einem anderen Staat – befürchten müssten, um sodann die Aufklärung des Sachverhaltes stärker unter eigener Kontrolle zu haben.

Was die abschließende Einigung/das Settlement betrifft, so sah *OStAin Wimmer* für Deutschland die Problematik, dass eine nach dem Verschulden zu bestimmende Geldbuße nur bis zu dem Betrag von 1 Million Euro verhängt werden kann, so dass bei Großverfahren die Frage der Vermögensabschöpfung stets eine sehr viel höhere (finanzielle) Bedeutung hat. Dem Unternehmen sei nach den gesetzlichen Vorschriften weitgehend die Möglichkeit genommen, durch Wohlverhalten die Höhe der zu bezahlenden Summe zu beeinflussen, da jedenfalls der Gewinn aus Straftaten an sich dessen ungeachtet abzuschöpfen sei. Als weiterer Unterschied stellte sich heraus, dass in den USA Anklageschriften und Klagen sowie Entscheidungen veröffentlicht werden, und in der Regel auch im Übrigen sehr aussagekräftige Pressemitteilungen abgegeben werden; all dies ist dann im Internet abrufbar, während etwa in Deutschland eine Verfahrensbeendigung auch „im Stillen“ mit der Staatsanwaltschaft erfolgen kann, ohne dass ein Imageschaden für das Unternehmen damit einherginge.

Damit kam die interessante Podiumsdiskussion zu einem Abschluss. Fast alle Konferenzteilnehmer setzten das angeregte Gespräch jedoch im Rahmen des anschließenden „get together“ und Stehempfanges fort.

Nachdem das Interesse für die Veranstaltung alle Erwartungen übertroffen hat und viele interessante Beiträge die Notwendigkeit des internationalen Austauschs gerade auf dem Gebiet von Compliance und Internal Investigations erneut verdeutlicht haben, soll die Zusammenarbeit und der Austausch mit der ABA auch in den kommenden Jahren fortgesetzt werden.

## Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

Rechtsanwältin Laura Görtz, Düsseldorf

# Beschlüsse der Justizministerkonferenz: Unternehmensstrafrecht – Datenhehlerei – Abgeordnetenbestechung

Die Justizministerkonferenz hat am 15. November 2012 in Berlin getagt. Gegenstand der Tagung waren u. a. Diskussionen über die Einführung eines Unternehmensstrafrechts, einen neuen Straftatbestand „Datenhehlerei“ und eine Reform des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung. Die entsprechenden Beschlüsse deuten auf weitreichende Veränderungen im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts hin: So konkretisiert sich der Vorschlag zur Einführung eines speziellen Unternehmensstrafrechts (dazu unter I.). Zudem soll zur Schließung von Strafbarkeitslücken ein Tatbestand „Datenhehlerei“ geschaffen werden, der den Ankauf von Steuerdaten von der Strafbarkeit ausnimmt (dazu unter II.). Hinsichtlich des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung wurde eine Strafbarkeitserweiterung beschlossen. Die Vorschläge zu ihrer Umsetzung sind jedoch vielfältig (dazu unter III.).

## I. Unternehmensstrafrecht

Die Justizministerkonferenz hat beschlossen, ihre Diskussion über die Einführung eines Unternehmensstrafrechts auf Basis einer Gesetzesinitiative, die von Nordrhein-Westfalen derzeit erarbeitet wird, fortzuführen. Nordrhein-Westfalen hatte bereits zuvor deutlich gemacht, dass es Sanktionsmöglichkeiten schaffen möchte, die über die bestehenden Maß-

*Entwurf eines  
Unternehmensstrafrechts*

nahmen des Verfalls und der Unternehmensgeldbuße deutlich hinausgehen. So soll eine Unternehmensstrafe geschaffen werden, deren Höhe sich am „Umsatz“ des Unternehmens orientiert und somit – als Ergebnis einer öffentlichen Hauptverhandlung gegen das Unternehmen – ein stärkeres Unwerturteil bedeute. Zudem werden als mögliche Sanktionsalternativen Ausschlüsse von öffentlichen Ausschreibungen, Steuervorteilen oder Subventionen und Tätigkeitsverbote bis hin zur Betriebsschließung sowie die Veröffentlichung der entsprechenden Gerichtsentscheidung genannt. Im Bericht der Landesregierung Nordrhein-Westfalen vom 30. August 2012 heißt es hierzu:

*„In dem vorliegenden Bericht der Landesregierung geht es (...) um die Darlegung von Lücken und einer Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts im Bereich der Unternehmenssanktionierung sowie um das Aufzeigen von Möglichkeiten zu deren Behebung.*

I.

*Am 1. Oktober 2011 ist im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen das Projekt „Vermögensabschöpfung und Sanktionenrecht“ gestartet worden. Kern des Projekts ist eine umfassende Untersuchung sowohl des Rechts der Vermögensabschöpfung als auch des Reform- und Optimierungsbedarfs im strafrechtlichen Sanktionenrecht insgesamt inklusive der Entwicklung von Lösungen bis hin zu Gesetzesänderungen. In diesem Zusammenhang wird unter anderem der Frage der Schaffung eines Unternehmensstrafrechts nachgegangen. Im Rahmen des Projekts sind insoweit bereits umfangreiche Erkenntnisse gewonnen worden.*

II.

*Innerhalb unserer heutigen Gesellschaft, das hat nicht zuletzt die Finanzkrise verdeutlicht, haben Wirtschaftsunternehmen wie beispielsweise Banken mehr denn je ein in ökonomischer und gesellschaftlicher Hinsicht großes Machtpotential. Dieses Machtpotential wird zum Teil auch in strafrechtlich relevanter Weise ausgenutzt. Zahlreiche Straftaten – nicht nur Wirtschafts-, sondern etwa auch Umwelt- und Korruptionsdelikte – werden aus Unternehmen heraus begangen. Solche Taten können, insbesondere wenn sie aus Großunternehmen heraus begangen werden, einen erheblichen Einfluss auf das wirtschaftliche und soziale Gefüge haben.*

*Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland ermöglicht eine Bestrafung nur von einzelnen natürlichen Personen, nicht jedoch von Unternehmen. Im Mittelpunkt der derzeitigen Unternehmenssanktionierung steht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes, wonach bei einer aus dem Bereich eines Unternehmens begangenen Straftat unter bestimmten Voraussetzungen eine Geldbuße gegen das Unternehmen verhängt werden kann.*

*Die Prüfung der geltenden Rechtslage in dem genannten Projekt des Justizministeriums hat ergeben, dass selbst bei einer umfassenden Ausschöpfung der geltenden Vorschriften Lücken sowie Begrenzungen bei der Ahndung solcher Straftaten bestehen, die mit der Schaffung eines Unternehmensstrafrechts behoben werden könnten.*

1.

*Eine gesetzliche Lücke existiert in den Fällen der so genannten „organisierten Unverantwortlichkeit“. Darunter sind Konstellationen zu verstehen, in denen zweifelsfrei feststeht, dass eine Straftat aus einem Unternehmen heraus begangen wurde. Aufgrund komplexer organisatorischer Unternehmensstrukturen (Arbeitsteilung, Outsourcing etc.) ist es jedoch nicht möglich, die Tat einer Individualtäterin bzw. einem Individualtäter zuzuordnen. In diesen Fällen kann eine Unternehmensstrafat gar nicht, auch nicht gemäß § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes, sanktioniert werden.*

2.

*Bei der Sanktionierung von Unternehmen gemäß § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes gilt das Opportunitätsprinzip, das heißt eine Ahndung erfolgt nur bei Ausübung eines dahingehenden Ermessens. Bei der Strafverfolgung von Einzelpersonen, auch einzelner Unternehmensmitarbeiterinnen und -mitarbeiter, gilt demgegenüber das Legalitätsprinzip (§§ 152 Absatz 2, 170 der Strafprozessordnung), es besteht also ein Verfolgungszwang. Es ist nicht einzusehen, dass die Verfolgung von Unternehmen in das Ermessen der Behörden gestellt wird, während Einzelpersonen grundsätzlich verfolgt werden müssen.*

**Pflicht zur Verfolgung von  
„Unternehmestaten“**

## Unternehmen im Zentrum der Strafverfolgung

3.

*Die Ahndung krimineller Unternehmen ist bisher dem Strafrecht entzogen. Mit Strafe belegt werden können nur einzelne Unternehmensmitarbeiterinnen und -mitarbeiter. Es kann daher zu einem Missverhältnis zwischen Unternehmenstat und etwaiger Individualstrafe kommen. So ist es vorstellbar, dass die Schuld der Einzelpersonen, die bei der Verwirklichung des Unternehmensdeliktes zusammengewirkt haben, gering ist. Dann wird sie vielfach außer Verhältnis zu den oftmals gravierenden Tatfolgen stehen. Um das zu vermeiden, muss das Unternehmen bei einer aus seiner Sphäre begangenen Straftat selbst in das Zentrum der Strafverfolgung rücken.*

*Während die Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes – wenn sie verhängt wird – ein bloßer Annex, also ein Anhängsel, in den Strafverfahren gegen einzelne Unternehmensangehörige ist, würde eine öffentliche Hauptverhandlung gegen das Unternehmen selbst dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit besser gerecht werden. Die Verhängung einer Strafe gegen ein Unternehmen würde zudem ein stärkeres Unwerturteil bedeuten als die bloße Anordnung eines Bußgeldes. Je öffentlicher, je tadelnder Rechtsfolgen gegen Unternehmen ausgestaltet sind, um so eher werden sich diese in Zukunft gehalten sehen, sich normgetreu zu verhalten.*

4.

## Orientierung der Unternehmensstrafe am Umsatz

*Der Ahndungsteil einer möglichen Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes ist bei einer Unternehmensstraft grundsätzlich auf 1 Million Euro begrenzt. Ein solches Höchstmaß ist zu gering. Großunternehmen und -banken erwirtschaften zum Teil Milliardengewinne. Mit einer Straftat gehen solche Unternehmen bei der gegenwärtigen Rechtslage ein äußerst kalkulierbares Risiko ein. Angemessen wäre es, wenn eine Geldstrafe verhängt werden könnte, deren Höhe sich am Umsatz des in kriminelle Machenschaften verwickelten Unternehmens orientiert.*

5.

## Unternehmens- strafprozessordnung

*Bislang können solche Unternehmen nur mit einer Zahlungssanktion – dem Bußgeld – belegt werden. Bei der Einführung eines Unternehmensstrafrechts stellt sich auch die Frage nach Sanktionsalternativen zu einer Geldstrafe für diese Unternehmen. Vorstellbar sind beispielsweise der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen, der Ausschluss von Steuervorteilen und Subventionen, Tätigkeitsverbote bis hin zur Betriebsschließung sowie die Veröffentlichung der Entscheidung, durch die eine Sanktion verhängt wurde.*

III.

