

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. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Björn Gercke
Dr. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Golombek
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Norman Lenger
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

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

Rechtshilfe in Strafsachen (Teil 1) - Der „ordre-public“ als Rechtshilfehindernis im vertraglichen Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten, insbesondere der USA

53

Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann, LL.M., Frankfurt a. M.

Erheblichkeit und Offenlegung eines Interessenkonflikts in Fällen des „Scalping“ - OLG München NJW 2011, 3664

72

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion

„Der Geruch des Geldes“ – zur Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeld- und Barmittelverkehrs

82

Entscheidungskommentare

Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin

BGH, Urteil v. 10.7.2013 – 1 StR 532/12 („Hochseeschleppergeschäft“)

84

Internationales

Rechtsanwalt Christian Rosinus, Frankfurt,

WisteV-Preis für Dr. Stefan Petermann

114

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., zweite Ausgabe 2014

Nachdem das Land Nordrhein-Westfalen im September 2013 den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden veröffentlichte, hat die seit langem geführte Diskussion um Sinn und Notwendigkeit der Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland an Fahrt aufgenommen. Gleich zwei Veranstaltungen der WisteV – in Berlin und in Köln – beschäftigten sich in der zweiten Aprilwoche 2014 mit diesem Gesetzesvorstoß, der insbesondere in Wissenschaft und Anwaltschaft auf heftige Kritik gestoßen ist. WisteV unterstützt die Suche nach einer sachgerechten Lösung und bearbeitet das Thema Unternehmensstrafrecht vertieft in einem neuen Arbeitskreis, in dem ein interdisziplinärer Austausch zwischen den Beteiligten des Wirtschaftslebens, der Wissenschaft und der Justiz stattfinden soll (Kontaktadresse für Interessenten: unternehmensstrafrecht@wistev.de). Die WiJ wird über die Ergebnisse berichten.

Auch die Dissertation des diesjährigen WisteV-Preisträgers *Dr. Stefan Petermann* analysiert die Verbandsgeldbuße – auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelung des § 30 OWiG – und setzt diese in einen Bezug zu Compliance-Maßnahmen im Konzern; *Christian Rosinus* stellt Ihnen die Arbeit des Preisträgers in dem aktuellen Heft 2/2014 vor.

Darüber hinaus sind die Themenbereiche der aktuellen Ausgabe wieder weit gefächert: *Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.*, blickt im ersten Teil seines umfassenden Beitrags zur Rechtshilfe in Strafsachen auf die Auswirkungen des „ordre-public“ auf den vertraglichen Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten wie den USA. Er legt dar, dass der Verstoß gegen den deutschen „ordre-public“ durchaus zu beachtlichen Auslieferungs- oder Rechtshilfehindernissen führen kann, und kritisiert, dass diese in der bisher ergangenen und aus seiner Sicht zum Teil nicht mehr zeitgemäßen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch keine genügende Beachtung gefunden haben.

Dr. Christian Wagemann setzt sich anhand des Urteils des OLG München zu „Scalping-Fällen“ (OLG München NJW 2011, 3664) insgesamt mit der Strafbarkeit von Marktmanipulationen auseinander und prüft die Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit von Marktmanipulationen mithilfe von Täuschungshandlungen gem. § 201 Abs. 1 Nr. 3 WpHG.

Mit der Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB oder Untreue gem. § 266 StGB beschäftigt sich *Dr. Tine Golombek* in ihrem Kommentar zu der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 10.7.2013 („Hochseeschleppergeschäft“). Der BGH hatte sich hier mit einem Sachverhalt auseinanderzusetzen, bei dem die Täter im Tatzeitpunkt, als ihnen Vorteile versprochen wurden, Betriebsinhaber waren, später jedoch die Täterqualität des § 299 StGB als „Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs“ erfüllten.

Antje Klötzer-Assion beleuchtet einen Aspekt, der in der aktuellen Debatte um steuerstrafrechtliche Selbstanzeigen bisher wenig Beachtung gefunden hat: Den Anstieg des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs und die dabei entstehende Zollproblematik, weil eine Vielzahl von Kunden insbesondere schweizerischer Banken ihre Konten – aufgeschreckt durch die Steuerdebatten der letzten Jahre – möglichst diskret auflösen wollen und deshalb die darauf befindlichen Gelder in bar über die Grenzen der EU nach Deutschland oder in andere Staaten der EU einführen. Einen Gesamtüberblick über den aktuellen Diskussionsstand zur Selbstanzeige geben *Dominik Wedel* und *Alexander Witfeld* mit ihrem ausführlichen Bericht über das 123. Bochumer Steuerseminar vom 12.12.2013.

Sodann geben *Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof und Rechtsanwalt MMag. Dr. Michael Dohr, LL.M., LL.M.*, Ihnen einen Einblick in die aktuellen Streitfragen und neuesten Entscheidungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts in Österreich. Dort wird „heuer“ insbesondere um die Frage gerungen, ob ein im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft herangezogener Sachverständiger auch im Gerichtsprozess als Gutachter des Gerichts tätig werden kann. Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Hochstr. 54, 60313 Frankfurt a.M..

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.

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. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

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). 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) 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. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	53
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln Rechtshilfe in Strafsachen (Teil 1) - Der „ordre-public“ als Rechtshilfehindernis im vertraglichen Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten, insbesondere der USA	53
Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann, LL.M., Frankfurt a. M. Erheblichkeit und Offenlegung eines Interessenkonflikts in Fällen des „Scalping“ - OLG München NJW 2011, 3664	72
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. „Der Geruch des Geldes“ – zur Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeld- und Barmittelverkehrs	82
Entscheidungskommentare	84
Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin BGH, Urteil v. 10.7.2013 – 1 StR 532/12 („Hochseeschleppergeschäft“)	84
Internationales	92
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, beide Wien, Rechtsanwalt MMag. Dr. Michael Dohr, LL.M., LL.M., Wiener Neustadt Länderbericht Österreich zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	92
Veranstaltungen und politische Diskussion	101
Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	101
Dipl.-Finanzwirt (FH), Dipl.-Jurist Dominik Wedel, Dipl.-Jurist Alexander Witfeld, Bochum Protokoll zum 123. Bochumer Steuerseminar vom 12.12.2013	104
Rezensionen	114
Rechtsanwalt Christian Rosinus, Frankfurt a. M. Dr. Stefan Petermann: Die Bedeutung von Compliancemaßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern	114
Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Mainz Fritz van Calker: Strafrecht und Ethik	115
Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln Olaf Klemke/Hansjörg Elbs: Einführung in die Praxis der Strafverteidigung	117
Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München Anja Schmidt: Strafe und Versöhnung	119
Rechtsanwalt Sascha Kuhn, Düsseldorf Christian Schmollinger: Der Konzern in der Insolvenz	122
Manuel Köchel, Frankfurt a.M. Eirini Tsagkaraki: Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“ als strafbare Untreue gemäß § 266 StG	125
Rechtsanwalt Florian Englert, Schrobenuhausen Beulke, Werner: Strafprozessrecht	129
Wessels/Beulke/Satzger: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau	130

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln¹

Rechtshilfe in Strafsachen (Teil 1) - Der „ordre-public“ als Rechtshilfehindernis im vertraglichen Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten, insbesondere der USA

Nach § 73 S. 1 IRG ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde. Der Beitrag ist bemüht, den Anwendungsbereich und die Reichweite dieses – unmittelbar nur für die vertragslose Rechtshilfe geltenden – so genannten ordre-public-Vorbehalts als Rechtshilfehindernis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung – aber auch unter Abgrenzung von dieser – auszuloten. Schwerpunktmäßig werden hierbei jene Rechtshilfehindernisse behandelt, die im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und Wirtschaftsstrafverfahrens von praktischer Relevanz sind. Vor dem Hintergrund der detaillierten und einschränkenden Sonderregelung des § 73 S. 2 IRG i.V.m. den §§ 78 ff. IRG zum Europäischen Haftbefehl und zur sonstigen Rechtshilfeleistung innerhalb der EU werden hier allerdings nur die Rechtshilfebeziehungen zu Drittstaaten behandelt. Neben dem der deutschen Rechtsordnung im engeren Sinn zu entnehmenden ordre-public – insbesondere den verfassungsrechtlich begründeten Rechtshilfehindernissen – werden auch solche aus der EMRK und – am Rande – dem Recht der Europäischen Union behandelt. Beispielhaft wird anhand einer US-amerikanischen Vorschrift dargestellt, dass nicht nur prozessuale Regelungen und Gegebenheiten, sondern auch materiellrechtliche Regelungen des ersuchenden Staates – etwa wegen tatbestandlicher Unbestimmtheit gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK – gegen den ordre-public verstoßen und der Rechtshilfeleistung entgegenstehen können.

I. Unmittelbarer Anwendungsbereich des § 73 IRG

§ 73 IRG („Grenze der Rechtshilfe“) setzt, wie schon der Titel besagt, der außervertraglichen Rechtshilfegewährung nach dem IRG – darunter der Auslieferung – (absolute) Grenzen. Danach ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde (§ 73 S. 1 IRG).² Für den Rechtshilfeverkehr mit Mitgliedsstaaten der EU nach dem 8., 9. und 10. Teil des IRG – insbesondere für den Europäischen Haftbefehl – ergänzt § 73 S. 2 IRG dies dahingehend, dass die Leistung von Rechtshilfe unzulässig ist, wenn die Erledigung zu den in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) enthaltenen Grundsätzen im Widerspruch stünde. Art. 6 Abs. 1 EUV³ gewährleistet die Anerkennung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze durch die EU, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Art. 6 Abs. 2 EUV enthält zudem den Beitritt der EU zur EMRK, während Art. 6 Abs. 3 EUV ergänzend vorschreibt, dass die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind „und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind. Mithin sagt § 73 S. 2 IRG aus, dass im innereuropäi-

Rechtshilfe ist unzulässig, sofern sie gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung, die EU-Grundrechtecharta und die EMRK verstößt

¹ Der Autor ist Counsel der Sozietät Friedrich Graf v. Westphalen & Partner und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br. (Lehrstuhl Prof. Dr. Walter Perron) sowie an der EBS Law School in Wiesbaden (Lehrstuhl Prof. Dr. Georg Steinberg).

² Vgl. Kühne in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006, Einl. Rn. 9.

³ EU-Vertrag i.d.F. v. Lissabon.

schen Rechtshilfeverkehr nach den genannten Titeln des IRG ein Verstoß gegen die EU-Grundrechtecharta oder die EMRK der Rechtshilfe entgegensteht.⁴

Weniger klar erscheinen auf den ersten Blick der Gewährleistungsumfang und der Anwendungsbereich des § 73 S. 1 IRG.⁵ Zu letzterem ist zunächst – und eher vordergründig – Folgendes festzuhalten: Die Vorschrift gehört zu den Gemeinsamen Vorschriften – d.h. zum Allgemeinen Teil – des IRG, die am Ende, nicht am Anfang dieses Gesetzes stehen.⁶ Die Vorschrift betrifft den Rechtshilfeverkehr im Allgemeinen und enthält – wie intuitiv nachvollziehbar ist – eine allgemeine Grenze der Rechtshilfe in Gestalt eines allgemeinen Rechtshilfehindernisses, das die Rechtshilfe „unzulässig“ macht. Sie ist daher bereits im Zulässigkeitsverfahren der Oberlandesgerichte – und nicht erst im Bewilligungsverfahren – zu prüfen.⁷ Die unmittelbare Geltung der Vorschrift beschränkt sich jedoch gesetzsystematisch an sich gerade aufgrund ihrer Position im IRG nach h.M. auf den nicht sonderlich praxisrelevanten Bereich des *vertraglosen* Rechtshilfeverkehrs nach dem IRG. Vertragliche Vorschriften sollen ihr nämlich gem. § 1 Abs. 3 IRG vorgehen, soweit diese *ordre-public*-, Verfassungs-, Menschenrechts- und Härteklauseln enthalten⁸ oder die Geltung von *ordre-public*-Klauseln ausschließen. Die tatsächlich existierenden vertraglichen Klauseln gehen zum einen regelmäßig weiter als § 73 S. 1 IRG, zum anderen sind sie aber häufig fakultativ ausgestaltet.⁹

II. Vertragliche *ordre-public*-Klauseln

Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass der AusIV D-USA¹⁰ keine allgemeine *ordre-public*-Klausel enthält, sondern lediglich spezielle einzelne Vorschriften zu dieser Thematik in den Art. 4 ff. Danach wird die Auslieferung in weitem Umfang bei politischen Straftaten (Art. 4) und militärischen Straftaten (Art. 5) nicht gewährt. Sie kann auch im Falle fiskalischer Straftaten verweigert werden, wenn der Auslieferung wegen einer solchen Straftat „die öffentliche Ordnung (*ordre-public*) oder andere wesentliche Interessen des ersuchten Staates entgegenstehen“ (Art. 6). Auch die Auslieferung eigener Staatsbürger ist für die Vertragsparteien nicht verpflichtend (Art. 7). Auslieferungsverbote bzw. Einschränkungen gelten zudem im Hinblick auf die Todesstrafe (Art. 12) und auf Ausnahmegerichte (Art. 13) im ersuchenden Staat.¹¹

Jedoch muss das AusIAbk EU-USA¹², welches Anlass zum 2. Zusatzvertrag zum AusIV D-USA – und damit zu dem AusIV D-USA in seiner heutigen Fassung – gab, wohl so verstanden werden, dass der nationale *ordre-public* der Bundesrepublik Deutschland sowie aller anderen Vertragsstaaten vorausgesetzt und als Auslieferungshindernis anerkannt wird, soweit er sich aus dem Verfassungsrecht der Vertragsparteien ableitet. In Art. 17 Abs. 2 AusIAbk EU-USA ist nämlich vorgesehen, dass in den Fällen, „in denen die Verfassungsgrundsätze des ersuchten Staates... ein Hindernis für die Erfüllung seiner Auslieferungspflichten darstellen können und dieses Abkommen oder der geltende bilaterale Vertrag keine Regelung dieser Angelegenheit vorsehen“, Konsultationen gem. Art. 15 AusIAbk EU-USA stattfinden sollen. Daraus ist wohl abzuleiten, dass verfassungsrechtliche Auslieferungshindernisse, auch und gerade insoweit als sie im bilateralen Auslieferungsvertrag mit den USA nicht geregelt sind, von den Vertragsparteien grundsätzlich als relevant anerkannt sind, da für diesen Fall Konsultationen vorgesehen sind. Soweit also die vorgenannten Vorschriften des AusIV D-USA keine speziellen Regelungen enthalten – das AusIAbk EU-USA enthält keine weitergehenden Vorschriften (vgl. Art. 3 Abs. 1, 13 AusIAbk EU-USA) – ist der deutsche *ordre-public* im Sinne des § 73

⁴ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblatt, 1. Lfg. Sept. 2007, IRG, § 73 Rn. 10, 139 (im Weiteren abgekürzt zitiert): Soweit S. 2 anwendbar ist, gilt ausschließlich dieser.

⁵ Vgl. Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, IRG, § 73 Rn. 1 (im Weiteren abgekürzt zitiert).

⁶ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 1; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 2.

⁷ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 2.

⁸ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 2; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 5.

⁹ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 7, Aufzählung Rn. 6.

¹⁰ Auslieferungsvertrag vom 20.6.1978 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika („AusIV D-USA“), Gesetz vom 16.5.1980, BGBl. II 1980, 646, 1300, in der Fassung des Zusatzvertrages vom 21.10.1986, Gesetz vom 5.12.1988, BGBl. II 1988, 1087, und des 2. Zusatzvertrages vom 18.4.2006, Gesetz vom 26.10.2007, BGBl. II 2007, 1618, 1637, in Kraft getreten am 1.2.2010, vgl. BGBl. II 2010, 829.

¹¹ Vgl. zum AusIV D-USA: Riegel, Der Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr mit den USA und Kanada, FRP 2010, 502 ff.

¹² Abkommen vom 25.6.2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Auslieferung, ABl. EU Nr. L 181/27 vom 19.7.2003.

S. 1 IRG bzw. des inhaltsgleichen Art. 6 EGBGB¹³ als Auslieferungshindernis im Verhältnis zu den USA anzuerkennen. Dies muss zumindest gelten, soweit er sich aus dem deutschen Verfassungsrecht ableiten lässt, insbesondere aus den Grundrechten, deren Verletzung nach Art. 6 S. 2 EGBGB – impliziert auch in § 73 S. 1 IRG enthalten – der Anwendung ausländischer Rechtsnormen entgegenstehen soll.¹⁴ In Art. 17 Abs. 2 AuslAbk EU-USA liegt insoweit ein – nicht ausdrücklich im Wortlaut verankerter – Verweis auf § 73 S. 1 IRG.

Der AuslV D-Indien¹⁵ enthält in Art. 5 („Mögliche Ablehnungsgründe“) die Regelung, dass die Auslieferung abgelehnt werden kann, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände „*einschließlich der Geringfügigkeit der Straftat, oder im Interesse der Justiz ungerecht oder unzumutbar wäre*“; hierin ist ebenfalls ein Verweis auf § 73 S. 1 IRG und Art. 6 EGBGB zu sehen.

Auch bilaterale Rechtshilfeabkommen, die die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen regeln – z.B. der RhV D-USA¹⁶ – enthalten Klauseln, die letztlich die Rechtshilfeleistung auf mit der öffentlichen Ordnung vereinbare Handlungen beschränken. Art. 3 RhV D-USA ermöglicht die Ablehnung der Rechtshilfe („*kann*“), u.a. wenn durch die Erledigung „*wesentliche Interessen*“ des ersuchten Staates beeinträchtigt würden. Die Wahrung des *ordre-public*, insbesondere verfassungsrechtlicher Vorgaben, muss m.E. bei Anlegung rechtsstaatlicher Maßstäbe als wesentliches Interesse der Bundesrepublik angesehen werden. Dies ergibt auch der Vergleich mit dem RhV D-Kanada¹⁷, dessen Art. 2 Abs. 1 die Verweigerung der Rechtshilfe u.a. zulässt, wenn die Erledigung des Ersuchens die „*öffentliche Ordnung (ordre-public) oder ähnliche wesentliche Interessen beeinträchtigen würde*“. Daraus ist abzuleiten, dass der *ordre-public* stets als wesentliches öffentliches bzw. staatliches Interesse des ersuchten Staates angesehen werden muss. Eine inhaltlich entsprechende Klausel findet sich auch im RhAbk D-Hongkong¹⁸ (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1).

Für den Auslieferungs- und den sonstigen Rechtshilfeverkehr mit den USA ist m.E. somit der deutsche *ordre-public* zumindest nach Maßgabe des Art. 6 S. 2 EGBGB (Grundrechte) und den übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes bereits vertraglich als Auslieferungs- bzw. Rechtshilfehindernis vorbehalten. Auslieferungs- und Rechtshilfeverträge, die keine entsprechenden Vertragsklauseln enthalten, etwa diejenigen mit Kanada oder Australien, sollen der Rechtsprechung zufolge als abschließend anzusehen sein, so dass ein Rückgriff auf § 73 S. 1 IRG unzulässig sei.¹⁹ Einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe könne der nationale *ordre-public* nicht entgegengehalten werden, wenn er nicht ausdrücklich vertraglich vorbehalten wurde.²⁰ Diese völkerrechtlich valide Aussage kann aber richtigerweise nicht dazu führen, dass die innerstaatliche Geltung des Verfassungsrechts wirksam abbedungen wird (s.o.).

III. Anwendbarkeit des nationalen *ordre-public* im vertraglichen Rechtshilfeverkehr über die vertraglichen Klauseln hinaus

1. Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Grundgesetzes

Letztlich ist aber daran festzuhalten, dass – unabhängig von der direkten Anwendbarkeit des § 73 S. 1 IRG oder vertraglicher *ordre-public*-Klauseln – Grundrechte und sonstiges deutsches Verfassungsrecht im Rahmen der Zulässigkeits- und Bewilligungsentscheidungen eine verbindliche Schranke der Rechtshilfe darstellen. Zwar mag es im Hinblick auf die völ-

Deutsche Rechtshilfestellen sind zu Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte gebunden

¹³ Artikel 6 EGBGB, Öffentliche Ordnung (*ordre-public*): „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

¹⁴ Vgl. *Holoch*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 6 EGBGB Rn. 1 ff.

¹⁵ Vertrag vom 27.6.2001 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Indien über die Auslieferung, BGBl. II 2003, 1634; II 2004, 787.

¹⁶ Vertrag vom 14.10.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen (RhV D-USA) in der Fassung des Zusatzvertrages vom 18.4.2006, Gesetz vom 26.10.2007, BGBl. II 2007, 1618, 1620 ff., in Kraft getreten am 18.10.2009, BGBl. II 2010, 829.

¹⁷ Vertrag vom 13.5.2002 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada über die Rechtshilfe in Strafsachen (RhV D-Kanada), Gesetz vom 5.7.2004, BGBl. II 2004, 962 f., 1564.

¹⁸ Abkommen vom 26.5.2006 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong der VR China über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RhAbk D-Hongkong), Gesetz vom 29.1.2009, BGBl. II 2009, 62, in Kraft getreten am 11.4.2009, BGBl. II 2009, 497.

¹⁹ BGHSt 33, 310, 315 ff.; 35, 67, 71 f.; OLG Karlsruhe NJW 1985, 2906.

²⁰ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 2; Grütznher/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 8.

kerrechtliche Lage zutreffend sein, dass der – vertraglich nicht vorbehaltene – nationale ordre-public anderen Vertragsstaaten nicht entgegengehalten werden kann, doch muss berücksichtigt werden, dass die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Trotz einer etwa bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik stehen der Durchsetzbarkeit einer die Grundrechte verletzenden Rechtshilfeleistung eben diese Grundrechte entgegen, denn die Bindungswirkung erstreckt sich auf alle Erscheinungsformen deutscher öffentlicher Gewalt²¹ und damit auch auf das Zulässigkeits- und Bewilligungsverfahren deutscher Stellen bei der Rechtshilfeleistung. Der Geltungsbereich des Art. 1 Abs. 3 GG erstreckt sich nicht nur auf die Grundrechte der Art. 1-19 GG, sondern auch auf die sog. grundrechtsgleichen Rechte, die nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG mit der Verfassungsbeschwerde bewehrt sind.²² Hierbei handelt es sich um die Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG. Akte der internationalen Rechtshilfe vollziehen sich somit nach Art. 1 Abs. 3 GG unter dem Dach der deutschen Grundrechte, denn jede Maßnahme der Unterstützung durch die deutsche öffentliche Gewalt im Rahmen der internationalen Rechtshilfe stellt sich als Beeinträchtigung der Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte (und damit als Eingriff) dar, wenn sie der Verkürzung von Grundrechtssubstanz Vorschub leistet. Die Verantwortung des fremden Staates für alles Geschehen in seinem Hoheitsbereich mindert nämlich nicht die Verantwortlichkeit deutscher öffentlicher Gewalt für deren eigenes Verhalten,²³ d.h. den Akt der Rechtshilfeleistung. Nach richtiger Auffassung gelten daher die Grundrechte uneingeschränkt, wobei jedoch das Interesse der Bundesrepublik Deutschland am internationalen Rechtshilfeverkehr insbesondere in Straf- und Zivilsachen einen Belang von Verfassungsrang bildet. Dieser findet im Grundgesetz ausdrücklich Anerkennung (Art. 16 Abs. 2, 73 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 10 GG) und ist bei beschränkbar Grundrechten als eine immanente Grundrechtsschranke anzusehen, die beim vertraglichen Rechtshilfeverkehr durch das Zustimmungsgesetz, mit dem der Rechtshilfevertrag umgesetzt wird, konkretisiert wird.²⁴ Dies bedeutet allerdings zugleich, dass auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz uneingeschränkt zugunsten des Betroffenen zu berücksichtigen ist.

2. Eingeschränkte Geltung völkerrechtlicher und verfassungsrechtlicher Mindeststandards nach der Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt Bindung auf Mindeststandards

Das BVerfG zieht sich hingegen zumindest verbal mitunter auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes zurück, welche Achtung vor fremden Rechtsordnungen fordere,²⁵ und erweckt damit den Eindruck, dass im Rechtshilfeverfahren ein geringeres Schutzniveau gelten solle. Die herrschende Rspr. ist aber immerhin bemüht, unter Fingierung eines dementsprechenden schlüssigen Vorbehalts im Einzelnen umstrittene, insbesondere verfassungsrechtlich begründete Mindeststandards im vertraglichen Rechtshilfeverkehr auch dort zu gewährleisten, wo das anwendbare Auslieferungs- oder Rechtshilfeabkommen keine ordre-public-Klausel enthält.²⁶ Das BVerfG geht insofern nicht vom nationalen ordre-public im Sinne des Art. 6 EGBGB aus, sondern jedenfalls formal von einem internationalen ordre-public, d.h. den allgemeinen Regeln des Völkerrechts (vgl. Art. 25 GG),²⁷ die Kraft Verfassung ausdrücklich unmittelbar geltendes Bundesrecht sind und den Gesetzen vorgehen. Gemeint ist laut der Rspr. ein durch alle Völker anerkannter gemeinsamer Kernbestand unverzichtbarer Rechtsgrundsätze bzw. ein völkerrechtlich gewährleisteteter Mindeststandard, der sich einschränkend auf alle internationalen Rechtshilfeverträge auswirke, da er ihnen implizit zu Grunde liege.²⁸ Die vom BVerfG verwendete Formel zur Bestimmung des Mindeststandards im Rechtshilfeverfahren orientiert sich zwar formal an diesem Begriff des internationalen ordre-public (Art. 25 GG), konkretisiert diesen aber u.a. unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Gewährleistungsinhalte.²⁹ Deutsches Verfassungsrecht – insbesondere Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte – sei jedenfalls beschränkt auf einen „Kernbereich“ bzw. auf „unabdingbare Grundsätze“ bzw. „Elementargarantien“ im Rechtshilfeverfahren anwendbar.³⁰

²¹ Vgl. BVerfGE 6, 386, 387; 31, 58, 72 f.

²² Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 9 m.w.N.

²³ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 77 m.w.N.

²⁴ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 78 m.w.N.

²⁵ BVerfGE 18, 112, 116 ff., 121.

²⁶ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 9, 33 ff., 37.

²⁷ Art. 25 GG: „Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

²⁸ Vgl. BVerfGE 59, 280, 282; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 1, 18 ff.; BVerfG JZ 2004, 141.

²⁹ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 38, 51 ff.

³⁰ BVerfGE 59, 280, 282 ff.; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 16 ff.; BVerfG NJW 1994, 2883 ff.

Insgesamt hat das BVerfG die Formel geprägt, dass zu prüfen sei, ob die Rechtshilfe und die ihr zugrundeliegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar sind.³¹ Dieses von *Vogel* als „restriktive Einheits- und Mischformel“³² des BVerfG bezeichnete begrenzte Prüfungsprogramm hat sich auch in der Rspr. der ordentlichen Gerichte durchgesetzt. Erstaunlicherweise wird es soweit ersichtlich unterschiedslos im vertraglichen und außervertraglichen Rechtshilfeverkehr angewandt,³³ obwohl dies kritikwürdig ist, da die Undifferenziertheit der Anwendung gerade nicht der völkerrechtlichen Lage entspricht (s.o.).³⁴ Eine lediglich am Maßstab der Formel des BVerfG – das aufgrund seiner Zuständigkeit und seines Prüfungsmaßstabes natürlich nur verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die *ordre-public*-Prüfung umschreiben kann – orientierte Zulässigkeitsprüfung erscheint gemessen an § 73 S. 1 IRG rechtswidrig. Dies gilt zumindest insoweit als § 73 S. 1 IRG im außervertraglichen Rechtshilfeverkehr gerade die uneingeschränkte Geltung des deutschen *ordre-public* im Sinne der vorbezeichneten Vorschrift und des Art. 6 EGBGB anordnet.

IV. Gewährleistungsumfang des *ordre-public* nach Maßgabe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

1. Völkergewohnheitsrecht

*Geringer Umfang des völker-
gewohnheitsrechtlichen
ordre-public*

Problematisch ist zunächst, dass das Völkergewohnheitsrecht gem. Art. 25 GG – eigentlicher Ausgangspunkt der Formel des BVerfG – zur Beschränkung des Rechtshilfeverkehrs wenige Aussagen enthält, schwer zu ermitteln ist und es vielfach hinsichtlich zentraler Fragen des Rechtshilfeverkehrs keinen internationalen Konsens gibt.³⁵ Immerhin soll aus Art. 25 GG der konkrete Rechtsanspruch des fremdsprachigen Betroffenen eines Strafverfahrens auf einen Dolmetscher ableitbar sein,³⁶ was für das Rechtshilfeverfahren entsprechend gilt.³⁷ Für die deutlich gewichtigeren Fragen des Folterverbots, des Verbots außergesetzlicher Tötungen („extrajudicial killings“) und der Todesstrafe besteht hingegen offensichtlich gerade kein völkerrechtlicher Konsens.³⁸

2. Unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze

a) Allgemeines

*Grundrechte, Verhältnismä-
ßigkeitsgrundsatz*

Umso wichtiger ist daher, dass auch dem BVerfG zufolge jedenfalls die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze der Bundesrepublik die Leistung von Rechtshilfe beschränken.³⁹ Materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche Verstöße des ersuchenden Staates gegen die Maßstäbe des Grundgesetzes sind nach der h. M. Hindernisse der Auslieferung oder der sonstigen Rechtshilfe, wenn im Ausland eine Behandlung erfolgt oder droht, die unserem verfassungsrechtlichen (Mindest-)Standard widerspricht bzw. widerspricht.⁴⁰ Das BVerfG hat anerkannt, dass insbesondere die Grundrechte und grundrechtsgleichen Verfahrensrechte aus dem Grundgesetz im Rechtshilfe- und insbesondere im Auslieferungsverfahren Anwendung finden⁴¹. Die Grundrechte – und mit ihnen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – sind anwendbar, weil und soweit sie zu den unabdingbaren Grundsätzen der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zählen.⁴² Dies kann – folgt man der Formel des BVerfG – im Einzelfall zu Abgrenzungsfragen führen, nicht hingegen, wenn man richtigerweise im Rechtshilfeverkehr mit den USA deren gesamten Gewährleistungsumfang für maßgeblich hält (s.o.). Die Bindung deutscher Rechtshilfeorgane an

³¹ Zuletzt etwa BVerfGE 108, 129, 136; 113, 154, 162; BVerfG JZ 2004, 141.

³² Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 51 f.

³³ BGHSt 47, 120, 124; OLG Zweibrücken StV 1996, 105; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 351, 352; OLG Koblenz StV 2002, 87; OLG Stuttgart NStZ-RR 2002, 180, 181.

³⁴ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 6a; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 53.

³⁵ Vgl. BVerfG JZ 2004, 410 m. Anm. Vogel: Keine Anerkennung des Grundsatzes „male captus, male detentus“; vgl. auch Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55.

³⁶ BVerfG NJW 1988, 1462, 1463 f.

³⁷ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55.

³⁸ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55 m.w.N.

³⁹ BVerfG 59, 280, 282 ff.; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 1, 16-19; BVerfG NJW 1983, 1726, 1727; 1984, 1293, 1295; 1994, 2883 ff.

⁴⁰ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 3.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1992 – 2 BvR 1901/91; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 31.

⁴² BVerfGE 75, 1, 16; vgl. schon BVerfGE 59, 280, 283; 63, 332, 338.

die Grundrechte besteht jedenfalls unstrittig auch dann, wenn die Wirkungen staatlichen Handelns (überwiegend) im Ausland eintreten, wie dies bei der Auslieferung oder sonstiger Rechtshilfe der Fall ist.⁴³ Zu Recht hat schon der historische Gesetzgeber des IRG darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung des § 73 IRG das durch die Rechtshilfeleistung jeweils zu fördernde ausländische Verfahren einzubeziehen ist, welches kraft Verantwortlichkeit des die Rechtshilfe leistenden Staates entscheidend auf die rechtliche Bewertung der einzelnen Rechtshilfehandlung durch die deutsche Staatsgewalt zurück wirkt.⁴⁴ Der Maßstab der oben genannten deutschen verfassungsrechtlichen Mindeststandards ist daneben aber auch an das ausländische materielle Strafrecht anzulegen.⁴⁵ Hinsichtlich des materiellen Strafrechts ist auf die ausländische Rechtswirklichkeit abzustellen, es reicht nicht aus, dass das ausländische Recht den Deutschen formal vergleichbar ist, sondern es kommt auf dessen tatsächliche Handhabung an.⁴⁶

b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe bezüglich des materiellen Strafrechts des ersuchenden Staates

Gesetzlichkeitsprinzip in dem ersuchenden Staat

Das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 15 IPbürgR; Art. 7 EMRK und Art. 49 Abs. 1 und 2 EU-Charta) gehört in allen seinen Ausprägungen dem Grunde nach sowohl zu dem völkerrechtlichen Mindeststandard gemäß Art. 25 GG als auch zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen⁴⁷ und dürfte einen wesentlichen Prüfungsmaßstab für das materielle Recht des ersuchenden Staates darstellen. Jedenfalls muss die (dem Verfolgten drohende) Bestrafung danach im ersuchenden Staat eine Rechtsgrundlage haben, die die strafbare Handlung oder Unterlassung benennt und mit Strafe bedroht.⁴⁸ Rechtsprechungsänderungen sollen hingegen nicht schädlich sein.⁴⁹ Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Gesetzlichkeitsprinzip auch unabhängig von Art. 25 GG nicht nur zum nationalen *ordre-public* gehört, sondern auch zum internationalen (Art. 15 IPbürgR) und – im weiteren Sinne – europäischen *ordre-public*. Einschlägig sind insofern die völkerrechtliche Norm des Art. 7 EMRK sowie die europarechtliche Norm des Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 EU-Grundrechtcharta.

aa) Rückwirkungsverbot bezüglich des dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegenden Straftatbestands (Art. 103 Abs. 2 GG)⁵⁰

Rückwirkungsverbot vom Bundesverfassungsgericht anerkannt

Insbesondere das Rückwirkungsverbot gehört sowohl zum internationalen, als auch zum europäischen und deutschen *ordre-public*,⁵¹ mit der von der h.M. vertretenen Einschränkung, dass ein Verhalten ausreicht, das zum Tatzeitpunkt nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war. Eine Berufung auf menschenrechtswidrige Rechtfertigungsgründe scheidet aus.⁵²

Auch aus einem Beschluss des BVerfG vom 5. November 2003⁵³ ergibt sich entgegen dem ersten Anschein die Geltung des (richtig verstandenen) Rückwirkungsverbots als Auslieferungshindernis. Das BVerfG führte insofern zwar aus, dass die mit der Verfassungsbeschwerde erhobene Rüge keinen Erfolg habe, das grundrechtsgleiche Recht auf Einhaltung des Rückwirkungsverbots nach Art. 103 Abs. 2 GG sei verletzt, weil sich die Vorwürfe im Auslieferungsverfahren auf Taten bezögen, die zum Zeitpunkt der Tatbegehung *nach deutschem Recht* nicht strafbar gewesen seien. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG scheidet hier aus der Sicht des BVerfG jedoch offenbar nur deshalb aus, weil die gerügte angebliche Rückwirkung nicht zu einer rückwirkenden Bestrafung führte, sondern nur die Auslieferungsvoraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit betraf und daher vom Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst war.⁵⁴ Selbst wenn Art. 103 Abs. 2 GG hiervon betroffen wäre, wäre diese Vorschrift fallbezogen nicht erkennbar verletzt gewesen, weil in den Tatvor-

⁴³ OLG Düsseldorf NJW 1994, 1485.

⁴⁴ BT-Drucks. 9/1338, S. 93.

⁴⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 22.

⁴⁶ BT-Drucks. 9/1338, S. 27; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 23.

⁴⁷ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60 m.w.N.

⁴⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60.

⁴⁹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60, auch für common law-Straftatbestände.

⁵⁰ Vgl. einführend zum Rückwirkungsverbot: Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 51 ff.

⁵¹ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 65; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60; nicht entschieden in BGHSt 14, 175, 178; 30, 55, 61.

⁵² BGHSt 41, 101, 105 ff., Werle, ZStW 109 (1997) 808, 826; Werle, NJW 2001, 3001, 3002.

⁵³ BVerfG NJW 2004, 141 ff.

⁵⁴ BVerfG NJW 2004, 141, 146 f.

wurf laut dem BVerfG auch Handlungen einbezogen waren, die nach dem In-Kraft-Treten des einschlägigen *deutschen Strafgesetzes* vorgenommen worden waren. Dass das *ausländische Strafgesetz* des ersuchenden Staates nach dem Rechtshilfeersuchen rückwirkende Anwendung finden sollte, stand ausweislich des Beschlusses des BVerfG nicht im Raum. Eine Entscheidung der Frage, „inwieweit“ sich eine Person im Auslieferungsverfahren auf eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG berufen könne, wollte und musste das BVerfG vor diesem Hintergrund fallbezogen nicht treffen.⁵⁵ Der Umstand, dass das BVerfG zudem in der zitierten Entscheidung nicht aussprach, dass es infrage stehe, „ob“ sich der Verfolgte im Auslieferungsverfahren auf Art. 103 Abs. 2 GG berufen kann, sondern lediglich „inwieweit“ dies der Fall ist, zeigt, dass das BVerfG grundsätzlich von der Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG im Auslieferungsverfahren ausgeht.⁵⁶ Dies kann nur so interpretiert werden, dass das BVerfG zumindest für erforderlich hält, dass das Verhalten, das zum Gegenstand eines Rechtshilfeersuchens, insbesondere Auslieferungersuchens, gemacht wird, jedenfalls *im ersuchenden Staat* bzw. *nach dem Recht des ersuchenden Staates* zum Zeitpunkt der Tat mit Strafe bedroht gewesen sein muss.

bb) Bestimmtheitsgebot bezüglich des dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegenden Straftatbestands (Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK)

Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG dürfte als Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips einen wesentlichen Kern verfassungsrechtlicher Grundrechtsgewährleistung in strafrechtlichen Angelegenheiten darstellen und von der *ordre-public*-Gewährleistung erfasst sein.⁵⁷ Diese Vorschrift richtet das Erfordernis der Bestimmtheit somit auch an die rechtshilfegegenständlichen Straftatbestände des ersuchenden Staates.⁵⁸ Es ist wohl auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte grundsätzlich anerkannt, dass der Straftatbestand bzw. die Straftatbestände des ersuchenden Staates hinreichend bestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG sein müssen, um die Auslieferung bzw. die sonstige Rechtshilfeleistung zu ermöglichen.⁵⁹ Für die Interpretation der unter dem Gesichtspunkt der beidseitigen Strafbarkeit (§ 3 IRG) zu prüfenden, in Betracht kommenden deutschen Straftatbestände – auf die es hier nicht ankommt – gilt das Bestimmtheitsgebot ohnehin unmittelbar, d.h. es genügt nur eine Strafbarkeit nach deutschem Recht in den Grenzen der erforderlichen tatbestandlichen Bestimmtheit.

(1) Anforderungen des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Art. 103 Abs. 2 GG als Maßstab

Nach der ständigen Rspr. des BVerfG enthält Art. 103 Abs. 2 GG für den deutschen Gesetzgeber in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.⁶⁰ Deshalb muss selbst im Hinblick auf die eingeschränkte *ordre-public*-Formel des BVerfG der Wesenskern dieser Anforderungen auch bei der Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung durch den Gesetzgeber des ersuchenden Staates gewahrt werden. Hierzu gehört im Zweifel – wegen abweichender Staatsformen oder unterschiedlichen Ausprägungen der Gewaltenteilung – nicht das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes. Im Hinblick auf die verbreiteten, aus jahrhundertalten richterlichem *case law* erwachsenen *common law*-Straftatbestände des angelsächsischen Rechtskreises kann man auch für parlamentarische Regime nicht davon ausgehen, dass das BVerfG fordern würde, dass der ausländische *Gesetzgeber* alle wesentlichen Entscheidungen *selbst* getroffen haben müsste.⁶¹ Letzteres müsste jedoch m.E. für „statute law“ des angelsächsischen Rechtskreises sowie für der kontinentaleuropäischen vergleichbare Rechtsordnungen gelten, dem diese Bestimmtheitsvermutung nicht zu Gute kommen kann.

⁵⁵ BVerfG NJW 2004, 141, 146 f.

⁵⁶ So bereits OLG Karlsruhe MDR 1985, 787.

⁵⁷ Vgl. zur Gesetzlichkeit und internationalen Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips: *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Auflage 2006, § 5 Rn. 12ff.

⁵⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 31, 60.

⁵⁹ OLG Koblenz GA 1987, 231 mit der Annahme der Bestimmtheit des Art. 416 des *Codice Penale*, d.h. des ital. Strafgesetzbuchs (Mitgliedschaft in einer mafiosen Vereinigung); Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 64.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 75, 329, 340 f.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 101, 1, 34; 108, 282, 312.

Der ersuchende Staat muss in entsprechender Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG zu inländischen Strafgesetzen die auslieferungsgegenständlichen Strafgesetze so genau gefasst haben, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit).⁶² Dies ergibt sich aus dem auch im Auslieferungsverfahren unabdingbaren Wesenskern des Bestimmtheitsgrundsatzes, der auch durch ausländische Normgeber zu erfüllen ist und erfüllt werden kann, denn für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts gilt diese verfassungsrechtliche Vorgabe laut dem BVerfG besonders strikt.⁶³ Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher m.E. auch bzgl. des der Auslieferung zu Grunde liegenden ausländischen Strafgesetzes, dass der Wortlaut der Strafnorm so klar gefasst ist, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift – oder anhand der Formulierung der Leitsätze im Rahmen von „case law“ – voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.⁶⁴ Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können nur durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine *gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung*, entkräftet werden.⁶⁵

Gebot der Präzisierung durch die Rechtsprechung um Bestimmtheit zu erfüllen.

Da Art. 103 Abs. 2 GG zudem Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente enthält, muss dies im Rechtshilfeverkehr Berücksichtigung finden. Dem Bestimmtheitsgrundsatz stünde m.E. daher entgegen, wenn die Gerichte des ersuchenden Staates durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, etwa bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit vom Ziel des Bestimmtheitsgrundsatzes entfernen.⁶⁶ Zu prüfen wäre in Anlehnung an die neuere Rspr. des BVerfG zu §§ 263, 266 StGB im Rahmen des rechtshilferechtlichen Zulässigkeitsverfahrens auch, ob die Rechtsprechung des ersuchenden Staates, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit ausgeräumt hat und damit dem vom BVerfG aufgestellten Präzisierungsgebot⁶⁷ nachkommt. Besondere Bedeutung hat diese Pflicht laut dem BVerfG bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat.⁶⁸ Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur die bloße Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt,⁶⁹ trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.⁷⁰

Gesteigerte Anforderungen zu Bestimmtheitsgrundsatz

Diese Vorgaben des BVerfG sind m. E. entsprechend auch auf die Rechtsprechung des ersuchenden Staates betreffend wenig bestimmter ausländischer Straftatbestände anzuwenden. Diese ausländischen Strafgesetze sind daher im Rechtshilfeverfahren ggf. auf entsprechende Konkretisierungsbemühungen der Gerichte des ersuchenden Staates zu überprüfen. Der volle Gewährleistungsinhalt, insbesondere auch die Präzisierungs- und Konkretisierungspflicht der Gerichte im Rahmen der Auslegung⁷¹, ist unabdingbarer Wesensgehalt des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes und ist somit vom deutschen *ordre-public* umfasst. Daher ist es mit dem deutschen *ordre-public* nicht vereinbar, durch die Auslieferung oder sonstige Rechtshilfeleistung an der Bestrafung von Personen mitzuwirken, die die strafrechtliche Relevanz ihres Handelns aufgrund der Unbestimmtheit der Strafgesetze des ersuchenden Staates und einer mangelnden Präzisierung durch die Rechtsprechung nicht vorhersehen konnten.

⁶² Vgl. BVerfGE 93, 213, 238.

⁶³ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627 = NJW 2010, 3209.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 48, 56 f.; 92, 1, 12.

⁶⁵ BVerfGE 26, 41, 43; 87, 209, 226 f.; 92, 1, 18.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 71, 108, 121; 87, 209, 224 ff.; 92, 1, 19.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁶⁸ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 26, 41, 43; 45, 363, 371 f.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 74, 129, 155f.; 122, 248, 277 f.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

Zudem sollten im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung m.E. strengere Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt werden, wenn die betroffenen Personen keine Staatsbürger des ersuchenden Staates sind und nicht in diesem ansässig waren, da ihre faktische Möglichkeit, ein strafrechtliches Risiko nach den Gesetzen des ersuchenden Staates vorherzusehen, erheblich geringer ist. Nochmals strengere Anforderungen sollten an die Bestimmtheitsprüfung gestellt werden, wenn das auslieferungsgegenständliche Verhalten im Herkunftsstaat des Verfolgten nicht strafbar ist, denn dies verringert regelmäßig dessen Möglichkeit, die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchenden Staates zu erkennen, exponentiell.⁷² Es ist nämlich daran zu erinnern, dass das BVerfG (im Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 GG) von einer besonderen Verbindung der Bürger zu der von ihnen getragenen freiheitlichen Rechtsordnung ausgeht. Deshalb entspreche es der Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen, dass der Bürger von dieser Vereinigung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann.⁷³ Das Auslieferungsverbot gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG solle die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen wahren.⁷⁴ Das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung sei von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG *in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip* dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungsersuchen zu Grunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat.⁷⁵ Es ist zu erwägen ob dies – unabhängig davon, dass der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Gewährleistung auf deutsche Staatsbürger beschränkt – vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG inhaltlich nicht auch für Bürger anderer rechtsstaatlich verfasster Staaten gelten muss, denen die Auslieferung aus Deutschland in einen Drittstaat droht. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip sind deshalb m.E. in solchen Fällen strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der einschlägigen Strafvorschriften des ersuchenden (Dritt-)Staates zu richten, insbesondere bei Auslieferungsverfahren, die Straftaten mit – aus der verobjektivierten Sicht des Verfolgten – maßgeblichem Inlandsbezug bzw. Herkunftslandbezug bzw. geringem Bezug zu diesem Drittstaat betreffen.

Verfassungsgerichtliche Überprüfung von Zulässigkeitsentscheidungen der OLGs

Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst festgehalten, dass es nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist, wenn verfassungsrechtlich überprüft wird, ob die Strafgerichte den aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind.⁷⁶ Dieser verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab sollte auch bei der Kontrolle von Entscheidungen der zuständigen Oberlandesgerichte über die Zulässigkeit von Rechthilfeersuchen zur Anwendung kommen. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Diese muss so weit reichen wie die materiellen Bestimmtheitsvorgaben. Sowohl für die Feststellung der Überschreitung der Grenzen des Strafgesetzes als auch für die Konturierung und Präzisierung ihres Inhalts im ersuchenden Staat, die die Entscheidung über die Strafbarkeit betreffen, ist daher bei einer Überprüfung der Zulässigkeitsentscheidung das BVerfG zuständig.⁷⁷ Stützen die Gerichte des ersuchenden Staates insbesondere ihre Auslegung und Anwendung der Strafnorm auf ein gefestigtes Verständnis eines Tatbestandsmerkmals oder der Norm insgesamt, sollte das BVerfG auch hier das Bestehen eines solchen gefestigten Verständnisses in vollem Umfang nachprüfen.⁷⁸ Entsprechendes gilt, wenn die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexerer Obersätze eingegrenzt wird, wie sie etwa bei der Bildung von Fallgruppen und auf diese bezogene Spezifizierungen der Anforderungen der Strafnorm anzutreffen sind. Das BVerfG hat insoweit, wie im deutschen Recht, zu prüfen, ob die Gerichte des ersuchenden Staates bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zu Grunde gelegt haben.⁷⁹ Diese Prüfungsaufgaben hat das BVerfG im Kern jedenfalls nach Maßgabe der bestehenden Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der ausländischen Rechtslage auch im Rahmen des Auslieferungsverfahrens wahrzunehmen. Der zum Kernbereich des *ordre-public* gehörende Bestimmtheitsgrundsatz

⁷² Vgl. zu vergleichbaren Grundsätzen im Rahmen der Auslegung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 und 2 GG BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, 2292 f. (Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes).

⁷³ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 1 (Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes).

⁷⁴ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 3.

⁷⁵ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 4.

⁷⁶ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁷⁷ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 92, 1, 18.

⁷⁹ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

liefe ansonsten leer, obwohl sich die deutsche Staatsgewalt im Auslieferungsverfahren an der Herbeiführung einer Bestrafung nach evtl. unbestimmten ausländischen Rechtssätzen maßgeblich und unter Ausübung hoheitlichen Zwangs beteiligt. Dies erschiene rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

(2) Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 7 EMRK

Art. 7 EMRK als Maßstab

Auch Art. 7 EMRK⁸⁰ – der als Bestandteil des europäischen und internationalen ordre-public angesehen werden kann – enthält selbständige qualitative Anforderungen an die Bestimmtheit des Strafgesetzes, insbesondere an dessen Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit. Der Betroffene muss danach aus dem Wortlaut der Vorschrift, notfalls mit Hilfe der Auslegung durch die Rechtsprechung, erkennen können, welche Handlungen und Unterlassungen ihn strafrechtlich verantwortlich machen.⁸¹ Eine Klärung strafrechtlicher Vorschriften durch gerichtliche Auslegung von Fall zu Fall ist nicht zulässig, wenn die sich damit ergebende Entwicklung nicht mit dem Kern des Straftatbestands im Einklang steht und vernünftigerweise nicht vorhersehbar ist.⁸² Nur wenn die gefundene Auslegung eine vorhersehbare Entwicklung darstellt, verstößt eine Verurteilung nicht gegen Art. 7 EMRK.⁸³ Wenn es notwendig ist, zum Verständnis des Strafgesetzes Rechtsrat einzuholen, kann dies der Annahme der Bestimmtheit des Strafgesetzes unter Umständen entgegenstehen.⁸⁴ Nötig ist laut dem EGMR zudem, dass die Auslegung eines nicht per se klaren Tatbestands durch die Rechtsprechung der obersten staatlichen Gerichte geklärt worden ist.⁸⁵ Eine bloße Auslegung durch die Instanzgerichte des ersuchenden Staates wird daher nicht ausreichen.

(3) Bestimmtheitsmängel der angelsächsischen "conspiracy"-Tatbestände

Beispielhafte Überprüfung der Bestimmtheit von US-amerikanischen Normen

Gemessen sowohl an dem Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG als auch an dem des Art. 7 EMRK kann insbesondere die im angelsächsischen Rechtsraum in unterschiedlichen Tatbeständen – als selbständige Straftat oder als ergänzende Vorfeldkriminalisierung – verbreitete Rechtsfigur der „Conspiracy“ (Verschwörung bzw. Verabredung zu einer Straftat) Bedenken hervorrufen. Dies gilt insbesondere in Verbindung mit dem Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit, wenn sie sich auf ausländische Tatbestände bezieht, die im deutschen Recht keine oder keine exakte Entsprechung finden. Die Verschwörung („Conspiracy“) ist zum einen ein eigenständiges Delikt im US-Strafrecht und für das US-Bundesrecht in Section 371, Title 18 United States Code (18 USC § 371) geregelt: *„Wenn zwei oder mehr Personen sich verschwören ... eine Straftat gegen die Vereinigten Staaten zu begehen ... und wenigstens eine dieser Personen eine Handlung zur Ausführung der Verschwörung vornimmt, wird jeder mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren oder beidem bestraft.“*⁸⁶

Wortlaut

Als den Anwendungsbereich eines bestimmten Straftatbestands erweiternde „Conspiracy“ im Zusammenhang mit einem Tatbestand des Besonderen Teils des US-Bundesrechts kann sie zum anderen gem. Section 1 des Title 15, United States Code („15 USC § 1“) etwa für den US-Kartellstrafatbestand herangezogen werden. Die Vorschrift stellt Kartelle und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen im Handel unter Strafe, auch wenn insofern lediglich eine Verschwörung vorliegt. Danach ist *„Jeder Vertrag, jede Verbindung in der Form eines Kartells oder anderweitig, oder jede Verschwörung⁸⁷ zur Einschränkung des Handels oder Geschäftsverkehrs zwischen den verschiedenen Staaten oder mit ausländischen Nationen ... illegal Jede Person, die einen Vertrag eingeht oder an einer Verbindung oder Verschwörung teilnimmt, die hierdurch als illegal erklärt wird, macht sich einer schweren Straftat... schuldig und soll bei einer Verurteilung aufgrund derselben nach Ermessen des Gerichts mit einer Geldstrafe von nicht mehr als 100 Millionen \$ im Falle eines Unternehmens oder 1 Million \$ im Falle einer anderen Person*

⁸⁰ Art. 7 EMRK („Keine Strafe ohne Gesetz“): *„Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“*

⁸¹ EGMR NJW 2001, 3035; EGMR v. 12.2.2008 - 21906/04 Nr. 152, NJOZ 2010, 1599 – Kafkaris/Zypern.

⁸² EGMR NJW 2001, 3035; EGMR v. 12.7.2007, 74613/01 Nr. 103 ff., NJOZ 2008, 3605 – Jorgic/Deutschland.

⁸³ EGMR v. 22.11.1995, Serie A, Bd. 335, S. 34 ff. – S.W./Vereinigtes Königreich.

⁸⁴ Vgl. EGMR v. 22.10.1996, Slg. 96-V Nr. 35 – Cantoni/Frankreich; EGMR v. 1.2.2000, 32307/96, ÖJZ 2000, 817 – Schimanek/Österreich.

⁸⁵ EGMR NJW 2008, 2322 – Witt/Deutschland.

⁸⁶ *„If two or more persons conspire ... to commit any offense against the United States, ... and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.“*

⁸⁷ „conspiracy“.

oder mit einer Haftstrafe von nicht mehr als zehn Jahren oder mit beiden der besagten Strafen belegt werden.⁸⁸ Bereits der Wortlaut der Vorschrift selbst legt nahe, dass diese im Sinne des GG und der EMRK für ein Strafgesetz zu unbestimmt sein könnte. Der Text lässt nämlich erkennbar die Bestrafung irgendeiner Form der Verbindung – nicht nur eines Kartells oder einer vertraglichen Vereinbarung – mit dem Zweck der Einschränkung des Handels oder des Geschäftsverkehrs – offenkundig unabhängig von diesbezüglichen rechtlichen Regelungen – zu.

US-amerikanische Auslegung

Nach der herkömmlichen Auslegung der US-Strafverfolgungsbehörden⁸⁹ ist 15 USC § 1 – laut Mitteilung des U.S. Department of Justice – anwendbar, wenn die „Verschwörung ... zu der angegebenen Zeit oder ungefähr zu dieser Zeit“ wie angeklagt stattfand und der Befragte „der Verschwörung wissentlich“ beitrug. Außerdem muss „die Verschwörung ... entweder den US-zwischenstaatlichen und/oder internationalen Handel oder ... innerhalb des US-zwischenstaatlichen und/oder internationalen Handelsflusses“ stattgefunden haben. Eine Verschwörung sei hierbei „... einfach eine Vereinbarung, gegen eine Vorschrift des Strafrechts zu verstoßen... in diesem Fall gegen Titel 15 des US-Bundesgesetzes, Abschnitt 1“. Bereits „die Handlung des Zusammenschlusses und der Vereinbarung mit einer oder mehreren Personen zum ungebührlichen Einschränken des Handels oder Geschäftsverkehrs“ stellt eine Straftat dar. Insbesondere die erforderliche Zielsetzung der – völlig unbestimmten – Tathandlung wird durch diese Auslegung nicht in bestimmter Weise festgelegt als durch den Gesetzestext. Auch der Begriff der „ungebührlichen“ – nicht etwa: rechtswidrigen – Einschränkung des Handels oder des Geschäftsverkehrs erscheint in rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt. Es kommt hinzu, dass außer einem Zusammenschluss bzw. einer bloßen Vereinbarung – mit der entsprechenden Zielsetzung – gar keine konkrete, eigenständige Tathandlung mehr erforderlich ist. Bei der Verschwörung zu einer US-Straftat gem. 15 USC § 1 handelt es sich um ein Organisationsdelikt und zugleich um ein Dauerdelikt, dessen Tathandlung kaum umrissen und dessen Finalität weitgehend unbestimmt ist.

Auch der US-amerikanischen Rechtsordnung sind Zweifel an der Bestimmtheit des Kartellstraftatbestandes gem. 15 USC § 1 – auch unabhängig von der integrierten „Conspiracy“ – Begehungsvariante – nicht fremd. Insbesondere ist hier auf eine jüngere Entscheidung des US-Supreme Court zu verweisen.⁹⁰ Erst in diesem Rahmen führte der US-Supreme Court – nach über 100-jähriger Existenz des Straftatbestands – für 15 USC § 1 das subjektive Erfordernis der Wissentlichkeit ein. Der US-Supreme Court hielt bei dieser Gelegenheit begründend fest, dass der dieser Vorschrift zugrunde liegende Sherman Act anders als die meisten traditionellen gesetzlich bestimmten Straftatbestände nicht in klarer und kategorischer Weise genau das Verhalten beschreiben würde, welches verboten sei. 15 USC § 1 sei bislang nicht primär ausgelegt worden, als handle es sich um ein Strafgesetz. Seine Formulierung könne vielmehr auf eine Art und Weise allgemein und variabel an unterschiedliche Sachverhalte angepasst werden, wie es normalerweise bei verfassungsrechtlichen Vorschriften als wünschenswert angesehen werde.⁹¹ Gerade aus dieser ehrlichen Formulierung des U.S. Supreme Court lässt sich entnehmen, dass die Vorschrift nach den Maßstäben des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. des Art. 7 EMRK unbestimmt ist.

Schon der historische US-Gesetzgeber hatte bezüglich der Vorschrift des Kartellverbotes gemäß (dem heutigen) 15 USC § 1 in Kauf genommen, dass die Bedeutungsoffenheit des Gesetzeswortlauts erst durch die Interpretation der Gerichte geklärt werde. Der Initiator des Gesetzes, Senator John Sherman, hat im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum späteren Sherman Antitrust Act von 1890 zugeben müssen, dass es schwierig sei, mit Hilfe des Gesetzestextes die Grenze zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Vereinbarungen und Vereinigungen zu definieren. Vor einer näheren Bestimmung der Voraussetzungen der

⁸⁸ „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.“

⁸⁹ Ausweislich eines Auslieferungsersuchens der USA, welches bei dem OLG Frankfurt am Main unter dem Az. 2 AusLA 104/13 anhängig ist, Auslieferungsersuchen vom 7.8.2013. Die Rechtsausführungen sind zitiert nach der nichtamtlichen Übersetzung des Affidavits des zuständigen US-Bundesanwalts vom 25.7.2013.

⁹⁰ United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422 ff. (1994).

⁹¹ United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422 ff. (1994): „The Sherman Act, unlike most traditional criminal statutes, does not, in clear and categorical terms, precisely identify the conduct, which it proscribes... Simply put the Act has not been interpreted as if it were primarily a criminal statute; it has been construed to have a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions.“

Maßstab des Art. 103
Abs. 2 GG

Straftatbestände des Sherman Act durch die gerichtliche Auslegungspraxis dürfe die Vorschrift nicht als Strafgesetz angewandt werden. Es sei – laut Senator *Sherman* – nämlich unmöglich, in einer für eine strafrechtliche Anklage hinreichend präziser Sprache zu beschreiben, was Natur und Grenzen des strafrechtlich relevanten Verhaltens seien. Diese Sichtweise des Initiators erscheint aus kontinentaleuropäischer Sicht paradox, da die Vorschrift von Beginn an als Verbotsvorschrift und als Strafvorschrift ausgestaltet war. In der US-Fachliteratur wird das erforderliche tatbestandliche Verhalten auch heute noch als „nebulös“ bezeichnet.⁹²

Offenkundig entspricht es nicht den Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG, dass eine Strafvorschrift überhaupt und insgesamt erst durch die Auslegungs- und Anwendungspraxis der Strafgerichte das verfassungsrechtlich für strafrechtliche Vorschriften notwendige Maß an Bestimmtheit erlangt. Genau dies war aber hier offenbar die Konzeption des US-Gesetzgebers, wobei erschwerend hinzu kommt, dass diese Präzisionsarbeiten der höchstrichterlichen US-Rechtsprechung offenbar bis in die jüngste Zeit andauerten und somit nicht sichergestellt ist, dass die historischen Bestimmtheitsmängel als behoben angesehen werden können. Es kommt hinzu, dass bezüglich des Verstoßes gegen 15 USC § 1 die zuständige US-Strafverfolgungsbehörde – hier das US-Justizministerium – grundsätzlich die durch das Strafgesetz selbst nicht vorgegebene Wahl hat, ob es wegen des Verstoßes nur ein Zivilverfahren oder aber ein Strafverfahren einleitet.⁹³ Mit anderen Worten ist dem Tatbestand an sich eine klare Einordnung als das eine oder andere fremd, er ist beides. Auch dies steht wohl im Widerspruch zu kontinentaleuropäischen rechtsstaatlichen Vorstellungen tatbestandsmäßiger Bestimmtheit. Man stelle sich beispielhaft vor, § 298 StGB würde alternativ nach dem – u.U. durch Weisungen gebundenen – Ermessen der deutschen Strafverfolgungsbehörden – eine rein zivilrechtliche Schadensersatzpflicht bzw. zivilrechtlich ausgestaltete Unternehmensgeldbuße oder aber eine Strafbarkeit mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe als möglicher Kriminalstrafe vorsehen. Soweit man dem entgegenhalten möchte, dass die Strafverfolgungsbehörden in Deutschland etwa die Möglichkeit haben, einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt auf den Privatklageweg zu verweisen wird dabei zum einen verkannt, dass dies nichts an der eindeutig strafrechtlichen Relevanz des Handelns ändert, und dieses auch strafrechtlich zu sanktionieren bleibt, sofern erfolgreich Privatklage erhoben wird. In den USA bestimmen die Anklagebehörden, ob dieselbe Strafnorm fallbezogen als solche oder als zivilrechtliche Haftungsnorm anzuwenden ist. Das ist etwas kategorial anderes, da der Rechtscharakter der Haftung nicht festgelegt, sondern in das Belieben der Anklagebehörde gestellt ist. Es kommt hinzu, dass Privatklagedelikte in Deutschland sicher nicht mit bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden.

Der Gesetzgeber ist zudem gehalten, ein Gesetz nach Möglichkeit so genau zu formulieren, dass sich für den Bürger die Grenze des straffreien Raums schon eindeutig aus dem Gesetzestext,⁹⁴ jedenfalls durch Auslegung ermitteln lässt.⁹⁵ Relativ unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe in Gesetzen sind lediglich dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Norm dennoch eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet.⁹⁶ Aus der Auslegungspraxis der US-Gerichte – die erst nach über 100 Jahren ein nicht explizit vorgesehenes subjektives Erfordernis einführte – und den Äußerungen des historischen Gesetzgebers der US-Norm – die von einer Unbestimmtheit des Wortlauts im strafrechtlichen Sinn ausgehen – ergibt sich, dass diese Erfordernisse des Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfüllt sind. Eine hinreichende Bestimmtheit des 15 USC § 1 kann auch nicht darin erblickt werden, dass die fortdauernde Evolution der Auslegung der Strafvorschrift umgedeutet wird, in eine aufgrund einer *gefestigten* Rechtsprechung zuverlässige Grundlage für die Auslegung der Norm.⁹⁷ Nötig ist nämlich „eine auf langjähriger Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung“ des Tatbestands.⁹⁸

⁹² Zum Vorstehenden insgesamt: *Grannon/Kownacki, Are Antitrust Violations Crimes Involving Moral Turpitude?*, *The Champion*, April 2012, S. 40, 43.

⁹³ *Grannon/Kownacki, Are Antitrust Violations Crimes Involving Moral Turpitude?*, *The Champion*, April 2012, S. 40, 43 m.N. zur US-Rspr.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 109, 133, 172 = NJW 2004, 739.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 92, 1, 12 = NJW 1995, 1141; BVerfGE 126, 170, 196 = NJW 2010, 3209 ff.

⁹⁶ BVerfG NJW 2003, 1030 m.w.N. aus der Rspr.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 45, 363, 371 f. = NJW 1977, 1815.

⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2003, 1030; ähnlich BVerfG NJW 1992, 223, 223 f.

Vor allem aber dehnt die Rspr. des BVerfG das Bestimmtheitsgebot des Art 103 Abs. 2 GG auf die Auslegung durch die Gerichte aus.⁹⁹ Die Auslegung von Strafgesetzen ist nicht hinreichend bestimmt, wenn die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen in einer Weise erfolgt, die „keine hinreichend bestimmten Konturen mehr erkennen lässt“¹⁰⁰. Vor diesem Hintergrund sind insbesondere auch die Ausführungen zur Anwendungspraxis der US-Strafverfolgungsbehörden zu berücksichtigen. Bereits aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die erforderliche Konkretisierung der unbestimmten Strafvorschrift gem. 15 USC § 1 gerade durch die US-Strafverfolgungsbehörden und die US-Strafgerichte nur unzureichend vorgenommen wurde. Entsprechendes gilt gemessen an den Maßstäben des Art. 7 EMRK.

Nach diesseitiger – sicherlich kontroverser und der Rspr. der Oberlandesgerichte¹⁰¹ wohl widersprechender – aber zutreffender Ansicht stehen daher Vorwürfe gem. 15 USC § 1, nicht nur, aber insbesondere in Form der „Conspiracy“, sowie vergleichbar unbestimmte „Conspiracy“-Vorwürfe einer deutschen Rechtshilfeleistung entgegen.

c) Rechtsgüterschutz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Hohe Anforderungen zu Unverhältnismäßigkeit einer ausländischen Strafnorm

Das Prinzip des Rechtsgüterschutzes kann als Bestandteil des deutschen *ordre-public* angesehen werden.¹⁰² Im internationalen Zusammenhang ist es nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anerkannt, wonach Strafbarkeit und Strafandrohung gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein dürfen (vgl. Art. 49 Abs. 2 EU-Grundrechtscharta).¹⁰³ In der Praxis der deutschen Rspr. spielt dies jedoch eine geringe Rolle. Deutlich höhere Strafandrohungen im ersuchenden Staat als nach deutschem Recht führen regelmäßig nicht zur Unzulässigkeit der Auslieferung. Ausnahmen können gelten, wenn Bagatellunrecht wie verbotswidriges Parken, Rauchen, Wegwerfen von ungefährlichen Abfällen im ersuchenden Staat unter Strafe gestellt werden.¹⁰⁴ Die Strafandrohung muss aber für einen Verhältnismäßigkeitsverstoß nach herrschender Rspr. unter Berücksichtigung des Einzelfalls unerträglich hart und unter jedem Gesichtspunkt unangemessen sein.¹⁰⁵ Dies wurde in der Rspr. für die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe bei einem Betrug mit einer Schadenssumme von über 2 Mio. EUR verneint.¹⁰⁶ Eine Freiheitsstrafe von mindestens 8 Jahren für ein kleineres Zollvergehen wurde hingegen als nicht hinnehmbar angesehen.¹⁰⁷ Unmenschliche und erniedrigende Strafen, die nach dem internationalen *ordre-public* verboten sind (etwa Verstümmelungen oder Prügel),¹⁰⁸ spielen im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Hinblick auf die Art der Strafe regelmäßig keine große Rolle. Jedoch kann eine lebenslange Freiheitsstrafe – für eine schwere Straftat – ohne die Möglichkeit der Strafrestaussetzung zur Bewährung jedenfalls nach herrschender Rspr. nur dann gegen den *ordre-public* verstoßen, wenn der Verurteilte keine praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit – etwa im Begnadigungsweg nach langer Strafverbüßung, im hohen Alter, bei Reue und bei wegfallender Gefährlichkeit – habe.¹⁰⁹ Richtigerweise ist mit Stimmen in der Lit. demgegenüber davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Beendigung der Verbüßung – sei es auch im Gnadenwege oder als Aussetzung der Vollstreckung – nach ca. 20-25 Jahren effektiv überprüft werden muss, damit eine Verhältnismäßigkeit bejaht werden kann.¹¹⁰ Unverständlich ist auch die h.M., wonach die Auslieferung für Straftaten nach ausländischem Recht auch dann nicht unverhältnismäßig im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist, wenn das Verhalten nach deutschem Recht nur ordnungswidrig ist.¹¹¹ Indessen ist im Hinblick auf moralnahes und moralisierendes Familien- und Sexualstrafrecht (bzgl. Ehebruch, Homosexualität unter Erwachsenen) kein internationaler Konsens und daher nach h.M. kein gemeinsamer *ordre-public* feststellbar.¹¹²

⁹⁹ BVerfGE 71, 108, 114 ff. = NJW 1986, 1671; BVerfGE 87, 209, 229 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 126, 170, 197 f. = NJW 2011, 3209; BVerfGE 130, 1, 43 = NJW 2012, 907, 915.

¹⁰⁰ BVerfGE 87, 209, 229 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 126, 170, 198 = NJW 2010, 3209 ff.

¹⁰¹ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.1.2013 - 1 AK 29/12, BeckRS 2013, 00656.

¹⁰² Vgl. zur grundlegenden Bedeutung des Rechtsgüterschutzprinzips für das deutsche Strafrecht: Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 ff.

¹⁰³ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

¹⁰⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 96.

¹⁰⁵ BVerfGE 75, 1, 16 f.; 108, 129, 137; 113, 154, 162; BGH NStZ 1993, 547.

¹⁰⁶ BVerfG JZ 2004, 141, 143.

¹⁰⁷ OLG Hamm StV 2001, 239.

¹⁰⁸ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 96.

¹⁰⁹ BVerfGE 113, 154 = NJW 2005, 3483 = NStZ 2006, 104; vgl. auch BVerfG NJW 1994, 2884.

¹¹⁰ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 60a; Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 97.

¹¹¹ Vgl. dazu Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

¹¹² Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

dd) Schuldgrundsatz

Nach h.M. gehört das materiell-strafrechtliche Schuldprinzip – in Deutschland verfassungsrechtlich garantiert gem. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG¹¹³ – zum nationalen und internationalen *ordre-public*.¹¹⁴ Zum Gewährleistungsumfang gehört, dass die strafrechtliche Verantwortung personaler Natur ist und grundsätzlich ein subjektives Element voraussetzt, wobei jedoch eine teilweise objektive (strikte) Verantwortlichkeit nicht grundsätzlich gegen den *ordre-public* verstoßen soll.¹¹⁵ Zumindest letzteres verdient es, kritisch hinterfragt zu werden, da auch Staaten mit einer Tradition objektiver strafrechtlicher Verantwortung zunehmend davon abkommen, diese ungemindert durchzusetzen. Auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB muss nach h.M. nicht zwingend als Entschuldigungsgrund anerkannt werden.¹¹⁶ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Personenvereinigungen ist international weitgehend anerkannt und verstoße nach einem möglicherweise überinterpretierten Judikat des BVerfG auch nicht gegen die Verfassung.¹¹⁷ Deshalb stehe eine solche Zielrichtung der Rechtshilfeleistung – das heißt eine Verwendung der Rechtshilfeleistung in einem unternehmensbezogenen Strafverfahren – nach h.M. bei Wahrung des auf die Unternehmensführung zu beziehenden Schuldgrundsatzes nicht entgegen.¹¹⁸

c) Maßstäbe im Hinblick auf das Strafverfahrensrecht, die Zuständigkeit und die Gerichtsorganisation**aa) Allgemeines**

In erheblichem Umfang existiert Rechtsprechung und Literatur zu verfahrensrechtlichen Anforderungen des internationalen, europäischen und deutschen *ordre-public* an ausländische Strafverfahrensrechte. Zum einen sind diese nationalen Strafprozessordnungen in besonders signifikanter Weise unterschiedlich. Zum anderen enthalten internationale und europäische Verträge in bedeutendem Umfang spezifische Garantien für Strafverfahren, die zu einer entsprechenden Rechtsprechung auf deutscher und europäischer Ebene geführt haben.¹¹⁹ Dies gilt besonders im Zuständigkeitsbereich des EGMR mit seiner Rspr. zu den Artikeln 3, 5 und 6 EMRK.¹²⁰ Im Wesentlichen betreffen verfahrensrechtliche und gerichtsorganisationsrechtliche Verstöße gegen den *ordre-public* zwar das Recht des ersuchenden Staates. Ein derartiger Verstoß kann jedoch auch dann vorliegen, wenn in Deutschland Verfahrens- oder Zuständigkeitsnormen nicht eingehalten wurden, die zum deutschen und europäischen *ordre-public* zu rechnen sind. Insbesondere ist daran zu denken, dass im Rechtshilfeverfahren, insbesondere im Auslieferungsverfahren, entgegen den europarechtlichen Zuständigkeitsvorschriften keine Vorlage an den Europäische Gerichtshof erfolgte und dadurch (unmittelbar) das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt wird (s.u.).