*Im Rahmen der Prüfung der Einführung eines Unternehmensstrafrechts stellen sich hoch komplexe strafrechtsdogmatische und prozessuale Fragen. Hierzu gehören etwa die nach der Wahl des Haftungsmodells, nach der konkreten Verortung der erforderlichen gesetzgeberischen Änderungen sowie nach der Ausgestaltung von Regelungen für das Verfahren gegen ein Unternehmen. Die Befassung mit diesen Detailfragen dauert an.*

*Bereits festgehalten werden kann allerdings, dass unüberwindbare Hindernisse der Einführung eines Unternehmensstrafrechts nach Überzeugung der Landesregierung nicht entgegenstehen. Das gilt auch für das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprinzip. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses zuletzt vorwiegend aus der Menschenwürdegarantie des Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes hergeleitet. Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes ist aber für Unternehmen nicht einschlägig, da diese nicht Träger von Menschenwürde sind. Das Schuldprinzip ist zudem seinem Inhalt nach nicht an die sozioethischen Maßstäbe des bisherigen strafrechtlichen Schuld- und Strafbegriffs gebunden. Auch eine Schuld von Unternehmen ist danach vorstellbar.*

*Der Einführung eines Unternehmensstrafrechts stehen auch sonstige grundlegende Rechtsgrundsätze nicht entgegen. Gleichheits- und Gerechtigkeitserwägungen legen eine solche vielmehr nahe.*

(...).<sup>1</sup>

## II. Datenhehlerei

Die Justizministerkonferenz hat ihren Beschluss von der Frühjahrskonferenz 2012, einen neuen Straftatbestand „Datenhehlerei“ zu schaffen, bestätigt. Die Gesetzesinitiative soll im Frühjahr 2013 den Bundesrat passieren. Ausweislich des Beschlusses der Justizministerkonferenz soll

*„der Straftatbestand (...) nicht den Erwerb von Daten erfassen, der ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient (zum Beispiel Ankauf von Steuerdaten).“<sup>2</sup>*

### „Persilschein“ für den Ankauf von Steuerdaten

Das Justizministerium Hessen hat bereits einen entsprechenden Gesetzentwurf gefertigt, der zur Zeit mit den anderen Justizministerien abgestimmt wird. Eine Freigabe des Entwurfes zur Veröffentlichung hat das hessische Justizministerium auf Anfrage abgelehnt. Insofern ist nicht bekannt, wie die Nichterfassung des Erwerbs von z. B. Steuerdaten gesetzestechnisch umgesetzt werden soll. Der Wortlaut des Beschlusses deutet auf die Schaffung eines einzelfallbezogenen Rechtfertigungsgrundes, vornehmlich zur Rechtfertigung staatlichen Handelns, hin. Dieser wäre in seiner Ausgestaltung ein Novum im deutschen Strafrecht.

Die Bundesjustizministerin lehnt den Ankauf von Steuerdaten weiterhin ab. Daher ist unklar, ob die Gesetzesinitiative in dieser Form auch die Zustimmung des Bundestages finden wird.

## III. Abgeordnetenbestechung

Hinsichtlich des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung, § 108e StGB, sind sich die Justizministerinnen und Justizminister

*„darüber einig, dass eine Neuregelung des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung (§ 108e des Strafgesetzbuchs) überfällig ist.“*

*2. Sie unterstützen das Anliegen, bei der Abgeordnetenbestechung bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, damit bestehende Schief lagen beseitigt werden und internationalen Vorgaben<sup>3</sup> entsprochen wird.“<sup>4</sup>*

Dass Nordrhein-Westfalen eine entsprechende Bundesratsinitiative erarbeitet, hat die Justizministerkonferenz „zur Kenntnis“ genommen. Eine derartige Initiative könnte an den kürzlich im Bundestag gescheiterten Gesetzesentwurf der SPD-Bundestagsfraktion angelehnt sein.<sup>5</sup> Auch die Bundestagsfraktionen Bündnis90/Die Grünen und Die Linke haben zur Neufassung des § 108e StGB Gesetzesentwürfe erarbeitet.<sup>6</sup> Der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages hat am 17. Oktober 2012 eine Sachverständigenanhörung zu den entsprechenden Gesetzesentwürfen durchgeführt.<sup>7</sup> Wie sich der gesetzgeberische Wille konkretisiert, bleibt abzuwarten.

<sup>1</sup> Bericht der Landesregierung Nordrhein-Westfalen vom 30. August 2012 – „Ministerpräsidentin und Justizminister fordern Unternehmensstrafrecht“, abrufbar unter [www.landtag-nrw.de](http://www.landtag-nrw.de) unter der Vorlagenummer 16/123.

<sup>2</sup> Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 15. November 2012 in Berlin zu TOP II.9, abrufbar unter: [http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMDJ\\_Internet?cid=8fc1a82e00b3916584a41930968653e2](http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMDJ_Internet?cid=8fc1a82e00b3916584a41930968653e2).

<sup>3</sup> Zu beachtende internationale Vorgaben sind das Strafrechtsübereinkommen des Europarates gegen Korruption vom 27. Januar 1999 (abrufbar unter:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=1&DF=02/12/2012&CL=GER>) und das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption (BT-Drs. 17/5932, S. 4 ff.), welche Deutschland unterzeichnet, aber bisher nicht ratifiziert hat.

<sup>4</sup> Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 15. November 2012 in Berlin zu TOP II.2, abrufbar unter:

[http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMDJ\\_Internet?cid=8fc1a82e00b3916584a41930968653e2](http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMDJ_Internet?cid=8fc1a82e00b3916584a41930968653e2).

<sup>5</sup> BT-Drs. 17/8613.

<sup>6</sup> BT-Drs. 17/5933 bzw. BT-Drs. 17/1412.

<sup>7</sup> Die Stellungnahmen der angehörten Sachverständigen sind unter

[http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/27\\_Bek\\_mpfung\\_Abgeordnetenbestechung/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/27_Bek_mpfung_Abgeordnetenbestechung/index.html) abrufbar.

## Standards

---

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau

# WisteV-Standards

Fortsetzung aus WiJ 2/2012, S. 142 – 148 (Themenblock 4: Bilanzstrafrecht)

**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.

**Die vorliegende Ausgabe des WiJ enthält zwei Themenblöcke. Der Themenblock 4: Bilanzstrafrecht (WiJ 2012, 216 – 218), der auf dem Vortrag von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Universität Köln, im Rahmen der WisteV-wistra-Neujahrstagung 2012 beruhte (graue Schrift), wurde ergänzt um die Ausführungen, die Friedrich Graf von Kanitz auf der WisteV-Neujahrstagung 2012 machte. Der Themenblock 9 enthält neue Thesen zum Insolvenzstrafrecht auf Grundlage der durch den Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht organisierten Tagung am 1.10.2012 zum Thema *Funktion und Zukunft der Überschuldung als Insolvenzgrund in den Räumlichkeiten des BGH in Leipzig* (siehe Tagungsbericht nachfolgend).**

#### 4. Themenblock: Bilanzstrafrecht

**Thesen 1 – 7: so Heft 2/2012; aus Gründen des Sachzusammenhangs finden sich die Thesen 3 – 6 hier nochmals unverändert abgedruckt:**

- 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 vielerrechnungslegungsrelevanter Sachverhalte „relativ“.
- These 6: Die bloße Nutzung von Ansatz-, Bewertungs- und Darstellungswahlrechten, bilanzpolitischen Ermessensspielräumen, zulässigen sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen und Auslegungsspielräumen macht die Bilanz nicht unrichtig.

Für die Unrichtigkeit einer Bilanz bedeutet das (im Anschluß an das Referat von Friedrich Graf von Kanitz auf der WisteV-Neujahrestagung 2012):

a) Ausgangspunkt ist das Einblicksgebot nach der Generalnorm des § 264 Abs. 2 HGB: Es besteht die Pflicht, mit der Bilanz ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln.

b) Die Einhaltung der Vorschriften des kodifizierten Bilanzrechts begründet die tatsächliche Vermutung hinreichender Beachtung des Einblicksgebots.

c) Die Unrichtigkeit ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine Bilanz aufgrund von oder in Anlehnung an § 256 AktG nichtig ist, weil sie

aa) gläubigerschützende Vorschriften verletzt (Beispiel: fehlender Anhang, § 264 Abs. 1 S. 1 HGB, soweit auch nach MicroBilG noch erforderlich), § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG,

bb) wesentliche Gliederungsverstöße aufweist, welche die Klarheit und Übersichtlichkeit (nennenswert) beeinträchtigen (Beispiel: Verstoß gegen das Saldierungsverbot, § 246 Abs. 2 HGB), § 256 Abs. 4 AktG, und/oder

cc) die Vermögens- und/oder Ertragslage durch Verstoß gegen die Bewertungsnormen der §§ 253 – 256 HGB verschleiert und dadurch der Einblick (vgl. These 6 a) wesentlich (quantitativ und/oder qualitativ) getrübt wird (Beispiele: ‚Luftbuchungen‘, fehlende oder überhöhte Rückstellungen (vgl. § 249 HGB), Aktivierung von Erhaltungsaufwendungen oder Passivierung von Investitionen als Aufwand, unterlassene Abschreibungen oder Wertberichtigungen, Phasenverschiebung).

d) Gestaltungsfreiheit besteht unter Einhaltung der Erläuterungspflichten des § 284 Abs. 1, Abs. 2 Nrn. 1 sowie 3 – 5 HGB bei

aa) Ansatzwahlrechten, vgl. § 246 Abs. 3 HGB (selbstgeschaffene immaterielle Vermögensgegenstände, § 248 Abs. 2 HGB; aktive latente Steuern, § 274 Abs. 1 S. 2 HGB; Disagio, § 250 Abs. 3 S. 1 HGB),

bb) Bewertungswahlrechten, vgl. § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB (Abschreibungen, §§ 275 Abs. 2 Nr. 7, 253 Abs. 3 – 5 HGB): linear oder degressiv <mit Spielräumen bei der zugrundegelegten Nutzungsdauer>; außerplanmäßige Abschreibungen auf nur vorübergehend wertgeminderte Finanzanlagen, § 253 Abs. 3 S. 4 HGB; Berücksichtigung von Gemeinkosten bei den Herstellungskosten, § 255 Abs. 2 S. 3 HGB),

cc) Nutzung des Bewertungsvereinfachungsverfahrens, § 256 HGB, im Fall des § 256 S. 2 HGB i.V.m. § 240 Abs. 3 oder 4 HGB,

dd) Darstellungswahlrechten (manche Pflichtinformationen dürfen in den Anhang Eingang finden anstatt in die Bilanz oder die Gewinn- und Verlustrechnung; Bilanzposten dürfen tiefer untergliedert, neue hinzugefügt werden), und

ee) Sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen (Factoring, Forfaitierung, Securitization, Veräußerung nicht betriebsnotwendigen Vermögens, Sale-and-lease-back, Sale-and-buy-back, Einsatz von Zweckgesellschaften, § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB, sowie Vorfakturierungen).

## 9. Themenblock: Insolvenzstrafrecht

### Konsens:

- These 1: Wirtschaften hat auf eigene Rechnung zu geschehen.
- These 2: In der Krise häufig auftretenden Impulsen, auf Kosten und zu Lasten Dritter (weiter) zu wirtschaften, ist mit rechtlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten.
- These 3: Angesichts des ultima-ratio-Charakters des Strafrechts hat dies vorrangig auf zivilrechtlichen Wegen zu geschehen.
- These 4: Es bedarf einerseits einer Rechtslage, die es dem redlichen Schuldner auch in der Krise in praktikabler Weise ermöglicht, sich rechtmäßig zu verhalten.
- These 5: Es bedarf andererseits wirksam und zügig zu handhabender Instrumente, um unrechtmäßiges Verhalten des krisenbetroffenen Schuldners oder eines seiner Repräsentanten korrigieren zu können.
- These 6: Die im Interesse Dritter erfolgte Sanierung entbindet die Handelnden nicht vor der Haftung für ihr vorausgehendes persönliches Fehlverhalten.
- These 7: Die zivilrechtlichen Mittel bedürfen der Ergänzung durch strafrechtliche.
- These 8: Beide Regelungssysteme sind inhaltlich so aufeinander abzustimmen, dass Wertungswidersprüche vermieden werden.
- These 9: Deshalb scheidet einerseits eine Bestrafung von Verhalten aus, hinsichtlich dessen eine natürliche Person als Schuldner oder Repräsentant einen vom Zivilrecht eröffneten Weg zurück in die Rechtmäßigkeit erfolgreich beschritten hat.
- These 10: Andererseits ist jedoch eine strafrechtliche Privilegierung ohne vorgelagertes zivilrechtliches Pendant zu vermeiden.
- These 11: Die Tatbestände des geltenden Insolvenzstrafrechts bedürfen mangels nicht durchweg ausreichend spezifischer Wirkkraft (zumindest) der Nachjustierung.
- These 12: Es bedarf der Prüfung, ob es in der Krisensituation wirtschaftlich sinnvolle Verhaltensweisen gibt, die nach geltendem (Zivil- und/oder Straf-) Recht sachwidrig verboten sind.
- These 13: Dabei sind Erkenntnisse der Betriebswirtschaft verstärkt zu berücksichtigen.
- These 14: Der Überschuldungstatbestand ist weder bei modifiziertem noch bei nicht modifiziertem Begriffsverständnis in der Lage, ausreichend handlungsleitend für die in den betroffenen Unternehmen Verantwortlichen zu wirken.