Folterverbot

Hinsichtlich des ausländischen Verfahrensrechts ist nach h.M. keine Überprüfung auf einfach-rechtliche Verfahrensfehler hin oder auf Übereinstimmung mit Verfahrensgrundsätzen des deutschen Rechts möglich.¹²¹ Unstrittig gehört das Verbot der Folter und sonstiger grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung (Art. 7 IP-bürger; Art. 3 EMRK; Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3, 25, 104 Abs. 1 S. 2 GG und § 136a StPO) zum deutschen, europäischen und internationalen *ordre-public*.¹²² Das Verbot der Folter stellt ein zwingendes, nicht abdingbares, Rechtshilfehindernis dar, soweit begründete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat real Gefahr läuft, gefoltert zu werden,¹²³ oder außergerichtliche Tötungen, irreguläre, lang dauernde Haft bzw. ein

¹¹³ BVerfGE 123, 267, 413 = NJW 2009, 2267; vgl. bereits BVerfGE 45, 187, 259 f. und zuletzt BVerfGE 130, 1, 26 = NJW 2012, 907; BVerfG NJW 2013, 1058, 1059.

¹¹⁴ Vogel, GA 1998, 127, 141 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 63.

¹¹⁵ Vogel, GA 1998, 127, 141 f.

¹¹⁶ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 63.

¹¹⁷ BVerfGE 20, 323, 335 = BVerfG NJW 1967, 195, 197.

¹¹⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 66 m.w.N.

¹¹⁹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 67.

¹²⁰ Umfassend hierzu: Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.

¹²¹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 68 m.N. zur Rechtsprechung.

¹²² Vgl. Jerouschek/Köbel, JZ 2003, 613.

¹²³ BVerfG NStZ 2001, 100; OLG Koblenz StV 2002, 87; KG StV 1996, 103; OLG Karlsruhe StV 2004, 442; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 90; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 70.

„Verschwindenlassen“ (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB) im Raum steht.¹²⁴ All dies spielt jedoch in wirtschaftsstrafrechtlich geprägten Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren zumeist keine wesentliche Rolle.

bb) Faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 1 IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)

Das Gebot eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens gehört in seinem Kernbereich zum internationalen und europäischen *ordre-public* (Art. 14 Abs. 1 IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK), nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG¹²⁵ aber auch zum unverzichtbaren Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), der die Leistung von Rechtshilfe begrenzt.¹²⁶ Dies gilt insbesondere für bestimmte Verfahrensmaximen, Beschuldigtenrechte und Verteidigerrechte, die im ersuchenden Staat gewährleistet sein müssen.¹²⁷

Öffentlichkeit, Mündlichkeit,
Unmittelbarkeit

Anerkannt ist insbesondere, dass die Öffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlung ihrem Wesenskern nach zum *ordre-public* gehört und Geheimverhandlungen verboten sind.¹²⁸ Weniger gesichert erscheint, dass (und ggf.: in welchem Umfang) auch Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme Teil des internationalen und europäischen *ordre-public* sind. Jedenfalls werden durch die Rechtsprechung hier nicht die im internationalen Vergleich eher strengen Maßstäbe der §§ 249 ff. StPO angelegt. Dennoch müssen nach richtiger Auffassung endgültige, nicht mehr anfechtbare Aburteilungen allein in einem schriftlichen, mittelbaren Aktenverfahren als dem Mindeststandard nicht genügend angesehen werden.¹²⁹

Unschuldsvermutung

Das ebenfalls international Geltung beanspruchende Gebot der Unschuldsvermutung im Strafverfahren (Art. 6 Abs. 2 EMRK und des Art. 14 Abs. 2 IPbürgR) soll – und dies erscheint zweifelhaft – die Anwendung verhältnismäßiger, dem Gebot der Fairness entsprechende Vermutungsregeln nicht ausschließen.¹³⁰ Richtigerweise wäre hier zu überlegen, ob dies nicht etwa bei unwiderlegbaren Vermutungsregeln rechtsstaatswidrig ist, da die freie richterliche Beweiswürdigung im Übermaß beschränkt ist.

Verteidigungsrechte

Nach den expliziten Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 EMRK und des Art. 14 Abs. 3 IPbürgR ist der Beschuldigte über die Beschuldigung zu unterrichten. Er muss die Möglichkeit haben, die Verteidigung vorzubereiten und sich selbst oder durch einen Wahlverteidiger oder durch einen bei Bedürftigkeit unentgeltlichen Pflichtverteidiger zu verteidigen. Außerdem steht ihm das Recht zu, Fragen an Belastungszeugen zu stellen und die Vernehmung von Entlastungszeugen zu verlangen.¹³¹ Auch der unüberwachte Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigtem und das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht dürften nach der Rechtsprechung des EGMR zum internationalen *ordre-public* gehören.¹³² Das BVerfG verlangt – als verfassungsrechtlichen Grundsatz und auf der Basis des internationalen *ordre-public* – auch die unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher (s.o.).¹³³ Dies muss naturgemäß sowohl im Rahmen des Auslieferungsverfahrens, als auch im ersuchenden Staat gelten.

Schweigerecht

Daneben ist international das Verbot anerkannt, den Beschuldigten dazu zu zwingen, sich selbst zu belasten („*nemo tenetur se ipsum accusare*“), auch wenn dieses in den Art. 6 EMRK, Art. 14 IPbürgR nicht ausdrücklich genannt ist. Nach der Rechtsprechung des EGMR kann zwar nach Belehrung unter Umständen das Schweigen des Beschuldigten zu dessen Nachteil verwertet werden, dieser darf aber nicht durch eine straf- oder bußgeldbewehrte Pflicht zur Vorlage von belastenden Unterlagen gezwungen werden.¹³⁴

Ferner besteht im Rahmen des *ordre-public* – auf der Grundlage der zitierten Normen – auch ein Recht auf ein Verfahren innerhalb angemessener Frist, wobei diese in erster Linie

¹²⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 71.

¹²⁵ BVerfGE 38, 105, 111 = NJW 1975, 103; BVerfGE 122, 248, 271 f. = NJW 2009, 1469 m.w.N.; BVerfG NJW 2013, 1058, 1060.

¹²⁶ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 67.

¹²⁷ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 76.

¹²⁸ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 77.

¹²⁹ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 77.

¹³⁰ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 79.

¹³¹ Walther, GA 2003, 204; Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel IRG § 73 Rn. 79.

¹³² Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 81 m.N. zur Rechtsprung des EGMR.

¹³³ BVerfG NJW 1988, 1462.

¹³⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 80.

auf das im ersuchenden Staat geführte Strafverfahren zu beziehen ist.¹³⁵ Auch ein Ersuchen um Auslieferung zur Vollstreckung einer kürzeren Freiheitsstrafe mehrere Jahre nach Rechtskraft des Urteils kann im extrem gelagerten Einzelfall gegen diesen Grundsatz verstoßen.¹³⁶

cc) Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

Rechtliches Gehör im (weiten) Gewährleistungsumfang des Art. 103 Abs. 1 GG wird man nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung wohl noch nicht als Bestandteil des europäischen und internationalen *ordre-public* ansehen können. Immerhin verlangt das BVerfG als verfassungsrechtlich nötigen Mindeststandard, dass der Beschuldigte nach angemessenen Regeln des ausländischen Verfahrensrechts die Möglichkeit haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, entlastende Umstände vorzutragen und deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls deren Berücksichtigung zu erreichen.¹³⁷ Eine rein formale Anhörung, die nicht in korrekter Weise gedanklich verarbeitet und angemessen gewürdigt wird, genügt hingegen nicht.¹³⁸

Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen ist besonders problematisch

Die Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen (nach gerichtlichen Abwesenheitsverfahren) – die in den romanischen Rechtsordnungen, insbesondere in Frankreich und Italien, sehr verbreitet sind¹³⁹ – ist in mehrerlei Hinsicht problematisch: Sowohl unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der Menschenwürde und des rechtlichen Gehörs, als auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Fairnessgebots ist eine eingehende Überprüfung des Verfahrens im ersuchenden Staat im Zulässigkeitsverfahren erforderlich.¹⁴⁰ Nach der Rechtsprechung des EGMR gehört zu einem fairen Verfahren (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) das Recht des Angeklagten bei der Verhandlung anwesend zu sein.¹⁴¹ Nach dem BVerfG ist eine Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils unzulässig, wenn der Verfolgte nicht über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des Verfahrens unterrichtet war und ihm keine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet ist, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich wirksam zu verteidigen. Letzteres setzt voraus, dass der Beschuldigte sein Vorbringen geltend machen oder durch einen Verteidiger seine Verteidigungsrechte wahrnehmen lassen und auf das Verfahren insbesondere durch Sachvortrag, Beweisanträge oder Rechtsmittel Einfluss nehmen kann.¹⁴² Nach der Rechtsprechung ist allerdings dann, wenn der Verfolgte in Kenntnis gesetzt wurde, sich dem Verfahren danach aber durch Flucht entzogen hat und er in einem rechtsstaatlichen Verfahren verteidigt war, den rechtsstaatlichen Erfordernissen ebenfalls genügt.¹⁴³ Nach zutreffender Auffassung der Oberlandesgerichte ist immerhin eine (rechtzeitige) Unterrichtung über Zeit und Ort der Hauptverhandlung erforderlich.¹⁴⁴ Öffentliche Zustellungen oder Niederlegung reichen nach zutreffender Ansicht hierfür nicht aus, weil dies per se nur eine theoretische Möglichkeit der Kenntniserlangung vom Verfahren verschafft.¹⁴⁵ Heilung durch nachträgliches rechtliches Gehör setzt voraus, dass eine umfassende Überprüfung des Abwesenheitsurteils in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht im rechtsstaatlichen Verfahren erreicht werden kann und eine Abschrift des Abwesenheitsurteils gestellt wurde.¹⁴⁶ Die Rspr. steht vor dem Hintergrund dieser Maßstäbe der Auslieferung aufgrund italienischer Abwesenheitsurteile grundsätzlich recht kritisch gegenüber¹⁴⁷ und verlangt seit ca. zehn Jahren ergänzende Zusicherungen gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen bzw. nunmehr gemäß § 83 Nr. 3 IRG.¹⁴⁸

¹³⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 79 m.N. zur Rechtsprechung des EGMR.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.8.1986 – 2 BvR 661/86 (unveröffentlicht).

¹³⁷ BVerfGE 63, 332, 337.

¹³⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 78.

¹³⁹ Eingehend Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 82, Fn. 62 und 63 zum französischen und zum italienischen Abwesenheitsverfahren.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG StV 2004, 438; BGHSt 20, 198, 201; 47, 120 ff.; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 73; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 84.

¹⁴¹ EGMR EuGRZ 1985, 631 (Colozza./Italien); 1992, 539 (Goddi./Italien); 1992, 541 (T./Italien).

¹⁴² BVerfGE 63, 332 ff., zuvor BVerfGE 41, 246, 249; 46, 202, 210; 54, 100, 116.

¹⁴³ BVerfG NJW 1987, 830; BGHSt 47, 120, 123.

¹⁴⁴ OLG Hamm NSTz 1987, 194, 195; OLG Düsseldorf NJW 1987, 2172 f.; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 81; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 87.

¹⁴⁵ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 80a, 82 m.w.N.

¹⁴⁶ OLG Düsseldorf NSTz 1987, 466, 467; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 85; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 87.

¹⁴⁷ BVerfGE 59, 280; 63, 332; BGHSt 30, 55, 61.

¹⁴⁸ BGHSt 47, 120, 127; BVerfG StraFo 2004, 201; im Einzelnen Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 88.

dd) Verbot mehrfacher Strafverfolgung (Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 54 SDÜ)*Ne bis in idem*

Nach einer überkommenen Rechtsauffassung gehört das Verbot doppelter Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsbehörden unterschiedlicher Staaten nicht zum Gewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 3 GG¹⁴⁹ und nicht zum internationalen *ordre-public*.¹⁵⁰ Jedoch dürfte aufgrund von Art. 54 SDÜ, Art. 6 EUV i.V.m. Art. 50 EU Grundrechte-Charta für Strafverfahren der Mitgliedstaaten eine Zugehörigkeit des Verbots mehrfacher Strafverfolgung zum Europäischen *ordre-public* zu bejahen sein.¹⁵¹ Bei Rechtshilfeersuchen außereuropäischer Staaten steht die vorgängige Aburteilung in einem Drittstaat der Rechtshilfeleistung nicht entgegen, ein Rechtshilf Hindernis könne allenfalls vorliegen, wenn die Nichtberücksichtigung einer vorherigen Aburteilung unerträglich hart und unter jedem Gesichtspunkt unangemessen wäre.¹⁵² Ein Auslieferungshindernis kann allerdings angenommen werden, wenn der ersuchende Staat selbst gegen das „Verbot“ – auch wenn dieses in seiner Rechtsordnung nicht bestehen sollte – verstößt, weil er den Verfolgten bereits für dieselbe Tat bestraft hat.¹⁵³ Der Grundsatz des „ne bis in idem“ dürfte nämlich, soweit er sich auf die mehrfache Strafverfolgung durch ein und denselben Staat bezieht, im Kern universell anerkannt sein und daher unter den Inhalt des Art. 25 GG fallen.¹⁵⁴

ee) Gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPbüRG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)**(1) Im ersuchenden Staat***Beschränkung auf Kernbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG*

Der historische Gesetzgeber des IRG war der Auffassung, dass aus § 73 S. 1 IRG kein generelles Auslieferungsverbot abzulesen ist, wenn das Recht des ersuchenden Staates die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht kennt. Ein Auslieferungshindernis solle selbst dann nicht bestehen, wenn der Verfolgte im Ausland vor ein Sondergericht oder Ausnahmegesetz gestellt werden wird oder das ausländische Strafverfahren überhaupt nicht von einem Gericht betrieben wird.¹⁵⁵ Diese Einschätzung ist jedoch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG wohl überholt.¹⁵⁶ Nach dem heutigen internationalen und europäischen *ordre-public* hat jede Person das Recht, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht verhandelt wird (Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPbüRG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK).¹⁵⁷

Die exakten Maßstäbe des deutschen Rechts (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) entsprechen allerdings nach h. M. nicht dem Gewährleistungsgehalt des internationalen und europäischen *ordre-public* zum Grundsatz des gesetzlichen Richters. Geschützt und ein mögliches Auslieferungshindernis sei danach lediglich ein Kernbereich.¹⁵⁸ Zusammenfassend kann dieser Kernbereich folgendermaßen charakterisiert werden: Das Gericht muss auf einem Gesetz – auch der Verfassung oder einer gesetzlich vorgesehenen königlichen Anordnung – beruhen und unabhängig (insbesondere weisungsfrei von der Exekutive) sein. Seine Unparteilichkeit muss objektiv und strukturell gewährleistet sein und es muss ein umfassendes Entscheidungs- und Kognitionsrecht hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Entscheidung besitzen.¹⁵⁹ Rechtlich problematisch sind – besonders politisch geprägte, manchmal militärische – Ausnahmegesetze (vgl. Art. 13 Abs. h AusIV Deutschland-USA), d.h. solche, die in Abweichung von den gesetzlichen Zuständigkeiten besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen sind.¹⁶⁰ In Wirtschaftsstrafverfahren in Staaten der westlichen Hemisphäre sind solche Fälle jedoch wohl eher selten.

¹⁴⁹ Vgl. BVerfGE 75, 1, 15 ff.; vgl. *Rübenstahl/Schilling*, HRRS 2008, 492 ff. m.w.N.

¹⁵⁰ *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 89.

¹⁵¹ EuGH NJW 2003, 1173; *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 90 m.w.N.

¹⁵² *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 92.

¹⁵³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.11.1978 – 2 Ausl. 43/78 (unveröffentlicht); *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny*, IRG, § 73 Rn. 93.

¹⁵⁴ OLG Karlsruhe NJW 1988, 1476.

¹⁵⁵ BT-Drucks. 9/1338, S. 27; *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 71.

¹⁵⁶ BVerfG NStZ-RR 2004, 179.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.7.1985 – 2 BvR 489/85 (unveröffentlicht).

¹⁵⁸ *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 72.

¹⁵⁹ Eingehend *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 538 ff., 551 ff., 596 ff., 598 ff.; zusammenfassend *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 73.

¹⁶⁰ BVerfGE 3, 213, 223.

(2) Vorlagepflicht im ersuchten Staat, insbesondere Vorlage an den EuGH

Zulässigkeitsentscheidungen
der OLGs können
vorlagepflichtig i. S. d.
Art. 267 AEUV sein

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) nach der Rechtsprechung des BVerfG vorliegt, wenn eine offensichtlich unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erfolgt.¹⁶¹ Ein Gericht in Rechtshilfeangelegenheiten – etwa das für die Zulässigkeitsentscheidung zuständige Oberlandesgericht – verletzt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nämlich dann, wenn es sich willkürlich über eine zwingende Pflicht zur Vorlage an ein anderes Gericht – den EuGH – hinwegsetzt oder nach Einholung einer Vorlageentscheidung deren Bindungswirkung missachtet. Schließlich legen auch diese prozessrechtlichen Vorschriften den zur Entscheidung berufenen, gesetzlichen Richter fest, so dass ein Gericht, welches hiergegen verstößt, in diesem Punkt willkürlich und verfassungswidrig selbst entscheidet.¹⁶² Im Rechtshilfebereich, insbesondere im Auslieferungsrecht können aber die Auslieferungshaft und eine etwaige Auslieferung jedenfalls von Unionsbürgern in verschiedener Hinsicht gegen europäisches Recht, insbesondere gegen Grundfreiheiten verstoßen. Sowohl die Grundfreiheit auf Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) als auch die allgemeine Grundfreiheit der Unionsbürger auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) – die gleichlautend auch in Art. 45 der EU-Grundrechtscharta gewährleistet ist (Art. 6 Abs. 1 EUV) – können durch Auslieferungshaft in Deutschland oder durch die Auslieferung des Verfolgten von Deutschland an außereuropäischen Drittstaaten verletzt werden. Voraussetzung ist, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des AEUV eröffnet ist, was nach diesseitiger Auffassung zumindest hinsichtlich des Art. 21 AEUV in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV regelmäßig der Fall sein wird.¹⁶³

Diesbezügliche Rechtsfragen sind gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen. Der EuGH entscheidet zwingend über die Auslegung der Europäischen Verträge, u.a. des AEUV selbst (Art. 267 Abs. 1 Buchst. a AEUV). Die Vorlage an den EuGH steht somit nicht im Ermessen des zuständigen Oberlandesgerichts, sondern diese hat zwingend zu erfolgen, da eine derartige Rechtsfrage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt ist, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Die gerichtlichen Entscheidungen des Oberlandesgerichts über die Zulässigkeit der Auslieferung im Auslieferungsverfahren ist nämlich unanfechtbar (§ 13 Abs. 1 S. 1 und 2 IRG). Das OLG ist vor diesem Hintergrund hinsichtlich aller europarechtlichen Zweifelsfragen zur Anrufung des EuGH verpflichtet. Der Beschleunigungsgrundsatz darf nicht herangezogen werden, um eine Vorlage zu vermeiden, denn der EuGH entscheidet derartige Fragen betreffend ein schwebendes Verfahren eines einzelstaatlichen Gerichts, das – wie vorliegend – eine inhaftierte Person betrifft, „innerhalb kürzester Zeit“ (Art. 267 Abs. 4 AEUV).

Rechtsprechung des Zweiten
Senats des Bundesverfas-
sungsgerichts

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der EuGH daher gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, weil dieser über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV funktional in die nationale Gerichtsbarkeit eingegliedert ist und das von dem Gerichtshof ausgelegte Unionsrecht im nationalen Recht gilt und angewendet wird.¹⁶⁴ Eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter wegen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV setzt allerdings nach der – möglicherweise europarechtswidrigen, jedenfalls aber europarechtsfeindlichen – milden Rspr. des BVerfG – zumindest seines Zweiten Senats – voraus, dass die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union willkürlich unterblieben ist, weil sie bei Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar ist.¹⁶⁵

Rechtsprechung des Ersten
Senats des Bundesverfas-
sungsgerichts

Nach der neueren, mit der Rspr. des EuGH kompatibleren Rechtsprechung innerhalb des Ersten Senats liegt eine unververtretbare – somit willkürliche – Handhabung der Zuständigkeitsnorm des Art. 267 AEUV in der Regel bereits vor, wenn das Ausgangsgericht eine eigene Lösung entwickelt, die nicht auf die bestehende Rechtsprechung des EuGH zurückgeführt werden kann („*acte éclairé*“) und auch nicht einer eindeutigen Rechtslage entspricht („*acte*

¹⁶¹ BVerfGE 82, 159, 194 f.; 126, 286, 315; 128, 157, 187; 129, 78, 106.

¹⁶² BVerfGE 75, 223, 234 = NJW 1988, 1459.

¹⁶³ Zu der Frage, weshalb nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die Grundfreiheiten und die Grundrechte laut EU-Grundrechtscharta anwendbar sind, siehe demnächst Esser/Rübenstahl/Boerger NZWiSt 2014 Anders für die vorherige Rechtslage: BVerfG, Beschl. v. 28.07.2008 - 2 BvR 1347/08.

¹⁶⁴ BVerfGE 73, 339, 366 f. = NJW 1987, 577; zuletzt BVerfG, NJW 2010, 3422, 3427.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 1992, 678 = NVwZ 1992, 360 = EuZW 1992, 256; BVerfG NVwZ 2008, 780; vgl. auch BGH EuZW 2012, 190.

clair“), mit anderen Worten das Fachgericht in unvertretbarer Weise einen „*acte éclairé*“ oder einen „*acte clair*“ angenommen hat.¹⁶⁶ Die vom Fachgericht vorzunehmende Würdigung verlagert sich durch diese Rspr. teilweise weg vom materiellen Unionsrecht hin zu den maßgeblich vom EuGH ausdifferenzierten Vorgaben des Art. 267 AEUV für die Vorlage und fördert ein dem Kooperationsprinzip entsprechendes kohärentes Verständnis der Vorlagepflicht, das Voraussetzung für eine loyale und zugleich konstruktiv-kritische Zusammenarbeit der Gerichte im Staaten- und Verfassungsverbund der EU ist. Dadurch wird der EuGH dabei unterstützt, die Rechtseinheit des Unionsrechts zu wahren, da er weniger mit potentiellen (auch unbewusst) abweichenden Deutungen des materiellen Unionsrechts durch die nationalen Gerichte konfrontiert wird. Zudem ermöglichen diese Vorgaben dem BVerfG eine effektive verfassungsrechtliche Kontrolle der Vorlagepflicht anhand des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁶⁷ Dies zwingt ihn letztlich ggf. auch bei materiell-rechtlich nicht evidenten Fehlern zur Vorlage, wenn die Auslegungsprärogative erkennbar nicht respektiert wird und erschwert die exkulpierende Berufung auf fehlende Willkür des Richters der Fachgerichtsbarkeit. Vor dem Hintergrund dieser neueren BVerfG-Rechtsprechung wird auch nicht ohne Weiteres willkürfrei bejaht werden können, dass die Grundfreiheiten des AEUV im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anwendbar seien, da insofern mangels EuGH-Rspr. oder einer klaren und expliziten Regelung im europäischen Recht kein „*acte éclairé*“ und kein „*acte clair*“ angenommen werden kann. Ein Bedeutungsgewinn der Vorlagepflicht und – im Falle ihrer nunmehr leichter nachweisbaren Verletzung – ihrer erfolgreichen Rüge vor dem BVerfG gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Zusammenhang mit dem Rechtshilfeverkehr ist daher zu erhoffen.

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen unter IV. zeigen, dass für den Einwand eines Auslieferungs- oder Rechtshilfehindernisses wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre-public* trotz der zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Oberlandesgerichte in Rechtshilfeverfahren potentiell eine breite Palette verfassungsrechtlicher, EMRK-rechtlicher und europarechtlicher Argumente zur Verfügung stehen kann. Zwar kann sich das volle Potenzial dieser Argumentationslinien derzeit aufgrund der – nach richtiger Auffassung – unzutreffenden einschränkenden Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendbarkeit des Grundgesetzes und des deutschen *ordre-public* allgemein noch nicht voll entfalten. Hier dürfte jedoch bis zu einem gewissen Grad das Sprichwort "steter Tropfen höhlt den Stein" gelten, wurzelt doch die – überkommene und inhaltlich überalterte – Rechtsprechung offenbar in einer übermäßig völkerrechtsgeprägten und tendenziell obrigkeitsstaatlichen Sichtweise des Rechtshilfeverfahrens, die mit dem grundrechtsfreundlichen modernen Verfassungsstaat, europäischem Recht und der EMRK vielfach nicht mehr voll vereinbar ist. Einen verstärkten Rückgriff auf die oben beschriebenen, teilweise vielleicht eher exotisch anmutenden Einwände wird ein anwaltlicher Beistand zudem insbesondere im Auslieferungsverfahren zukünftig immer weniger vermeiden können. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte im Zulässigkeitsverfahren tendiert nämlich zunehmend dazu, die klassischen Rechtshilfe- bzw. Auslieferungsvoraussetzungen, wie etwa den Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit und das Spezialitätsprinzip aufgrund einer – zumindest im Verhältnis zu den Demokratien der westlichen Hemisphäre – "rechtshilfefreundlichen" Haltung einschränkend auszulegen.¹⁶⁸ Da vor diesem Hintergrund auch eine gewisse – im Ausgangspunkt nachvollziehbare – Zurückhaltung der Generalstaatsanwaltschaft und Oberlandesgerichte zu beobachten ist, positiv auf verfassungsrechtliche und europarechtliche Argumente gegen die Rechtshilfeleistung einzugehen, wird der anwaltliche Beistand in streitigen Fällen stets erwägen müssen, (spätestens) nach einer ungünstigen Zulässigkeitsentscheidung verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz zu suchen und gegebenenfalls auch europäische Institutionen – etwa die Europäische Kommission bei einer Verletzung der Europäischen Verträge – oder nach Rechtswegerschöpfung den EGMR – bei einer Verletzung der EMRK – anzurufen. Dies kann der Rechtsstaatlichkeit des Auslieferungsverfahrens und des Rechtshilfeverfahrens allgemein nur zugutekommen.

¹⁶⁶ BVerfG, NJW 2010, 1268, 1269; 2011, 288, 289; ZUM 2011, 236, 238; NJW 2011, 1427; 2011, 3428; NZA 2013, 164 = ZIP 2012, 1876, 1878 (Kammern des 1. Senats bzw. 1. Senat).

¹⁶⁷ So *Callies*, NJW 2013, 1905, 1910; vgl. zum selben Thema eingehend auch *Herz*, DÖV 2013, 769 ff.; *M. Bäcker*, NJW 2011, 270; *Selder*, ZRP 2011, 164 ff.

¹⁶⁸ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.1.2013 - 1 AK 29/12, BeckRS 2013, 00656.

Bank-, Kredit- und Kapitalmarktrecht, Geldwäsche

Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann, LL.M., Frankfurt a. M.

Erheblichkeit und Offenlegung eines Interessenkonflikts in Fällen des „Scalping“ — zugleich eine Besprechung von OLG München NJW 2011, 3664

I. Einleitung

Unter den zahlreicher werdenden Verdachtsfällen von Marktmanipulation nehmen Fälle des Scalping und anderer auf Täuschung beruhender Manipulationen den größten Raum ein.¹ Auch die höchstrichterliche (Straf-)Rechtsprechung zu § 20a WpHG bezieht sich mit BGHSt 48, 373 auf die Strafbarkeit des Scalpings.² Das weithin beachtete Grundsatzurteil vom 6.11.2003 konnte indessen nicht alle Fragen klären. Bereits *Vogel* hatte in seiner Entscheidungsbesprechung auf dessen Grenzen hingewiesen. Offen geblieben sei die Strafbarkeit solcher Fälle, bei denen die Verkaufsabsicht erst *nach* dem (redlichen) Kauf oder der (redlichen) Empfehlung gefasst werde.³ Abzuwarten sei auch, ob „Börsenexperten“ versuchen würden, eine Strafbarkeit dadurch abzuwenden, dass sie ihre Empfehlungen mit Hinweisen auf zuvor eingegangene Positionen versehen.⁴

Mit letzterer Konstellation musste sich der Beschluss des OLG München vom 3.3.2011 befassen. Der im Haftbeschwerdeverfahren ergangene Beschluss war Teil der bislang umfangreichsten Ermittlungen wegen Marktmanipulation und Insiderhandels, in denen das LG München I im Januar 2012 vier Personen zu Haftstrafen verurteilte, während Ermittlungen gegen zehn weitere Beschuldigte Anfang 2013 noch andauerten.⁵ Von den vier Personen wurden im Zusammenhang mit der Herausgabe von Börsenbriefen und Anlageempfehlungen drei Angeklagte – darunter mit B und C zwei, die zur Tatzeit Funktionen in der Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger (SdK) bekleideten⁶ – wegen Marktmanipulation zu Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren (jeweils in Kombination mit Geldstrafe und Wertersatzverfall) verurteilt.⁷ Sie gelten als die ersten Urteile zu Freiheitsstrafen ohne Bewährung, die in einem Verfahren wegen Insiderhandels oder Marktmanipulation ausgesprochen wurden.⁸

II. Sachverhalt

Soweit vom LG München I rechtskräftig entschieden, hatten die Angeklagten A und B als Herausgeber von Börsenbriefen bzw. bei Werbekampagnen Anlageempfehlungen ausgesprochen oder durch Dritte veranlasst, um – was auch geschah – die Kurse der bewerteten Aktien in die Höhe zu treiben und anschließend selbst gehaltene Positionen mit Gewinn aufzulösen. Dabei fand sich „in keiner der Veröffentlichungen ... ein für die Leser klarer und konkreter Hinweis darauf, dass der Verfasser des Artikels selbst signifikante Aktienpositionen hielt sowie für Personen handelte, die ihrerseits ebenfalls erhebliche Aktienbestände hielten“⁹. Der Angeklagte C erfuhr über einen anonymen Hinweis über eine Strafanzeige gegen Mitglieder der Geschäftsführung der T AG. Mit Leerverkäufen spekulierte er auf fal-

¹ BaFin, Jahresbericht 2012, S. 175, 177, 182: Im Jahr 2012 wurden von der BaFin 26 Insiderhandels- und 250 Marktmanipulationsverdachtsfälle verzeichnet. Unter den 76 durch Marktanalyse ermittelten Marktmanipulationsverdachtsfällen waren allein 43 solche der informationsgestützten Marktmanipulation.

² BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302.

³ *Vogel*, NStZ 2004, 252, 253.

⁴ *Vogel*, NStZ 2004, 252, 253.

⁵ BaFin, Jahresbericht 2012, S. 185.

⁶ DIE ZEIT v. 20.3.2012, abrufbar unter <http://www.zeit.de/wirtschaft/geldanlage/2012-03/marktmanipulation-urteil>.

⁷ BaFin, Jahresbericht 2012, S. 184.

⁸ Bay LT-Drucks. 16/16922, S. 2.

⁹ BaFin, Jahresbericht 2012, S. 185.

lende Kurse der Aktie und veranlasste gleichzeitig – in den zwei abgeurteilten Fällen – Pressemitteilungen der SdK, in denen Anlegern geraten wurde, die Aktie der T AG zu verkaufen oder zu meiden; die Pressemitteilungen enthielten keinen Hinweis auf die vom Angeklagten C gehaltenen Positionen.¹⁰

Die Urteile beruhten auf Verfahrensabsprachen und führten zur Aburteilung lediglich eines Teils der verfahrensgegenständlichen Taten. Der Entscheidung des OLG München vom 3.3.2011, die auf die weitere Beschwerde gegen den Haftbefehl gegen B ergangen war, lagen noch sechs Taten zugrunde. Bei ihnen bejahte das Gericht den dringenden Verdacht „der bewussten kollusiven Kursmanipulation mit verteilten Rollen, in Form gezielter aufeinander abgestimmter Vorgehensweise ohne den gebotenen Hinweis auf bestehende Interessenkollisionen einzelner Tatbeteiligter aufgrund bestehender eigener Marktpositionen“¹¹. Die Ausführungen zur tatsächlichen Seite konzentrieren sich auf Feststellungen zum Verdacht eines zwischen den Angeklagten „perfekt abgestimmten Handels“. Besonders hervorgehoben wurden zum einen markante Übereinstimmungen zwischen sämtlichen Fällen, namentlich: die regelmäßige Abfolge von Ankauf, Kommentierung, Kursentwicklung entsprechend der Kommentierung und Verkauf; die kurze Zeitspanne von meist nur wenigen Tagen zwischen Ankauf und Verkauf der Positionen und noch deutlicher zwischen Kommentierung und Verkauf; die ausnahmslos gleichzeitig gleichgerichteten Spekulationsgeschäfte des B und die jeweils signifikant abweichende Entwicklung des Kurses wie der Umsätze der jeweiligen Aktien in der durch die Kommentierung nahegelegten Richtung.¹² Herangezogen wurde zum anderen die weitgehende zeitliche und inhaltliche Steuerung von Empfehlungen, Kommentaren und sonstiger öffentlicher Äußerungen scheinbar außen stehender Journalisten durch B.¹³ Schließlich wurde eine seit vielen Jahren bestehende berufliche und private Nähe zwischen B und C als Kollusionsindiz gewürdigt, insbesondere das Vertrauen des einen, verfahrensgegenständliche Geschäfte in Höhe mehrerer Millionen Euro ohne Sicherheiten über das Brokerkonto des anderen abzuwickeln.

Die fraglichen Kommentierungen wurden im Wortlaut nicht wiedergegeben. Mitgeteilt ist lediglich, dass Kommentierungen regelmäßig einen „pauschalen Hinweis“ darauf enthielten, wonach Redakteure und Mitarbeiter der jeweiligen Publikation zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die besprochenen Wertpapiere selbst halten könnten.¹⁴ Zumindest in einigen Fällen waren der Verfasser der Kommentierung und der Inhaber des kommentierten Wertpapiers nicht identisch, sondern handelten lediglich in bewusstem und gewollten Zusammenwirken mit verteilten Rollen.¹⁵ Die Kommentierungen hatten eine signifikant abweichende Entwicklung des Kurses wie der Umsätze der jeweiligen Aktien unmittelbar nach der Veröffentlichung zur Folge.¹⁶

III. Sonstige Täuschungshandlung i.S.v. § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG

Scalping verstößt nach BGHSt 48, 373 gegen das in § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG enthaltene Verbot, sonstige Täuschungshandlungen vorzunehmen, die geeignet sind, auf den Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments einzuwirken. Das Vorliegen einer sonstigen Täuschungshandlung war in den betroffenen Fällen fraglich.

1. Begründung des OLG München

Das OLG München argumentiert im Ausgangspunkt unabhängig von der in § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV enthaltenen Legaldefinition: Der Verstoß gegen das Verbot sonstiger Täuschungshandlungen beruhe auf der stillschweigenden Erklärung, die Empfehlung sei „frei von sachfremden Zielen, insbesondere dem Ziel der eigennützigen Kursbeeinflussung“¹⁷. Ausdrücklich wird der Täuschungscharakter des Scalpings unter Verweis auf die Betrugsstrafbarkeit der Preisabsprache begründet.¹⁸ Das Unrecht liege darin, dass unter Verschweigen der eigenen Zielsetzung vorgetäuscht werde, die abgegebene Kommentierung, Empfehlung oder

¹⁰ BaFin, Jahresbericht 2012, S. 185.

¹¹ OLG München NJW 2011, 3664.

¹² OLG München NJW 2011, 3664.

¹³ OLG München NJW 2011, 3664 f.

¹⁴ OLG München NJW 2011, 3664.

¹⁵ OLG München NJW 2011, 3664, 3666.

¹⁶ OLG München NJW 2011, 3664 f.

¹⁷ OLG München NJW 2011, 3664, 3665.

¹⁸ OLG München NJW 2011, 3664, 3665.

sonstige Einflussnahme auf den Marktverlauf erfolge „von neutraler Warte“ aus. Dass die eigene Zielsetzung mit einer neutralen Kommentierung unvereinbar ist, wird sodann implizit für den Fall von Absprachen postuliert, die festzustellen Tatfrage ist: markante Übereinstimmungen im Handel; weitgehende inhaltliche Steuerung; private und berufliche Nähe.

Der Umstand, dass die Empfehlung oder Kommentierung nach fachlichem Urteil aufgrund der Marktsituation sachlich gerechtfertigt sei, spiele aus diesem Grund keine Rolle. Mit der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV, die das Gericht nun erstmals heranzieht, weist es den Einwand zurück, die Kommentierungen hätten auf die Möglichkeit eigener Position hingewiesen. Hierbei handele es sich um eine bloße Selbstverständlichkeit, da keinem Redakteur der Erwerb von Positionen grundsätzlich verboten sei; ein konkret bestehender Interessenkonflikt müsse „klar und eindeutig“ offenbart werden.¹⁹ Unerheblich sei auch, ob der Verfasser der Empfehlung den Wertpapierbestand selbst halte, wenn die Person, mit der er arbeitsteilig zusammenwirke, den Wertpapierbestand halte; § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV enthalte keine Festlegung, in welcher Person der Interessenkonflikt bestehen müsse, zumal ansonsten die Möglichkeit der Umgehung eröffnet werde.²⁰

2. Betrugsähnliche oder verwaltungsrechtsakzessorische Auslegung

Die der Begründung des OLG München innewohnende Verlagerung des Unrechtskerns zu den Zielen des Täters ist in BGHSt 48, 373 angelegt, wo die Betrugsstrafbarkeit des Verschweigens einer Preisabsprache bereits als Präjudiz herangezogen wurde. Objektivierende Tatbestandsformulierungen, die die *Kommunikation* in den Mittelpunkt stellen, traten zurück; der Vorläufer von § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV²¹, der damals im Entwurf vorliegende § 3 Abs. 3 Nr. 2 KuMaKV, wurde nur informativ, die Definition des Scalpings in Art. 1 Nr. 2 der Marktmissbrauchsrichtlinie²² überhaupt nicht erwähnt. Dabei wäre aufgefallen, dass der EU-Gesetzgeber nicht an die Ziele des Täters anknüpft, sondern an die zeitliche Abfolge aus Positionierung, Stellungnahme und Veräußerung sowie an die fehlende Offenlegung „auf ordnungsgemäße und effiziente Weise“. Der subjektivierende Ansatz wird denn nur mit einem einzelnen Satz aus Erwägungsgrund Nr. 20 plausibilisiert, wonach eine Sanktion auch bei Vorbringen legitimer Gründe verhängt werden könnte, sofern festgestellt wird, „dass sich hinter diesen Geschäften und Aufträgen ein anderer rechtswidriger Grund verbirgt“²³; allerdings bezieht sich der Erwägungsgrund lediglich auf Geschäfte und Kauf- und Verkaufsaufträge, also auf Fälle sog. effektiver Transaktionen und damit eben nicht auf die informationsgestützte Marktmanipulation. Diese Unschärfe bereitet am Ende gleichwohl den Boden, viele wichtige objektive Umstände – die Sachgerechtigkeit der Empfehlung, das Fehlen eigener Positionen auf Seiten des Redakteurs oder der Hinweis auf die Möglichkeit eigener Positionen – als unerheblich zu betrachten, „da es ihm [dem Täter] nicht darauf ankam“²⁴.

Dieser Subjektivierung liegt ein Rückgriff auf den Betrugstatbestand des § 263 StGB zugrunde, der der Diskussion bedarf. Dieser Ansatz könnte für sich in Anspruch nehmen, dass im mittlerweile weit aufgefächerten Wirtschaftsstrafrecht der Tatbestand als Garantie- und Appellfunktion eine Auslegung von Grundbegriffen gebietet, die zu einem (möglichst) einheitlichen, tatbestandsneutralen Verständnis führt. Auch ist vom Wortlaut gedeckt (Art. 103 Abs. 2 GG), die „sonstige Täuschungshandlung“ gemäß § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG unter Rückgriff auf den Begriff der Täuschung zu definieren, die sich als Umschreibung der Tatbestandsformulierung von § 263 StGB verfestigt hat. Einzuwenden bleibt, dass im Rahmen der Marktmanipulation die Auslegung des Betrugstatbestands nur eine Erkenntnishilfe sein kann, denn Rechtsquelle sind (vom EU-Recht abgesehen) allein § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG und § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV. Das gilt auch und gerade für die MaKonV, die auch als Rechtsverordnung den Straftatbestand (mit)begründet. Zwar darf eine Rechtsverordnung einen Straftatbestand lediglich spezifizieren, weil das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass bereits die par-
lamentsgesetzliche Grundlage hinreichend bestimmt ist (was nach h.M. auf § 20a Abs. 1

¹⁹ OLG München NJW 2011, 3664, 3665.

²⁰ OLG München NJW 2011, 3664, 3666.

²¹ BGH NJW 2004, 302, 304.

²² RL 2003/6/EG v. 28.1.2003, ABl. L 96, S. 21.

²³ RL 2003/6/EG v. 28.1.2003, ABl. L 96, S. 17.

²⁴ BGH NJW 2004, 302, 304; zust. Schwark, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, WpHG, § 20a Rn. 70; krit. Fleischer, in: Fuchs, WpHG, 2009, § 20a Rn. 68.

Nr. 3 WpHG zutrifft²⁵). Doch auch eine nur nähere Bestimmung ist verbindlich und als solche zu beachten.²⁶ Hinzu kommt, dass nicht alle „sonstigen Täuschungshandlungen“ im Sinne des § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG einen Erklärungswert aufweisen²⁷ und damit nicht durchweg dem Tatbild des § 263 StGB, welches das eines Kommunikationsdelikts ist²⁸, entsprechen.²⁹ Die Definition einer in der MaKonV beschriebenen Fallgruppe hat gegenüber Fallgruppen einer Täuschung gemäß § 263 StGB Vorrang. Die in § 4 Abs. 3 MaKonV enthaltenen Beispiele sind zudem zwingende Beispiele, sodass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen vom Vorliegen einer sonstigen Täuschung auszugehen ist.³⁰ Sie sind für die Konstellationen, die sie beschreiben, auch abschließend, weil nur auf diese Weise die MaKonV als nähere Bestimmung des § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG verbindlich ist.³¹ Eine genuin strafrechtliche Auslegung, die über den Anwendungsbereich der vorgreiflichen wirtschaftsrechtlichen Regelung hinausgeht, ist im Wirtschaftsstrafrecht ausgeschlossen.³²

3. Der Tatbestand nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV

Die seit 11.3.2005 in § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV enthaltene Legaldefinition des Scalpings entspricht (weitgehend) der in Art. 1 Abs. 2 Buchst. c, 3. Spiegelstrich der Marktmissbrauchsrichtlinie gegebenen Definition. Verboten ist die „Nutzung eines gelegentlichen oder regelmäßigen Zugangs zu traditionellen oder elektronischen Medien durch Kundgabe einer Stellungnahme oder eines Gerüchts zu einem Finanzinstrument oder dessen Emittenten, nachdem Positionen über dieses Finanzinstrument eingegangen worden sind, ohne dass dieser Interessenkonflikt zugleich mit der Kundgabe in angemessener und wirksamer Weise offenbart wird“. Die in dieser Definition enthaltenen objektiven Merkmale geben das Prüfungsprogramm vor.

a) Positionen, die mit oder nach der Empfehlung eingegangen werden

Kein verbotenes Scalping im Sinne von § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV ist gegeben, wenn der Redakteur Positionen zugleich mit oder nach der Empfehlung eingeht. Parallelrunning ist damit nicht tatbestandsmäßig und nicht strafbar, sondern lediglich für Ersteller von Finanzanalysen, die Mitarbeiter eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens sind, aufsichtsrechtlich verboten (§ 33b Abs. 5 Nr. 1 WpHG, § 5a Abs. 2 FinAnV).

Nicht von vornherein ausgenommen sind dagegen Vorgehensweisen, in denen die Scalping-Absicht erst nach dem (redlichen) Kauf oder der (redlichen) Empfehlung gefasst wird, denn § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV stellt allein auf die Existenz einer Positionierung ab. Ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum in Bezug auf zur Zeit der Empfehlung vorhandene Positionen kommt regelmäßig nur dort in Frage, wo dem Redakteur fremde Positionen zugerechnet werden sollen, die der Inhaber außerhalb des gemeinsamen Tatplans erworben hat (Mittäterexzess).

b) Fremde Positionen

Die vom OLG München bejahte Zurechnung fremder Positionen setzt gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV einen Interessenkonflikt voraus. Allein deshalb war der von B erhobene Einwand, Scalping sei ein Sonderdelikt und könne nur durch Verlautbarungen des Positionsinhabers selbst begangen werden,³³ im Ansatz zutreffend: Nur wenn die aus Inhaberschaft und Verfälschung resultierenden Interessen in einer Person zusammentreffen, liegt ein Konflikt vor.³⁴ Ob die Positionen selbst gehalten werden müssen, ist dagegen fraglich. Die passivi-

²⁵ BGH NJW 2004, 302, 305; *Fleischer*, DB 2004, 51, 54; *Lenzen*, ZBB 2002, 279, 286; *Schömann*, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation nach § 38 Abs. 2 WpHG, 2012, S. 24 ff.; *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 545; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl. 2010, Rn. 103; *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, Vor § 20a Rn. 25 ff. und NSTz 2004, 252, 255; a.A. *Altenhain*, BB 2002, 1874, 1876; *Moosmayer*, wistra 2002, 161, 168; *Park*, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 405, 411 f.

²⁶ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 65.

²⁷ Bundesministerium der Finanzen, Begründung zu § 4 MaKonV, BR-Drucks. 18/05, S. 16.

²⁸ Statt aller *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 4, 22 m.w.N.

²⁹ *Sorgenfrei*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 189; *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 210; a.A. *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 547.

³⁰ *Stoll*, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 33; *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 230.

³¹ A.A. *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 558, 562; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, § 20a Rn. 71; *Stoll*, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 33.

³² *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl. 2010, Rn. 124.

³³ OLG München NJW 2011, 3664, 3666: „der rechtliche Haupteinwand des Beschwerdevorbringens“.

³⁴ *Möllers/Hailer*, FS Schneider, 2011, S. 831, 847.

sche Formulierung („nachdem Positionen eingegangen worden sind“) verlangt ein solches Verständnis nicht unbedingt, obwohl der Ordnungsgeber es im Sinne einer Tatbestandsbeschränkung beabsichtigte.³⁵ Im Ergebnis ist dem OLG München beizupflichten, dass im Einzelfall auch an fremden Positionen ein konfliktträchtiges eigenes Interesse bestehen kann. Auf diese Umstände ist näher einzugehen.

Ein eigenes Interesse an fremden Positionen besteht zweifelsfrei bei einer Gewinn- und Verlustbeteiligung. In Betracht kommt darüber hinaus ein (immaterielles) Interesse aus einer Absprache oder einer bloßen (Einpassungs-)Bereitschaft, sich das Interesse des Inhabers zu eigen zu machen und sich ihm unterzuordnen. Auch dann kann „das sachfremde Ziel der Kursbeeinflussung“³⁶ bzw. ein „Eigeninteresse“³⁷ in der Person des Kommentators gegeben sein. In dieser Konstellation geht es gleichsam um den Kollisionsgrad, der mit dem Zweck des Marktmanipulationsverbots, das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine ordnungsgemäße Preisbildung zu erhalten,³⁸ nicht zu vereinbaren ist: Die allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungsregeln, die das OLG München heranzieht, sind hier indes unergiebig, weil es um die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals geht. Auch eine Analogie zu der bereits von BGHSt 48, 373 herangezogenen Betrugstrafbarkeit einer Preisabsprache³⁹ trägt nichts aus, denn das hierbei zugrunde liegende Kartellverbot (§ 1 GWB) findet mangels Wettbewerbslage auf Inhaber und Verfasser keine Anwendung. Gleiches gilt für die durch den Betrugstatbestand bei Vertragsschluss abgesicherte Erwartung des Rechtsverkehrs, dass der Vertragspartner keine erheblichen vorsätzlichen sittenwidrigen Manipulationen des Vertragsgegenstands vorgenommen hat,⁴⁰ es würde den Begriff der Manipulation überspannen, darunter auch den Erwerb von später kommentierten Finanzinstrumenten zu fassen, denn der Erwerb allein ist nicht pflichtwidrig.⁴¹ Das Scalping-Verbot kann am Ende nur als selbständiges kapitalmarktrechtliches Täuschungsverbot sinnvoll verstanden werden, das eine Trennung (oder Offenlegung) von Geschäften und Kommunikation am Kapitalmarkt zum Ziel hat.⁴² Es wiederholt für jedermann das, was seit der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 1993⁴³ als besondere Organisationspflicht für Wertpapierdienstleistungsunternehmen ohnehin allgemein zu beachten ist, nämlich die Vermeidung oder Offenlegung von Interessenkonflikten (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG). Das Täuschungsverbot des § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG schafft damit für jedermann, der sich durch Medien an der Meinungsbildung im Kapitalmarkt beteiligt (und nicht nur für die in § 1 Abs. 2 FinAnV genannten Berufsträger), eine Organisationsverpflichtung. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist anzuerkennen; sie ist jedoch keineswegs unproblematisch. Zum einen ist – wie auch das OLG München bemerkt – die Möglichkeit, zuvor Positionen eingegangen zu sein, selbstverständlich, was dem Verlangen nach Trennung oder Offenlegung zuwiderläuft. Zum anderen ist der Erwerb und das Halten eigener Positionen ambivalent, weil es sowohl als Zeichen der eigenen Überzeugung wie auch als Anzeichen einer Scalping-Absicht gedeutet werden kann.⁴⁴ Wird darüber hinaus die Stellungnahme unentgeltlich kundgetan, fehlt es in einem weiteren Punkt an einer Grundlage für eine Organisationspflicht.

Liegt der Interessenkonflikt in fehlender Trennung, so sind die von OLG München ausgemachten Umstände als Indizien tragfähig. Eine Zurechnung fremder Positionen kann zusammenfassend unter folgenden Umständen im Einzelfall das Ergebnis der Beweiswürdigung sein:

- Gewinn- und Verlustbeteiligung an den fremden Positionen;
- weitgehende zeitliche und inhaltliche Steuerung der Kommentierungen durch den Inhaber;

³⁵ Bundesministerium der Finanzen, Begründung zu § 4 MaKonV, BR-Drucks. 18/05, S. 16; zust. *Fleischer*, in: *Fuchs*, WpHG, 2009, § 20a Rn. 67.

³⁶ BGH NJW 2004, 302, 304.

³⁷ *Vogel*, NStZ 2004, 252, 255.

³⁸ *Caspari*, NZG 2005, 98, 101 f.; *Knauth/Käsler*, WM 2006, 1041; *Schwark*, in: *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, § 20a WpHG Rn. 7; *Vogel*, NStZ 2004, 252, 255.

³⁹ BGHSt 47, 83 = BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 21.

⁴⁰ BGHSt 51, 165 Rn. 23 m.w.N.

⁴¹ OLG München NJW 2011, 3664, 3665: „grundsätzlich nicht verboten“.

⁴² BGH NJW 2004, 302, 304: „disclose or abstain“; abw. *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 545 und *Sorgenfrei*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 213: Täuschung über den Beweggrund; *Vogel*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 237 und NStZ 2004, 252, 255: Verstoß gegen die Regeln der Preisbildung; allgemein *Göres*, Interessenkonflikte von Wertpapierdienstleistern u. -analysten bei der Wertpapieranalyse, 2004, S. 81.

⁴³ Vgl. RL 93/22/EWG v. 10.5.1993, ABI. L 141, S. 27.

⁴⁴ *Göres*, Interessenkonflikte von Wertpapierdienstleistern u. -analysten bei der Wertpapieranalyse, 2004, S. 97 f.

- regelmäßige Abfolge von Ankauf, Kommentierung, Kursentwicklung entsprechend der Kommentierung und Verkauf;
- kurze Zeitspanne von meist nur wenigen Tagen zwischen Ankauf und Verkauf der Positionen und noch deutlicher zwischen Kommentierung und Verkauf;
- ausnahmslos gleichzeitig gleichgerichtete Spekulationsgeschäfte und eine jeweils signifikant abweichende Entwicklung des Kurses wie der Umsätze der jeweiligen Aktien in der durch die Kommentierung nahegelegten Richtung;
- berufliche oder private Nähe zwischen Inhaber und Verfasser.

Abzugrenzen sein werden Fälle, in denen Inhaber und Verfasser z. B. in Blogs, Netzwerken oder Internetforen zusammenarbeiten und sich die Absprache oder Einpassungsbereitschaft des Verfassers auf die Kommunikationsinfrastruktur oder ein bestimmtes Kapitalmarktthema beschränkt, während der Inhaber sich selbständig entschließt, Geschäfte vor Veröffentlichung der Kommentierungen zu tätigen (Frontrunning, das nur strafbar ist, wenn die zur Veröffentlichung bestimmte, aber noch unveröffentlichte Kommentierung wegen ihres Kursbeeinflussungspotenzials eine Insiderinformation darstellt⁴⁵).

c) Geringfügige Positionen

Die in § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV vorgesehene Offenlegung kennt keine Bagatellgrenze. Dem Wortlaut nach ist jeder noch so geringfügige Bestand der Öffentlichkeit mitzuteilen. Dies führt geradewegs zu einem Regelungskonflikt, wenn es sich bei dem Verfasser um den Ersteller einer Finanzanalyse handelt. In einer Finanzanalyse sind Umstände und Beziehungen, die bei den Erstellern, den für die Erstellung verantwortlichen Personen oder mit diesen verbundenen Unternehmen Interessenkonflikte begründen können, offenzulegen (§ 34b Abs. 1 Nr. 2 WpHG). Dabei sind nur nennenswerte finanzielle Interessen oder erhebliche Interessenkonflikte in Bezug auf das kommentierte Finanzinstrument mitzuteilen (§ 5 Abs. 1 S. 2 FinAnV). Offenlegungspflichtige wesentliche Beteiligungen sind nur solche in Höhe von mehr als 5 Prozent des Grundkapitals des Emittenten (§ 5 Abs. 3 S. 2 FinAnV). Diese Pflichten gelten für alle (auch gelegentlichen) Finanzanalysen mit direkten Anlageempfehlungen sowie für Finanzanalysen mit indirekten Anlageempfehlungen, wenn diese berufsmäßig erstellt worden sind (vgl. § 1 Abs. 2 FinAnV).

Für eine einschränkende Auslegung⁴⁶ im Hinblick auf § 5 Abs. 3 S. 2 FinAnV sprechen neben der Rechtssicherheit zu Gunsten der Betroffenen die größere Sachnähe der FinAnV sowie die kongruente Zielrichtung beider Rechtsverordnungen, die ihren Entstehungsgrund in der Marktmissbrauchsrichtlinie und der auf ihr beruhenden Durchführungsrichtlinie 2003/125/EG⁴⁷ haben. Allerdings fehlt der Regelungskonflikt von vornherein, wo außerhalb des Anwendungsbereichs von § 34b Abs. 1 Nr. 2 WpHG Gerüchte oder Meinungen kundgetan werden, die entweder keine Empfehlung eines Finanzinstruments für eine bestimmte Anlageentscheidung enthalten oder deren Empfehlung ersichtlich nicht auf einer Analyse beruht.⁴⁸ Eine Analogie zu Gunsten des Kundgebenden scheitert an der fehlenden (planwidrigen) Regelungslücke.

d) Kundgabe einer Stellungnahme oder eines Gerüchts

Tathandlung ist die Kundgabe einer Stellungnahme oder eines Gerüchts, und zwar auch dann, wenn die Stellungnahme sachlich begründet oder das Gerücht zutreffend ist.⁴⁹ Diese Erfassung inhaltlich richtiger Erklärungen als „sonstige Täuschungshandlung“ ist in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Marktmissbrauchsrichtlinie angelegt („unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung“). Die Strafbarkeit wahrer Aussagen ist hier wie bereits dargelegt aus dem Verstoß gegen das kapitalmarktrechtliche Gebot der Trennung (oder Offenlegung) bei Interessenkonflikten begründet. Da der Erwerb oder das Halten „grundsätzlich nicht verboten“ und damit das konfliktträchtige Vorverhalten (anders als bei

⁴⁵ Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 75 m.w.N.

⁴⁶ Fleischer, in: Fuchs, WpHG, 2009, § 20a Rn. 67; Gehrman, in: Schork/Groß, Bankstrafrecht, 2013, Rn. 586; Sorgenfrei, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 213 m.w.N.; Stoll, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 36; Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 234.

⁴⁷ RL 2003/125/EG v. 22.12.2003, ABl. L 339, S. 73.

⁴⁸ Vgl. BaFin, Rundschreiben 4/2010 – MaComp (Stand: 7.1.2014) BT 5.2.

⁴⁹ Bundesministerium der Finanzen, Begründung zu § 4 MaKonV, BR-Drucks. 18/05, S. 16.

einer Preisabsprache oder einer vorsätzlichen Manipulation des Vertragsgegenstands) nicht pflichtwidrig ist, handelt es sich um ein vergleichsweise schwaches Verhaltensunrecht. Das mag der Grund gewesen sein für BGHSt 48, 373 und OLG München, besonderes Gewicht auf die innere Tatseite zu legen und auf diese Weise aufzugreifen, was die Rechtsprechung bereits bei § 266 StGB praktiziert, nämlich gesteigerte Anforderungen an die Feststellung des Vorsatzes zu stellen;⁵⁰ dies erhöht die Einzelfallgerechtigkeit der Strafrechtsanwendung, beseitigt jedoch nicht die Vagheit des objektiven Tatbestands im Sinne eines Verhaltensgebots.⁵¹

Eine Einschränkung erfährt die Tathandlung durch die Voraussetzung, dass der Verfasser einen gelegentlichen oder regelmäßigen Zugang zu traditionellen oder elektronischen Medien nutzen muss, was ein gewisses Maß an Exklusivität⁵² und Publizität⁵³ verlangt. Darüber hinaus kann es bei Meinungen und Gerüchten, die keine Finanzanalyse darstellen, an der in § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG vorausgesetzten objektiven Preiseinwirkungseignung fehlen. Kann bei einer Finanzanalyse, die typischerweise auf eine Anlageentscheidung abzielt, die Kausalität mit der Preiseinwirkungseignung als Regelfall erachtet werden,⁵⁴ ist bei sonstigen Meinungen oder Gerüchten angemessen, zusätzlich deren objektive Beschaffenheit zu prüfen, um eine Wirksamkeit der Kommunikation bei Marktteilnehmern zu ermessen. Hierbei sind äußerliche Gestalt, Platzierung, Bekanntheit des Verfassers, Entgeltlichkeit, Leserkreis sowie Auflage und Absatz oder Internetzugriffe zu berücksichtigen. Auch hierzu fehlen Feststellungen im Beschluss des OLG München.

e) Angemessenheit und Wirksamkeit der Offenlegung

Eine Definition, was als „angemessen“ und „wirksam“ anzusehen ist, ist in der MaKonV nicht enthalten. Auch der Begriff der „Adäquanz“ im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 KuMakV (bis 10.3.2005)⁵⁵ war nicht näher definiert. BGHSt 48, 373 schweigt ebenfalls zur gebotenen Art und Weise der Offenlegung.⁵⁶ Allein das OLG München hat entschieden, dass eine konkreter Interessenkonflikt „klar und eindeutig“ offenbart werden müsse; ein pauschaler Hinweis auf die Möglichkeit eigener Positionen reiche nicht aus, weil sie selbstverständlich sei und daher keine Aussagekraft habe.⁵⁷ Unergiebig sind auch die Marktmissbrauchsrichtlinie sowie die Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation.⁵⁸

Auch bei näherem Hinsehen findet sich für eine allgemeine Gültigkeit des Begriffspaares „klar und eindeutig“ keine Grundlage. Das Deutlichkeitsgebot gemäß § 6 FinAnV („deutlich und unmissverständlich“) gilt nur für die sachgerechte Darbietung von Finanzanalysen. Bei Einhaltung dieses Gebots muss zwar erst recht eine „angemessene und wirksame“ Offenlegung gegeben sein, doch gilt dies nicht auch umgekehrt, falls die Voraussetzungen des § 6 FinAnV fehlen. Im Schrifttum wird gefordert, dass offengelegt wird, welche Art von Positionen eingegangen worden ist.⁵⁹ Teilweise wird sogar die Offenlegung der Verkaufsabsicht vorausgesetzt.⁶⁰ Der Begriff „angemessen“ weist dagegen allgemein dahin, dass keine volle, sondern eine maßvolle und damit begrenzte Offenlegung verlangt wird. So gibt denn bereits ein pauschaler Hinweis dem Leser zu erkennen, dass der Verfasser keine Unvoreingenommenheit zu versprechen bereit ist; dies ist entgegen OLG München keine Selbstverständlichkeit, sondern ein Warnhinweis, der zu mehr Verantwortung auf Seiten des Lesers führen muss, zumal Zweifel angebracht sind, ob eine vollständige Offenlegung Anleger überhaupt abhalten würde.⁶¹ Eine solche begrenzte Offenlegung kann im Einzelfall angemessen sein, wenn

⁵⁰ BGHSt 46,30, 35; 5 StR 551/11 = HRRS 2013 Nr. 600.

⁵¹ Statt aller *Lindemann*, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, 2012, S. 35 ff. m.w.N.

⁵² *Stoll*, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 34.

⁵³ *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 234.

⁵⁴ *Möllers*, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 34b Rn. 282.

⁵⁵ Mitgeteilt in BGH NJW 2004, 302, 303.

⁵⁶ BGH NJW 2004, 302, 303 f.

⁵⁷ OLG München NJW 2011, 3664, 3665.

⁵⁸ RL 2003/124/EG v. 22.12.2003 ABl. L 339, S. 70.

⁵⁹ *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 234; ferner *Stoll*, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 50; ähnlich *Gehrmann*, in: Schork/Groß, Bankstrafrecht, 2013, Rn. 585.

⁶⁰ *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 560.

⁶¹ *Gehrmann*, in: Schork/Groß, Bankstrafrecht, 2013, Rn. 585; *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 559; *Sorgenfrei*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 213.

- es sich um keine Finanzanalyse, sondern eine (bloße) Meinung oder ein Gerücht handelt,
- die Kommentierung inhaltlich sachgerecht, vertretbar und wahrhaftig ist (es sich also um keine unrichtigen oder irreführenden Angaben i.S.v. § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG handelt) und/oder
- im Zeitpunkt der Äußerung keine Absicht bestand, die äusserungsbedingte Preisbeeinflussung auszunutzen.⁶²

Die relative Besserstellung bloßer Meinungen oder Gerüchte ist gerechtfertigt, weil diese von ihrer Beiläufigkeit lebend bereits durch den Hinweis auf die Möglichkeit eigener Positionen entkräftet werden. Noch deutlicher wird dies, wenn man zur Tatbestandseinschränkung auf die Irreführungseignung gegenüber einem verständigen (durchschnittlich erfahrenen und vorsichtigen) Anleger abstellt oder wenn man bei berufsmäßigen, ohne Scalping-Absicht getätigten Äußerungen eine Strafbarkeit mit Blick auf Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG für ausgeschlossen hält.⁶³ Vermieden werden muss in jedem Fall eine Auslegung, die den verdeckten Zweck verfolgt, jede Kapitalmarktkommunikation bei vorheriger Positionierung *contra legem* zu verbieten. Der EU-Gesetzgeber hat sich gegen ein solches Verbot und für einen Anlegerschutz durch Offenlegung und damit durch Information und Transparenz entschieden. Hierzu rechnet auch das gesonderte Regime für Finanzanalysen, das einen aufsichtsrechtlich geschützten Informationsstandard setzt, was einer extensiven Strafrechtsanwendung bei sonstigen Meinungen und sogar Gerüchten entgegensteht (Subsidiaritätsprinzip).

Wirksam ist die Offenlegung, wenn der Interessenkonflikt zugleich mit der Kundgabe für potentielle Leser erkennbar wird. Ist die Beschreibung des Interessenkonflikts Teil der Kundgabe, fehlt es hieran nur in Ausnahmefällen, etwa wenn der Hinweis auf den Interessenkonflikt planmäßig so gestaltet ist, dass er irrtümlich übersehen werden kann. Hier kann die zu § 263 StGB ergangene jüngere Rechtsprechung zur konkludenten Täuschung durch inhaltlich richtige, aber planmäßig und gezielt auf die Erregung eines Irrtums ausgerichteten Erklärungen herangezogen werden.⁶⁴

IV. Einwirkung auf den Börsenpreis i.S.v. § 38 Abs. 2 WpHG

Eine strafbare Marktmanipulation setzt eine tatsächliche Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis des Finanzinstruments voraus (§ 38 Abs. 2 WpHG). Die bloße zur Einwirkung geeignete Vornahme einer sonstigen Täuschungshandlung im Sinne des § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG). Die Feststellung der Preiseinwirkung als Strafbarkeitsvoraussetzung ist damit ebenso wichtig wie aufgrund der „Multikausalität eines Börsenpreises“ schwierig.⁶⁵

Nach der Rechtsprechung sind an den Nachweis einer tatsächlichen Preiseinwirkung gleichwohl keine überspannten Anforderungen zu stellen, um ein Leerlaufen des Straftatbestands zu vermeiden: Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz, die Kurs- und Umsatzentwicklung des betreffenden Papiers am konkreten Tag, die Ordergröße sowie der Zeitabstand zwischen dem Manipulationsverhalten und der Preiseinwirkung sollen bereits ausreichen.⁶⁶ Eine Preisänderung ist nicht erforderlich, weil es auf ein künstliches, d.h. gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt („Markttrend“) erfolgendes Erhöhen, Erniedrigen oder auch nur Stabilisieren ankommt.⁶⁷ Eine tatsächliche Einwirkung auf einen Einzelpreis im Laufe des fortlaufenden Handels kann ausreichen;⁶⁸ eine Preiseinwirkung verlangt keine dauerhafte Beeinflussung.⁶⁹ Andere mögliche (Mit-)Ursachen müssen ausgeschlossen werden können.⁷⁰

⁶² Vgl. Art. 1 Abs. 2 Buchst. c, 3. Spiegelstrich der Marktmissbrauchsrichtlinie, wo vorausgesetzt wird, dass „anschließend Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme ... gezogen wird“.

⁶³ Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 211, 235.

⁶⁴ BGHSt 47, 1; NSTZ-RR 2004, 110; ausführlich Erb, ZIS 2011, 368; ähnlich Stoll, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, § 20a Anh I - § 4 MaKonV Rn. 39.

⁶⁵ Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 565.

⁶⁶ BGHSt 48, 373 Rn. 33; OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670.

⁶⁷ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670; nachdrücklich BaFin, Jahresbericht 2012, S. 187.

⁶⁸ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670.

⁶⁹ EuGH NZG 2011, 95 Rn. 25 ff.; zust. Gehrman, GWR 2011, 385; Klöhn, NZG 2011, 934.

⁷⁰ Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 20a Rn. 54.

Im Fall des B stellte das OLG München lediglich eine signifikant abweichende Entwicklung der Kurse und der Umsätze im Anschluss an die Veröffentlichung fest. Den Vergleich zum Markttrend hat es damit nicht vorgenommen und auch nicht alternative Erklärungen ausgeschlossen, etwa einen übergreifenden Trend im Marktsegment (Branche, Benchmark) oder eine ohnehin hohe Volatilität in der Gattung. Beides wäre umso wichtiger gewesen, als beim Scalping (und jeder anderen informationsgestützten Manipulation) die Ordergröße und das Verhältnis zum Tagesvolumen als Kausalitätsindizien entfallen; beide werden indes als wichtige Indizien angesehen, um zu bestimmen, ob eine tatsächliche Preiseinwirkung oder eine bloße Preiseinwirkungseignung gegeben ist.⁷¹

V. Vorsatz

Der Charakter des Straftatbestands der Marktmanipulation als Blankettnorm⁷² hat zur Folge, dass die Vorschriften der § 20a Abs. 1 Nr. 3, § 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG und § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV „zusammenzulesen“⁷³ und in dieser Gestalt Gegenstand des Vorsatzes sind. Fraglich ist, ob es sich bei den in § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV enthaltenen Begriffen „angemessen“ und „wirksam“ um normative oder deskriptive Tatbestandsmerkmale handelt, wovon abhängt, ob der Täter neben der Kenntnis der Außenwelt – hier: der Positionen und der Beschaffenheit der Kommentierungen – den sozialen Sinngehalt dieser Merkmale in einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ selbst nachvollziehen muss.⁷⁴ Bei normativen Tatbestandsmerkmalen führt jede Fehlbeurteilung über den sozialen Sinngehalt zum Vorsatzausschluss.⁷⁵ Von einem deskriptiven Merkmal auszugehen scheint das OLG München, das die Tatumstandskennntnis trotz der Hinweise auf die eigenen Positionen für gegeben hält, weil „die Tatbeteiligten den jeweils bestehenden konkreten Interessenkonflikt [kannten], ohne ihn jedoch klar und konkret offenzulegen“⁷⁶. Für diese Einordnung als Subsumtions- und damit Verbotsirrtum spricht, dass § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV eine originäre Organisationspflicht statuiert und unmittelbar Teil der Strafrechtsordnung ist.⁷⁷ Dagegen steht die Maßgeblichkeit der §§ 5 f. FinAnV, die im Einzelfall im Rahmen systematischer Auslegung heranzuziehen sind.⁷⁸ Der Täter mag z.B. die Kommentierung unzutreffend nicht als Finanzanalyse eingeordnet und damit die Offenlegungspflicht nach § 5 FinAnV übersehen haben. Dem Täter die Möglichkeit eines Tatumstandsirrtums allein wegen einer berufsmäßigen Befassung abzusprechen,⁷⁹ ist angesichts der fortdauernden Zweifel an der Bestimmtheit des Straftatbestands bedenklich. Angemessen erscheint deswegen, einen Irrtum über §§ 5 f. FinAnV als Tatumstandsirrtum und einen Irrtum über den Sinngehalt der Begriffe „angemessen“ und „wirksam“ als Verbotsirrtum einzuordnen.