### Kontrovers:

- Frage 1: Kommt strafrechtliche Haftung nur nachrangig in Betracht, also bei Versagen der zivilrechtlichen Instrumente?
- Frage 2: Oder ist eine Kombination aus zivil- und strafrechtlicher Haftung, wie sie derzeit gilt, prinzipiell sachgerecht?
- Frage 3: Wie könnte strafrechtliche Nachrangigkeit ausgestaltet werden?
- Frage 4: Ist strafrechtlich ein insolvenzrechtsakzessorisches Begriffsverständnis sachgerecht, wenn ja, in welchem Umfang, wenn nein, welche Abweichungen sind sinnvoll?

- Frage 5: Sind insolvenzrechtliche Fahrlässigkeitstatbestände entbehrlich?
- Frage 6: Sind die geltenden insolvenzstrafrechtlichen Tatbestände sachgerecht gestaltet, wenn ja, welche, wenn nein, welche nicht, welche könnten entfallen oder sollten verändert werden, ggf. welche weiteren Verhaltensweisen sollten zivil- und/oder strafrechtlich sanktioniert werden?
- Frage 7: Ist ein auf (im Gegensatz zu den normativen Tatbestandsmerkmalen Überschuldung, drohender wie eingetretener Zahlungsunfähigkeit) sinnlich fassbares Verhalten beschränktes Insolvenzstrafrecht anzustreben, wenn ja, an welches Verhalten könnte es anknüpfen?
- Frage 8: Soll eine insolvenz(straf)rechtliche Selbstanzeige in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 371 AO eingeführt werden, wenn ja, in welcher Gestalt?
- Frage 9: Kann die Überschuldung als zwingender Insolvenzauslösetatbestand ganz entfallen oder ist sie als, wenn auch erst nachträglich wirkendes, aber absicherndes Kontrollinstrument auch strafrechtlich sinnvoll oder geboten?
- Frage 10: Wenn auf Überschuldung als zwingender Insolvenzauslösetatbestand verzichtet werden sollte, soll es sich um einen ersatzlosen Verzicht handeln, wenn nein, was soll an die Stelle der Überschuldung treten?
- Frage 11: Genügt ein anderes Verständnis, eine andere Definition der Überschuldung (zivilrechtlich, strafrechtlich)?

### Tagungsbericht

---

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

## Insolvenzrechtstagung in Leipzig

Der Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht hatte am 1.10.2012, dieses Mal zum Thema *Funktion und Zukunft der Überschuldung als Insolvenzgrund*, nach 2011 zum zweiten Mal in die Räumlichkeiten des BGH nach Leipzig eingeladen. In seinem Grußwort drückte der Vorsitzende Richter des in Leipzig ansässigen 5. Strafsenats, Clemens Basdorf, seine Hoffnung auf den Beginn einer schönen Tradition aus. Er begrüßte den Abschied von der Interessentheorie sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf den dazu beschrittenen Weg (Anfrageverfahren ohne Erfordernis einer Entscheidung des Großen Senats) und zeigte großes Verständnis für die tastenden Versuche der Praxis, den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Quantifizierungserfordernissen bei der Feststellung des Schadens/Nachteils in Betrugs- bzw. Untreuefällen gerecht werden zu wollen. Er kündigte überdies eine Entscheidung seines Senats zur Frage an, ob die Dokumentation der Ergebnisse des Selbstleseverfahrens in einem 4-Minuten-Termin ausreiche, um im Hinblick auf § 229 StPO keinen ‚Schiebetermin‘ anzunehmen. Dabei werde zu prüfen sein, ob der 5. Senat der Rechtsprechung des 3. Strafsenats, die dies verneint, folgen wolle.

Im ersten Referat gab die u.a. für das Insolvenzrecht zuständige Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz, Marie Luise Graf-Schlicker, einen Überblick sowohl über die in der laufenden Legislaturperiode bereits verabschiedeten als auch die erst begonnenen Reformvorhaben. Sie unterteilen sich in drei Schritte:

Bereits Gesetz geworden ist das im Wesentlichen am 1.3.2012 in Kraft getretene ESUG. Neben der Möglichkeit, einen vorläufigen Gläubigerausschuss bereits im Eröffnungsverfahren zu bestellen, sieht die Novelle ein sog. Schutzschirmverfahren vor, das es ermöglicht, einen Insolvenzplan im Falle noch nicht eingetretener Zahlungsunfähigkeit unter erleichterten Voraussetzungen zu erstellen. Zudem hat das Bundeskabinett kürzlich dem Entwurf der 2. Stufe, der Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens, zugestimmt. Dem Koalitionsvertrag folgend ermöglicht dieser Entwurf bei Vorliegen einer 25 %igen Deckungsquote die

Restschuldbefreiung bereits nach 3 Jahren. Kann der Schuldner dagegen nur Verfahrenskosten aufbringen, verkürzt sich die beibehaltene Frist von sechs Jahren auf immerhin fünf Jahre. Überdies stellt § 15a InsO-E. nunmehr ausdrücklich klar, dass die Bestimmung nicht für eingetragene Vereine und Stiftungen gilt. Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker zeigte sich im Übrigen zuversichtlich, noch in im Jahr 2012 einen Referentenentwurf für ein Konzerninsolvenzrecht vorlegen zu können, das eine einheitliche örtliche Zuständigkeit normiert und die Möglichkeit eröffnet, einen einzigen Insolvenzverwalter zu bestellen.

Zum Hauptthema des Nachmittags, der Zukunft des Überschuldungsbegriffs und seiner Funktion als zwingender Insolvenzgrund für Schuldner ohne vollhaftende natürliche Personen skizzierte sie folgende Reformschritte:

Über eine Rückkehr zum nicht modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff, wie er vom 1.1.1999, dem Inkrafttreten der InsO, bis zum 18.10.2008 gegolten habe, werde nicht mehr nachgedacht.

Das von Prof. Dr. Georg Bitter, Mannheim, im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstellte Gutachten biete Anlass zur Prüfung, den Überschuldungstatbestand als zwingenden Insolvenzantragsgrund abzuschaffen. Eine schnelle Lösung sei allerdings nicht zu erwarten. Zum einen müssten die Folgen breit diskutiert und intensiv geprüft werden. Zum anderen stellten mehr als 1.000 weitere Gesetze auf den Tatbestand der Überschuldung ab. Bedeutung und etwaige Folgen jeglicher Änderung müssten folglich in den Klärungsprozess einbezogen werden.

Weil die Fortbestehensprognose auf den Zeitraum bis zur übernächsten Bilanz abstellt, sei es angesichts des Auslaufens der bisherigen Übergangsregelung zum 31.12.2013 dringend geboten, noch in diesem Jahr (2012) Klarheit zu schaffen. Es sei deshalb geplant, im Wege eines Omnibusgesetzes das derzeit in der parlamentarischen Beratung befindliche Gesetz zur „Einführung der Pflicht zur Erteilung von Rechtsbehelfsbelehrungen in Zivilverfahren“ um einen Artikel zu ergänzen, der die derzeitige Rechtslage des § 19 Abs. 2 InsO festschreibe. Es sei allerdings noch nicht entschieden, ob die Befristung in toto gestrichen <mittlerweile so im BGBl. veröffentlicht> oder die bestehende Übergangsregelung um weitere fünf Jahre verlängert werde.

In der sich anschließenden Diskussion wurde das Schicksal der Überschuldung zwar nicht problematisiert, wohl aber auf ein Spannungsverhältnis zur Strafbarkeit wegen bedingt vorsätzlich begangenen Betrugs hingewiesen. Darüber hinaus erhob sich die Frage, ob Wertungswidersprüche zwischen dem Insolvenz- und dem Insolvenzstrafrecht vorlägen: Im Falle eines gescheiterten Schutzschirmverfahrens fehlt es zwar insoweit an einer Kollision mit § 15a InsO, als der Antrag ja bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gestellt worden sein muss. Das Schutzschirmverfahren erfasst allerdings auch die bereits eingetretene Überschuldung. Eine zivilrechtlich erfolgreiche Sanierung einerseits kann folglich mit einer Bestrafung wegen Insolvenzverschleppung andererseits zusammenfallen. Zudem hindert eine erfolgreiche Sanierung im Schutzschirmverfahren weder bei drohender Zahlungsunfähigkeit noch bei Überschuldung die Verurteilung des Schuldners wegen Bankrotts, § 283 StGB, ggf. im besonders schweren Fall, § 283a StGB, Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB, und/oder Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB. Zivilrechtliche ‚Rettung‘ bedeutet demnach keineswegs auch strafrechtliche ‚Rettung‘. Hindert aber die erfolgreiche Sanierung im Insolvenzverfahren die Bestrafung wegen eines Insolvenzdelikts nicht, stellt sich die Frage, weswegen die Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens die Bestrafung der Verantwortlichen auch dann ausschließt, wenn dies nur aufgrund von Leistungen Dritter, insbesondere wie in der Banken- und Finanzkrise geschehen, auf Kosten der Allgemeinheit, erfolgreich gewesen ist. Dies kumuliert in der weiteren Frage, ob man die Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB modifizieren bzw. abschaffen muss. Frau Graf-Schlicker verwies zunächst darauf, dass Insolvenzrecht nicht Strafrecht sei. Die wirtschaftliche Sanierung mit all ihren Auswirkungen auch auf Dritte solle nicht von vorn herein die Verantwortliche für zuvor begangene Straftaten beseitigen. Im Übrigen sähe das im Entstehen befindliche neue Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften auch strafrechtliche Regelungen gegen verspätete Reaktionen auf krisenhafte Entwicklungen vor. Ob man auf diese Weise eine Harmonisierung mit § 283 Abs. 6 StGB erreicht, kann nur anhand des Gesetzestextes geprüft werden und musste daher in Leipzig offenbleiben.

Ministerialdirektorin Graf-Schlicker überraschte in diesem Zusammenhang mit der Information, dass die Tendenz dahin gehe, den vorliegenden Referentenentwurf zu einem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, das u.a. das bisherige Investmentgesetz ablösen solle, dahingehend zu ändern, die Insolvenzverschleppung auch für die unter das neue Gesetz fallenden Gesellschaften nicht mehr wie bisher als Ordnungswidrigkeit zu ahnden, sondern die einschlägige Bestimmung zu einem Straftatbestand „hochzuzonen“. Bemerkenswert für WisteV ist, daß diese Ungleichbehandlung im geltenden Recht Thema der ersten Veranstaltung beim BGH in Leipzig im Jahr 2011 und dort vom Konstanzer Habilitanden Dr. Christian Brand (abgedruckt in KTS 2012, 195 ff.) angeprangert worden war. Die Konsequenz daraus, entweder alle einschlägigen Bestimmungen als Straftaten ein-, oder aber sämtliche bisherigen Straftatbestände zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen, hatte er aus wissenschaftlicher Sicht offengelassen. Auf der Basis des geltenden Rechts kann unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung allerdings nicht die Festsetzung einer Buße, sondern nur die Bestrafung verfassungsrechtlich problematisch sein.

Im nach einer Pause folgenden zweiten Referat befasste sich der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Christoph Hillebrand, Köln, mit den Insolvenzauslösegründen *de lege lata* und kurz auch perspektivisch mit Alternativen wie dem *solvency-test* nach dem Vorbild des englischen Rechts. Die Materialien, auch soweit sie in Leipzig aus Zeitgründen nicht im Einzelnen behandelt werden konnten, sind unter [www.morison-koeln.de](http://www.morison-koeln.de) im Internet frei zugänglich. Zunächst legte der Referent in tatsächlicher Hinsicht dar, dass in der insolvenzrechtlichen Praxis die Zahlungsunfähigkeit weit überwiegt. Zudem ist die Überschuldung als zwingender Insolvenzgrund umso unbekannter, je kleiner ein Unternehmen ist. Christoph Hillebrand bestätigte damit den Befund des Gutachters des Bundesjustizministeriums, Prof. Dr. Bitter: die Überschuldung hat nur selten eine das Handeln der Verantwortlichen in den Unternehmen beeinflussende Funktion tatsächlich inne. Im nächsten Schritt legte der Vortragende dar, dass dies kein Zufall ist, sondern gar nicht anders sein kann: Überschuldung lässt sich ohne Antworten auf Bewertungsfragen gar nicht feststellen. Den korrekten Wert festzustellen, kostet aber nicht nur regelmäßig mehr Zeit als in der krisenbedingten Entscheidungssituation vorhanden ist, sondern hängt auch von zahlreichen Umständen ab: Die Betriebswirtschaft könne zwar *alles* in Zahlen ausdrücken. Das jeweilige Ergebnis sei aber in eben dem Maße variabel wie die zu berücksichtigenden Umstände. Ein Grundstück im realistischen Buchwert von 3 Mio. € sei tatsächlich vielleicht nur 100 T€ wert, müsse man es binnen Wochenfrist verkaufen. Mangels ausreichender Beeinflussbarkeit der jeweils einschlägigen, aber variablen wertbildenden Faktoren taue die Überschuldung nicht als Entscheidungsinstrument.

Dieser Diagnose widersprach in der sich nahtlos anschließenden Diskussion niemand. Allerdings wurde im Dialog mit dem sehr aktiven Publikum schnell klar, dass sich die Feststellungsprobleme beim Schaden bzw. Nachteil bei Betrug und Untreue vielfach in ähnlicher Form auch bei den Insolvenzdelikten stellen. Dies führte zu einer gewissen Skepsis gegenüber dem hoffnungsvolleren Ausblick, den Vorsitzender Richter am BGH Basdorf im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Überwindung der Interessentheorie in den Raum gestellt hatte, nämlich dass die Konzentration auf Insolvenzdelikte vielfach schneller zu einem rechtssicheren Ergebnis führe als das Abstellen auf die allgemeinen Vermögensdelikte.

Den eigentlichen Diskussionsblock eröffnete Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman, Berlin, indem er die zivilrechtlichen Instrumente darstellte, die zur Verfügung stehen, um dem Insolvenzschuldner einen Anreiz zu geben, sich rechtmäßig zu verhalten. Der Schuldner riskiert nicht nur das Rückgängigmachen seines Handelns im Wege der Anfechtung, sondern auch, von Dritten oder der betroffenen Gesellschaft auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Überdies droht die Amtsunfähigkeit: Für Gehrman ist daher aufgrund des *ultima-ratio*-Prinzips nicht recht einsehbar, welchem Zweck die zusätzlichen insolvenzstrafrechtlichen Tatbestände dienen. Anwesende wirtschaftliche wie rechtliche Berater verwiesen zudem auf als unvertretbar empfundene hohe strafrechtliche Risiken (auch für die Berater) mancher durchaus aussichtsreicher Szenarien im Falle ihres Scheiterns.

Im Gegensatz dazu verwiesen verschiedene Richter und Staatsanwälte darauf, dass die Inhabilität nach geltendem Recht eine strafrechtliche Verurteilung voraussetzt. Darüber hi-

nausgehend exemplifizierten sie anhand von variantenreichen Beispielen das häufige Leerlaufen der zivilrechtlichen Instrumente: Das Handeln unter nur kurz am Markt auftretender Firmierung, das Missachten von Dokumentationspflichten, das Beiseiteschaffen und schlicht die tatsächliche oder erfolgreich vorgespiegelte Vermögenslosigkeit verlangten zwingend die Ergänzung der zivilrechtlichen durch strafrechtliche Haftung. Diesen Stimmen gemäß steht zudem die Schadensträchtigkeit objektiv falschen Verhaltens einer Beschränkung auf Vorsatzdelikte nach dem Vorbild des allgemeinen Vermögensstrafrechts entgegen. Andernfalls würde bewusste oder unbewusste Ignoranz und Sorgfaltswidrigkeit zu Lasten Dritter ausgelebt. Allerdings konzidierten die Vertreter der Justiz, dass das geltende Recht nicht durchweg zielgenau wirkt. Damit wurde eine Notwendigkeit zum Nachjustieren ebenso deutlich wie eine Bereitschaft, daran mitzuwirken.

Eine Annäherung der auf Seiten insbesondere der Verteidiger, aber auch manchen Vertreters der Wissenschaft und der Insolvenzverwalter, vorhandenen generellen Strafrechts-skepsis einerseits und der vorwiegend justizseits betonten Unverzichtbarkeit (nicht notwendig auch aller derzeit vorhandener) insolvenzstrafrechtlicher Tatbestände andererseits konnte schon aus Zeitgründen nicht erreicht werden. Für die weitere Diskussion dürfte es hilfreich sein, sowohl das Bedürfnis anzuerkennen, auch in der Krise rechtssicher und ohne ständige Angst, bestraft zu werden, agieren zu können, als auch die Notwendigkeit, vorhandene zivilrechtlichen Instrumente strafrechtlich abzusichern. Aus dem Publikum wurde dazu der interessante Vorschlag in die Debatte geworfen, nach dem Vorbild des § 371 AO eine *insolvenz(straf)rechtliche Selbstanzeige* zu kreieren. Allerdings wird es dazu nötig sein, eine Gestaltung zu finden, die verhindert, dass überhaupt nur diejenigen, die über genügend Geld(quellen – ggf. auch unseriöse!) verfügen, die Chance haben, in den Genuss insolvenzstrafrechtlicher Selbstrehabilitation zu gelangen – schwierig, verfügen doch Insolvenzdelinquenten seltener als Steuerhinterzieher über ausreichend Liquidität. Für die weitere Debatte wäre viel gewonnen, könnte die Unterschiedlichkeit der Sachverhalte, die seriöse Berater und Verteidiger im Blick haben einerseits und der strafwürdigen Verhaltensweisen andererseits klar herausgearbeitet werden. Um einen noch dichteren Gesetzeswust zu vermeiden, wird es aber wohl kaum möglich sein, den grauen Übergangsbereich zwischen redlichem Bemühen und Rücksichtslosigkeit festzuhalten, damit jedoch unflexiblen und auf diese Weise wiederum mit der Gefahr ungerechter Anwendung verbundenen Regeln zu unterwerfen. Hier bleibt vielmehr erforderlich, im steten Dialog zwischen den verschiedenen an der Insolvenz und ihrer zivil- wie strafrechtlichen Aufarbeitung Beteiligten die Sensibilität für eine sachgerechte und nicht in zu kleiner Münze zu zahlende Ahndungspraxis zu schärfen – eine Aufgabe, welche die Existenzberechtigung der WisteV und ihres Arbeitskreises Insolvenzstrafrecht unterstreicht!

## Rezensionen

Rechtsanwalt Sascha Kuhn, Düsseldorf

### **Rut Groneberg: Whistleblowing Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB**

Duncker & Humblot, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Passau 2011, 351 Seiten.

Der Begriff Whistleblowing ist bis heute nicht allgemeingültig definiert, aber gleichwohl seit einigen Jahren fester Bestandteil des alltäglichen Sprachgebrauchs im Bereich der Compliance. Umso mutiger erscheint der Versuch *Rut Gronebergs* in ihrer durch Klaus Schurig an der Universität Passau betreuten Dissertation, das Phänomen rechtsvergleichend zu untersuchen, dessen Diskussion durch die (zum Zeitpunkt der Erstellung der Dissertation noch nicht ergangene und daher nicht dargestellte) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 (Heinisch ./, Deutschland, Nr. 28274/08) zum Fall einer wegen einer Strafanzeige wegen Betruges gekündigten Altenpflegerin in der jüngsten Vergangenheit noch einmal neue Impulse erhalten hat.

Im einleitenden ersten Teil befasst sich *Groneberg* mit einigen Beispielen zum Thema Whistleblowing (allen voran mit dem sicherlich bekanntesten Beispiel Enron) und steckt mit einer weiten Definition des Begriffes Whistleblowing den äußeren Rahmen ihrer Arbeit ab. Hierbei unterscheidet sie zwischen der Meldung arbeitsplatzbezogener Missstände und Fehlverhaltens und der (im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelten) Weigerung eines Arbeitnehmers, illegale Handlungen vorzunehmen, sowie zwischen internem und externem Whistleblowing. Die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, das Aufdecken von Fehlern liege im Interesse einer Organisation und Whistleblowing sei daher eine effektive Form, vorhandene Ressourcen zu nutzen, überrascht. *Groneberg* unterscheidet an dieser Stelle nämlich nicht hinreichend zwischen internem und externem Whistleblowing. Während ihre Wertung in Fällen des internen Whistleblowings sicherlich Zustimmung verdient, ist sie für Fälle des externen Whistleblowings nicht hinreichend unterfüttert. Hier werden Unternehmensinteressen und Interessen der Allgemeinheit miteinander vermenget. Dies ist insbesondere auch deshalb bedauerlich, da *Groneberg* nach einer kurzen Betrachtung der unterschiedlichen gesellschaftlichen Akzeptanz, beispielsweise in den USA und in Deutschland, die unterschiedlichen Interessen der Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Allgemeinheit im Folgenden klar voneinander abgrenzt. Abgerundet wird der erste Teil der Darstellung mit einer Übersicht über Whistleblowing-bezogene Maßnahmen internationaler (Regierungs- und Nichtregierungs-)Organisationen.

Im zweiten Teil der Arbeit bietet *Groneberg* einen umfassenden Überblick über die arbeitsrechtlichen Aspekte des Whistleblowings in England und den USA. Hierfür zeigt sie nach einer kurzen Einführung in das System des Common Law sowie das Arbeitsrecht und die Gerichtsbarkeit in England und den USA zunächst die Entwicklung des Whistleblowing-Rechtes in beiden Jurisdiktionen hin zum Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA 1988) in England und der sehr viel unübersichtlicheren US-amerikanischen Gesetzgebung auf. Es folgen Ausführungen zu persönlichem und sachlichem Geltungsbereich, den Adressaten der Offenlegung, der Bedeutung der Motive des Hinweisgebers und Fragen der Rechtsdurchsetzung. Zu all diesen Aspekten gibt *Groneberg* auch jeweils einen rechtsvergleichenden Überblick, in dem sie Gegensätze und Gemeinsamkeiten der amerikanischen und englischen Rechtslage sorgfältig und trotzdem übersichtlich darstellt.