VI. Ausblick auf Marktmissbrauchs-VO

Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insidergeschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) vom 20.10.2011⁸⁰ wird voraussichtlich in der Zeit ab Mai 2014 zusammen mit MiFID II im Amtsblatt veröffentlicht und sodann nach Ablauf von 24 Monaten wirksam werden.⁸¹ Als unmittelbar geltendes Europarecht wird es an die Stelle des § 20a WpHG und der MaKonV treten.

Der in Art. 8 Abs. 3 Buchst. d enthaltene Tatbestand des Scalping wird unverändert bleiben (abgesehen von einer Erweiterung der möglichen Bezugsgegenstände). Wiederum wird eine Kundgabe vorausgesetzt, „ohne dass der Öffentlichkeit dieser Interessenkonflikt ordnungsgemäß und wirksam mitgeteilt wird“, was nur unwesentlich von der Formulierung der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003 abweicht („ohne dass der Öffentlichkeit gleichzeitig dieser Interessenkonflikt auf ordnungsgemäße und effiziente Weise mitgeteilt wird“). Die in Anhang I niedergelegten Indikatoren für manipulatives Handeln enthalten keine weiteren Er-

⁷¹ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670.

⁷² Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, Vor § 38 Rn. 22.

⁷³ Vgl. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl. 2010, Rn. 219 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 16 Rn. 14 m.w.N.

⁷⁵ Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 16 Rn. 15 und Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl. 2010, Rn. 219.

⁷⁶ OLG München NJW 2011, 3664, 3666.

⁷⁷ Vgl. oben nach Fn. 40.

⁷⁸ Vgl. oben nach Fn. 58.

⁷⁹ Vgl. OLG München NJW 2011, 3664, 3666.

⁸⁰ KOM (2011) 651 endgültig, 2011/0295 (COD).

⁸¹ Art. 36 Abs. 2 Marktmissbrauchs-VO; ferner Erwägungsgrund Nr. 48; Europäische Kommission, MEMO/13/774 v. 10.9.2013, Frage 14.

läuterungen. Möglicherweise werden sich solche in den technischen Durchführungsstandards zu Anlageempfehlungen finden.⁸² Für eine strengere (und subjektivierende) Auslegung spricht indes Erwägungsgrund Nr. 23, der sich zur Verbreitung falscher oder irreführender Informationen verhält und in diesem Zusammenhang für zweckmäßig erachtet, „es den Akteuren der Finanzmärkte zu untersagen, Informationen, die im Widerspruch zu ihrer eigenen Meinung oder besserem Wissen stehen, deren Unrichtigkeit oder irreführender Charakter ihnen bekannt ist oder bekannt sein sollte, zum Schaden von Anlegern oder Emittenten frei zu äußern“.

VII. Zusammenfassung

Die in BGHSt 48, 373 entwickelte subjektivierende Auslegung des Begriffs der sonstigen Täuschungshandlung i.S.v. § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG ist abzulehnen. Die in § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV enthaltene Legaldefinition hat gegenüber Fallgruppen einer Täuschung gemäß § 263 StGB Vorrang. Die in § 4 Abs. 3 MaKonV beschriebenen Beispiele sind für die Konstellationen, die sie beschreiben, abschließend.

Das Scalping-Verbot ist als selbständiges kapitalmarktrechtliches Täuschungsverbot zu verstehen, das eine Trennung (oder Offenlegung) von Positionen und Kommunikation bezweckt. Das Täuschungsverbot des § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG schafft auf diese Weise für jedermann, der sich durch Medien an der Meinungsbildung im Kapitalmarkt beteiligt (und nicht nur für die in § 1 Abs. 2 FinAnV genannten Berufsträger), eine Organisationsverpflichtung.

Da die Kundgabe erfolgen muss, nachdem Positionen eingegangen worden sind, entfällt der Tatbestand der Marktmanipulation, wenn der Verfasser Positionen mit oder nach der Empfehlung eingeht. Umgekehrt handelt auch derjenige tatbestandsmäßig, der die Scalping-Absicht erst nach dem redlichen Kauf oder der redlichen Empfehlung fasst.

Das Verbot der sonstigen Täuschungshandlung ist ein Sonderdelikt, soweit die aus Inhaberschaft und Verfasserschaft resultierenden Interessen in einer Person zusammentreffen müssen, um den vorausgesetzten Interessenkonflikt zu bilden. Unter besonderen Umständen kann auch an fremden Positionen ein konfliktträchtiges eigenes Interesse bestehen; die Positionen müssen vom Verfasser nicht unbedingt selbst gehalten werden.

Der Begriff der vorhandenen Positionen ist bei Finanzanalysen einschränkend im Blick auf § 5 Abs. 3 S. 2 FinAnV auszulegen: Offenlegungspflichtige wesentliche Beteiligungen sind nur solche in Höhe von mehr als 5 Prozent des Grundkapitals des Emittenten. Bei sonstigen Meinungen und bei Gerüchten bleibt diese Regelung dagegen außer Betracht.

Die kundgegebene Stellungnahme muss nicht unwahr sein. Jedoch muss der Verfasser einen gelegentlichen oder regelmäßigen Zugang zu traditionellen oder elektronischen Medien nutzen, was ein gewisses Maß an Exklusivität und Publizität verlangt. Bei Meinungen und Gerüchten, die keine Finanzanalyse darstellen, kann es zudem an der in § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG vorausgesetzten objektiven Preiseinwirkungseignung fehlen. Bei einer Finanzanalyse, die typischerweise auf eine Anlageentscheidung abzielt, kann die Preiseinwirkungseignung als Regelfall angesehen werden. Bei sonstigen Meinungen oder Gerüchten ist zusätzlich deren objektive Beschaffenheit zu prüfen. Hierbei sind äußerliche Gestalt, Platzierung, Bekanntheit des Verfassers, Entgeltlichkeit, Leserkreis sowie Auflage und Absatz oder Internetzugriffe zu berücksichtigen.

Was unter einer „angemessenen“ und „wirksamen“ Offenlegung zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Eine solche Offenlegung ist bei Finanzanalysen jedenfalls mit Einhaltung von § 6 FinAnV („deutlich und unmissverständlich“) gegeben. Eine begrenzte Offenlegung (z.B. durch pauschalen Hinweis auf die Möglichkeit eigener Positionen) kann im Einzelfall angemessen sein, wenn es sich um keine Finanzanalyse, sondern eine (bloße) Meinung oder ein Gerücht handelt, die Kommentierung inhaltlich sachgerecht und vertretbar ist (es sich also um keine unrichtigen oder irreführenden Angaben i.S.v. § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG handelt) und/oder im Zeitpunkt der Äußerung keine Absicht bestand, die äußerungsbedingte Preisbeeinflussung auszunutzen.

⁸² Art. 15 Abs. 3 Marktmissbrauchs-VO.

Ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum kommt bei Irrtümern über die Anwendbarkeit der §§ 5 f. FinAnV oder bei einem Mittäterexzess (wo dem Verfasser fremde Positionen zugerechnet werden sollen, die der Inhaber außerhalb des gemeinsamen Tatplans erworben hat) in Betracht.

Die Marktmissbrauchs-VO wird als unmittelbar geltendes Europarecht an die Stelle des derzeitigen § 20a WpHG und der MaKonV treten. Der in Art. 8 Abs. 3 Buchst. d enthaltene Tatbestand des Scalping wird gegenüber der Marktmissbrauchsrichtlinie (im Wesentlichen) unverändert bleiben.

Zoll- und Verbrauchssteuerstrafsachen

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

„Der Geruch des Geldes“ – zur Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeld- und Barmittelverkehrs

I. Einleitung

In der ARD-Sendung „plusminus“ wurde am 26.03.2014 ein Beitrag zur grenzüberschreitenden Überwachung des Bargeldverkehrs ausgestrahlt, in dem u.a. gezeigt wurde, wie Spürhunde der Zollverwaltung dem „Geruch des Geldes“ nachgehen. Es ist kein Geheimnis, dass im Zusammenhang mit der öffentlichkeitswirksamen Erörterung von Steuerhinterziehungsfällen ein Anstieg des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs zu verzeichnen ist. Dies rührt wohl daher, dass landläufig angenommen wird, es bestehe die Möglichkeit, unentdeckt im Drittland verwahrte, ungesteuerte Vermögenswerte nach Deutschland zu transportieren. Hin und wieder mag dies gelingen...Möglicherweise resultiert diese Vorgehensweise aber auch aus der Erkenntnis, dass eine wirksame und damit strafbefreiende Selbstanzeige nach § 371 AO immer weiter erschwert wird, so dass insbesondere oft Erben den Versuch wagen, dem Strafverfolgungsrisiko bei Scheitern einer solchen auf andere Weise zu entgehen. Der folgende Beitrag verdeutlicht, dass der Weg über die so genannte grüne Grenze nicht immer der beste ist.

II. Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeld- und Barmittelverkehrs an den EU-Außengrenzen

Seit Juni 2007 gilt in allen Mitgliedstaaten die VO (EG) Nr. 1889/2005¹ zur Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs an der Außengrenze der Europäischen Union, die unter der Ägide der Geldwäschebekämpfung erlassen wurde. Darin verankerte Pflichten sowie vorzunehmende Sanktionen bei Zuwiderhandlungen hat der deutsche Gesetzgeber in das Zollverwaltungsgesetz (ZollVG)² übernommen.

Die Vorschriften des ZollVG sind zwar wenig bekannt, aber von nicht unerheblicher Bedeutung, gelten sie doch ungeachtet ihrer originären Zielrichtung u.a. für Geschäftsleute, die im Ausland Geldgeschäfte abwickeln sowie Privatpersonen, die außerhalb des deutschen Steuersystems Ersparnisse bilden und nicht zuletzt deren steuerliche Berater, soweit sie für ihre Mandanten Termine im Ausland wahrnehmen.

¹ ABl. L 309/9 vom 25.11.2005.

² Zollverwaltungsgesetz vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2125; 1993 I S. 2493, zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1566) geändert.

Die o.g. Verordnung des Gemeinschaftsgesetzgebers geht zurück auf die „Operation Money Penny“³, die nicht im Zusammenhang mit britischer Agententätigkeit sondern für eine koordinierte Aktion der Zollstellen der Mitgliedstaaten im Zeitraum September 1999 bis Februar 2000 steht, anlässlich derer die grenzüberschreitenden Bewegungen von Bargeldbeträgen über EUR 10.000,00 überwacht wurden. Festgestellt werden sollte, inwieweit durch Bargeldtransporte die Effizienz der Kontrollen zur Bekämpfung von Geldwäsche durch die Finanzinstitute ausgehebelt wird. Seinerzeit wurden Zahlungsmittel in Höhe von insgesamt EUR 1,6 Mrd. registriert, davon EUR 1,35 Mrd. Bargeld. Angesichts inkohärenter Überwachung des Bargeldverkehrs durch die Mitgliedstaaten verblieben hinsichtlich der Größenordnung jedoch Unsicherheiten.

Mit der Verordnung zur Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs an der Außengrenze der Europäischen Union, in die auch die Ergebnisse der von den G7-Staaten 1998 ins Leben gerufenen Arbeitsgruppe „Finanzielle Maßnahmen gegen Geldwäsche“ (FATS) einfließen, wurden die Möglichkeiten der bereits bestehenden Überwachung der über die Finanzinstitute abgewickelten Transaktionen ergänzt.

Die in jedem Mitgliedstaat unmittelbar anwendbaren Vorschriften statuieren eine Anmeldepflicht für Personen, die bei der Einreise in die oder Ausreise aus der Gemeinschaft Barmittel in Höhe von EUR 10.000,00 oder mehr mit sich führen. Während das innergemeinschaftliche Verbringen von Barmitteln nach § 12a Abs. 2 ZollVG lediglich auf Verlangen (mündlich) angezeigt werden muss, hat die Anmeldung von Barmitteln an den EU-Außengrenzen schriftlich und ohne vorherige behördliche Aufforderung zu erfolgen, § 12a Abs. 1 ZollVG. Erforderlich sind Angaben zur Person, zum Eigentümer der Barmittel, zu dem vorgesehenen Empfänger, zu Höhe und Art der Barmittel, zu deren Herkunft und Verwendungszweck, zum Reiseweg sowie zum gewählten Verkehrsmittel. Erläuternde Hinweise dazu enthalten die von der Zollverwaltung herausgegebenen Merkblätter, die man – ebenso wie Anmeldeformulare – im Internet in deutscher und englischer Sprache abrufen kann (www.zoll-online.de).

Kaum bekannt ist, dass die Anmeldeverpflichtung auch besteht, wenn der Zollbeamte den Reisenden an der Grenze „durchwinkt“. Reisende im Straßenverkehr sollten sich über die Öffnungszeiten der Zollstelle, über die die Ein- oder Ausreise erfolgen soll, informieren. Im Flugverkehr ist zu beachten, dass die Anmeldung von Barmitteln, die im Reisegepäck mitgeführt werden, vor dem Einchecken erfolgen muss. Bei Benutzung der Eisenbahn sind die Barmittel bei den im Zug befindlichen Zollbeamten anzugeben. Soweit die Bahnreise an einem deutschen Grenzbahnhof beginnt oder endet, muss die Anmeldung bei der dortigen Zollstelle abgegeben werden.

III. Folgen bei Zuwiderhandlungen

Wird gegen die Anmeldepflicht vorsätzlich oder fahrlässig verstoßen, werden Barmittel also nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig angemeldet, droht die Einleitung eines Bußgeldverfahrens. Die Zuwiderhandlungen werden gemäß § 31b ZollVG als Ordnungswidrigkeit mit empfindlichen Geldbußen von bis zu EUR 1 Mio. sanktioniert. Zuständige Verwaltungsbehörde ist das örtlich zuständige Hauptzollamt.

Daten, die im Rahmen der Überwachung bekannt geworden sind, dürfen auch ohne Geldwäschebezug an die zuständigen Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden übermittelt werden, wenn „dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben oder der des Empfängers erforderlich ist.“, § 12a Abs. 5 ZollVG.

Praktisch bedeutsam ist vor allem die Befugnis zur Übermittlung personenbezogener Daten an andere Finanzbehörden – sprich die Finanzämter –, die verdachtsunabhängig erfolgen darf, wenn die Kenntnis der Daten „zur Durchführung eines Verwaltungsverfahrens in Steuersachen oder eines Strafverfahrens wegen einer Steuerstraftat oder eines Bußgeldverfahrens wegen einer Steuerordnungswidrigkeit von Bedeutung sein kann“, § 12a Abs. 5 Satz 3 ZollVG.

³ Dokument 9630/2/00 Rev. 2 des Rates vom 07.09.2000, siehe dazu den Bericht der Kommission für den Rat über die Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs, KOM (2002) 328 endgültig vom 25.06.2002, S. 2 ff.

Wann dies der Fall ist, teilt der Gesetzgeber nicht mit, liegt aber auf der Hand. Erfahrungsgemäß werden selbst im Nachgang zu formal ordnungsgemäß erstatteten Anzeigen oder Anmeldungen im grenzüberschreitenden Bargeldverkehr steuerliche Überprüfungen durchgeführt. Dies gilt vor allem dann, wenn Reisende versuchen, die Anmeldegrenzen durch Aufteilung von Bargeldbeträgen auf mehrere Personen aufzuteilen, wie es in dem o.g. Fernsehbeitrag gezeigt wurde.

Die Zollbehörden sind gemäß §§ 12a Abs. 3 i.V.m. § 10 ZollVG zum Zwecke der Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs befugt, das Gepäck, die Beförderungsmittel und ihre Ladung sowie die Person körperlich zu durchsuchen. Dabei werden Bank- und Geschäftsunterlagen gesichtet, ggfs. kopiert und zum Gegenstand von Kontrollmitteilungen an die Landesfinanzbehörden gemacht. Vor solchen Kontrollen sind auch steuerliche Berater, die im Auftrag ihrer Mandantschaft unterwegs sind, nicht gefeit.⁴

IV. Fazit

Wer Barmittel oder Bargeld aus dem Ausland in die EU einführt, muss mit Kontrollen rechnen. Verstößt er vorsätzlich oder fahrlässig gegen bestehende Anmeldeverpflichtungen, kann dies als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Regelmäßig ziehen derartige Kontrollen Mitteilungen an Strafverfolgungsbehörden, insbesondere aber die Finanzbehörden nach sich. Dies hat zur Folge, dass steuerliche Betriebs- und Außenprüfungen initiiert und steuerstrafrechtliche Ermittlungen aufgenommen werden. Bei Umgehungsfällen unter Einbeziehung weiterer Personen, die nicht die Steuerpflichtigen sind, riskiert man außerdem deren Strafverfolgung, z.B. wegen des Vorwurfs der Beihilfe zur Steuerhinterziehung.

⁴ Siehe dazu z.B. FG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.03.2007, 11 K 297/02, PStR 2008, 27 f.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin

BGH, Urteil v. 10.7.2013 – 1 StR 532/12 („Hochseeschleppergeschäft“) – Keine Strafbarkeit der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH nach § 299 Abs. 1 StGB wegen Geschäftsinhaber- Stellung zum Zeitpunkt der „Unrechtsvereinbarung“

Das zu besprechende Urteil wirft verschiedene Fragen im Zusammenhang mit §§ 299 und 266 StGB auf. Es bietet Anlass, sich noch einmal Gedanken über Grundlegendes im Zusammenhang mit beiden Straftatbeständen zu machen, wobei der Schwerpunkt hier auf Aspekten der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gelegt werden soll.

Die Angeklagten waren im Februar 2012 vom Landgericht Augsburg wegen Untreue zu Haftstrafen verurteilt worden, weil sie im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe des Baus dreier Hochseeschlepper an eine Cuxhavener Werft für die von ihnen vertretenen Einschiffsgesellschaften jeweils um EUR 2 Mio. erhöhte Rechnungsbeträge akzeptiert hatten. Einen Großteil der Beträge hatten die Angeklagten selbst vereinnahmt. Ihre Revisionen waren mit einer Verfahrensrüge erfolgreich. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft, mit denen die unterbliebene Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen beanstandet wurde, blieben ohne Erfolg.

I. Sachverhalt

Dem Urteil des BGH liegt – nach den landgerichtlichen Feststellungen und Wertungen – folgender Sachverhalt zugrunde:

Die beiden Angeklagten waren im Hochseeschleppergeschäft tätige Reeder. Seit 2005 betrieben sie den Bau der drei Hochseeschlepper „Taurus“, „Janus“ und „Ursus“ in sogenannten Einschiffsgesellschaften in der Rechtsform von GmbH & Co. KGs, die als Publikumsgeellschaften konzipiert waren. Als Komplementärin fungierte in allen drei Einschiffsgesellschaften die im März 2005 gegründete AHT-GmbH, deren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter die Angeklagten waren. Die Angeklagten waren daneben Kommanditisten der Einschiffsgesellschaften.

Bereits im Jahr 2004 hatten Gespräche zwischen den Angeklagten und dem früheren Mitangeklagten E stattgefunden, der bei der Werft M-AG für den Bau von Hochseeschleppern zuständig war. Dabei war man übereingekommen, dass im Fall der Auftragserteilung an ein Konsortium bestehend aus M-AG und Mw-GmbH die beiden Angeklagten je EUR 750.000,00 pro Schiff erhalten sollten. E sollte EUR 500.000,00 je Schiff für die „organisatorische Umsetzung der Vereinbarung“ erhalten. Inhalt der in diesem Zusammenhang abgeschlossenen – und seitens des Konsortiums vom nicht vertretungsbefugten E unterzeichneten – „Memoranda of Understanding“ war, dass das Konsortium zur Zahlung eines „owner's discount“ i.H.v. EUR 750.000,00 pro Schiff an jeden der beiden Angeklagten verpflichtet sein sollte; die Mw-GmbH sollte nach Abschluss eines „finder's fee agreement“ EUR 500.000,00 je Schiff an ein zwischengeschaltetes Unternehmen zahlen, das den Betrag abzüglich einer Provision an E weiterleiten sollte.

Im Januar 2005 schloss die T-GmbH & Co. KG – noch im Gründungsstadium und vor Beitritt weiterer Kommanditisten – mit dem Konsortium einen Vertrag über den Bau des Hochseeschleppers „Taurus“. Dabei wurde die T-GmbH & Co. KG noch von ihrer damaligen Komplementärin, der H-GmbH vertreten, deren Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter die Angeklagten waren. Im August 2005 schlossen auch die J-GmbH & Co. KG und die U-GmbH & Co. KG, ebenfalls noch in Gründung und vertreten durch die AHT-GmbH, Verträge mit dem Konsortium über den Bau von „Janus“ bzw. „Ursus“. In Umsetzung der zwischen den Angeklagten und E getroffenen Vereinbarung wurden in der internen Kostenkalkulation des Konsortiums für den Bau der Schlepper jeweils Leerpositionen aufgenommen bzw. reale Positionen gezielt zu hoch angesetzt und so der Betrag von EUR 2 Mio. je Schiff, der an die Angeklagten und E fließen sollte, auf den von den Einschiffsgesellschaften zu zahlenden Werklohn aufgeschlagen.

Jeweils erst nach Abschluss der Schiffsbauverträge, nämlich im März (T-GmbH & Co. KG) bzw. September (J- und U-GmbH & Co. KG) 2005 wurden die Gesellschaftsverträge der Einschiffsgesellschaften errichtet und traten weitere Kommanditisten bei. Dabei ließen sich die Angeklagten die zuvor mit dem Konsortium abgeschlossenen Schiffsbauverträge von den übrigen Kommanditisten genehmigen, ohne diesen gegenüber jedoch die mit E getroffene Abrede offenzulegen.

Jeweils kurz vor Fertigstellung der Schlepper wurden die vereinbarten Beträge von den Angeklagten (bzw. für E: von dem zwischengeschalteten Unternehmen) gegenüber der Konsortin Mw-GmbH in Rechnung gestellt und von dieser beglichen. Nach Übergabe der Schlepper wurde der gesamte Werklohn – einschließlich des darin enthaltenen Anteils von EUR 2 Mio. pro Schiff – im Auftrag der Angeklagten von den Einschiffsgesellschaften an die Konsortin M-AG ausgezahlt.

Zu den Eigentümerstrukturen der auftragserteilenden Einschiffsgesellschaften im Zeitpunkt der Fertigstellung der Schlepper und Zahlung des Werklohns hatte das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

Die beiden Angeklagten hielten gemeinsam mit der TH GmbH & Co. KG, die sie als Geschäftsführer von deren Komplementär-GmbH vertraten, insgesamt 65% der Kommanditan-

teile der jeweiligen Einschiffsgesellschaften.¹ Die verbleibenden 35% wurden von angeworbenen Kommanditisten gehalten. Die AHT GmbH als Komplementärin jeder der drei Einschiffsgesellschaften war weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust beteiligt, für die Kommanditisten war dagegen eine Gewinn- und Verlustbeteiligung im Verhältnis ihrer Einlage vereinbart.

II. Urteilsgründe

1. Entscheidung des BGH zu § 299 Abs. 1 StGB

Der BGH ist dem Landgericht Augsburg darin gefolgt, dass der Sachverhalt eine Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht rechtfertigt:

Zwar würden die Feststellungen Anhaltspunkte dafür bieten, dass Verhaltensweisen seitens der Angeklagten vorgelegen hätten, die „an sich“ als tatbestandsmäßiges Verhalten gemäß § 299 Abs. 1 StGB in Betracht kämen. Auch sei das Konsortium gegenüber anderen Wettbewerbern bei der Auftragsvergabe für den Bau der Hochseeschlepper bevorzugt worden.

Eine Strafbarkeit der Angeklagten scheide jedoch aus, weil diese im Jahr 2004, als sie die Vereinbarung mit E trafen und damit Vorteile forderten bzw. sich versprechen ließen, noch keine tauglichen Täter i.S.d. § 299 Abs. 1 StGB gewesen seien.

a) Fehlende Täterqualität der Angeklagten im Zeitpunkt des Versprechens von Vorteilen

Der Tatbestand beschränke den Täterkreis ausdrücklich auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs, so dass die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebs vom Tatbestand nicht erfasst werde. Da der Tatbestand bereits mit dem Fordern, Sich-versprechen-Lassen oder Annehmen des Vorteils vollendet sei, müsse die Stellung als Angestellter oder Beauftragter im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen.

Daran fehle es, weil die Angeklagten, als sie im Jahr 2004 die („Unrechts“-)Vereinbarung mit E geschlossen hätten, (noch) keine Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs gewesen seien, sondern als gemeinsam handelnde Alleingesellschafter einer GbR als Betriebsinhaber anzusehen gewesen seien.

Würden aber, so der Senat, Verhaltensweisen, die „an sich“ unter die Tathandlungen des Forderns bzw. Sich-versprechen-Lassens fassbar wären, vor der Begründung der erforderlichen Täter Eigenschaft vorgenommen, handele es sich nicht um strafatbestandsmäßiges Verhalten.

b) Annahme von Vorteilen für vergangene Bevorzugung nur tatbestandsmäßig, wenn Bevorzugung Gegenstand einer ihrerseits tatbestandsmäßigen Unrechtsvereinbarung war

Weiterhin würde sich auch aus der späteren Annahme der Vorteile durch Vereinnahmung der in 2004 versprochenen Geldbeträge kurz vor Fertigstellung der Schlepper in den Jahren 2007 und 2008 keine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 299 Abs. 1 StGB ergeben.

Zwar seien die Angeklagten zu diesem Zeitpunkt – entgegen der Auffassung des Landgerichts – als Geschäftsführer der Komplementärin AHT-GmbH, an der neben den Angeklagten noch weitere Gesellschafter beteiligt gewesen seien – taugliche Täter des § 299 Abs. 1 StGB gewesen. Der Tatbestand setze jedoch grundsätzlich eine Unrechtsvereinbarung dergestalt voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung angenommen werde. Die Annahme eines Vorteils für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen werde deshalb nur dann von § 299 Abs. 1 StGB erfasst, wenn diese Bevorzugungen bereits Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung gewesen seien, die ihrerseits tatbestandsmäßig gewesen sei, an der der Vorteilsannehmende also bereits als tauglicher Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr mitgewirkt habe. Angesichts der Entschei-

¹ Hinweise auf die Frage nach der prozentualen Verteilung dieser Beteiligung zwischen den Angeklagten und der TH GmbH & Co. KG und/oder darauf, ob die Angeklagten auch an der TH GmbH & Co. KG beteiligt waren, enthält das Urteil nicht.

derung des Gesetzgebers für die Beschränkung des Kreises der gemäß § 299 Abs. 1 StGB tauglichen Täter könne auf das Vorliegen der Tätereigenschaft bereits zum Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung grundsätzlich nicht verzichtet werden.

2. Hinweise des BGH zu § 266 StGB

Das Landgericht hatte das Geschehen als Untreue in drei Fällen gewertet. Aus seiner Sicht bestand der Vermögensnachteil in den von den Angeklagten veranlassten Zahlungen des Werklohns in voller Höhe, obwohl diese vor dem Hintergrund der Schmiergeldabreden in Höhe von jeweils EUR 2 Mio. sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB gewesen seien.

Allerdings war das Landgericht nicht von einem Vermögensnachteil in Höhe der jeweils vollen EUR 2 Mio. ausgegangen, sondern hatte einen Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes nur insoweit angenommen, als die Kommanditanteile der angeworbenen Kommanditisten betroffen waren. Vor diesem Hintergrund hatte es den Nachteil unter Zugrundelegung der festgestellten Beteiligungsquote der angeworbenen Kommanditisten von 35% auf EUR 700.000,00 je Schiff beziffert.

Mit der Zurückverweisung gab der Senat dem neuen Tatgericht auch einige Anmerkungen zum Tatbestand des § 266 StGB mit auf den Weg.

So weist der Senat darauf hin, dass es für das Bestehen eines Vermögensnachteils nicht der Feststellung der Teilnichtigkeit infolge von Sittenwidrigkeit bedürfe. Maßgeblich sei allein die Frage, ob die Vermögensminderung in Gestalt der Begleichung der Werklohnforderungen in ihrer jeweiligen Gesamthöhe seitens der Einschiffsgesellschaften in vollem Umfang durch die Erlangung von Eigentum und Besitz an den Hochseeschleppern wirtschaftlich ausgeglichen werde. Vor diesem Hintergrund läge ein Vermögensnachteil selbst dann vor, wenn von zivilrechtlich wirksamen Verträgen auszugehen wäre.

Auch nutzt der Senat die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Bezugspunkt des Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB bei Personengesellschaften zu bekräftigen. Dabei stellt er heraus, dass die Kommanditgesellschaft keine juristische Person sei und ein Vermögensnachteil daher stets nur angenommen werden könne, wenn „gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt“ sei. Dass der Gesetzgeber der Kommanditgesellschaft eine Rechtsstellung verliehen habe, die der Selbstständigkeit einer juristischen Person in weitem Umfang entsprechen möge, ändere daran nichts.

III. Analyse

Die bisher erschienenen Anmerkungen zur Hochseeschlepper-Entscheidung² konzentrieren sich auf die Untreue-Aspekte. Auch die Ausführungen des BGH zu § 299 StGB verdienen aber Aufmerksamkeit, zumal sie Anlass dafür bieten, noch einmal über die Auslegung des – freilich in seiner heutigen Fassung schon seit längerem nicht mehr den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechenden³ – § 299 StGB nachzudenken.

1. Entscheidung des BGH zu § 299 Abs. 1 StGB

Die Autoren der genannten Anmerkungen stimmen dem BGH uneingeschränkt darin zu, dass eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn zum Zeitpunkt der Tathandlung der Vorteilsannehmer kein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs ist.⁴ So einleuchtend dies unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten auf den ersten Blick erscheint, so schnell stellt sich allerdings ein gewisses Unbehagen ein: Das „Ergebnis“ der Unrechtsvereinbarung, nämlich die (um den persönlichen Vorteil für die Ange-

² Brand, NJW 2013, 3594; Wessing, NZG 2014, 97.

³ Zur ausstehenden Reform des Tatbestandes in jüngerer Zeit Walther, WiJ 2012, 236; Wolf, CCZ 2014, 29. Durch den kürzlich von der Großen Koalition vorgelegten Gesetzentwurf zur Änderung des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung (BT-Drucks. 18/476) ist wieder Bewegung in die Diskussion gekommen. Forderungen dahingehend, die Koalition möge in diesem Zusammenhang ihren Gesetzentwurf aus dem Jahr 2007 neu in den Bundestag einbringen (Wolf, Legal Tribune Online v. 20.02.2014 [<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bestechung-abgeordnete-korruption-entwurf-gesetz/2/>]) ist allerdings vehement zu widersprechen: Die in dem Entwurf vorgeschlagene Neufassung des § 299 StGB enthielt zu viele Mängel (vgl. dazu etwa Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193). Einen durchdachteren Vorschlag macht Walther, WiJ 2012, 236, 245.

⁴ Brand, NJW 2013, 3594, 3595; Wessing, NZG 2014, 97.

klagten) zu teuer eingekaufte Leistung, trifft ja hier später das Unternehmen (den „geschäftlichen Betrieb“), dessen (Allein-)Inhaber die Angeklagten zu diesem Zeitpunkt nicht mehr sind.

a) Berechtigung der Nichterfassung des Geschäftsinhabers von § 299 Abs. 1 StGB

Es stellt sich damit die Frage, ob das – zugegeben: durch die Formulierung des Tatbestandes vorgegebene – Ergebnis, dass in dieser Konstellation die Angeklagten nicht wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr belangt werden konnten, unter Rechtsguterwägungen zutreffend erscheint.

Um sich ihr zu nähern, soll noch einmal an den Grund dafür erinnert werden, dass der Geschäftsinhaber vom Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB ausgeschlossen ist und ausgeschlossen sein muss. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Zusammenhang mit der Entscheidung einmal wieder „Bedauern“ darüber geäußert wurde, dass der Prinzipal „de lege lata nicht zum Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB“ gehört.⁵

Eine „Bestechung“ des Geschäftsinhabers unter Strafe zu stellen, wäre aber falsch.

§ 299 StGB hat seine Berechtigung als Straftatbestand darin, dass er das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Leistungswettbewerbs vor unsachgerechten Verzerrungen schützt. Ein Risiko unsachgerechter Verzerrungen besteht, wenn eine Bezugsentscheidung von jemandem getroffen wird, den das wirtschaftliche Ergebnis der Bezugsentscheidung nicht (unmittelbar) tangiert, weil er nicht derjenige ist, der die Gegenleistung für das Bezogene erbringen muss.⁶ Erhält er einen persönlichen Vorteil, kann er geneigt sein, eine im Vergleich zu anderen „schlechtere“ bzw. teurere Leistung einzukaufen. Die „Bestechung“ des Geschäftsinhabers birgt strukturell keine Gefahr solcher Verzerrungen,⁷ weil die Bezugsentscheidung allein ihn trifft und er deshalb – von seiner wirtschaftlichen Vernunft ausgehend – keine Entscheidung treffen wird, bei der er einer zu teuren Leistung den Vorzug gibt, nur weil sie in eine Leistung an seinen Betrieb und eine Leistung an ihn persönlich „aufgeteilt“ wird. § 299 StGB beschränkt sich deshalb völlig zu Recht darauf, die Gewährung von Vorteilen an Nicht-Geschäftsinhaber-Entscheidungsträger bzw. Annahme von Vorteilen durch diese unter Strafe zu stellen.

Sofern noch in jüngerer Zeit teilweise weiterhin die Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Tatbestand gefordert wird,⁸ ist dies allenfalls verständlich, wenn man davon ausgeht, dass die betreffenden Autoren Konstellationen von „Absatzförderungsprämien“ im Auge haben. Gemeint sind solche Fälle – oder strukturell vergleichbare –, in denen einem Händler vom Hersteller Vorteile dafür gewährt werden, dass er seinen Kunden bestimmte Produkte „empfiehlt“.⁹ Der Gedanke, dass es hier unerheblich ist, ob der Händler selbst oder einer seiner Angestellten die „Prämie“ einstreicht, mag vordergründig nachvollziehbar sein.¹⁰ Die Forderung danach, den Geschäftsinhaber in den Kreis der tauglichen Täter des § 299 Abs. 1 StGB einzubeziehen, geht insoweit aber jedenfalls an der Sache vorbei. Auch diesen Fällen liegt mit der Konstellation, dass ein Dritter (Händler), der Entscheidungen des Betroffenen (Kunden) beeinflussen kann, vom Geschäftspartner (Hersteller) persönliche Vorteile dafür

⁵ Brand, NJW 2013, 3594, 3595.

⁶ Im juristischen Schrifttum in jüngerer Zeit ausführlich etwa von Tippelskirch, GA 2012, 574, 581 f. („fehlende Anreizkompatibilität“), die allerdings im Rahmen ihres Konzepts (Wirtschaftskorruption als Gefährdung von Kooperationschancen) Informationsdefizite als zweite Problemkonstellation beschreibt.

⁷ Im Grundsatz zutreffend etwa Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 27 (dann aber unsachgerecht einschränkend in Rn. 27a); Rönnau, StV 2009, 302, 304.

⁸ Etwa Braasch, in: Kliche/Thiel (Hrsg.), Korruption: Forschungsstand, Prävention, Probleme, 2011, S. 234, 244 ff.; Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 21; in der Tendenz wohl auch Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8a (Nichteinbeziehung des Geschäftsinhabers „rechtspolitisch zweifelhaft“); Bürger, wistra 2003, 130; Röske/Böhme, wistra 2011, 445, 445 f.

⁹ Hierzu ausführlich von Tippelskirch, GA 2012, 574, 583 ff., die allerdings auch zutreffend darauf hinweist, dass von einer allgemeinen Erwartungshaltung des Kunden, der Händler sei objektiver Sachwalter seiner Verbraucherinteressen, nicht auszugehen ist bzw. eine solche Erwartungshaltung jedenfalls nicht strafrechtlich schützenswert sei.