Im dritten Teil, gleichsam dem Kernstück ihrer Arbeit, beschäftigt sich *Groneberg* mit der bestehenden rechtlichen Situation des Whistleblowings in Deutschland und beschreibt die ihrer Auffassung nach erforderliche gesetzliche Regelung.

Dabei geht die Autorin im Rahmen der Analyse des Ist-Zustandes davon aus, dass in den deutschen Tochterunternehmen US-amerikanischer Konzerne zunehmend Ethikrichtlinien erlassen werden, die ihre Mitarbeiter dazu verpflichten, jegliche Verstöße gegen Gesetze, Verordnungen sowie die internen Richtlinien zu melden. Dies ist aber sicherlich nur ein Teil der Realität. Daneben stehen die vielen Unternehmen, die ihren Mitarbeitern und Dritten keine Verpflichtung auferlegen, sondern (internes) Whistleblowing als eine wertvolle Art und Weise, von Missständen im Unternehmen Kenntnis zu erlangen, betrachten.

Auch die lediglich in den Raum gestellte Behauptung, es werde erkannt, dass es eines umfassenden Schutzes vor arbeitsrechtlichen Konsequenzen bedürfe, damit Mitteilungen von Arbeitnehmern gefördert werden, dürfte mit einem Fragezeichen zu versehen sein. Die Erfahrungen der Praxis jedenfalls spiegelt eine solche Aussage nur unzureichend wider. Sicherlich ist der Autorin zuzustimmen, dass die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes potentielle Hinweisgeber von einer Kontaktaufnahme mit den hierzu im Unternehmen Berufenen (ebenso wie mit der Staatsanwaltschaft oder anderen Behörden) abzuschrecken

vermag. Damit ist aber nicht die Frage beantwortet, ob eine (gegebenenfalls rein symbolische) Gesetzgebung hieran etwas zu ändern vermag.

Dass tatsächlich auch nach bisherigem Recht ein – wie im Arbeitsrecht insgesamt nicht unüblich – zu einem großen Teil von der Rechtsprechung entwickelter Schutz von Arbeitnehmern vor ungerechtfertigten Kündigungen im Zusammenhang mit Whistleblowing-Fällen besteht, weist die Autorin selbst nach, indem sie die Rechtslage für Fälle internen Whistleblowings präzise und übersichtlich unter den Gesichtspunkten des Maßregelverbotes, der Schadenabwendungs- und der Interessenwahrungspflicht, der Verschwiegenheitspflicht und der Wahrung der betrieblichen Ordnung darstellt. *Groneberg* selbst kommt in diesem Zusammenhang zu dem Ergebnis, dass „interne Beanstandungen einem weitgehenden Schutz unterliegen“ (S. 221). Etwas anders stellt sich die Situation, so *Groneberg*, für Fälle des externen Whistleblowings dar, wobei sie zwischen Hinweisen gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen Behörden einerseits und Hinweisen gegenüber der Öffentlichkeit (womit sie in erster Linie Hinweise an die Presse meint) differenziert.

Hinsichtlich der Hinweise an Strafverfolgungsbehörden zeigt sie zunächst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesarbeitsgerichtes auf, wonach eine Kündigung eines Arbeitnehmers auf Grund einer Aussage gegenüber Strafverfolgungsbehörden jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn die Arbeitnehmeranzeige keine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Arbeitgeberverhalten ist. Zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit einer Anzeige hat das Bundesarbeitsgericht einige Kriterien herausgearbeitet; hiernach soll der Versuch einer vorherigen unternehmensinternen Klärung unzumutbar (und die Anzeige daher verhältnismäßig) sein bei schwerwiegenden Straftaten, bei vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten, wenn interne Abhilfe nicht zu erwarten ist oder wenn sich der Arbeitnehmer durch die Nichtanzeige selbst der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt. Auf der anderen Seite spricht eine Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers regelmäßig gegen die Verhältnismäßigkeit der Anzeige und somit für die Rechtmäßigkeit der Kündigung. Anschließend verneint die Autorin überzeugend die Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf das öffentliche Dienstrecht.

Hinsichtlich Anzeigen gegenüber anderen Behörden gibt *Groneberg* zunächst eine Übersicht über die gesetzlichen Vorschriften, die derartige Meldungen spezifisch vorsehen – zu nennen sind hier beispielsweise § 4g Abs. 1 S. 2 BDSG und § 17 Abs. 2 S. 1 ArbSchG. Auf der bundesgerichtlichen Ebene zeigt *Groneberg* sodann die Entwicklung der Rechtsprechung auf, wonach der Arbeitnehmer gegebenenfalls (als milderer Mittel) gegenüber rechtswidrigen Anweisungen des Arbeitgebers die Arbeit verweigern kann und andererseits zu differenzieren ist zwischen gewöhnlichen Beschäftigten und Beschäftigten mit besonderen Positionen (wie zum Beispiel dem Strahlenschutzbeauftragten). Daneben gilt aber nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1991 auch im Zusammenhang mit Anzeigen gegenüber anderen Behörden wiederum, dass Anzeigerstaten, die mit bloßer Schädigungsabsicht handeln, nicht schutzwürdig sind. Auf der landesarbeitsgerichtlichen Ebene nimmt die Autorin sodann im Zusammenhang mit Whistleblowing gegenüber Behörden eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichtes Baden-Württemberg aus dem Jahr 1976 zum Anlass für Kritik. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte das Landesarbeitsgericht die ordentliche Kündigung eines Schweißers, der zunächst intern und später auch extern gegenüber dem Gesundheitsamt und der Gewerbeaufsicht Bedenken über die Gesundheitsschädlichkeit seiner Schweißarbeit erhoben hatte, aufrechterhalten und dies damit begründet, der Arbeitnehmer hätte sich durch die Benutzung einer Atemschutzmaske selbst schützen können. Abgesehen davon, dass diese Entscheidung, worauf *Groneberg* auch hinweist, heftige Kritik erfahren hat, zeigt sie in der Folge aber auf, dass auch in Fällen des Whistleblowings gegenüber anderen Behörden die Rechtsprechung (des LAG Köln, aber auch des LAG Baden-Württemberg) mittlerweile arbeitnehmerfreundlich ist.

Soweit es schließlich Hinweise an die Öffentlichkeit (welche hier totum pro parte in erster Linie für die Medien steht) betrifft, ist nach der Darstellung *Gronebergs* stets eine Einzelfallabwägung unter Beachtung von Art. 5 Abs. 1 GG vorzunehmen. Im Folgenden zeigt sie, unter anderem anhand der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte, auf, dass auch in

diesem Zusammenhang dem Vorliegen oder der Abwesenheit einer Schädigungsabsicht in der Person des Hinweisgebers eine bedeutsame Rolle zukommt.

Zusammenfassend legt Groneberg dar, dass sich der Rechtsprechung entnehmen lasse, dass es „grundsätzlich erforderlich [sei], die Motivation einzubeziehen und im Rahmen der Zumutbarkeit vor einer Strafanzeige auf eine interne Abhilfe hinzuwirken“ (S. 231). Dem Hinweisgeber, der sich an die Öffentlichkeit wendet, seien dagegen engere Grenzen gesetzt; die Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen sei „nur bei der Enthüllung schwerwiegender Missstände“ (S. 232) gerechtfertigt.

Es fällt schwer nachzuvollziehen, warum die Autorin anschließend gleichwohl der Ansicht ist, dass es einer gesetzgeberischen Maßnahme bedürfe. Als Begründung hierfür führt Groneberg mangelnde Rechtssicherheit und Klarheit ins Feld. Vor dem Hintergrund ihrer eigenen Ausführungen zu dem in Deutschland sehr weitgehenden arbeitsrechtlichen Schutz des Hinweisgebers ist es aber nicht überraschend, dass Groneberg in ihrem eigenen Vorschlag einer gesetzlichen Regelung nur an wenigen Stellen wirkliche Neuerungen liefert: Ihre Kritik, eine (im Gesetzesvorschlag verschiedener Bundesministerien aus dem Jahr 2008 angelegte) Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und anderen Beschäftigten führe zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten, verdient Zustimmung. Ihr hiergegen gerichteter Vorschlag, auch zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte und auf Grund wirtschaftlicher Unselbständigkeit arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung aufzunehmen, ist ebenso folgerichtig wie die Erstreckung auf Bewerber und ehemalige Arbeitnehmer.

Überzeugend sind insbesondere auch die Ausführungen zum sachlichen Anwendungsbereich einer Regelung. In der Tat ist bei vielen von Unternehmen eingerichteten Whistleblowing-Systemen nicht hinreichend deutlich definiert, für welche Art von Regelungsverstößen ein Meldungskanal eröffnet ist. Und auch die Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang (notwendig) unpräzise und nicht abschließend. Wenn Groneberg daher vorschlägt, eine gesetzliche Regelung müsse Hinweise auf strafbare und nicht strafbare Regelverstöße sowie vergangene, gegenwärtige und zukünftige Schäden erfassen, so geht dies sehr weit, bietet aber den nicht zu leugnenden Vorteil der Klarheit einer gesetzlichen Regelung und vermeidet Regelungslücken.

Im Übrigen erschöpft sich Gronebergs Vorschlag im Wesentlichen in einer Zusammenfassung der durch die Rechtsprechung bereits aufgestellten Grundsätze, wobei sie in dankenswerter Klarheit Schwächen des ministeriellen Entwurfes eines neuen § 612a BGB aufzeigt.

Deutliche Kritik verdienen Gronebergs Ausführungen dahingegen, wenn sie die Forderung aufstellt, in der Gesetzesbegründung zu einem neuen § 612a BGB solle unmissverständlich hervorgehoben werden, dass die Motive eines Hinweises unbeachtlich seien. Groneberg begründet diese Forderung letztlich damit, der Whistleblower handle „unabhängig von seiner Motivation(,) objektiv im Interesse der Öffentlichkeit, wenn er auf tatsächlich bestehende Missstände aufmerksam macht“, er sei daher „in dieser Konstellation stets schutzwürdig“. Unabhängig davon, dass es dem Sinn des PIDA 1998 entsprechen mag, „Hinweise im öffentlichen Interesse zu schützen“ (Verweis auf S. 152), stellt dies keine Antwort auf die Frage dar, warum das deutsche Recht eine solche Sichtweise übernehmen soll.

Soweit die Autorin im rechtsvergleichenden Teil das englische und amerikanische Recht untersucht hat, um auf diese Weise „Kriterien effektiver und ausgewogener Schutzinstrumente“ auch in Deutschland herauszuarbeiten (S. 234), überzeugen ihre Ausführungen wenig: Es fehlt eine tragfähige Begründung dafür, warum die Grundsätze ausländischen Rechtes an dieser Stelle in deutsches Recht übernommen werden sollen. So bleiben auch die Ausführungen der Autorin de lege ferenda wenig einleuchtend: Dass es beispielsweise einer eindeutigen Formulierung bedarf, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Missständen in die Interessenabwägung einzubeziehen ist, ist in dieser Form ein bloßes Postulat, welches die Autorin nicht belegt.

Gleichwohl ist die vorliegende Arbeit Gronebergs gerade auch für den Praktiker lesenswert, da sie einen umfassenden und gut lesbaren Überblick über die in erster Linie durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit von Hinweisen an

Behörden und die Öffentlichkeit bietet, wobei insbesondere die klare Differenzierung zwischen Strafverfolgungsbehörden und anderen Behörden positiv hervorzuheben ist.

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

## **Kathleen Maja Wolter: Vorabentscheidungsverfahren und Beschleunigungsgebot in Strafsachen – Unter Berücksichtigung des Eilvorlageverfahrens zum Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 104b der Verfahrensordnung**

**Duncker & Humblot, Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht, Band 12, Berlin 2011, 286 S.**

Die von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation zum Wintersemester 2010/2011 angenommene Ausarbeitung befasst sich mit einem wohl zu Unrecht – weil stets von größter Relevanz – als aktuelles Modethema wahrgenommenen Sujet: Das Gebot und der Grundsatz der Beschleunigung in Strafsachen. Die – redaktionelle Begleitangaben und Inhaltsverzeichnis aussparend – etwa 250 Seiten umfassende Arbeit ist, um es vorweg zu nehmen, zur Anschaffung und Lektüre einschränkungslos zu empfehlen. Wolter gelingt es, am Beispiel des unionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 (ex-Art. 234 EGV) AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; eine Kodifizierung, die nicht zum selbstverständlichen Allgemeinbegriff des national agierenden Strafrechters gezählt werden dürfte) Fragen des Beschleunigungsgebots in einen größeren Betrachtungskontext zu stellen. Eine fein aufbereitete Zusammenfassung des Beschleunigungsgebots in der Europäischen Menschenrechtskonvention (S. 35 ff.) wird flankiert durch Ausführungen zum Beschleunigungsgebot im deutschen Straf- und Verfassungsrecht (S. 48 ff.), auch unter Darstellung der vielbesprochenen Strafzumessungs- bzw. Strafvollstreckungslösung bei Verstößen gegen dieses Gebot.

Die Beschreibung der Verortung des Beschleunigungsgebotes im Recht der Europäischen Union (S. 61 ff.) gelingt unter sehr sorgfältiger – die historischen Meilensteine des Vertrags von Lissabon und der Nizza'schen Grundrechtscharta einbindender – Aufbereitung der Kodifizierung trotz des teilweise ungeläufigen Regelungskomplexes sehr behände und eingängig. Überhaupt ist Wolter in der empirischen Vorstellung und Aufarbeitung der Materie eine sehr ansprechende Darreichungsform gelungen. Die Stilistik ist zugewandt und neigt bei aller Komplexität der besprochenen Materie nicht dem Fehler zu, sie sprachlich durch überflüssige Verschachtelungen zu flankieren. Auch in Passagen fast handbuchartiger Prägung (z.B. S. 114 ff. zur „konkreten Ausgestaltung des Eilvorlageverfahrens nach Art. 104b VerfO EuGH) verliert die Abhandlung nie deren wissenschaftliche Tonalität. Konkrete Fallbeispiele zum Verfahren der Eilvorlage (S. 129 ff.) erleichtern den Zugriff des Lesers auf die Materie und arbeiten den Untersuchungsgegenstand noch plastischer heraus.

Immer wieder rekurriert Wolter mit klarem Bezug und nachvollziehbaren Findungen zur eigentlichen Problemdarstellung („Vorabentscheidungsverfahren im Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot“, S. 74 ff.) und widmet den Lösungsmöglichkeiten für dieses Spannungsfeld den gesamten dritten Teil der Arbeit. Er beginnt mit einer erneuten Darstellung des abgehandelten Problems, die auf Grund ihrer Prägnanz und Aussagekraft zu folgender Zitation drängt:

„Es ist mithin zu überlegen, was einem nationalen Strafrichter zu raten ist, wenn er sich widersprechenden Anordnungen aus europarechtlicher bzw. menschen- und verfassungs-

rechtlicher Sicht gegenüber sieht, wenn ihm einerseits Art. 267 AEUV nahe legt [...] eine europarechtliche Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen, andererseits aber durch das völker- bzw. menschenrechtliche (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK), europarechtliche (Art. 47 Abs. 2 GRCH) und verfassungsrechtliche (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) Beschleunigungsgebot und das richterliche Selbstverständnis dazu verpflichtet ist, das wegen des Instanzenzugs möglicherweise schon etliche Jahre dauernde Verfahren nicht noch mindestens weitere anderthalb Jahre zu verzögern.“

Gern überlegt der Leser mit. Er fühlt sich auf teils unsicherem Gesetzesterrain ebenso behutsam wie nachhaltig informiert, was nicht zuletzt an der angemessen ausgeprägten und immer weiterführenden Fußnotenkultur der Autorin liegt.

Im Rahmen ihrer eigenen Lösungsvorschläge (S. 250 ff.) unterscheidet Wolter zwischen Empfehlungen für nicht letztinstanzliche Gerichte und solchen für letztinstanzliche Gerichte. Eine Dichotomie, die in Art. 267 AEUV („dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“) angelegt ist.

Nach gut nachvollziehbarer und genügend ausführlicher Schilderung der durch Mitdiskutanten angebotenen Lösungsmöglichkeiten zum Spannungsfeld sind die jeweiligen Empfehlungen der Autoren an die Straferichte gut und solide begründet, wenn vielleicht auch nicht in allerletzter Konsequenz in Fragen der Behandlung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „Klärungsbedürftigkeit“ oder „Klarheit in der Rechtslage“ komplettiert. Letztlich wäre eine solche Weiterführung aber gesamtsystemisch auch als Fremdkörper in der schwerpunkthaft empirisch angelegten Untersuchung und Argumentation zu empfinden. Am uneingeschränkt positiven Gesamteindruck und der Lektüreeempfehlung ändert dies nichts.

Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München

## **Tobias Friedhoff: Die straflose Vorteilsannahme. Zu den Grenzen der Strafwidrigkeit des § 331 StGB – mit vergleichender Darstellung der entsprechenden Normen in Österreich und der Schweiz.**

**C.F. Müller, Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht, Gießen 2012, 246 Seiten.**

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität, Gießen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Januar 2012 berücksichtigt.

Gegenstand der Arbeit ist der Tatbestand der Vorteilsannahme. Dabei gliedert sich die Arbeit in sechs Teile.

Nach einer einführenden Einleitung folgt zunächst eine Bestandsaufnahme zum rechtlichen Ist-Zustand (zweiter Teil). Ausgehend von der Gesetzgebungsgeschichte betreffend die Tatbestände der Vorteilsannahme und der Vorteilsgewährung, beginnend mit Einführung des StGB, dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch von 1974 und insbesondere dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption aus dem Jahre 1997, wird die geschichtliche Entwicklung dieser Rechtsnormen dargestellt. Hieran schließt sich eine Aufbereitung des durch den Tatbestand der Vorteilsannahme geschützten Rechtsguts einschließlich einer kritischen Würdigung der insoweit vertretenden Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung an. Ebenfalls Teil der Bestandsaufnahme ist eine Beschreibung der objektiven sowie subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorteilsannahme im derzeit geltenden Recht. Auch wenn eine einer Kommentierung entsprechende Übersicht von vornherein nicht seitens

des Verfassers vorgelegt werden konnte und musste, verschaffen die Ausführungen dem Leser einen guten Überblick zu § 331 StGB. Eine vertiefende Darstellung kann in der einschlägigen Kommentarliteratur gefunden werden.

Im dritten Teil schließt sich ausgehend von grundsätzlichen Überlegungen zum ultima-ratio-Prinzip strafrechtlicher Normen eine Darstellung der Restriktionen des Tatbestandes der Vorteilsannahme an. Die in Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagenen Restriktionsmöglichkeiten werden umfassend geschildert und sachgerecht einer kritischen Würdigung unterzogen. Einen weiten Raum nimmt insbesondere die Restriktion des Tatbestandes der Vorteilsannahme durch Sozialadäquanz ein. Die vom Autor dargestellte Überprüfung der vorliegenden Rechtsprechung sowie Literaturmeinungen einschließlich einer kritischen Stellungnahme hierzu ist überzeugend.

Aus den vorgenannten Ausführungen zu den Versuchen der restriktiven Anwendung des § 331 StGB folgt nahezu zwingend die sich aufdrängende Frage nach der Vereinbarkeit der Vorteilsannahme mit dem verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebot, deren Beantwortung Gegenstand des vierten Teils ist. Namentlich die bereits vorstehend dargestellten Versuche, über die Sozialadäquanz den Tatbestand einzugrenzen, führen den Autor denklogisch zu der Diskussion, ob die insoweit gegenwärtig geltende, aber offensichtlich einzuschränkende Norm dann dem Bestimmtheitsgebot genügt. Der Verfasser sieht die Bestimmtheit des § 331 StGB unter Einbeziehung des Begriffs der Sozialadäquanz in die Tatbestandsanwendung auf Basis auch der analysierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kritisch; er verneint insoweit dessen Verfassungsgemäßheit.

Im fünften Teil blickt der Autor nach Österreich und in die Schweiz. Er stellt die dort einschlägigen Tatbestände der beiden Rechtsordnungen unter Einschluss der geschichtlichen Entwicklung ausführlich, gleichzeitig aber prägnant und insbesondere auch für den deutschen Juristen gut lesbar auf über 70 Seiten dar, ohne auch den konkreten Vergleich der Regelungen in beiden Ländern mit der deutschen Norm zur Vorteilsannahme, namentlich was die Bestimmtheit der Normen etwa im Bereich der deskriptiven Tatbestandsmerkmale (Österreich) bzw. das Äquivalenzverhältnis zwischen Vorteil und Diensthandlung (Schweiz) angeht, zu scheuen.

Die aus der erfolgten Bestandsaufnahme betreffend den Tatbestand der Vorteilsannahme in seiner aktuellen Form, aus der kritischen Überprüfung der in Literatur sowie Rechtsprechung vorgenommenen Korrekturversuche aufgrund des geltenden Wortlautes des § 331 StGB, aber auch aus dem Rechtsvergleich mit Blick in die Schweiz sowie Österreich erarbeiteten Erkenntnisse führt der Autor im sechsten Teil der Arbeit zusammen, wenn er eigene Formulierungsvorschläge zur Ausgestaltung des Tatbestandes der Vorteilsannahme, aber auch der Vorteilsgewährung de lege ferenda vorlegt und darüber hinausgehend auf über 30 Seiten kommentiert und begründet. Dieser Teil der Arbeit ist es, der über eine wissenschaftlich fundierte Beschreibung des Ist-Zustandes hinausgeht und zeigt, dass der Autor nicht nur den Tatbestand der Vorteilsannahme in seiner gegenwärtigen Situation durchdrungen hat, sondern die aus den Problemen und Unsicherheiten resultierenden Rechtsanwendungsfragen sachgerecht und kreativ für ein „eigenes“ Gesetzgebungsvorhaben umsetzt.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

## **Lösing, Carsten: Die Kompensation des Vermögensnachteils durch nicht exakt quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte**

Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrecht, Heft 233, Hamburg 2012, 271 Seiten.

1. Welch ein Gegensatz! Unter seinem Fazit zitiert *Lösing* Montesquieu (S. 233): „Es ist der Wettbewerb, der den richtigen Preis für Güter setzt und die richtigen Beziehungen zwischen ihnen herstellt.“ Und das, nachdem der *Autor* zuvor über gut 60 Seiten feinziselierte normative Überlegungen zur Wertfeststellung als eine Art angemessenem ‚Preis‘ anstellte und dessen Bestimmung mit dem Gebot der Abwägung aller Umstände des Einzelfalles quasi in das richterliche Ermessen stellte. Nicht der einzige Schmerz.