¹⁰ Wenn auch im Ergebnis wohl nicht zutreffend: Dem Händler selbst (= Geschäftsinhaber) wird – anders als möglicherweise seinem Angestellten – in erster Linie im Interesse der Kundenbindung daran gelegen sein, seinen Kunden das „beste“ Produkt anzubieten, und er wird seine Entscheidung dementsprechend daran orientieren, ob das Preis-Leistungs-Verhältnis „stimmt“.

gewährt bekommt, dass er seinen Einfluss auf bestimmte Weise ausübt, nämlich im Kern die „Principal-agent“-Problematik zugrunde, wobei „Prinzipal“ hier allerdings *der Kunde* ist.

Nachdenken müssten die Befürworter einer Strafbarkeit solcher Konstellationen dementsprechend nicht über die Notwendigkeit der Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Tatbestand, sondern vielmehr über den Begriff des „Beauftragten“ und den des „geschäftlichen Betriebes“ bzw. darüber, ob es wünschenswert wäre, wenn § 299 StGB neben „Agenten“ mit tatsächlicher Entscheidungsmacht auch solche mit lediglich faktischem Einfluss auf (Bezugs-)Entscheidungen erfassen würde, und nicht nur Unternehmen („geschäftliche Betriebe“) vom Tatbestand erfasst würden, sondern daneben Verbraucher.¹¹ Erfasst wären dann auch Konstellationen, in denen derjenige, der Vertrauen von Kunden genießt, dieses Vertrauen um einen persönlichen Vorteil willen durch unsachgemäße „Empfehlungen“ missbraucht. Ob hier tatsächlich ein Strafbedürfnis besteht, ist freilich eine ganz andere – und im Grundsatz zu verneinende¹² – Frage.

b) Schutzlücke durch die auf die Handlung „als Angestellter / Beauftragter“ fokussierende Tatbestandsformulierung

Zurück zum Fall: Unter dem Blickwinkel der „Principal-agent“-Problematik bestand in der der Hochseeschlepper-Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation durchaus die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung. Es streitet nämlich zumindest eine Vermutung dafür, dass die Angeklagten dem Konsortium bei der Auftragsvergabe den Vorzug gaben, weil sie davon persönlich profitierten, während die damit verbundene Tatsache, dass die Leistung zu teuer – und damit unter Außerkraftsetzung marktwirtschaftlicher Kriterien – eingekauft wurde, die Einschiffsgesellschaften treffen würde, die als Publikumsgesellschaften konzipiert waren, deren Inhaber also (auch) Dritte werden sollten. Unter Rechtsgutsgesichtspunkten kann es aber nur darauf ankommen, ob die Folgen der Bezugsentscheidung Dritte treffen oder jedenfalls von Dritten mitgetragen werden, oder ob eine Bezugsentscheidung *allein* den Vorteilsannehmenden trifft. Nur in letzterem Fall handelt es sich um eine für den Leistungswettbewerb strukturell ungefährliche „Geschäftsinhaberbestechung“, weil sich der Entscheidende – von seiner wirtschaftlichen Vernunft ausgehend – allein am Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung orientieren wird, während im ersten Fall die Gegenleistung, die für die um seinen persönlichen Vorteil „verteuerte“ Leistung zu erbringen ist, nicht (allein) sein eigenes Vermögen tangiert.¹³

Trotzdem ist der Auffassung des Senats, die Angeklagten seien nicht nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar, zuzustimmen. Die – auf die Handlung fokussierende – Formulierung des Tatbestandes, nach der jemand „als Angestellter [...] einen Vorteil für sich fordern [...]“ muss, lässt – ungeachtet der sich hier offenbarenden Schutzlücke¹⁴ – keine abweichende Interpretation zu.¹⁵ (Etwas anderes wäre denkbar, wenn die Formulierung stattdessen – auf den Erfolg fokussierend – etwa: „einen Vorteil für sich als Angestellten...“ lauten würde.)

c) Unsachgerechte Orientierung des BGH an Alleingesellschafteigenschaft bei Aussage über die „grundsätzliche“ Täterqualität des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH

In Fällen, in denen das Ergebnis nicht aufgrund der Tatbestandsfassung vorgegeben ist, wäre allerdings eine konsequentere Ausrichtung am Rechtsgutsgedanken wünschenswert. Unter diesem Blickwinkel ist die – beiläufige – Aussage des BGH zur „grundsätzlichen“ Täterqualität der Angeklagten im Zeitpunkt der Gewährung der Vorteile (auch wenn sie *im Ergebnis* richtig ist) zu kritisieren. Die Wertung des BGH, nach der die Angeklagten als Geschäftsführer der Komplementärin AHT-GmbH grundsätzlich taugliche Täter des § 299

¹¹ So wohl auch Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 27a.

¹² Differenzierend von Tippelskirch, GA 2012, 574, 584 f.

¹³ Zugegeben: Je stärker der Vorteilsannehmende von der Bezugsentscheidung betroffen ist, je mehr Anteile er also beispielsweise an dem von ihm vertretenen Unternehmen hält, desto geringer wird die Gefahr sein, dass er seine Entscheidung an unsachgerechten Kriterien ausrichtet.

¹⁴ In diese Richtung auch Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 19.

¹⁵ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 19; vgl. etwa auch Rönna, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. III 2 Rn. 10 m.w.N.: Das Angestelltenverhältnis muss im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung schon bestanden haben.

Abs. 1 StGB gewesen seien, weil an der Komplementärin neben den Angeklagten noch weitere Gesellschafter beteiligt gewesen seien,¹⁶ trifft nämlich nicht den Kern:

Die vom BGH nicht näher begründete Aussage rührt daher, dass der – an sich richtige – Grundsatz, nach dem der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, wenn er Alleingesellschafter ist, als Geschäftsinhaber einzuordnen ist, während er in dem Fall, dass es neben ihm weitere Gesellschafter gibt, „Angestellter“ i.S.d. § 299 StGB ist, unbesehen auf die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG übertragen wird. Dies führt zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sich nur dann nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar machen kann, wenn er nicht Alleingesellschafter der Komplementärin ist.¹⁷ Das geht in die falsche Richtung. Maßgeblich kann nämlich auch hier nur sein, ob der Handelnde eine Entscheidung trifft, die vermögensmäßig allein ihn trifft, oder ob (neben ihm) andere die Rechnung zahlen müssen. Letzteres kann unabhängig davon der Fall sein, ob der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH deren Allein- oder nur Mit- bzw. überhaupt kein Gesellschafter ist.¹⁸ In beiden Fällen wird die Bezugsentscheidung nämlich die *GmbH & Co. KG* betreffen.

Konkret war hier – wie häufig – die Komplementärin am Vermögen und an Gewinn und Verlust der Einschiffsgesellschaften überhaupt nicht beteiligt. Insoweit traf der Bezugsvorgang wirtschaftlich zunächst die Kommanditisten als vermögensmäßig beteiligte Gesellschafter. Für diese hatten die Angeklagten (wenn sie denn bereits zum Zeitpunkt der „Unrechtsvereinbarung“ in dieser Position gewesen wären) als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und damit gleichzeitig „faktische“ Geschäftsführer der GmbH & Co. KG eine durch die persönliche Vorteilsgewährung beeinflusste Entscheidung getroffen (und auf ihr Vermögen stellt der BGH dann ja auch im Rahmen der Gedanken zum Untreuetatbestand ab). Dass die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung in einer solchen Konstellation unabhängig davon besteht, ob die Entscheidungsträger alleinige oder nur Mitgesellschafter der Komplementär-GmbH und rechtlich nicht Geschäftsführer der KG, sondern nur Geschäftsführer von deren Geschäftsführerin sind, ist offensichtlich. Die Begriffe des „Angestellten“ bzw. des „Beauftragten“ können insoweit nicht in einem engen gesellschaftsrechtlichen Sinne verstanden werden.

Am Rande sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass die Annahme, der Komplementär einer „einfachen“ KG sei als persönlich haftender Gesellschafter Geschäftsinhaber und könne sich daher nicht nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar machen,¹⁹ vor dem Hintergrund des Dargestellten äußerst zweifelhaft ist. Entscheidend ist auch insoweit allein, dass weitere Gesellschafter vorhanden sind und die Entscheidungen des geschäftsführenden Komplementärs damit wirtschaftlich nicht nur ihn betreffen.²⁰

2. Hinweise des BGH zu § 266 StGB

Die Anmerkungen des Senats zum Tatbestand der Untreue haben andere bereits eingehend diskutiert²¹, sodass sie hier nur noch kurz angesprochen werden sollen. Der erste im Urteil behandelte Aspekt (Bezifferung des Vermögensnachteils bei sog. Kick-Back-Zahlungen) war im konkreten Fall wohl eher unproblematisch. Was den zweiten Problembereich – Untreue im Kontext von Personengesellschaften – betrifft, stößt die Rechtsprechung des BGH, die er in der Hochseeschlepper-Entscheidung weiter aufrecht erhält, schon seit längerem auf Kritik in der strafrechtlichen Literatur.

¹⁶ So vermutlich auch der Ansatz der Staatsanwaltschaft, die ihre Revision auf die Fälle „Janus“ und „Ursus“ beschränkt hatte, bei denen die Einschiffsgesellschaften bei Abschluss der Schiffsbauverträge von der AHT-GmbH vertreten worden waren (deren nur *Mit*-Gesellschafter die Angeklagten waren), während beim Vertragsschluss betreffend „Taurus“ die betreffende Einschiffsgesellschaft noch von der H-GmbH vertreten worden war (deren Alleingesellschafter die Angeklagten waren).

¹⁷ *Wessing*, NZG 2014, 97 bemängelt stattdessen, dass der BGH sich nicht mit der Kritik an der „unterschiedlichen Behandlung derselben Person bei faktisch gleichen Verhältnissen“ („Straffreiheit des Komplementärs als Betriebsinhaber und Strafbarkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH“) auseinandersetzt.

¹⁸ Richtig daher *Krick*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8: Auch der geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH, die Komplementärin einer GmbH & Co. KG ist, kommt als Täter des Abs. 1 in Betracht.

¹⁹ *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8a; *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 21, 27; *Bürger*, wistra 2003, 130, 132; *Wessing*, NZG 2014, 97.

²⁰ Richtig *Krick*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8.

²¹ *Brand*, NJW 2013, 3594; *Wessing*, NZG 2014, 97.

a) Konkrete Bezifferung des Vermögensnachteils bei sog. Kick-Back-Zahlungen

Gegenstand der Entscheidung waren Kick-Back-Zahlungen. Dabei erteilten die beiden Angeklagten für die Einschiffsgesellschaften Aufträge zum Bau der Hochseeschlepper, für die gemäß der Absprachen mit dem Auftragnehmer um jeweils EUR 2 Mio. überhöhte Werklöhne zu zahlen waren. Nach der Zahlung der überhöhten Werklöhne flossen diese Beträge dann an die Angeklagten zurück.

Bekanntermaßen besteht nach dem Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2010²² das Erfordernis, im Rahmen einer Verurteilung nach § 266 StGB den Vermögensnachteil konkret zu beziffern. Im Zusammenhang mit Kick-Back-Zahlungen bedarf es daher genauer Feststellungen, um welchen Betrag die vom Auftraggeber geleistete Zahlung den wirtschaftlichen Wert des Anspruchs auf die Gegenleistung übersteigt.

Unproblematisch ist eine solche Bezifferung aber dann, wenn sich aus den tatrichterlichen Feststellungen klar ergibt, welchen Betrag der Auftraggeber ohne die „Schmiergeldabrede“ zu zahlen verpflichtet gewesen wäre. So lag der Fall wohl auch hier.

b) Vermögensrechtlicher Bezugspunkt für die Bestimmung des Nachteils bei Personengesellschaften

Streitpotential bietet das Urteil im Hinblick auf die Frage, auf wessen Vermögen bei der Bestimmung des Vermögensnachteils abzustellen ist, wenn die Untreue zu Lasten einer Personengesellschaft begangen wird.

Der BGH vertritt den Standpunkt, dass die Veranlassung der Zahlung des Werklohns, der aufgrund der Vereinbarung mit E jeweils um EUR 2 Mio. überhöht war, lediglich zu einem Vermögensnachteil in Höhe von jeweils EUR 700.000,00 geführt habe, weil dies der prozentualen Beteiligungsquote der nicht an der Abrede beteiligten Mitkommanditisten entspreche. Konstruktiv stellt der Senat insoweit darauf ab, dass hinsichtlich der Gesellschaftsanteile der Angeklagten und der TH-GmbH & Co. KG die Annahme eines Vermögensnachteils aufgrund des Einverständnisses der Angeklagten ausgeschlossen sei, während sich die übrigen Kommanditisten mit den Schmiergeldzahlungen nicht einverstanden erklärt hätten. Das Gesellschaftsvermögen der Personengesellschaft, also die Summe ihrer Vermögensbestandteile, ist danach nicht relevanter Bezugspunkt für die Bestimmung des Vermögensnachteils. Vielmehr soll allein die Frage maßgeblich sein, ob die Pflichtverletzung auch das Vermögen der einzelnen Gesellschafter „berührt“. Hintergrund dieser Spruchpraxis ist die Tatsache, dass den – zwar rechtsfähigen – Personengesellschaften die eigene „Rechtspersönlichkeit“ fehlt.

Diese Rechtsprechung, an der der BGH seit längerem festhält,²³ ist allerdings fragwürdig. Bereits die – in der vorliegenden Entscheidung erneut verwendete – Formulierung, nach der „eine Schädigung des Vermögens einer KG“ lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen kann, als sie „gleichzeitig“ das Vermögen der Gesellschafter berührt, macht ja deutlich, dass das Gesellschaftsvermögen als solches ohne weiteres geschädigt sein kann. Wieso soll es nicht den Schutz des § 266 StGB genießen?

Ohne hier abschließend Stellung nehmen zu können: Es dürfte gute Argumente dafür geben, rechtsfähige Personengesellschaften insoweit den Kapitalgesellschaften gleichzustellen.

Eine Personengesellschaft kann – nicht anders als eine AG oder GmbH – von einer Untreuehandlung stärker betroffen sein, als sich dies in der Schädigung des Vermögens der Gesellschafter im Verhältnis ihrer Anteile abbildet, wenn und weil sie als solche aufgrund des Mittelentzugs in der Verfolgung des Gesellschaftszwecks eingeschränkt wird. Das trifft dann mittelbar wieder die Gesellschafter.

²² BVerfGE 126, 170 = BVerfG NJW 2010, 3209.

²³ Vgl. BGH NSTZ 2013, 38, 38 f.; BGH NJW 1987, 1710; BGH wistra 1984, 71; zahlreiche weitere Nachweise bei *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 201.

Die Tatsache, dass bei Kapitalgesellschaften die Haftung grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung.²⁴ Zwar wird sie teilweise als Argument dafür angeführt, dass das Gesellschaftsvermögen einer Kapitalgesellschaft – anders als das einer Personengesellschaft mit unbeschränkter Haftung der bzw. einzelner Gesellschafter – eines besonderen Schutzes auch gegen den Zugriff der Gesellschafter bedürfe. Bei § 266 StGB geht es aber nicht um den Schutz von Gläubigerinteressen, sondern allein um Vermögensschutz.²⁵

Die Konstruktion des BGH, nach der hinsichtlich der Quote, die der Beteiligung von Gesellschaftern entspricht, die mit der Untreuehandlung einverstanden waren bzw. sie selbst ausgeführt haben, kein Vermögensnachteil anzunehmen ist, widerspricht zudem den gesellschaftsrechtlichen Regelungen. Der Gesellschafter einer GbR, OHG oder KG kann nach §§ 719 Abs. 1 BGB, 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen. Misst man – wie der BGH – dem Einverständnis des einzelnen Gesellschafters Bedeutung für die Schadenshöhe bei, kommt dies der Anerkennung eines Verzichts auf einen Schadensbruchteil und damit einer Verfügung über den Vermögensbruchteil nahe, die zivilrechtlich ausgeschlossen ist.²⁶

Es wäre vor diesem Hintergrund konsequenter, entsprechend dem gesellschaftsrechtlichen Trend zur Angleichung rechtsfähiger Personengesellschaften an juristische Personen²⁷ bei der Frage des Vermögensnachteils i.S.d. § 266 StGB Kapital- und rechtsfähigen Personengesellschaften gleich zu behandeln.²⁸

²⁴ *Grunst*, BB 2001, 1537, 1539.

²⁵ BVerfGE 126, 170, 200 = BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; BGH NJW 2000, 154, 155; BGHSt 43, 293, 297 = BGH NStZ 1998, 514, 515; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. im Zusammenhang mit der Kritik an der Rechtsprechung zur Einschränkung der Zustimmungsfähigkeit durch Gesellschafter etwa auch *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 99; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, Kap. V 2 Rn. 320 ff.

²⁶ *Grunst*, BB 2001, 1537, 1539.

²⁷ Anlass des Beitrags von *Grunst*, BB 2001, 1537 war die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR, vgl. BGH BB 2001, 374 = BGH NJW 2001, 1056.

²⁸ So etwa *Brand*, NJW 2013, 3594; in der Tendenz auch *Bittmann/Richter*, *wistra* 2005, 51, 54 (mit Verweis darauf, dass den Umständen des Einzelfalls bei der Strafzumessung Rechnung getragen werden könnte); weiterhin *Grunst*, BB 2001, 1537; *H. Schäfer*, NJW 1983, 2850, 2851.

Internationales

Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, beide Wien, Rechtsanwalt MMag. Dr. Michael Dohr, LL.M., LL.M., Wiener Neustadt

Länderbericht Österreich zum Wirtschafts- und Strafrecht

I. Der Kampf um Sachverständigengutachten geht weiter

Bereits seit Inkrafttreten des österreichischen Strafprozessreformgesetzes hat die Bestellung von Sachverständigen in (Wirtschafts-)Strafverfahren für Diskussionen gesorgt. Die hitzige Debatte nimmt kein Ende.

Im Februar 2013 lehnten die Anwälte im ersten großen Telekom-Prozess den Gerichtsgutachter ab. Dieser habe schon während der Ermittlungen für den Staatsanwalt gearbeitet. Nun werde dieser vom Gericht sozusagen als „Zeuge der Anklage“ übernommen. Dies sei im Sinne eines fairen Verfahrens bedenklich. Einer der Verteidiger im damaligen Prozess war Univ. Prof. Dr. Wolfgang Brandstetter. Seit 16.12.2013 ist Univ. Prof. Dr. Wolfgang Brandstetter nun Justizminister von Österreich. Als einen der ersten

öffentlichen Auftritte eröffnete er am 28.1.2014 ein Symposium zu eben diesem Thema: „Der Sachverständige im Strafverfahren“.

Die Grundproblematik sehen die Verteidiger seit dem Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes darin, dass der Staatsanwalt als Leiter der Ermittlungen auch den Gutachter bestellt. Nach Abschluss der Ermittlungen wird in aller Regel der Gutachter – also jene Person, die dem Staatsanwalt das Verfassen einer Anklage überhaupt erst ermöglichte – vom Gericht zum offiziellen Gerichtsgutachter bestellt. Der österreichische Gesetzgeber scheint sich in weiser Voraussicht gegen die Proteste der Verteidiger abgesichert zu haben. Im § 126 StPO heißt es: *„Im Hauptverfahren kann die Befangenheit eines Sachverständigen oder Dolmetschers nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.“*

Genau das wird aber ständig getan. Kaum ein großes Verfahren kommt ohne konzentrierte Ablehnungsfront der Anwälte aus. Der diesbezügliche Antrag auf Ablehnung wird vom Gericht mit Verweis auf die Rechtslage aber genauso regelmäßig abgewiesen.

Nun macht der Oberste Gerichtshof mit einer brisanten Entscheidung (12 Os 90/13x) von sich reden: Wenn ein vom Staatsanwalt bestellter Gutachter keinen klaren Auftrag hat und daher erst nach Verdachtsmomenten suchen muss, wird er quasi zu einem Ermittlungsorgan. Diese Art der Vorbefassung ist sehr wohl ein Befangenheitsgrund. Das Gericht muss dann das entstandene Ungleichgewicht austarieren und für den Prozess einen neuen Sachverständigen bestellen.

Aus der Entscheidung 12 Os 90/13x: *„[...] Ausgangspunkt der daran anschließenden Überlegungen ist die Frage, ob § 126 Abs 4 letzter Satz StPO deswegen verfassungswidrig ist, weil der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren eine beherrschende Position bei der Bestimmung eines Auftrags für eine Befundung und Gutachtenserstellung zukommt und aufbauend auf dieser Stellung eines Ermittlungsorgan[s] iSd § 98 Abs 1 StPO im Vorverfahrensstadium einem[n] von ihm bestellten Sachverständigen zulässigerweise auch mit der Durchführung von Erkundungsbeweisen beauftragen kann.*

Ein Beschuldigter, welcher gegebenenfalls über § 106 StPO einen von ihm gestellten Beweisantrag durchsetzen will, ist hingegen an die Beweisantragskriterien des § 55 StPO gebunden, die gerade keine Erkundungsbeweisführung zulassen. Dies schafft allenfalls ein Ungleichgewicht, welches dem Gebot der Führung eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK widersprechen könnte.

Wäre die Bestimmung des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO als nicht verfassungskonform anzusehen, dann käme im Fall ihrer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof im Hauptverfahren dem – auf keine weiteren Erwägungen gestützten – Einwand einer Befangenheit einzig mit der Behauptung Berechtigung zu, dass der Sachverständige im Ermittlungsverfahren (und damit über Auftrag der Staatsanwaltschaft) tätig gewesen ist. Ein solches Ergebnis brächte es mit sich, dass jedes von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebene Gutachten aus dem Ermittlungsverfahren (also der weitaus überwiegende Teil dieser Beweismittel) im Hauptverfahren bei entsprechender Relevanz über einen inhaltlich nicht weiter determinierten Widerspruch des Angeklagten durch einen neuen, vom Gericht bestellten Sachverständigen zu wiederholen wäre.

Vorweg ist dazu festzuhalten, dass die Bestellung eines Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft nur unter bestimmten, im Gesetz festgelegten Prämissen unter Einräumung von Kontrollrechten durch den Beschuldigten möglich ist:

Der Sachverständige ist nach der geltenden Rechtslage zur Objektivität gegenüber den Verfahrensparteien verpflichtet und hat sowohl Befundaufnahme als auch Gutachtenserstattung nur nach den Regeln seiner Wissenschaft vorzunehmen (§§ 125 Z 1, 126 Abs 1 und Abs 2 StPO).

Der Sachverständige ist organisatorisch von der Staatsanwaltschaft getrennt.

Der Sachverständige erhält seine Gebühren ungeachtet vom Verfahrensausgang (§ 25 GebAG).

Grundsätzlich sind nicht beliebige, sondern in eine Sachverständigen-Liste eingetragene Personen (§ 2 Abs 1 SDG) zu bestellen, die schon deswegen über die erforderliche Fachkenntnis und Objektivität verfügen (RV Strafprozessreformgesetz 25 BlgNR 22. GP 176).

Gegen die Bestellung können vom Beschuldigten Einwände erhoben werden; die Entscheidung über die Ablehnung des Sachverständigen unterliegt auch im Ermittlungsverfahren der gerichtlichen Kontrolle (§§ 106 ff StPO).

Die Entlohnung des Sachverständigen erfolgt immer von der öffentlichen Hand. Erhebt der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren Einspruch gegen die von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Gebühren, bestimmt diese ein Richter nach dem GebAG.

Die Befund- und Gutachtenswahrheit wird durch Befangenheitsbestimmungen (§ 126 Abs 4 erster Satz StPO), vor allem aber auch durch die Strafnorm der falschen Beweisaussage nach § 288 Abs 1 und 4 StGB abgesichert.

Der Beschuldigte hat auch im Ermittlungsverfahren das Recht, den Sachverständigen mit seinem Standpunkt zu befassen und sich dabei von Privatsachverständigen unterstützen zu lassen (Riffel, RZ 2013, 242).

Wird eine Anklage erhoben, kann der Beschuldigte das Anklagesubstrat, damit auch das dazu beitragende Gutachten des von der Staatsanwaltschaft bestellten Experten, gegebenenfalls unterstützt von einem Privatsachverständigen mittels Anklageeinspruchs gerichtlich prüfen lassen (Riffel, RZ 2013, 242).

Der bestellte Sachverständige muss, um den Kriterien des Art 6 EMRK zu genügen, unabhängig sein, dh im Sinne einer neutralen Beweisperson agieren können (vgl Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK Rz 99). Dies wird bloß durch seine Bestellung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren nach den dargelegten Kriterien nicht in Frage gestellt (Hinterhofer, WK-StPO § 126 Rz 56; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 370; Riffel, RZ 2013, 23; kritisch und tlw ablehnend dazu aber Todor-Kostic, AnwBl 2011, 133 f; Moring in Miklau-FS, 353 ff und nunmehr Ratz, AnwBl 2013, 277).

Aus der Rechtsprechung des EGMR ist jedenfalls nicht abzuleiten, dass eine im Ermittlungsstadium erfolgte Bestellung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft – wie sie in anderen Mitgliedsländern der Konvention, etwa in der Bundesrepublik Deutschland seit langem möglich ist – und dessen nachfolgende abermalige, diesmal aber vom Gericht vorgenommene Bestellung im Hauptverfahren (in der Bundesrepublik Deutschland nach der dort hM zulässig; vgl Krause in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. A. § 73 Rz 2 und § 74 Rz 9; Rogall in SK-StPO § 74 Rz 26 mwN; Meyer-Goßner, StPO, 56. A. § 74 Rz 5; Brauer in HK-StPO, 5. A. § 74 Rz 3; BGH NSTz 2008, 50) per se konventionswidrig wäre.

Der Straßburger Judikatur (und zwar auch der Entscheidung vom 4. 4. 2013, C. B. gegen Österreich, Nr 30465/06) ist nicht zu entnehmen, dass die in Art 6 Abs 3 lit d EMRK vorgegebene Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen so auszulegen wäre, dass im Fall einer (von der Staatsanwaltschaft vorgenommenen) Sachverständigenbestellung die zusätzliche Beweiserhebung durch einen von der Verteidigung nominierten Privatsachverständigen verpflichtend wäre.

Vielmehr muss – wie der Fall Bönisch gegen Österreich (EGMR, Urteil vom 6. 5. 1985, Nr 8658/79 EuGRZ 1986, 127) dokumentiert – die Sachverständigenbestellung dann zu hinterfragen sein, wenn „Zweifel an der Neutralität des Sachverständigen aufkommen“.

Insoweit ist der Entscheidung des EGMR im Fall Brandstetter gegen Österreich (EGMR, Urteil vom 28. 8. 1991, Nr 11170/84, 12876/87, 13468/87 ÖJZ 1992, 97) diesbezüglich die Klarstellung zu entnehmen, dass Befürchtungen vorliegen müssen, dass der Sachverständige bei der Befundung und der Gutachtenserstellung „nicht in der Lage sein werde, mit der gebotenen Neutralität vorzugehen“. In dem genannten Fall wurde selbst die enge berufliche Verflechtung des vom Gericht bestellten Sachverständigen mit der anzeigenden Stelle als für sich allein nicht ausreichend gewertet, um eine solche Befürchtung zu hegen.

Problematisch in diesem Zusammenhang erscheinen daher jene Fälle, in denen das eingangs erwähnte Ungleichgewicht bei der Beweisaufnahme durch eine inhaltliche Ermittlungstätigkeit des von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen schlagend wird, also Verdachtsmomente erst gewonnen werden sollten und die Anklage erst auf den Ergebnissen derartiger Gutachten aufbaut, weil das solcherart zum Ausdruck kommende Näheverhältnis zu den Ermittlungsorganen der gebotenen Neutralität des Sachverständigen widerstreitet (Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK Rz 101).

Wenn ein Sachverständiger bei einem sehr allgemeinen Anfangsverdacht von der Staatsanwaltschaft mit nicht weiter determinierten Erhebungen zu einer Straftat, insbesondere ohne Nennung eines konkreten Beweisthemas beauftragt wird und das vorhandene, nicht ohne weiteres aussagekräftige Beweismaterial aufarbeitet und auf ein strafrechtliches Verdachtssubstrat hin untersucht, dann mutiert er von einem unabhängig agierenden Experten, der bei bestehender konkreter Verdachtslage zu einem Problemfeld mit Fachwissen Stellung nehmen soll, zu einem verlängerten Arm der Ermittlungsbehörden und damit funktional zu einem Organ der Ermittlungsbehörde (zur vergleichbaren Ausgangslage in der Bundesrepublik Deutschland siehe Krause in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. A. § 74 Rz 6 f; Rogall in SK-StPO § 74 Rz 19 f; BGHSt 18, 214). Je unbestimmter daher der Anfangsverdacht, je unkonkreter der Auftrag der Staatsanwaltschaft an den beigezogenen Experten, also je weniger der Beweiserhebungsauftrag den Kriterien des § 55 StPO entspricht, desto eher muss die darauf aufbauende Befundaufnahme als inhaltlich als Ermittlungstätigkeit des beauftragten Gutachters gewertet werden.

Insoweit wäre der solcherart eingesetzte Sachverständige mit einem „Anzeigegutachter“ (iSd Entscheidungen des VfGH VfSlg 10701/1985 und des EGMR im Fall Bönisch gegen Österreich) vergleichbar. Dass auch die Staatsanwaltschaft und die Kriminalpolizei zur Objektivität verpflichtet sind (§ 3 StPO), vermag daran nichts zu ändern, weil die vorangegangene funktionale Ermittlungstätigkeit für eine Verfahrensbeteiligte im nachfolgenden Hauptverfahren (§ 210 Abs 2 StPO) mit der Aufgabe, in der Hauptverhandlung als neutrale Beweisperson zu agieren, nicht in Einklang zu bringen ist (vgl Rogall in SK-StPO § 74 Rz 18).

Dies wird im § 126 Abs 4 erster Satz StPO durch die dort angeordnete sinngemäße Heranziehung des § 47 Abs 1 Z 2 StPO verdeutlicht. Wer in derselben Strafsache als Kriminalbeamter tätig war, darf nicht später als Staatsanwalt agieren und umgekehrt. Wer daher inhaltlich als Ermittlungsorgan gewirkt hat, darf nicht später als Sachverständiger einschreiten; vielmehr bewirkt eine solche funktional als Ermittlungsorgan erfolgte Vorbefassung als Befangenheitsgrund. Auf dieser Basis besteht für das erkennende Gericht eine Pflicht, das im Ermittlungsverfahren durch einen von der Staatsanwaltschaft bestellten, nicht an die Grundsätze des § 55 StPO gebundenen, einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt erst ermittelnden Experten hervorgerufene prozessuale Ungleichgewicht durch die Bestellung eines neuen Sachverständigen für das Hauptverfahren auszutariieren und damit ein faires Verfahren zu sichern. Solcherart bestehen keine verfassungsmäßigen Bedenken gegen § 126 Abs 4 letzter Satz StPO.

Dieses Neutralitätsgebot wird aber nicht schon durch jede Recherche des Sachverständigen in Frage gestellt, zumal jeder Gutachtensauftrag auf eine erst durch entsprechendes Fachwissen mögliche Klärung von Beweisfragen abzielt (Rogall in SK-StPO § 74 Rz 25). Die fundierte Gutachtenserstellung erfordert im Regelfall sogar eine eigenständige Erhebung im Rahmen der Befundaufnahme (etwa durch Beischaufung von Krankengeschichten oder eigene psychiatrische Untersuchung des Betroffenen), um eine fachkundige Aussage zu einem bereits bestehenden Verdacht betreffend eine entscheidende Tatsache (zB Schwere der Verletzung, Zurechnungsfähigkeit; Gefährlichkeit) oder zu einen[m] erheblichen Umstand (zB Aussagetüchtigkeit eines Zeugen) treffen zu können (vgl Rogall in SK-StPO § 74 Rz 25).“ Eine durchaus spannende Entscheidung. Es bleibt abzuwarten, wie in der Praxis damit umgegangen wird.

II. Hausarrest statt Strafvollzugsanstalt

Eine jüngste Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien hat aufhorchen lassen: Erstmals wurde in Österreich festgestellt, dass die bisher äußerst stiefmütterlich behandelte Möglichkeit, die Untersuchungshaft im Hausarrest fortzusetzen (derzeit gibt es in Österreich nur drei Personen, welchen diese Möglichkeit geboten wurde), auch dann möglich ist, wenn erstinstanzlich eine Verurteilung zu einer mehrjährigen Haftstrafe vorliegt und der Sicherungszweck der Untersuchungshaft nicht durch gelindere Mittel erreicht werden kann. Im Konkreten wurde einem wegen eines Wirtschaftsdelikttes zu einer mehrjährigen Haftstrafe erstinstanzlich Verurteilten trotz bestehender Fluchtgefahr der elektronisch überwachte Hausarrest gewährt. Die Untersuchungshaft wurde im gegenständlichen Fall bereits mehrfach verhängt und wieder aufgehoben. Bereits vor seiner ersten Verurteilung wurde die Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr verhängt, allerdings gegen eine Kaution und Abgabe von Reisedokumenten wieder aufgehoben. Nach der ersten Verurteilung wurde er neuerlich in Untersuchungshaft genommen, da er trotz einer dem Gericht angekündigten, aber von diesem nicht genehmigten, Auslandsreise für 48 Stunden

verreiste, wiewohl er sich nach der Rückkehr sofort bei der Polizei meldete. Dennoch ging das Gericht von einem Weisungsbruch aus und verhängte neuerlich die Untersuchungshaft. Die Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin auch den Verfall der Kautions. Die Verteidigung stellte daraufhin den Antrag nach § 173a StPO, den Vollzug der Untersuchungshaft im elektronisch überwachten Hausarrest fortzusetzen. Dem Antrag wurde Folge gegeben, der Beschuldigte kam auch in den elektronisch überwachten Hausarrest, jedoch legte die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde ein, im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Fußfessel nur denjenigen sozial integrierten Personen zu gewähren sei, die eine voraussichtlich zwölf Monate nicht übersteigende Strafzeit zu verbüßen haben. Die mit Spannung erwartete Entscheidung des OLG Wien gab der Beschwerde keine Folge und stellte erstmalig klar, dass der Anwendung des Hausarrestes nach § 173a StPO keine formalen Gründe entgegenstünden, da die Bestimmung des § 156c Abs 1 StVG, wonach der Vollzug einer Freiheitsstrafe in Form des elektronisch überwachten Hausarrestes nur bewilligt werden könne wenn die verbüßende Strafzeit zwölf Monate nicht übersteige, sich ausschließlich auf den Strafvollzug beziehe, womit ein rechtskräftiges Urteil vorliegen müsse. Der Beschwerde wegen des Verfalls der Kautions wurde deshalb nicht Folge gegeben, da durch die freiwillige Rückkehr des Beschuldigten sowie der sofortigen Meldung bei der Polizei kein Versuch, sich dem Verfahren zu entziehen vorgelegen habe.

Mit dieser Entscheidung soll und kann es nunmehr ermöglicht werden, dass sich in Untersuchungshaft befindliche, zu mehrjährigen Haftstrafen erstinstanzlich Verurteilte, die Untersuchungshaft im elektronisch überwachten Hausarrest verbringen können. Dies hat den entscheidenden Vorteil, dass diese die rechtskräftige Entscheidung des gerade in Wirtschaftsstrafsachen lange dauernden Rechtsmittelverfahrens nicht in einer Justizvollzugsanstalt abwarten müssen, bzw durch die Anrechnung der Vorhaftzeit möglicherweise überhaupt nicht mehr in Strafhaft müssen, da diese „in Freiheit“ durch die Fußfessel bereits verbüßt wurde. (Michael Dohr war an dem Verfahren als Verteidiger beteiligt.)