Falscher Ort, falsche Zeit. Tragisch, wenn die Aktualität vermutlich jahrelanger Arbeit von einer kurz nach Fertigstellung ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170 ff. zur Untreue und ebenso wie die Entscheidung vom 7.12.2011, NJW 2012, 907 ff., zum Betrug mit grundlegenden Ausführungen zur Quantifizierung der Tatbestandsmerkmale Nachteil bzw. Schaden; auch in der veröffentlichten Fassung nur rudimentär berücksichtigungsfähig gewesen) weitgehend beseitigt wird. Dafür darf der *Autor* mit aufrichtigem Bedauern rechnen. Keine Nachsicht verdient aber seine fehlende Entscheidung zwischen induktiver Rechtsprechungsanalyse und darüber hinausgehender (in- oder deduktiver) wissenschaftlich-dogmatischer Erkenntnis, ebensowenig sein undurchsichtiges Pendeln zwischen generellen Untersuchungen bzw. Aussagen einerseits und der Beschränkung auf seinen Leitfall (BGH 3 StR 470/04) andererseits, auch nicht der von ihm gewählte Titel: Wo die dogmatische Frage ‚draufsteht‘, welche Effekte kompensatorische Wirkung haben können, wie sich diese quantifizieren lassen und wer den Wert festlegt, ist (weitgehend) nur Mannesmann ‚drin‘.

2. a) Ausgangspunkt ist die Fragestellung des *Autors*, ob den an die ausscheidenden Vorstandsmitglieder gezahlten Anerkennungsprämien tatsächlich, wie vom BGH angenommen, keine kompensierenden Effekte gegenüberstanden (S. 29). Daß diese Ausgangsfrage schief gestellt ist, erkannte der *Autor* schnell und versuchte sie durch den Hinweis ins Lot zu bringen, daß angesichts des unmittelbar nachfolgenden Ausscheidens des Vorstands gar keine Kompensation durch erhöhte Arbeitsleistung mehr eintreten konnte (S. 31 f.). Das ist zwar richtig, zeigt aber, daß der Fall Mannesmann als Ausgangssachverhalt für die dogmatische Fragestellung nicht wirklich geeignet ist.

b) Teil 2 der Untersuchung befaßt sich im 1. Kapitel (S. 38 ff.) ausführlich mit Fragen der Vergütungsstruktur bei Vorstandsmitgliedern und stellt etliche Erscheinungsformen variabler Entlohnungsmodelle vor. Zu diesen gehören auch Anerkennungsprämien. Diese sind nach *Lösing* auf der Basis der Entscheidung des BGH nur zulässig, wenn der mit ihnen verbundene Vermögensabfluß in gleicher Höhe durch anderweitigen Vermögenszuwachs ausgeglichen wird. Im 3. und Haupt-Teil beleuchtet *Lösing* mögliche derartige kompensatorische Effekte (S. 70 ff.). Im Kapitel 1 (S. 73 ff.; unklar jedoch zum Risikogeschäft, S. 107) verweist er zwar auf das aus der Eigenständigkeit der Tatbestandsmerkmale *Pflichtwidrigkeit* und *Nachteil* folgende Verschleifungsverbot, kommt darauf aber nur gegen Ende zurück, als er procedurale Kriterien (wohl) der Pflichtwidrigkeit zuordnete (S. 216). Ansonsten läßt sich keine Prüfung dahingehend erkennen, welchem Tatbestandsmerkmal welcher Aspekt zugeordnet werden muß. Zutreffend ist allerdings, daß *Lösing* eine Verbindung lediglich zwischen *Nachteil* und *Kompensation* herstellt (S. 76, 84). Die in der allgemeinen Rechtsprechung bereits anerkannten Kompensationseffekte finden sich auf den S. 78 f. aufgelistet. Systematisierend unterscheidet *Lösing* zwischen direkter und indirekter Kompensation und bei Letzterer solche vor generell- und speziaeffektivem Hintergrund (S. 80 ff.).

c) Das 2. Kapitel des 2. Teils (S. 84 ff.) ist Fragen des Vermögensbegriffs gewidmet. Am Beginn steht die Prüfung, (1) welche Vermögensbestandteile (der aufgrund der Wortwahl naheliegende Zirkelschluß läßt sich mit einem Verständnis dahingehend vermeiden, daß hier die Gegenstände gemeint sind, die dem Inhaber im bürgerlich-rechtlichen Sinne zustehen) für § 266 StGB (ebenso für § 263 StGB) relevant sind und welche nicht und (2) wie der Nachteil bzw. Schaden zu ermitteln ist (S. 85).

Zu (1) hebt *Lösing* anknüpfend an die grundlegenden Arbeiten *Hefendehls* hervor, daß die Vermögensgefährdung auf der Schadensseite das Spiegelbild zur Expektanz auf der Seite des Vermögens und damit möglicher Kompensationen darstellt (S. 86). Daraus leitet er mit *Saliger* eine nur vom Zweifelssatz eingeschränkte Symmetrie dergestalt ab, daß das Unmittelbarkeitskriterium entweder auf beiden Seiten oder weder beim Ab- noch beim Zufluß Anwendung finden kann (S. 87; erweitert auf das gesamte Verständnis des Vermögens

sowohl im Hinblick auf Minderungen wie Mehrungen, S. 128, 130), ohne aber eine Entscheidung dieser Alternativität zu treffen. Bei der weiteren Prüfung relevanter Vermögensgegenstände stellt *Lösing* auf den Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ ab (S. 87), ebenso bei der Frage, ob und wie genau der Nachteil zu quantifizieren ist (S. 88 ff.). Das ist verfehlt – aber nicht, weil dieser nur eingeschränkt gälte (S. 127). Es handelt sich dabei vielmehr allein um eine prozessuale Entscheidungsregel, welche im materiellen Recht keinen Platz hat.

Aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG kann kein *exaktes* Quantifizierungsgebot abgeleitet werden (S. 90 f.). Mag auch das Vorhandensein des Strafzumessungsgrundes eines besonders schweren Falls beim Eintritt eines Verlusts ‚großen Ausmaßes‘ für die Notwendigkeit exakter Quantifizierung sprechen (S. 91 ff.), so gilt das nicht für das Schuldprinzip als solches (S. 93 f.). Das von *Lösing* (S. 94, auch 105) angeführte Argument ist schlagend, wenngleich nur auf der Ebene des einfachen, nicht des Verfassungsrechts: Aufgrund des notwendigen Kausalzusammenhangs zwischen Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und dem Nachteil sind aus der tatsächlich eingetretenen Vermögensminderung zur Bestimmung des Nachteils all die Effekte herauszunehmen, welche nicht auf dieser spezifischen Pflichtwidrigkeit beruhen. Das ist nicht exakt, sondern nur mit Hilfe einer wertenden Betrachtung möglich. Gegen das Erfordernis exakter Quantifizierung und für die Zulässigkeit der Schätzung der Höhe des an sich festgestellten Schadens führt *Lösing* weitere, eher utilitaristische Argumente an, verweist aber auch auf einige Vorschriften im StGB, welche Schätzungen ausdrücklich zulassen (S. 94 ff.). Obwohl die Reduzierung auf die Frage nach der Zulässigkeit von Schätzungen das Thema ‚Quantifizierung‘ nicht ausschöpft, erst recht nicht die in der Überschrift zum Ausdruck gebrachte weitergehende Problematik der Abgrenzung relevanter von irrelevanten Vermögensbestandteilen, auf welche *Lösing* erst später zurückkommt (S. 111 ff.), kann ihm ohne weiteres in seinem Ergebnis gefolgt werden, daß exakte Feststellungen zu treffen sind, soweit das nach einem pragmatischen Maßstab möglich ist, daß aber jenseits dessen Schätzungen zulässig sind (S. 96 f.). Konsequenterweise wendet sich *Lösing* anschließend, wenn auch arg knapp, der Frage zu, unter welchen Voraussetzungen Schätzungen mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sind (S. 97 f.).

Die Überlegungen zur Ermittlung des Schadens bzw. Nachteils (2.) setzen bei den von *Lösing* sogenannten verschiedenen Schadensarten an (S. 98 ff.). Er befaßt sich zunächst (S. 98 f.) mit Besonderheiten bei Risikogeschäften (ausgenommen S. 106 ff.), der schadensgleichen Vermögensgefährdung allgemein, dem individuellen Schadenseinschlag und dem Submissionsbetrug. Ob es sich dabei jedoch um verschiedene *Arten* von Schäden mit materiellrechtlich unterschiedlichen Inhalten handelt, oder ob eine Definition allgemein gilt, bei der Subsumtion aber jeweils auf die Besonderheiten des Falles und seiner Umstände abzustellen ist, oder ob es sich gar nur um prozessuale Fragen des Beweises handelt, thematisiert *Lösing* nicht. Er wendet sich schnell dem Prinzip der Gesamtsaldierung zu (S. 99 ff.) und konstatiert, daß es nicht ausnahmslos durchgehalten werde (S. 105) und es zudem zulasse, den maßgeblichen Zeitpunkt unterschiedlich, ja beinahe beliebig zu bestimmen (S. 104). Bei Risikogeschäften verstehe der BGH den Schaden/Nachteil anders. Der fehlende Versuch einer Systematisierung rächt sich in der eher hilflosen Feststellung, der Risikoschaden lasse sich nicht anhand objektiver Kriterien bestimmen und sei daher durch einen stark normativen Charakter geprägt (S. 108). *Lösing* stellt dem und der aufgrund der Ausnahmen ihn ebenfalls nicht überzeugenden Gesamtsaldierung die zivilrechtliche Differenzhypothese gegenüber (108 f.), welcher ersichtlich seine Sympathie gehört (S. 109 ff.). Konsequenzen daraus macht *Lösing* allerdings nicht deutlich. Stellt man sowohl auf Minderungen als auch auf Zuwächse im betroffenen Vermögen ab, so werden auch die Kompensationen erfaßt – eine eigene Erkenntnis *Lösings*, allerdings beschränkt auf das Risikogeschäft und die in der Rechtsprechung anerkannte Rechtsfigur eines ‚wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans‘ (S. 107, auch S. 133).

Nach Befassung mit den von ihm unterschiedenen Schadens-Arten wendet sich *Lösing* wieder dem Aspekt (1.) zu (S. 111 ff.) und spaltet die Frage nach der Werthaltigkeit von Vermögenspositionen auf in die Bestimmung relevanter Positionen (a) und deren Bewertung (b), S. 111. Vermögensstrafrechtlich relevant (a) sind nach *Lösing* (S. 111. f.) allgemeine Positionen (Eigentum etc., nicht aber bestrittene Forderungen – der Grund dafür bleibt

dunkel) und (S. 112 ff.) Expektanzen, verstanden mit *Hefendehl* als bereits vorhandene Herrschaftsmacht. Eine umfassende Bestimmung dessen, was vom Strafrecht als Vermögen geschützt wird, ist das nicht (Affektionsinteresse?) und war auch wohl nicht intendiert. Die Bewertung (b) kann auf verschiedenen Wegen erfolgen (S. 116 ff.). Zuerst zu nennen ist der Marktwert. *Lösing* (S. 116 ff.) beschreibt anschaulich, daß und warum ein solcher nicht immer feststellbar ist. Auch ein rein intersubjektiv vereinbarter Preis (S. 120) kann jedenfalls nicht durchweg maßgeblich sein, weil damit unredliche Geschäftspartner mit dem unlauter festgelegten Preis zugleich den Wert bestimmen könnten (S. 119). In Betracht kommen ferner der Wiederverkaufswert (S. 120 f.), Kombinationen aus objektiven und subjektiven Elementen (S. 121) sowie verschiedene betriebswirtschaftliche Methoden zur Feststellung des Barwerts (S. 122 ff.). Letztlich bestätigt *Lösing* sein bereits bei Befassung mit der Zulässigkeit von Schätzungen gefundenes Ergebnis (S. 96 f.): soweit möglich, komme es auf den nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Marktwert, im übrigen auf substantielle Schätzungen an (S. 126 f.).

d) Nachfolgend fragt *Lösing* nach den Voraussetzungen für die Anerkennung kompensatorischer Effekte (S. 127 ff.). Problematisch seien nicht die allgemeinen Voraussetzungen, wirtschaftlicher Wert und Quelle in der strafbaren Handlung. Fraglich sei hingegen, ob die Kausalität von Zurechnungskriterien wie dem Unmittelbarkeitserfordernis einzuschränken ist und ob, sowie wenn ja, welche wirtschaftlichen Zuflüsse aus normativen Gründen nicht anzuerkennen seien (kriminelle Herkunft <Verhältnis zur Notwendigkeit, daß nur auf die Tat zurückzuführende Zuflüsse kompensieren können>, Schadenersatz etc.), S. 127. Dabei kommt er erneut auf die Frage (1.) nach der Abgrenzung zwischen relevanten und irrelevanten Vermögensteilen zurück (S. 128 f.). Die Prüfung etwaiger Einschränkung schlichter Kausalität (S. 130 ff.) erstreckt sich von den verworfenen Kriterien der Gleichzeitigkeit (S. 132 f.) und Unmittelbarkeit (S. 133 ff.), über die ebenfalls als unzureichend angesehenen Aspekte des Vorsatzes und der Adäquanztheorie zur objektiven Zurechnung zwischen Rechtsgut und Vermögenseffekt (S. 136 f.). Letzteres aufgreifend schlägt *Lösing* vor, die Zurechnung unter Berücksichtigung des Telos der Untreue vorzunehmen, manifestiert in Kausalität und Zugriffsmöglichkeit (S. 138). Ob darin mehr liegt als die vom Tatbestand vorgegebene Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Nachteil bleibt dabei offen. Die Prüfung der Eignung eintretender Folgen zur Kompensation beginnt mit dem Satz: „Kompensatorische Effekte müssen generell kompensationsfähig sein“ (S. 138). Gemeint ist damit: Effekte sind nicht als kompensatorisch anzuerkennen, wenn ihnen die generelle Kompensationsfähigkeit fehlt.