III. Aktuelle Rechtsprechung Strafrecht

1. § 5 StGB (§§ 9, 302 Abs. 1 StGB)

Irrtum über normatives Tatbestandsmerkmal schließt Vorsatz aus. = EvBI - LS 2013/116

Irrt der Täter über den sozialen Bedeutungsgehalt des normativen Tatbestandsmerkmals „Befugnismissbrauch“, kommt wissentlicher Befugnismissbrauch, mithin die Erfüllung des Tatbestands, nicht in Betracht. Ob der Irrtum vorwerfbar ist, spielt keine Rolle. (OGH 27. 5. 2013, 17 Os 1/13w)

Sachverhalt:

Die Nichtanzeige einer konsenslosen Bauausführung durch einen Bürgermeister kann Missbrauch der Amtsgewalt sein.

Der Bürgermeister einer Gemeinde wurde strafgerichtlich wegen Missbrauchs der Amtsgewalt verurteilt, weil er es unterließ, eine konsenslose Bauausführung bei der BH anzuzeigen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Bürgermeisters hatte keinen Erfolg.

OGH: Der Einwand, "nur ein sogenanntes gezieltes Untätigbleiben" sei im Fall der Begehung durch Unterlassen strafbar, dies sei "bei rechtlicher Unkenntnis oder eben bei gutem Glauben" nicht der Fall, verfehlt die Bezugnahme auf die Urteilsannahmen zur subjektiven Tatseite, nach welchen der Beschwerdeführer "die Bauwerberin K GmbH" "offensichtlich" "nicht anzeigen wollte" und er "wusste", "dass seine Untätigkeit dazu führen kann, dass die Gesetzwidrigkeit ungeahndet bleibt".

Es trifft zwar grundsätzlich zu, dass die Verwaltungsbehörde im Anwendungsbereich des § 21 Abs. 1b VStG keine Anzeigepflicht wegen von ihr (im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben) wahrgenommener Verwaltungsübertretungen trifft. Dies ist – wenn (wie hier ausschließlich) die Verletzung einer derartigen Anzeigepflicht den Gegenstand des Vorwurfs des Missbrauchs der Amtsgewalt bildet – bereits bei Prüfung des Befugnismissbrauchs, also auf der (objektiven) Tatbestandsebene zu prüfen und durch entsprechende Tatsachenfeststellungen zu klären. Auf solche nimmt das zu diesem Thema erstattete Vorbringen mit der bloßen

Rechtsbehauptung einer Anwendbarkeit des § 21 Abs. 2 VStG jedoch ebenso wenig Bezug, wie es einen Feststellungsmangel in diesem Zusammenhang geltend macht.

2. § 31 Abs. 2 StGB (§ 31 a StGB; § 2 StRegG; § 4 Abs. 5 TilgG; §§ 6 ff. ABGB)

Ausländische Verurteilungen bei der Strafrahenbildung = EvBl 2013/108

OGH 24. 4. 2013, 15 Os 102/12 g; 103/12 d (OLG Wien 19 Es 42/12 h; LGSt Wien Sa Vr 11197/98).

Grundlegende Klarstellung des Senats 15 zur Einbeziehung ausländischer Verurteilungen bei der Strafrahenbildung zwecks Sicherstellung der Vorteile des Absorptionsprinzips und tilgungsrechtlicher Folgen.

Leitsatz:

§ 31 Abs. 2 StGB (§ 31a StGB; § 2 StRegG; § 4 Abs. 5 TilgG; §§ 6 ff. ABGB)

Da der Gesetzgeber die autonome Anpassung rechtskräftiger ausländischer gerichtlicher Entscheidungen an die konkret aktuellen österreichischen Strafsätze und Strafbemessungsgrundsätze zwar im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Entscheidungen ausländischer Gerichte geregelt, eine solche Anpassung jedoch nicht auch im Kontext des StRegG oder des TilgG vorgesehen, sondern bloß die Berücksichtigung früherer ausländischer Entscheidungen in einem späteren inländischen Strafverfahren wegen einer anderen Tat angeordnet hat, kann ihm nicht unterstellt werden, er habe eine solche Entscheidungsbefugnis in Bezug auf im österreichischen Strafregister erfasste (zeitlich spätere) ausländische Verurteilungen bloß versehentlich nicht geregelt.

Sachverhalt:

Mit gekürzt ausgefertigtem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 2.2.1999, 8a E Vr 11197/98, wurde der nigerianische oder liberianische Staatsangehörige Junior U des am 9.9.1998 in Wien begangenen Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt nach §§ 15, 269 Abs. 1 erster Fall StGB schuldig erkannt und zu einer unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt. In weiterer Folge wurde Junior U mit rechtskräftigem Urteil des Amtsgerichts Passau vom 12.10.1999, 4 Ls 313 Js 5746/98, wegen von Februar bis März 1998 in Passau begangenen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei tatmehrheitlichen Fällen unter Anwendung der §§ 1, 2, 3, 29a I Nr. 2 dBtMG und §§ 53, 54 dStGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Das Landesgericht für Strafsachen Wien wies mit Beschluss vom 12.1.2012 den zu 8a E Vr 11197/98 unter Berufung auf § 31a StGB gestellten Antrag der Staatsanwaltschaft auf Feststellung, dass die Verurteilung vom 2.2.1999 im Verhältnis der §§ 31, 40 StGB zur Verurteilung des Amtsgerichts Passau vom 12.10.1999 stehe, ab. Mit Beschluss vom 26.3.2012, 19 Bs 42/12h, gab das Oberlandesgericht Wien der dagegen erhobenen Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht Folge. Es lehnte die begehrte Feststellung unter Hinweis auf den Wortlaut des § 31 Abs. 1 erster Satz StGB ab. Der Oberste Gerichtshof hat die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes der Generalprokuratur verworfen.

Aus den Gründen:

Vorbringen der Generalprokuratur

"Wäre die Folgeverurteilung durch ein österreichisches Gericht erfolgt, so hätte dieses die §§ 31 Abs 1 und 40 StGB anzuwenden gehabt, weil die dem Urteil des Amtsgerichts Passau zugrunde liegenden Taten zeitlich vor dem rechtskräftigen Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 2.2.1999 lagen und demgemäß schon mit dem früheren Urteilen hätten abgeurteilt werden können. Deutsche Gerichte können nach § 55 dStGB nur auf frühere dt Urteile Bedacht nehmen (vgl MünchKommStGB/v. Heintschel-Heinegg § 55 Rn 11). Österr Gerichte können gem § 31 Abs 2 StGB auch auf ausländische Urteile Bedacht nehmen, wenn sie zeitlich vor dem inländischen gefällt wurden. Aufgrund der in § 73 StGB normierten grundsätzlichen Gleichstellung von ausländischen und inländischen Verurteilungen ist das durch § 31 Abs 1 StGB geknüpfte Band aber auch dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn ein ausländisches Urteil zeitlich dem inländischen folgt. Der Argumentation des Oberlandesgerichts Wien, das Landesgericht für

Strafsachen Wien habe zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf das noch gar nicht ergangene Urteil des Amtsgerichts Passau nicht Bedacht nehmen können, sodass eine nachträgliche Milderung der Strafe nach § 31a StGB im Verfahren 8a Hv 7075/98 LGSt Wien nicht in Betracht komme, und § 4 Abs 5 TilgG stelle auf das tatsächliche Verhältnis von Verurteilungen zueinander und nicht auf die Tatsache der Anwendung des § 31 StGB in einem Strafurteil ab (RIS-Justiz RS0117522), ist zwar beizupflichten, doch verlangt schon die bloße Feststellung der Tatsache, dass Verurteilungen zueinander im Verhältnis des § 31 StGB stehen, die Durchführung des in § 410 StPO geregelten Verfahrens. Selbst dann, wenn zu einer Reduktion der im Nach-Urteil verhängten Strafe keine Veranlassung besteht oder eine solche – wie hier – gar nicht in Betracht kommt, ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 31 StGB zu deklarieren und dies gem § 5 Abs 1 StRegG dem Strafregisteramt mitzuteilen (RIS-Justiz RS0107405; RS0090727; Ratz in WK² § 31a Rz 11 zweiter Absatz; Lässig, WK-StPO § 410 Rz 2 mwN). Eine solche Feststellung kann nach Lage des Falles unter analoger Heranziehung der Bestimmungen des § 31a StGB und des § 410 StPO zugunsten des Verurteilten nur im – zeitlich vorangegangenen – Inlandsverfahren erfolgen. Die Entscheidungen des Landesgerichts für Strafsachen Wien und des Oberlandesgerichts Wien haben sich für den Verurteilten nachteilig ausgewirkt (§ 4 Abs 5 TilgG; vgl Kert, WK-StPO TilgG § 4 Rz 29 ff)."

Erwägungen des OGH

„§ 31 Abs 1 StGB zufolge ist eine Zusatzstrafe zu verhängen, wenn jemand, der bereits zu einer Strafe verurteilt worden ist, wegen einer anderen Tat verurteilt wird, die nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können. Einer früheren inländischen Verurteilung steht eine frühere ausländische Verurteilung auch dann gleich, wenn die Voraussetzungen nach § 73 StGB nicht vorliegen (Abs 2 leg cit). Die von der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes angestrebte Berücksichtigung der zeitlich nach dem gegenständlichen Inlandsverfahren erfolgten ausländischen Verurteilung widerspricht somit dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Eine durch Analogie schließbare Gesetzeslücke liegt vor, wenn die aus der konkreten gesetzlichen Regelung hervorleuchtenden Zwecke und Werte die Annahme nahelegen, der Gesetzgeber habe einen nach denselben Maßstäben regelungsbedürftigen Sachverhalt übersehen. Ohne Vorliegen einer Gesetzeslücke gleichsam an die Stelle des Gesetzgebers zu treten und einen Regelungsinhalt (rechtsfortbildend) zu schaffen, dessen Herbeiführung ausschließlich diesem obläge, steht den Gerichten nicht zu (RIS-Justiz RS0008866 [T 9, T 10, T 16 und T 18]). Die Regelung des § 31 StGB bezweckt, dem sich aus § 28 Abs 1 StGB ergebenden Absorptionsprinzip des materiellen Strafrechts ohne Durchlöcherung der Rechtskraft (auch des Strafausspruchs) der ersten Entscheidung in jenen Fällen zum Durchbruch zu verhelfen, in welchen ein Angeklagter, gegen den bereits ein Strafurteil ergangen ist, einer anderen, vor dessen Fällung begangenen (realkonkurrierenden) strafbaren Handlung schuldig befunden wurde, um eine in der getrennten Verfahrensführung bestehende Benachteiligung des Täters durch ein österreichisches Gericht zu vermeiden. Demnach ist zu prüfen, inwieweit die ursprünglich verhängte Strafe strenger ausgefallen wäre, wenn die nun zur Aburteilung kommende Straftat in den Schuldspruch miteinbezogen worden wäre. Eine allfällige Differenz ist als Zusatzstrafe zu verhängen. Die Summe der Strafe darf das Höchstmaß dessen nicht überschreiten, was bei gleichzeitiger Aburteilung aller Taten hätte verhängt werden dürfen. Die Zusatzstrafe darf auch nach Art und Dauer nicht strenger sein, als es für die später abgeurteilte Tat allein zulässig ist (vgl 30 BlgNR 23. GP 116 und 119 f; Ratz in WK² § 28 Rz 2 f, § 31 Rz 1, 7 und 12). Zur Korrektur der im Vor-Urteil verhängten Strafe berechtigt § 31 StGB nicht (Ratz, aaO § 31 Rz 17). § 31a Abs 1 StGB verpflichtet das Gericht, die Strafe angemessen zu mildern, wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden, die zu einer milderer Bemessung der Strafe geführt hätten. Schon die bloße Feststellung der Tatsache, dass Verurteilungen zueinander im Verhältnis des § 31 StGB stehen, verlangt die Durchführung eines darauf bezogenen Verfahrens. Auch dann, wenn zu einer Reduktion der im Nach-Urteil verhängten Strafe letztlich keine Veranlassung besteht, ist sie nunmehr als Zusatzstrafe zu deklarieren und diese Tatsache dem Strafregisteramt mitzuteilen (RIS-Justiz RS0107405; Ratz in WK² § 31a Rz 11). Im deutschen Recht sind ausländische Strafen wegen des damit verbundenen Eingriffs in ihre Vollstreckbarkeit nicht gesamtstrafenfähig (MünchKommStGB/v.Heintschel-Heinegg § 55 Rn 11). Anhaltspunkt dafür, dass der österreichische Gesetzgeber dem Absorptionsprinzip auch in Bezug auf nachfolgende ausländische Verurteilungen zum Durchbruch verhelfen wollte, finden sich nicht. Den inländischen Gerichten ist in solchen Fällen – mangels Grundlage zur Fällung eines eigenständigen Schuld- oder Strafausspruchs über die im Ausland abgeurteilte Tat – nicht möglich, iSd §§ 31 und 40 StGB autonom zu prüfen, inwieweit überhaupt eine Zusatzstrafe (als Differenz zur nach den Strafzumessungskriterien der

österreichischen Strafgesetze gedachten Gesamtstrafe) zu verhängen wäre, wenn die erst später im Ausland zur Aburteilung gekommene (frühere) Straftat in den Schuldspruch miteinbezogen worden wäre. Eine im Wege nachträglicher Strafmilderung im vorangehenden inländischen Verfahren ausgesprochene Deklaration der erst später im Ausland verhängten Strafe als Zusatzstrafe widerspräche zudem der expliziten Ablehnung der Durchlöcherung der Rechtskraft dieser ersten Entscheidung durch den Gesetzgeber (vgl 30 BlgNR 23. GP 120). Vielmehr könnte eine dem Absorptionsprinzip Rechnung tragende Entscheidung eines inländischen Gerichts nur in einem zeitlich späteren und vom ersten verschiedenen Verfahren wegen einer vom ersten Urteil noch nicht erfassten Straftat erfolgen, etwa bei – nach Maßgabe der §§ 62 ff StGB; Art 50 GRC und Art 54 SDÜ zulässiger – Verfolgung der bereits im Ausland abgeurteilten Tat auch im Inland. Ein Verfahren zur autonomen Anpassung von der inländischen Verurteilung zeitlich nachfolgenden ausländischen Verurteilungen an das österreichische Recht zur Vermeidung von tilgungsrechtlichen Nachteilen im Zusammenhang mit gem § 2 Abs 2 Z 2 und 3 StRegG in das österreichische Strafregister aufgenommenen rechtskräftigen Verurteilungen ausländischer Strafgerichte (vgl §§ 1, 3 und 4 TilgG; Kert, WK-StPO TilgG § 4 Rz 31 ff) kennt das Gesetz nicht. Da der Gesetzgeber die autonome Anpassung rechtskräftiger ausländischer gerichtlicher Entscheidungen an die konkret aktuellen österreichischen Strafsätze und Strafbemessungsgrundsätze (vgl Martetschläger in WK² ARHG § 65 Rz 1) zwar im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Entscheidungen ausländischer Gerichte geregelt (§§ 65 ff ARHG), eine solche Anpassung jedoch nicht auch im Kontext des StRegG oder des TilgG vorgesehen, sondern bloß die Berücksichtigung früherer ausländischer Entscheidungen in einem späteren inländischen Strafverfahren wegen einer anderen Tat angeordnet hat (§ 31 Abs 2 StGB), kann ihm nicht einfach unterstellt werden, er habe eine solche Entscheidungsbefugnis in Bezug auf im österreichischen Strafregister erfasste (zeitlich spätere) ausländische Verurteilungen bloß versehentlich nicht geregelt.“

Hinweis:

- § 31a StGB meint alle nicht von der Wiederaufnahme erfassten, für die Strafbemessung relevanten, also auch (bloß) den **Strafraahmen** betreffende Tatumstände. Den **Strafsatz** betreffende Tatumstände, welche Gegenstand der Wiederaufnahme sind (§ 353 Z. 2 StPO), kommen nicht in Betracht. § 31 StGB betrifft den Strafraahmen, anders als § 40 StGB, wo die Strafbemessung innerhalb eines nach § 31 StGB gebildeten Strafraahmens geregelt wird.
- Unter dem in § 260 Abs. 1 Z. 1 StPO erwähnten Begriff **Strafsatz** versteht die StPO die rechtsrichtige Subsumtion und spricht damit die rechtliche Kategorie einer strafbaren Handlung i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB an. § 281 Abs. 1 Z. 11 erster Fall StPO meint mit dem Begriff **Strafbefugnis** den für die Strafbemessung zur Verfügung stehenden **Strafraahmen**. **Strafandrohung** meint sowohl Strafsatz wie Strafraahmen, bildet also den (demnach unspezifischen) Überbegriff.
- Aus **§ 281 Abs. 1 Z. 11 erster Fall StPO** relevant sind nur jene die **Strafbefugnis** bestimmenden Umstände, welche nicht bereits Gegenstand zulässiger Anfechtung des Schuldspruchs (§ 260 Abs. 1 Z. 2 StPO) sind. Wird nicht Freispruch begehrt, aber der **Strafsatz** angefochten, geschieht dies daher stets aus **§ 281 Abs. 1 Z. 10 StPO**. Ist nämlich Anfechtung aus Z. 10 zulässig, kommt Z. 11 nicht in Frage, weil das Berufungsgericht nach § 295 Abs. 1 erster Satz StPO an den Schuldspruch (§ 260 Abs. 1 Z. 2 StPO) gebunden ist und Umstände der Z. 11 auch Berufungsgegenstand sind.
- Da **§ 29 StGB** als Subsumtionseinheit sui generis bereits Gegenstand des Schuldspruchs (§ 260 Abs. 1 Z. 2 StPO) ist, Z. 10 aber der Z. 11 vorgeht, sind auch in Betreff dieser Subsumtionseinheit relevante Umstände entscheidende Tatsachen i.e.S. und Gegenstand der Subsumtions-, nicht erst der Sanktionsrüge.
- Den Strafraahmen determinierende Umstände, welche nicht zugleich die rechtliche Kategorie, welcher subsumiert wurde (§ 260 Abs. 1 Z. 2 StPO), bestimmen, sind hingegen Gegenstand der Z. 11 erster Fall. Dazu gehören jedenfalls §§ 28, 30, 31, 36 StGB, die mangels anderslautender Regelungen auch im Nebenstrafrecht gelten (Art. 1 Abs. 1 StRAG). Da § 65 Abs. 2, § 278d Abs. 1 letzter Satz, § 286 Abs. 1 zweiter Satz, § 287 Abs. 1 zweiter Satz StGB nicht Gegenstand der rechtlichen Unterstellung (§ 260 Abs. 1 Z. 2 StPO) sind, vielmehr bloß die Strafbefugnis determinieren, sind auch sie Gegenstand der Z. 11 erster

Fall. Gleiches gilt für § 5 Z. 2 bis 4 JGG. [Glosse des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, Dr. Eckart Ratz]

3. § 263 StPO (§§ 276a, 281 Abs. 1 Z. 9 lit. b StPO)

Anklageausdehnung wegen einer anderen Tat erst in wiederholter Hauptverhandlung = EvBl-LS 2013/123

OGH 11. 4. 2013, 12 Os 102/12 k

Sowohl die Einbringung des Strafantrags innerhalb der Frist nach § 263 Abs. 4 StPO in einem anderen Verfahren (RIS-Justiz RS0097115) als auch der Vortrag des Strafantrags in einer neu durchgeführten Hauptverhandlung stehen einer Verschweigung entgegen.

Der Angeklagte war des Verbrechens der Vergewaltigung nach § 201 Abs. 1 und 2 vierter Fall StGB sowie der Vergehen der Nötigung nach § 105 Abs. 1 StGB, der Körperverletzung nach § 83 Abs. 1 StGB und der fortgesetzten Gewaltausübung nach § 107b Abs. 1 StGB schuldig erkannt worden. Seine u.a. aus Z. 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom OGH verworfen.

Der Senat 12 stützt seine – die Ansicht von Lewisch, WK-StPO § 263 Rz. 66, ablehnende – Auffassung auf SSt 28/13. Danach zielt § 263 StPO darauf ab, dass über alle bis zur Urteilsfällung bekannt gewordenen Taten ein und desselben Angeklagten mit einem Urteil entschieden werde. Nach Lewisch genügt Anklageausdehnung in einer neu durchgeführten Hauptverhandlung § 263 StPO ebenso wenig wie Anklageausdehnung nach Urteilsaufhebung und Rückverweisung, weil eine nach § 276a StPO nicht bloß fortgesetzte, sondern neu durchgeführte Hauptverhandlung (HV) nicht die HV sei, "bei" welcher der Angeklagte i.S.d. § 263 StPO "noch einer anderen Tat beschuldigt" worden sei. [Glosse des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, Dr. Eckart Ratz]

4. § 281 Abs. 1 Z. 8 StPO (§ 12 StGB; §§ 262, 314 Abs. 1 StPO)

Keine Belehrungsobliegenheit bei Mittäterschaft statt angeklagter Alleintäterschaft = EvBl-LS 2013/124

OGH 20. 3. 2013, 15 Os 16/13 m

Annahme von Mittäterschaft anstelle der vom Ankläger angenommenen unmittelbaren Alleintäterschaft begründet keine unter Nichtigkeitsanktion nach § 281 Abs. 1 Z. 8 StPO stehende Belehrungsobliegenheit aufgrund geänderter rechtlicher Gesichtspunkte i.S.d. § 262 StPO.

Der Angeklagte war u.a. angeklagt worden, als unmittelbarer Alleintäter mehrere Diebstähle durch Einbruch begangen zu haben. Das Schöffengericht ging – abweichend davon – von Mittäterschaft aus. Der OGH hat die ua aus Z. 8 des § 281 Abs. 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten zurückgewiesen.

Mittäterschaft ist ein (von Lehre und Rspr. definierter) Fall von unmittelbarer Täterschaft nach § 12 erster Fall StGB. Unmittelbarer Täter ist, wer die Tatbestandsbeschreibung erfüllt. Mittäter erfüllen – allerdings mit dem Vorsatz auf Zusammenwirkung mit anderen – bloß einen Teil der Tatbestandsbeschreibung. Das Gesetz unterscheidet jedoch, anders als zwischen unmittelbarem Täter, Bestimmungstäter und (sonstigem) Beitragstäter (§ 12 erster bis dritter Fall StGB), nicht zwischen Mittäter und Alleintäter. Während der OGH bei von der Anklage abweichender Beteiligung i.S.d. § 12 StGB unter Nichtigkeitsanktion stehende Belehrungsobliegenheit annimmt, verneint er dies – soweit ersichtlich – hier erstmals in Betreff der Unterscheidung von Allein- und Mittäter. [Glosse des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, Dr. Eduard Ratz]

IV. Aktuelles aus dem Finanzstrafrecht

1. Tatbegriff bei Hinterziehung von Eingangsabgaben

Bewirkt der Anmelder durch wahrheitswidrige Angaben in der Zollanmeldung eine Verkürzung an Eingangsabgaben, so ist die Abgabe dieser (unrichtigen) Zollanmeldung (unabhängig von der Höhe des Hinterziehungsbetrags) selbständige Tat im materiellen Sinn

und solcherart kleinstes Sachverhaltselement. Demgemäß muss bei einem Schuldspruch nach § 35 Abs. 2 FinStrG jede einzelne inkriminierte Zollanmeldung durch subsumtionstaugliche Feststellungen individualisiert werden, womit bei Tatmehrheit die bloß pauschale Konstatierung des gesamten strafbestimmenden Wertbetrags nicht hinreicht (OGH 16. 5. 2013, 13 Os 30/13f).

2. Verjährung illegaler Bargeldtransfers über die Grenze

Entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht kommt es für den Beginn der finanzstrafrechtlichen Verfolgungsverjährung von Finanzvergehen i.S.d. § 48b FinStrG nicht darauf an, ob die abgabenrechtliche bzw. zollrechtliche Pflicht noch aufrecht ist, sondern es ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, ab dem die strafbare Unterlassung beendet ist. Bei § 48b FinStrG handelt es sich um kein Dauerdelikt, sondern um ein Zustandsdelikt, das mit Verlassen des Ein- bzw. Ausreiseorts in die bzw. aus der EU ohne Anmeldung von Barmitteln von mindestens Euro 10.000,- vollendet und beendet ist. Damit beginnt aber auch die Verjährungsfrist zu laufen, auch wenn aus zollrechtlicher Sicht die Anmeldepflicht noch fortbestehen mag (Leitner/Salfer, Verjährung der Verletzung von Verpflichtungen im Bargeldverkehr, SWK 2013, 407; a.A. Twardosz/Schratter, Verjährung illegaler Bargeldtransfers über die Grenze, SWK 2013, 35).

3. Definition der Tat i.S.d. § 33 Abs. 1 FinStrG i.Z.m. KEST-Verkürzungen

Die KEST ist eine selbst zu berechnende Abgabe, womit die Abgabenschuld (anders als bei bescheidmässig festzusetzenden Abgaben) nicht infolge eines individuellen Verwaltungsakts, sondern unmittelbar aufgrund des Gesetzes entsteht. Gemäß § 96 Abs. 1 Z. 1 lit. a EStG ist diese Abgabe binnen einer Woche nach Zufließen der Kapitalerträge i.V.m. einer entsprechenden Anmeldung (§ 96 Abs. 3 EStG) unter der Bezeichnung "Kapitalertragsteuer" abzuführen. Selbständige Tat i.S.d. § 33 Abs. 1 FinStrG ist daher insoweit das Unterlassen der auf einen bestimmten Ertragszufluss bezogenen KEST-Abfuhr unter Verletzung der diesbezüglichen Anmeldungspflicht (Lässig in WK2 FinStrG § 33 Rz 32; OGH 22. 11. 2012, 13 Os 107/12b [13 Os 108/12z]).

Veranstaltungen und politische Diskussion

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

WisteV-Standards

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.

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. Ungewiss-

heiten 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 den neuen Themenblock 11: „Arbeitsstrafrecht“, der auf den Ergebnissen der Vorträge und Diskussionen zum Thema „Die Sozialrechts-Akzessorietät des § 266a StGB “ im Rahmen der WisteV-wistra-Neujahrstagung im Januar 2014 basiert:

11. Arbeitsstrafrecht

Konsens:

1. Das Schwarzarbeitsgesetz regelt einen Ausschnitt aus dem kriminologisch als illegale Beschäftigung bezeichneten Feld.
2. Legal kann jede Tätigkeit sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch selbstständig verrichtet werden: Es gibt weder im Sozialrecht noch aufgrund sonstiger Gesetze eine Ausschließlichkeitsregel, insbesondere keine dahingehende, dass bestimmte Tätigkeiten nur in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden dürften.
3. Das Maß der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Tätigen ist kein rechtliches Unterscheidungskriterium.
4. Die Abgrenzung richtete sich historisch nach dem Grad der Schutzbedürftigkeit.
5. Heute wird zwischen *Beschäftigung* und *selbstständiger Tätigkeit* unterschieden.
6. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen beidem ist die *Nichtselbstständigkeit*.
7. Beide Erscheinungsformen schließen einander aus.
8. Deshalb gibt es *Scheinselbstständigkeit* nicht als eigenständige rechtliche Kategorie.
9. Dieser (rechtspolitische) Begriff beschreibt lediglich das tatsächliche Phänomen scheinbarer selbständiger Tätigkeit für eine in Wahrheit vorliegende Beschäftigung.
10. Wesentliches Merkmal der Beschäftigung ist die persönliche Abhängigkeit. Diese liegt vor, wenn
 - der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und
 - er in diesem Zusammenhang einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung unterliegt.
11. Die selbstständige Tätigkeit qualifiziert sich in erster Linie durch
 - das eigene Unternehmerrisiko,
 - das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte,

- die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und
 - die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit.
12. *Beschäftigung* setzt sowohl ein rechtliches Band zwischen zwei Personen (Arbeitsverhältnis) voraus, als auch dessen tatsächliche Handhabung gemäß dieser Vereinbarung. Rechtlich maßgeblich ist daher die Art der (tatsächlichen) *Beschäftigung* und nicht die ggf. davon abweichend so dann auch rechtlich unzutreffend bezeichnete *selbständige Tätigkeit*.
13. Wird eine Tätigkeit sowohl von typischen Elementen einer Beschäftigung als auch einer selbstständigen Tätigkeit gekennzeichnet, so hängt die rechtliche Einordnung davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist dabei das Gesamtbild der Arbeitsleistung im jeweiligen Einzelfall.
14. Für Betriebsprüfungen gilt der Untersuchungsgrundsatz, § 20 SGB X, mit umfassenden Aufklärungsrechten (z.B. Anfrage beim Finanzamt, Anhörung betroffener Personen, Pflicht zur Auswertung von Bescheiden der Steuerprüfung).
15. Nachforderungen sind vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind, möglich, § 25 SGB IV, bei (bedingt) vorsätzlichem Vorenthalten 30 Jahre. Die Verjährung ist für die Dauer einer Prüfung gehemmt.
16. Im Fall illegaler Beschäftigung und Auszahlung von Nettoentgelten erfolgt eine Hochrechnung auf einen Bruttolohn.
17. Eine illegale Beschäftigung liegt nur bei (bedingtem) Vorsatz des Arbeitgebers vor (vgl. BSG vom 09.11.2011 – B 12 R 18/09R).
18. Eine Statusfeststellung nach § 7a SGB IV wirkt sich auf die konkrete Tätigkeit aus. Ungeklärt ist, ob sie auch gleichartige Tätigkeiten Dritter erfasst.
19. Feststellungen im Strafprozess können nicht per se Grundlage eines Bescheides der Deutschen Rentenversicherung sein. Rechtssystematisch sollten hingegen umgekehrt Entscheidungen im sozialrechtlichen/-gerichtlichen Verfahren für das Strafrecht bindend sein.
20. Über weitergehende Befugnisse als die Betriebsprüfung verfügt die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS).
- Beamte der FKS dürfen
- Geschäftsräume und Grundstücke des Arbeitgebers ebenso wie des Auftraggebers von selbstständig tätigen Personen während der Arbeitszeit der dort tätigen Personen betreten,
 - Personen und Beförderungsmittel anhalten,
 - Personalien überprüfen,
 - in die Lohn- und Meldeunterlagen sowie andere Geschäftseinschließlich Vergütungsunterlagen Einsicht nehmen, und
 - mit den verschiedenen staatlichen Stellen gem. § 2 Abs. 2 Schwarzarbeitsgesetz zusammenarbeiten (Finanzbehörden, Bundesagentur für Arbeit, Einzugsstellen der Sozialversicherung, Träger der Rentenversicherung).
21. Im Rahmen der verdachtsunabhängigen Prüfung durch die FKS unterliegen die Betroffenen weitreichenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten.
22. Soweit im Rahmen verdachtsunabhängiger Prüfungen Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten aufgedeckt werden, haben die Behörden der Zollverwaltung die gleichen Befugnisse (und Pflichten) wie die Polizeivollzugsbehörden nach der Strafprozessordnung und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.
23. Die verwaltungsrechtliche Überprüfung ist strikt vom (auch parallelen) Führen eines repressiven Verfahrens zu trennen. Dies erfordert insbesondere bei Personengleichheit der Zuständigen und tatsächlich Tätigen das Bewußtsein, in welchem der beiden Verfahren sie gerade aktiv sind.

24. Die strafprozessualen Formen (z.B. Belehrungspflichten etc.) gelten uneingeschränkt. Sie dürfen nicht mittels Vermengung beider Verfahren unterlaufen werden. Verstöße ziehen im Umfang der allgemeinen Regeln Verwertungsverbote im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren nach sich.

Steuerstrafrecht

Dipl.-Finanzwirt (FH), Dipl.-Jurist Dominik Wedel, Dipl.-Jurist Alexander Witfeld, beide Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Steuerrecht, Ruhr-Universität Bochum

Protokoll zum 123. Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden vom 12.12.2013

Podiumsdiskussion in Kooperation mit der

„Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.“ (WisteV)

„Praktische Erfahrungen mit der Neuregelung der Selbstanzeige in §§ 371, 398a AO: Reformbedarf?“

Impulsreferate/Podiumsdiskutanten:

Klaus Herrmann

(RD, OFD Koblenz)

Dr. Markus Adick

(Rechtsanwalt, Kanzlei Thomas Deckers Wehnert Elsner)

Podiumsdiskutanten:

Prof. Dr. Roman Seer (zugleich Moderation)

(Direktor des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug, Lehrstuhl für Steuerrecht, Ruhr-Universität Bochum)

Dr. Volker Weinreich

(Rechtsanwalt, Kanzlei Aulinger)

I. Einleitung

Nach einer Begrüßung und Vorstellung der Referenten und Podiumsdiskutanten erläutert *Prof. Dr. Seer* die Hintergründe für das heutige Thema. Erstmals vor zwei Jahren hat das Kompetenzzentrum Steuerrecht der Ruhr-Universität Bochum (www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de) in Kooperation mit der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (www.wistev.de) ein Seminar zum Thema „Neuregelung der strafbefreienden Selbstanzeige (§§ 371, 378, 398a AO)¹“ ausgerichtet. Im Rahmen des heutigen Seminars sollen die Erfahrungen mit ebendiesen Regelungen kritisch gewürdigt werden.

¹ 109. Bochumer Steuerseminar v. 9.12.2011; Protokoll abrufbar auf den Webseiten des Kompetenzzentrums Steuerrecht und der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V. (<http://www.fachanwalt-fuer-steuerrecht.de>). Außerdem erschienen in der Wij (Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung, www.wij.de).

Auch *Dr. Szesny* begrüßt die Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Namen der WisteV. Er freut sich ebenfalls über die Neuauflage des Gemeinschaftsseminars und sieht neuen Erkenntnissen für die Praxis gespannt entgegen.

II. Impulsreferat: Herrmann

Herr Herrmann eröffnet das Impulsreferat mit der Fragestellung: Die Neuregelung der Selbstanzeige – Gut gemeint, aber schlecht geworden? In diesem Zusammenhang weist *Herr Herrmann* ausdrücklich darauf hin, dass die folgenden von ihm aufgestellten Thesen ausschließlich seine Privatmeinung wiedergeben und nicht als Stellungnahme seiner Behörde oder seines Dienstherrn zu verstehen sind. Dies gelte auch für die anschließende Podiumsdiskussion.

Auf die zuvor von ihm aufgeworfene Frage beziehend konstatiert *Herr Herrmann*, dass der Gesetzgeber vor allem die Umsatzsteuer wohl nicht im Blick gehabt habe. Insbesondere dieses Problemfeld wolle er im Folgenden näher beleuchten.

Anknüpfend an diese Einleitung stellt *Herr Herrmann* die alte und neue Rechtslage gegenüber und macht auf die besondere Bedeutung des Vollständigkeitsgebots sowie der Ausschließungsschwelle von mehr als 50.000 € aufmerksam. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der aktuelle Rechtszustand als eine Kombination von alten und neuen Regelungselementen mangels inhaltlicher Abstimmung zu unerwünschten Effekten führe. Dies manifestiere sich vor allem in den Selbstveranlagungssteuern.

Um dies zu veranschaulichen stellt *Herr Herrmann* einige Beispielfälle vor, die sich inhaltlich mit der Thematik Umsatzsteuer und Selbstanzeige befassen.

Beispiel 1 – Verspätete Voranmeldungen: Bei Anmeldesteuern kann mit Ablauf des gesetzlichen Abgabetermins eine vollendete Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen. Eine daraufhin verspätet abgegebene Voranmeldung kann eine Selbstanzeige nach § 371 AO darstellen, deren Wirksamkeit von den Restriktionen des neuen Rechts abhängt. *Herr Herrmann* zeigt auf, dass insbesondere das neue Vollständigkeitsgebot in § 371 I AO dazu führt, dass der „übliche Schlamper“, der die USt-VA für 01/12 erst in 03/12 und damit verspätet abgibt, nur dann eine wirksame Selbstanzeige abgeben kann, wenn er gleichzeitig auch die USt-VA 02/12 abgibt.