Sein Versprechen allgemeiner Ausführungen zu den Anforderungen an die generelle Kompensationsfähigkeit (S. 142) löst *Lösing* nur mit Ausführungen zu Mannesmann ein (S. 143 ff.). Folgen wird man ihm darin können, die Gewährung einer Anerkennungsprämie nicht als Risikogeschäft zu betrachten. Nachfolgend wendet sich *Lösing* verschiedenen Effekten zu und prüft die Kompensationseignung von *Anreizwirkungen* jenseits der Person des Empfängers der Anerkennungsprämie (S. 143 ff. (generell bejaht, S. 146 f., 152; Quantifizierung: Schätzung nach betriebswirtschaftlichem DCF-Verfahren); der *Steigerung der Reputation des Unternehmens*, S. 152 ff. (ebenfalls generell bejaht, S. 155; Bemessung der Reputation: spezifische Demoskopie, S. 155 f., aber nicht quantifizierbar, S. 158), und der *Schaffung von Geschäftschancen*, S. 158 f. (ohne Beantwortung der Frage nach genereller Eignung: nicht bewert- und damit nicht quantifizierbar). Das Fazit lautet: schwer bewertbar, aber wegen des Zweifelssatzes nicht völlig zu vernachlässigen (S. 159). Das Ergebnis der Betrachtung von an die Empfänger von Anerkennungsprämien anknüpfenden Anreizwirkungen (S. 160 ff.: *erhöhte Bindung*, nur in concreto Mannesmann: nein, S. 160 f.; *Loyalität bzw. Herauskaufen illoyaler Vorstandsmitglieder*: bestenfalls zum Erzielen von Spezialeffekten über die Rechtspflichten hinaus, S. 161 f.) ist ein entschiedenes: kann sein – oder auch nicht (S. 163 f.).

e) Gegenstand von Teil 3, Kapitel 3 (S. 164 ff.) ist das Problem mangelnder Quantifizierbarkeit wertvoller Effekte. Letztere kann nach *Lösing* auf vier Gründe zurückgehen: Fehlen eines klaren Erfolgsmaßstabs, fehlende statistische Erhebungen, mangelnde Separierbarkeit verschiedener Effekte und zeitlich gestreckter Eintritt von Wirkungen. Nach allgemeiner Verwerfung der Extreme (jeder oder gar kein generell kompensationsgeeigneter Effekt kompensiert) sucht er unter Berücksichtigung der Belange des Beschuldigten und der

Strafverfolgung für den Umgang mit dem konkreten Problem mangelnder Quantifizierbarkeit der Kompensationseffekte von Anerkennungsprämien nach einer vermittelnden Lösung (S. 169 ff.). Da ihm dafür allein weder die richterliche Überzeugung (S. 171 ff.) noch der Zweifelssatz (S. 174 f.) genügen, unternimmt er den Versuch (S. 176 ff.) einer Konkretisierung der Angemessenheit anhand von 10 verschiedenen methodischen Ansätzen (S. 176 ff.: Normative Festsetzung <S. 176 f.: absolute Obergrenzen; S. 177 f.: Abhängigkeit vom Festgehalt>; S. 178 f.: Zustimmung der Aktionäre; S. 180 f.: sittliche Anschauungen; S. 181 f.: Üblichkeit; S. 182 ff.: Wahrscheinlichkeitstheorien; S. 188 f.: § 87 AktG; S. 189 f.: DCGK; S. 190 ff.: Anlehnung an die steuerrechtliche Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen; S. 201 f.: Dreistufenmodell nach *Lücke*; S. 202: Umstände des Einzelfalls). *Lösing* sieht keinen dieser Ansätze als für sich überzeugend an (S. 202 f.), entnimmt aber einigen einzelne Elementen, die er in drei Schritten für sinnvoll kombinierbar hält: Wenn (a) die Feststellung aller Zu- und Abflüsse und (b) deren Quantifizierung per Sachverständigengutachten keinen verlässlichen Erwartungs- bzw. Barwert ergäbe, so müsse (c) auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden (S. 203 ff.).

Für die dafür erforderliche Gesamtschau führt *Lösing* eine Liste von Indizien an (S. 205 ff.: *nachfrageorientierte Kriterien* mit erheblicher Aussagekraft, S. 213 <S. 205 ff.: Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds; S. 208 f.: Lage der Gesellschaft; S. 209 f.: Größe des Unternehmens; S. 210 f.: Ertragsstärke; S. 211 f.: Branche>; S. 213 ff.: *angebotsorientierte Kriterien* mit ebenfalls erheblicher Aussagekraft, S. 215 f. <S. 213: Stellenmarkt; S. 213 f.: Qualifikation und Leistung; S. 214: Berufserfahrung/Alter; S. 215: Familienverhältnisse>; S. 216 ff.: aufgrund unvermeidlicher Verschleifung mit dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit und wohl auch wegen zu starker Normativierung (S. 219 f.) ungeeignete *procedurale Kriterien* <S. 217: Nähe zum Unternehmensgegenstand; S. 217: sachwidrige Motive; S. 217 f.: Unabhängigkeit des befaßten Aufsichtsrats; S. 218: Transparenz; S. 219: Kontrollintensität des Aufsichtsrats; S. 219: Dokumentation und Begründung>; S. 220 f.: *relationales Kriterium der (Un-)Üblichkeit*, und S. 221 f.: *funktionale Kriterien*, beide Letztgenannten wohl als tendenziell geeignet betrachtet). Das Bemühen um eine Reihenfolgen (S. 222 ff.) mündet in die Bevorzugung materieller vor funktionalen Kriterien (S. 226).

3. Dem *Rezensenten* ist der Versuch mißlungen, aus dieser beeindruckenden Liste und den sonstigen Darlegungen abzulesen oder auch nur abzuleiten, wieviel Euro und wieviel Cent z.B. das Alter des Empfängers der Anerkennungsprämie denn nun wert ist. Er dürfte damit allerdings weder alleinstehen noch kann die Ursache der Misere *Lösing* angelastet werden: Die Auswirkungen von Anerkennungsprämien (wie manch anderer Aufwendungen nicht nur für Werbung, Spenden, Sponsoring, sondern auch für die Festsetzung von Gehältern und das Sich-Lohnen von Investitionen) lassen sich schlicht nicht, jedenfalls nicht ex ante, wie es für Betrug und Untreue erforderlich ist, quantifizieren. Dies zu konstatieren ist keine Kapitulation des Strafrechts, wenn man schlicht einsieht, daß all die genannten wie auch alle anderen *qualitativen* Gesichtspunkte zum Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit gehören, so daß für die Feststellung des Nachteils allein *quantitative* Operationen übrigbleiben. Für Anerkennungsprämien bedeutet dies: Ob und in welcher Höhe sie gewährt werden, unterliegt der von seiner Pflichtenstellung begrenzten Einschätzungsprärogative des Aufsichtsrats. Innerhalb der äußersten Grenzen des Rechts hat er eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Pflicht- und damit rechtswidrig ist lediglich die Überschreitung des so bestimmten Rahmens. Diesen festzustellen, ist schwer genug. Hierfür lassen sich allerdings manche der Überlegungen *Lösings* fruchtbar machen. Ist eine Anerkennungsprämie bis zu einer bestimmten Höhe pflichtgemäß, so läßt sich der Nachteil durch einfache Differenzbildung zur gewährten Höhe berechnen. Ist hingegen die Auskehr einer Anerkennungsprämie völlig unzulässig, so scheiden Effekte, die zum Zeitpunkt des Endes der Tathandlung als dem maßgeblichen Zeitpunkt nicht quantifiziert werden können, als Kompensation aus und können bestenfalls noch im Rahmen der Strafzumessung mildernd berücksichtigt werden. Bei Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf Anerkennungsprämien wäre daher zu prüfen gewesen, ob eine unzulässige derartige Prämie exakt oder im Wege der Schätzung quantifizierbare und damit kompensationsgeeignete Folgen zeitigt. Dazu hätten allerdings die Bewertungsfragen (S. 116 ff.) in den Mittelpunkt gestellt werden müssen. Dies ist nicht geschehen – mit spürbaren Auswirkungen auf den Ertrag der Dissertation.

das verbindende Element

# Wirtschaftsstrafrecht



## Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., WisteV

Kaum eine andere juristische Disziplin ist so stark mit anderen Rechts- und Fachgebieten vernetzt, wie die des Wirtschaftsstrafrechts. Deshalb ist hier ein interdisziplinärer Austausch von herausragender Bedeutung – im Idealfall unter Einbeziehung aller handelnden Parteien. Hier greift WisteV ein. Der Verein bringt alle Akteure und Aspekte dieses fachübergreifenden Gebiets an einen Tisch: WisteV geht an die Schnittstellen, beleuchtet fachliche Sonderproblematiken, eröffnet Dialoge und schafft Sensibilität für strafrechtliche Risiken im Wirtschaftsleben.

WisteV ist ein als gemeinnützig anerkannter bundesweit tätiger Verein, der sich insbesondere die Förderung der Wissenschaft und Lehre sowie den praktischen Austausch auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts und der angrenzenden Rechts- und Tätigkeitsgebiete zum Ziel gesetzt hat.

WisteV wendet sich dabei an jeden, der sich für Wirtschaftsstrafrecht und seine Bezüge zu anderen Rechtsgebieten und Tätigkeitsbereichen interessiert.

Hierzu gehören insbesondere Rechtsanwälte, Personen, die in Unternehmen in den Bereichen Compliance und Recht tätig sind, Berater im Bereich Fraud bzw. Forensic Services, Wissenschaftler sowie Angehörige von Justiz und Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund legt WisteV ein Hauptaugenmerk auf den interdisziplinären Austausch, wobei die Beschäftigung mit dem Wirtschaftsstrafrecht im weitesten Sinne das verbindende Element darstellt.

**WisteV ist eine junge Vereinigung. Sie lebt von den Ideen, Beiträgen und der gestaltenden Mitarbeit ihrer Mitglieder.**

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

# WisteV

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.