Beispiel 2 – Verspätete Jahreserklärung: Bei Anmeldesteuern kann auch für die Jahreserklärung mit Ablauf des gesetzlichen Abgabetermins (31.5. bzw. 31.12. des Folgejahres) eine vollendete Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder Steuerverkürzung (§ 378 AO) vorliegen. Hieran anknüpfend nimmt *Herr Herrmann* nun die verspätet eingereichte Jahreserklärung in den Blick. Diese könne auch nur dann eine wirksame Selbstanzeige sein, wenn auch gleichzeitig mit der Abgabe der verspäteten Jahreserklärung sämtliche ausstehenden USt-VA des laufenden Jahres richtiggestellt werden, was wiederum eine Folge des neuen Vollständigkeitsgebotes sei.

Beispiel 3 – Tatentdeckung bei verspäteten Voranmeldungen: *Herr Herrmann* nimmt nun den Aspekt der Tatentdeckung in den Blick und erörtert, dass eine für den VA-Zeitraum 01/12 abzugebende Anmeldung durch Übersendung eines Papierausdrucks der Liste offener Fälle an den Innendienst zur manuellen Prüfung ca. 3 Monate nach dem gesetzlichen Abgabetermin und nur wenige Tage nach erstmaliger maschineller Erinnerung entdeckt werden kann. Damit läge ein Ausschlussgrund für eine Selbstanzeige für die USt-VA 01/12 bereits vor.

Beispiel 4 – Berichtigung falscher Voranmeldungen in USt-VA 12: *Herr Herrmann* weist darauf hin, dass es angeblich Teil des Cash-Managements einiger Firmen sei, fehlerhafte Monatsanmeldungen in der 12. USt-VA des Jahres zu berichtigen. Dieses Vorgehen führe dazu, dass keine wirksame Selbstanzeige vorliegen könne. Vielmehr sei erforderlich, dass eine berichtigende Jahreserklärung oder die Berichtigungserklärungen der jeweils einzelnen USt-VA als Selbstanzeige eingereicht werde(n). Damit sei das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung im Gegensatz zur früheren Rechtslage erheblich gestiegen.

Beispiel 5 – Verhinderung der Rückkehr in die Steuerehrlichkeit: Ein weiterer problematischer Fall sei nach Ansicht *Herr Herrmanns* der eines in den Jahren 2007-2011 Umsatzsteuer verkürzenden Unternehmers, für den für die Jahre 2007-2009 ein Strafverfahren eingeleitet wurde, jedoch keines für die Jahre 2010-2011. Will dieser Unternehmer nunmehr

für die Zukunft ab 2012 in die Steuerehrlichkeit zurückkehren, kann er das wegen des Vollständigkeitsgebots wirksam nur tun, wenn er gleichzeitig auch die Jahreserklärungen 2007-2009 berichtigt. Im Ergebnis würde er sich damit einer Tat belasten (für die Jahre 2007-2009), für die eine Selbstanzeige wegen Tatentdeckung nicht wirksam wäre.

Beispiel 6 – Zu berichtigende Umsatzsteuer größer als 50.000 €: Im Rahmen des letzten Beispielsfalles macht *Herr Herrmann* auf den Ausschlussgrund des § 371 II Nr. 3 AO (neu) aufmerksam, der zunächst eine wirksame Selbstanzeige verhindert, aber den „Kauf“ eines Strafverfolgungshindernisses durch Zahlung eines 5 % Zuschlages zur hinterzogenen Steuer ermöglichen. Hierbei gelte jedoch zu beachten, dass bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage das Kompensationsverbot zu berücksichtigen sei; bei einer Umsatzsteuer in Höhe von 3.000.000 €, einer Vorsteuer in Höhe von 2.900.000 € und einer Zahllast von 100.000 € betrage der Zuschlag damit 150.000 € (5 % von 3.000.000 €). Dem Stpfl. sei damit grundsätzlich ein Wahlrecht eröffnet, ob er das Verfahren über § 398a AO oder möglicherweise über § 153 ff. StPO beschreitet. *Herr Herrmann* schließt diesen letzten Beispielsfall mit einigen Hinweisen auf weitere Problemkreise, wobei vor allem die Ausgestaltung als strafrechtlicher Zuschlag, welcher von jedem Täter gezahlt werden muss, der das Strafverfolgungshindernis des § 398a AO erlangen möchte, hervorgehoben wurde.

Anknüpfend an diese die Defizite der Neuregelung verdeutlichenden Beispiele im Kontext der Umsatzsteuer geht *Herr Herrmann* auf statistische Zahlenwerte ein und zeigt das Verhältnis der gesamten U-Signale zur Verarbeitung säumiger Unternehmer und ausstehender Jahreserklärungen auf.

Herr Herrmann nimmt sodann die Auswirkungen der dargelegten Zahlenwerte auf die Verwaltung in den Blick und konstatiert, dass Fristverlängerungsanträge und Fallabgaben an die BuStra-Stellen stetig steigen. Er weist zugleich darauf hin, dass dies die Frage aufwirft, wer denn in diesen Verspätungs(massen)fällen den strafrechtlichen Gehalt prüft. Ebenso sei im jetzigen Verfahren der Streit um Vorsatz und Fahrlässigkeit vorprogrammiert.

Herr Herrmann schließt das Impulsreferat mit der Vorstellung von Lösungsmöglichkeiten. Genannt werden vor allem Gesetzesänderungen, die Auflösung des Deliktsverbundes, das Drehen am Kompensationsverbot für die USt, die Einordnung des Zuschlages nach § 398a AO als steuerliche Nebenleistung und insbesondere die von *Herr Herrmann* als überzeugendsten Lösungsansatz eingestufte Entkriminalisierung der Abgabe verspäteter USt-VA hin zu bloßen Ordnungswidrigkeiten. Ziel, so *Herr Herrmann*, müsse es sein, die „bloße Schlamperie“ nicht mit dem scharfen Schwert des Strafrechts zu sanktionieren. Es wird sodann ein Alternativvorschlag analog der einkommensteuerrechtlichen Regelung des § 50e EStG seitens *Herr Herrmans* befürwortet.

III. Impulsreferat: Dr. Adick

Dr. Adick stellt einleitend fest, dass er den Schwerpunkt seines Impulsreferats auf die steuerlichen Verfehlungen im Bereich der Unternehmen legen werde. Dies spiegle auch die Beratungspraxis wieder; die in den Medien prominent dargestellten Fälle von Kapitalertragsteuerhinterziehungen seien in der Regel weniger problematisch. Sodann gibt er einen Rückblick darauf, weshalb die Verschärfung in § 371 AO durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz eingeführt wurde. Begonnen habe die Verschärfung mit der Entscheidung des BGH v. 20.05.2010 (Az. 1 StR 577/09). Der BGH habe dort die sog. Teilselbstanzeige abgeschafft um Steuerhinterziehern, die die Selbstanzeige-Regelung als Teil einer Hinterziehungsstrategie verstehen und in diesem Sinne stets nur sukzessive Beträge nacherklärten, die Straffreiheit versagen. Zugleich habe der BGH die Auslegung der Sperrgründe konkretisiert und die Norm dahingehend ausgelegt, dass ein Wettlauf des Steuerpflichtigen mit den Ermittlungsbehörden um die Rechtzeitigkeit der Selbstanzeige nicht honoriert werden könne. Das daraufhin eingeführte Schwarzgeldbekämpfungsgesetz habe die oben genannte Rechtsprechung zwar nicht in dieser Weite aufgenommen. Es ging aber auch hier darum, dass die Selbstanzeige nicht im Rahmen einer Hinterziehungsstrategie missbraucht werden dürfe. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, systematische Steuerunehrlichkeit zu bekämpfen.

Dr. Adick stellt klar, dass steuerliche Verfehlungen im Unternehmen allerdings in aller Regel nicht das Ergebnis einer „Hinterziehungsstrategie“ seien. Vielmehr entstünden diese häufig aus Umständen, die *Herr Herrmann* bereits vorgetragen habe. Hier ließe sich wohl eher von Fahrlässigkeit, Leichtfertigkeit oder der unteren Grenze von vorsätzlichem Verhalten spre-

chen. Ebendiese Sachverhalte seien aber weder für den BGH noch für den Gesetzgeber der Impuls für eine Verschärfung der alten Regelung gewesen. *Dr. Adick* wirft die Frage auf, ob § 371 AO überhaupt das richtige Instrument dafür ist, steuerliche Verfehlungen im Unternehmen zu korrigieren? Er jedenfalls sei der Auffassung, dass dies aktuell nicht der Fall sei. Probleme träten immer wieder insbesondere bei Fragen der Vollständigkeit und den Sperrgründen auf. Aber auch § 398a AO sei nicht immer einfach in der Beratung zu handhaben.

Von Anfang an war das Gebot der Vollständigkeit ein großes Problem, so *Dr. Adick*. Anhand einer separaten Folie, die eine evident nicht dem Vollständigkeitsgebot des § 371 AO entsprechende Selbstanzeige zeigt, macht er hierauf aufmerksam. Mit Blick auf entsprechende Regelungen in anderen europäischen Rechtsordnungen sei dies aber nicht selbstverständlich. Dort würden dem gutgläubigen und in die Steuerehrlichkeit rückkehrungswilligen Bürger oft weniger hohe Hürden gesetzt. Nach der Auffassung von *Dr. Adick* sollten die Anforderungen jedenfalls nicht derart überzogen werden, dass die Rückkehr in die Steuerehrlichkeit faktisch unmöglich gemacht würde. Bei Betriebssteuern stelle sich die Frage der Berichtigung vor allem hinsichtlich des Berichtigungsverbundes. *Dr. Adick* schildert ein Beispiel, in dem ein Unternehmen für einzelne Leistungen (z.B. Zahlungen in eine Pensionskasse) zu Unrecht keine Lohnsteuern abführt. Fraglich sei beispielsweise, ob eine Korrektur auch voraussetze, dass die Einkommensteuer des Arbeitnehmers berichtigt werde. Vorgelagert sei die Frage, ob eine Korrektur im Rahmen des § 153 AO – also der Berichtigung von Erklärungen – oder der Selbstanzeige des § 371 AO zu erfolgen habe. Sicherheitshalber müsse man dem Mandanten in aller Regel dazu raten, auch eine in Fällen undolosen Fehlverhaltens abzugebende Erklärung nach § 153 AO vorsorglich an den strengeren Maßstäben auszurichten, die § 371 AO verlangt. Verfährt man auf diesem Weg, sei allerdings die Konsequenz, dass man hiermit oft erst die BuStra auf sich aufmerksam mache. Die oben aufgeworfene Frage, ob auch die Einkommensteuer des Arbeitnehmers berichtigt werden müsse, sei jedenfalls negativ zu beantworten. Nur die betroffene Steuerart ein und desselben Steuerschuldners gehöre zum Berichtigungsverbund. In faktischer Hinsicht liege allerdings durchaus ein Berichtigungsverbund vor. Nähme man die Berichtigungen auf der Ebene des Unternehmens und – wie im oben aufgeführten Beispiel – des Arbeitnehmers zeitlich nachfolgend vor, wäre möglicherweise die Berichtigung für die Arbeitnehmer bereits gesperrt. Daher sei es wichtig, eine konzertierte Selbstanzeige abzugeben. Dies führe häufig zu Problemen, die beispielsweise darin bestünden, auch die individuellen Umstände eines jeden Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Möglicherweise seien die Arbeitnehmer aber auch nicht mehr für das Unternehmen tätig und daher nur schwer zu kontaktieren und/oder zur Kooperation zu bewegen. Auch sei in diesen Fällen stets das Risiko vorhanden, dass einzelne Arbeitnehmer unabgestimmt separat eine Selbstanzeige gegenüber dem Finanzamt abgeben könnten.

Ein weiterer wichtiger Punkt sei der Korrekturzeitraum. Die Offenlegung müsse für alle nicht verjährten Steuerstraftaten einer Steuerart erfolgen. Die Strafverfolgungsverjährung betrüge nach § 376 Abs. 1 AO bei schweren Fällen 10 Jahre. Dabei hätten sich die beteiligten Rechtsanwender mittlerweile mit der Alternative „großes Ausmaß“ (§ 376 Abs. 1 i.V.m. § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO) arrangiert, auch wenn – berechtigterweise - Bestimmtheitsbedenken blieben. Fraglich sei, ob zusätzlich ein Handeln „aus grobem Eigennutz“ vorliegen müsse. *Dr. Adick* gibt einen kurzen Rückblick auf die bis zum 21.12.2007 geltende Regelung des § 370 Abs. 3 S. 2 AO, wonach dieses Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall additiv zum „großen Ausmaß“ habe erfüllt sein müssen. Nach einer Schilderung der bis dato anerkannten Auslegung kommt er zu dem Zwischenergebnis, dass dies bei steuerlichen Verfehlungen in Unternehmen an sich nie der Fall gewesen sei. Dies führte für Berater dazu, dass in solchen Situationen das Korrekturvolumen lediglich über einen Zeitraum von fünf und nicht von zehn Jahren habe berücksichtigt werden müssen. Ein weiterer Vorteil in der Praxis könne sein, dass eine Korrektur über einen Zeitraum von 5 Jahren weniger nach einer Selbstanzeige als mehr nach einer schlichten Korrektur aussehe.

Dr. Adick kommt sodann auf die für ihn überraschende Entscheidung des BGH v. 05.03.2013 (1 StR 73/13) zu sprechen. Danach sei allein maßgeblich, ob die Voraussetzungen von § 376 AO heute erfüllt seien. Ob die Voraussetzungen des besonders schweren Falls zum Zeitpunkt der Tatbegehung erfüllt gewesen seien, spiele keine Rolle. Es könne also der Fall eintreten, dass ein Zeitraum von 10 Jahren strafbefangen sei, obwohl im Zeitpunkt der ersten Tat das entsprechende Regelbeispiel noch nicht erfüllt gewesen ist. Der BGH tausche das Bezugsobjekt des § 376 AO aus, was Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Vor-

schrift wecke. In der Folge müsse die Beratungspraxis nunmehr den Korrekturzeitraum verlängern, was zu erheblichem Aufwand führen dürfte. Außerdem müsse der persönliche Schutzbereich der Selbstanzeigen ggf. auf ehemals im Unternehmen Verantwortliche erweitert werden. Schließlich sei nicht zu verkennen, dass eine Korrektur über einen Zeitraum von 10 Jahren eher als Selbstanzeige und nicht als bloße Korrektur nach § 153 AO verstanden würde.

Auch der Komplex der Sperrwirkung sei immens wichtig. *Dr. Adick* führt zunächst § 371 Abs. 2 Nr. 1 AO an, nach dem keine Straffreiheit eintritt, sobald eine zur Selbstanzeige gebrachte unverjährte Steuerstraftat von einem der aufgeführten Sperrgründe erfasst ist. In der Praxis komme zunehmend die Frage auf, ob auch Steuernachschau einen Sperrgrund auslösen würden. Das entscheide sich an dem Tatbestandsmerkmal „steuerliche Prüfung“ in § 371 Abs. 2 Nr. 1 c AO. Problematisch seien vor allem die Umsatz- und Lohnsteuernachschau. Diesen Steuerarten gemein sei, dass sie meistens zu einem hohen Verkürzungsvolumen führen würden. Nach der wohl überwiegenden Ansicht, so rezipiert *Dr. Adick*, müsste die *steuerliche Nachschau als steuerliche Prüfung* subsumiert werden. Die Vertreter dieser Auffassung stammten aber durchaus häufig aus den Reihen der Finanzverwaltung. Für diese Auslegung spreche jedenfalls, dass § 371 Abs. 2 Nr. 1 c AO ansonsten neben § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO überwiegend leer liefe. Ferner würde Rückgriff auf die Rechtsprechung des BGH v. 20.05.2010 (1 StR 577/09) genommen, nach der Sperrgründe grundsätzlich weit auszulegen seien. Nach der Auffassung von *Dr. Adick* wird an dieser Stelle deutlich, dass die Selbstanzeige inkonsequent ausgestaltet ist. Einerseits sei sie zwar politisch gewollt und vom Gesetzgeber verabschiedet; andererseits würde man die Anforderungen an ihre Wirksamkeit immer weiter erhöhen und es so Steuerpflichtigen erschweren, in die Steuerehrlichkeit zurückzukehren. Gegen die vorstehend genannte Auffassung führt *Dr. Adick* ins Feld, dass die Steuernachschau ohne förmliche Anordnung erfolgt und sie lediglich punktuellen Prüfungscharakter habe. Außerdem würde – folgte man der entgegengesetzten Auffassung – eine folgenschwere Infektionswirkung der Sperrgründe für Veranlagungszeiträume eintreten, die an sich nicht von der Nachschau erfasst sind. Der mit einer Nachschau auch beabsichtigte Impuls an den Steuerpflichtigen, sein steuerliches Erklärungsverhalten nochmals zu reflektieren, schlägt letztlich fehl. Denn auch wenn der Steuerpflichtige anlässlich einer Nachschau weiteren Korrekturbedarf erkenne, bestehe das Risiko, dass eine Korrektur als gesperrt angesehen werde.

Hinsichtlich des § 398a AO zeige sich in der Praxis aus der Sicht von *Dr. Adick* eine bedenkliche Entwicklung. Häufig würde „holzschnittartig“ mit dem Wortlaut argumentiert, wonach *jeder* Beteiligte 5 % zahlen müsste. Diese Auffassung leide an einem systematischen Widerspruch zum Rest des Selbstanzeigerechts. § 371 Abs. 3 AO mache die Wirksamkeit der Selbstanzeige davon abhängig, dass der Beteiligte „die zu seinen Gunsten hinterzogenen Steuern nachentrichtet“. Dieses Merkmal müsse nach *Dr. Adick* auch in § 398a AO hineingelesen werden. Andernfalls käme es zu nicht sachgerechten Ergebnissen bei steuerlichen Verfehlungen in Unternehmen. Um dies zu bekräftigen schildert *Dr. Adick* das folgende Beispiel: Die Verantwortlichen der X-AG (3 Vorstände, Leiter Steuern, Leiter Rechnungswesen) erstatten auf anwaltlichen Rat Selbstanzeige für Verkürzungen von Umsatzsteuer, die den Anfangsverdacht bedingt vorsätzlichen Verhaltens begründen könnten. Verkürzt wurden 15 Mio. €. Bevor er die steuerstrafrechtliche Würdigung vornimmt, betont *Dr. Adick*, dass das Unternehmen selbstverständlich die bislang nicht abgeführten Steuern inkl. der angefallenen Zinsen nachzahlen müsse. Außerdem – und dies sei eine zunehmend zu beobachtende Tendenz – könne eine Geldbuße nach § 30 OWiG festgesetzt werden. Um bei Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt (§ 398a AO), gleichwohl einer Steuerstrafbarkeit zu entgehen, müsste im Zweifel jeder Verantwortliche 750.000 € bezahlen (5 % auf Nominalbetrag der verkürzten Steuern). Dies lasse die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Einzelnen vollkommen außer Betracht. In der Regel könne ein Mitarbeiter eines Unternehmens einen solch immens hohen Betrag nicht bezahlen. Außerdem berücksichtige diese Lesart nicht die individuelle Verantwortlichkeit der Personen für die Ressorts im Unternehmen. Schließlich führt *Dr. Adick* einen systematischen Widerspruch zu § 153a StPO an. Diese Vorschrift berücksichtige nämlich sowohl wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten als auch den individuellen Verschuldensgrad. Außerdem seien Strafrahmenverschiebungen und Strafmilderungsgründe bei der Zumessung der Geldauflage zu berücksichtigen.

Als letzten Punkt seines Impulsreferates geht *Dr. Adick* auf das Verhältnis zwischen § 30 OWiG und § 398a AO ein. Er wirft die Frage auf, ob die Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 OWiG ausgeschlossen ist, sofern das steuerstrafrechtliche Verfahren im Sinne des § 398a AO abgeschlossen wurde. Der Wortlaut von § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG „[...] aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann [...]“ weise jedenfalls darauf hin. Dagegen wird angeführt, dass § 398a AO der Regelung in § 153a StPO nachempfunden ist. Dort fände allerdings kein Ausschluss statt. Folgerichtig gelte dies auch für § 398a AO. Aus der Sicht von *Dr. Adick* fehle diesem Ansatz aber die nötige Begründungstiefe. Mit *Hunsmann* (PStR 2013, 91, 93) sehe er § 398a AO als Strafverfolgungshindernis an, dessen Nichtvorliegen im gerichtlichen Verfahren als negative Sachurteilsvoraussetzung zu prüfen ist. Er schließt sich ferner der Auffassung von *Reichling* (NJW 2013, 2233, 2235) an, der, so *Dr. Adick*, als erstes pointiert formuliert habe, dass der Gesetzgeber nach einem abgeschlossenen Verfahren nach § 398a AO nicht noch die Festsetzung einer Geldbuße habe ermöglichen wollen. Vor dem Hintergrund des oben geschilderten Beispiels drohe in manchen Fällen ein „Bebußungsexzess“. Neben den Zinsen müsse jeder Tatbeteiligte für die Zwecke § 398a AO 5 % bezahlen. Hinzu kommt noch eine Geldbuße nach § 30 OWiG. Für eine Rechtsgutsverletzung würden auf diese Weise mehrere Rechtsträger „bebußt“ und so zu teils drastischen Strafen herangezogen. Dies widerspreche, so *Dr. Adick*, dem, was ansonsten im Strafrecht üblich und sinnvoll ist. Als letztes Argument führt *Dr. Adick* an, dass sich die Ähnlichkeiten zu § 153a StPO in Grenzen hielten. Ein gravierender Unterschied sei beispielsweise, dass die Behörde bei der Festsetzung der „5 %“ kein Ermessen habe und ferner kein Gericht beteiligt würde.

Dr. Adick schließt sein Impulsreferat mit der Darstellung des Nebeneinanders von § 398a AO und § 30 OWiG in Unternehmenssituationen, das durchaus zu Konfliktsituationen führen könne. Für Unternehmen sei § 398a AO günstiger, da hierdurch § 30 OWiG gesperrt würde. Für die individuell Verantwortlichen sei hingegen vermutlich in den meisten Fällen § 153a StPO günstiger, weil sie an dieser Stelle mit einer oft deutlich günstigeren Auflage als dem „5 %-Betrag“ aus § 398a AO zu rechnen haben.

IV. Diskussion

Die Podiumsdiskussion wird durch eine Frage aus dem *Publikum* zu einer von *Herrn Herrmann* im Zusammenhang mit § 398a AO angesprochenen Problematik, namentlich der Kumulierung des Strafzuschlages bei mehreren Beteiligten, eröffnet. *In concreto* wurde ein Fall mit 28 Beteiligten geschildert und die Möglichkeit in den Raum gestellt, nur für 2 Beteiligte Berichtigungserklärungen abzugeben und im Übrigen die Erklärung auch im Namen der 26 anderen Beteiligten (Stichwort: Innenvollmachten) abzugeben. *Dr. Weinreich* stuft dieses Vorgehen als durchaus problematisch und bisher ungelöst ein. *Dr. Adick* erweitert um den Aspekt, dass jedenfalls die Setzung einer Nachzahlungsfrist nicht unbedingt gegenüber sämtlichen Beteiligten erforderlich sei.

1. Reichweite der Selbstanzeige

Prof. Dr. Seer bittet anknüpfend an diese vorab eingeschobene Einzelfrage im Folgenden die Diskussion strukturiert zu gestalten und dabei insbesondere die in den Impulsreferaten angelegten Problemkreise zu diskutieren. Beginnen möchte er mit der Reichweite der Selbstanzeige als eine Art „steuerartübergreifende Lebensbeichte“. *Prof. Dr. Seer* eröffnet dieses Problemfeld mit dem Regelungsziel der Neuregelung aus dem Blickwinkel federführender Politiker. Jenes erschöpfe sich vor allem in der Reaktion auf spektakuläre mediale Einzelfälle und auf die Vermeidung einer Teilselbstanzeigen-Taktik. Im Grunde hält er dies für nachvollziehbar, da die gewünschte Straffreiheit auch nur dann zu rechtfertigen sei, wenn der Stpfl. sämtliche Vorgänge offenlegt. *Prof. Dr. Seer* stellt daraufhin die Frage zur Diskussion, wie die Bewertung der Neuregelung im Zusammenhang mit einkommensteuerrechtlichen Sachverhalten einzustufen sei.

Dr. Weinreich bekräftigt die Ausführungen in Ansehung der eingeschränkten Sichtweise des Gesetzgebers. Die medialen Einzelfälle entsprechen nicht der täglichen Wirklichkeit. Diese ist vor allem auch durch „schlichte Schlampereien“ geprägt und damit nicht zu vergleichen mit den Fällen, die der Gesetzgeber scheinbar überwiegend vor Augen hatte.

Prof. Dr. Seer wirft sodann die Frage in den Raum, ob es damit zutreffend sei, dass die Selbstanzeige hauptsächlich im Umfeld der Anmeldesteuer Probleme aufwirft und im Kontext direkter Veranlagungssteuern wenig Problemfelder biete.

Herr Herrmann nimmt diesen Aspekt auf und weist darauf hin, dass auch im Zusammenhang mit Ertragsteuern durchaus Problempotential vorhanden sei. So seien z.B. ca. 50 % der Selbstanzeigen im Bereich der Ertragsteuern insbesondere aufgrund schlechter Bankbescheinigungen als unvollständige Selbstanzeige nicht wirksam. Aus dem *Publikum* wird daraufhin die Frage gestellt, wie die Ansicht der Finanzverwaltung zu solchen *undolosen* Selbstanzeigen (unbewusste Unvollständigkeit der Selbstanzeige) sei. *Herr Herrmann* erörtert, dass es eine *undolose* Selbstanzeige zwar geben könne, diese aber von einer sehr genauen Prüfung des Kenntnisstandes des Stpfl. abhängen würde.

Prof. Dr. Seer greift diesen Aspekt auf und fragt, wie in der Praxis die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vorgenommen wird. *Dr. Adick* führt dazu kritisch aus, dass die Praxis primär auf die Höhe des hinterzogenen Betrages abstellt und auch die Strafkammern die Ansicht zugrunde legen, dass eine gewisse „steuerliche Allgemeinbildung“ in der Gesellschaft vorhanden sei, deren Verstoß den Vorsatz scheinbar indiziere. *Prof. Dr. Seer* wirft daraufhin die Frage auf, ob der Vorsatz damit im Ergebnis nicht ausgeblendet werde. *Dr. Szesny* konkretisiert die Frage, indem er sich direkt an *Herr Herrmann* mit dem Einschub wendet, wie die Finanzbehörden den subjektiven Tatbestand sehen. *Herr Herrmann* stimmt den Einschätzungen im Ergebnis zu und merkt an, dass die Finanzgerichte den subjektiven Tatbestand mehr mit einbeziehen als die Strafgerichte. *Prof. Dr. Seer* zeigt sich dieser Anmerkung *Herr Herrmanns* gegenüber erstaunt und fragt nach einem Grund für diese abweichende Prüfungsdichte. *Herr Dr. Weinreich* merkt an, dass es wohl an der unterschiedlichen Fallstruktur beider Gerichte liegen könnte; die überwiegenden Fälle bei den Strafgerichten seien Alltagsfälle ohne derartige Vorsatzprobleme.

Aus dem *Publikum* wird daraufhin die Frage gestellt, was im Rahmen einer Selbstanzeige z.B. im Falle eines Schweizer Bankkontos vorgetragen werden müsse, wem die Ermittlungen obliegen, und was genau aus den oftmals schwer verständlichen Bankauszügen steuerrechtlich zu schlussfolgern sei. *Dr. Weinreich* schlägt einen entsprechenden Sicherheitszuschlag als Lösung für das dargebotene Problem vor. *Prof. Dr. Seer* greift den aus dem *Publikum* vorgetragenen Aspekt auf und konkretisiert die Fragestellung dahingehend, ob es ausreichend sei, alle Bankdokumente bei den Finanzbehörden abzuliefern oder ob ein mehr des Stpfl. erforderlich sei. *Herr Herrmann* zieht vergleichend die Jahreserklärung heran, in der ebenfalls eine eindeutige Einordnung dem Grunde und der Höhe nach erforderlich sei. Das gesamte Material allein in Form sämtlicher Bankdaten reiche damit grundsätzlich nicht aus. Diese Arbeit obliege weiterhin dem jeweiligen Stpfl. und könne nicht auf die Finanzbehörden abgewälzt werden. Aus dem *Publikum* wird anschließend die Frage an *Herr Herrmann* gerichtet, wie genau die Finanzbehörden die Bankunterlagen (Ertragnisaufstellungen, Depotauszüge) überhaupt auf ihre zutreffende Umsetzung im Rahmen einer Selbstanzeige überprüfen. *Herr Herrmann* führt aus, dass dies jedenfalls geprüft werde. Jedoch seien v.a. die Ertragnisaufstellungen oftmals nur schwer zu beurteilen, so dass die Prüfung der Depotauszüge in den Fokus rücken würde. Allerdings sei auch insoweit keine Prüfung auf die „zweite Kommastelle“ möglich.

Aus dem *Publikum* wird der Fall eines Erben vorgetragen, der zwei Jahre nach Anfall der Erbschaft die Steuerhinterziehung des Erblassers entdeckt und erst zu diesem Zeitpunkt sämtliche betreffende Bankunterlagen an die Finanzbehörden schickt. *Herr Herrmann* konstatiert, dass es auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Erben ankommt. Aus dem *Publikum* wird ergänzend zur Frage gestellt, was die Finanzbehörden in derartigen Fällen an Präzision für die erste Selbstanzeige verlangen. *Herr Herrmann* greift diesen Aspekt erneut auf und führt aus, dass zumindest eine zu beziffernde Summe erforderlich sei, da es sich sonst lediglich um eine bloße Ankündigung einer Selbstanzeige handle. *Prof. Dr. Seer* merkt an, dass im Gesetz lediglich die Vollständigkeit stehe, von der Angabe einer Zahl sei keine Rede.

Prof. Dr. Seer erweitert die Diskussion daraufhin um den Aspekt einer informellen Kontaktaufnahme im Vorfeld einer Selbstanzeige und fragt nach dem Vorgehen der Beraterschaft in solchen Fällen. Aus dem *Publikum* wird angemerkt, dass ein derartiges Vorgehen mit einigem Risiko verbunden sei, da es insoweit keine einheitliche Linie der Finanzbehörden zum Umgang hiermit gebe. Ergänzend wird seitens *Dr. Szesny* darauf hingewiesen, dass das vorab Zugesagte oftmals nicht justiziabel sei. Von einer Vorgehensweise über eine informelle (Vorab)Absprache rate er daher aufgrund der ihr innewohnenden geringen Verlässlichkeit ab. *Herr Herrmann* merkt an, dass die in den Ländern unterschiedliche Organisation bei der Bearbeitung der Selbstanzeigen entscheidend sei. Nicht in allen Ländern seien spezielle Zuständigkeiten für die Selbstanzeigenbearbeitung eingerichtet worden, so dass sich in Spezi-

alteams besonderes Wissen ansammele. Eine Zusage der Veranlagungsstelle sei weniger sicher als die eines entsprechend ausgebildeten Spezialteams, weil man in der Veranlagung die steuerstrafrechtlichen Besonderheiten oftmals nicht überblicke.

2. Selbstanzeige und Umsatzsteuer

Prof. Dr. Seer leitet anschließend zu den Aspekten der Umsatzsteuer über und nimmt hierbei Bezug auf die verschiedenen Illustrationen von *Herr Herrmann*. Wie *Herr Herrmann* bereits in seinem Impulsreferat habe anklingen lassen, sei in nächster Zeit leider nicht mit einer Entpönalisierung von steuerlichen Verfehlungen im Bereich der Umsatzsteuer zu rechnen. Er, *Herr Herrmann*, habe die Hoffnungen von *Prof. Dr. Seer* enttäuscht, die Maßgabe der Vollständigkeit erst auf die Jahreserklärung und nicht bereits auf jede Voranmeldung zu beziehen. In einem Massengeschäft wie der Umsatzsteuer könne ferner nur schlechterdings der Vorsatz begründet werden, wenn beispielsweise ein einzelner, möglicherweise grenzüberschreitender, Geschäftsvorfall nicht korrekt in der Voranmeldung erfasst ist. Beinahe absurd sei es, sogar bei der verspäteten Abgabe von Voranmeldungen in die Gefahr einer Strafbarkeit zu kommen. Eine solche Pönalisierung verhindere letztlich auch *compliantes* Verhalten. An dieser Stelle würde sich auch die Frage stellen, ob die geltende Regelung von § 370 AO unter einem strukturellen Vollzugsdefizit leide. Nach den beiden hierzu vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ergangenen Entscheidungen wirke ein solches auf die betroffene Norm zurück und führe schließlich zu ihrer Verfassungswidrigkeit. Wenn im Rahmen des Vollzugs von § 370 AO aufgrund von personellen Kapazitätsgrenzen nicht mehr den tragenden strafrechtlichen Prinzipien Rechnung getragen werde und es so zu einer Massenpönalisierung komme, bewege sich die Norm in die Richtung einer Verfassungswidrigkeit. In umgekehrter Hinsicht stehe selbstverständlich die Frage im Raum, ob diejenigen, die tatsächlich Steuern hinterziehen, vom Vollzug erfasst werden oder diesem entgehen. Für den ersten Fall bedürfe es wohl des Ventils des § 371 AO um einer Verfassungswidrigkeit zu entgehen. Die Regelung über die Selbstanzeige müsste dann aber so breit gefasst sein, dass sie auch die Massenfälle von Umsatz- und Lohnsteuer erfassen kann. Auch wenn das BVerfG das Institut des „strukturellen Vollzugsdefizits“ bislang nur auf materielle Steuernormen angewendet hat, müsste es nach der Auffassung von *Prof. Dr. Seer* wohl bei Regelungen des Strafrechts erst recht gelten. Diesen Aspekt vermisse er in der aktuellen Diskussion. *Prof. Dr. Seer* schildert aus einer gemeinsamen Begegnung mit dem ehemaligen Vorsitzenden des ersten Strafsenats, dass die Strafrichter wohl nie die Fälle des *normalen* umsatzsteuerlichen Massenverfahrens vor Augen hätten. Vielmehr dächten diese an Umsatzsteuerkarusselle, Zigarettenschmuggel usw. Dies zeige einmal mehr, dass die Steuerstrafrichter oft nicht das nötige Verständnis für das formelle und materielle Steuerrecht hätten. Letztlich könnten solcherart Unzulänglichkeiten des deutschen Straf- und Steuerrechts auch zu Standortfragen führen.

3. Selbstanzeige und Tax Compliance

Fraglich sei, inwiefern in Zukunft komplexe *Compliance*-Strukturen dabei helfen könnten, sich angesichts einer möglichen Strafverfolgung zu exkulpieren. *Dr. Adick* kann aus der Beratungspraxis berichten, dass in den Unternehmen ein sehr großes Bedürfnis nach *Compliance*-Strukturen vorhanden ist. Im Ergebnis seien die Unternehmen an Rechtssicherheit interessiert und wollten hierfür auch investieren. Die Umsetzung erfolge meistens auf der Basis von EDV-Systemen, die verschiedene Bereiche miteinander verbinden und bei Auffälligkeiten Meldung machen. Es sei aber nicht zu erwarten, dass durch eine entsprechende Dokumentation dieses Vorgangs *per se* der Vorsatz bei den zuständigen Personen hinsichtlich etwaiger Steuerstraftaten verneint würde. Die Ergebnisse der Dokumentation müssten sich aber gemeinsam mit verschiedenen Zuständigkeitsabgrenzungen der Mitarbeiter dahingehend auswirken, dass nur noch für das jeweilige Ressort bestraft werden könne. Eine Stimme aus dem *Publikum* bestätigt die Auffassung von *Dr. Adick*. Danach beschränke sich *Tax Compliance* bisher allerdings vielfach darauf, die steuerlichen Pflichten nicht nur zu erfüllen sondern dies auch zu dokumentieren. Teils wird dies flankiert durch Prozesse, die beispielsweise gegenseitiges Quittieren vorsehen. Wirkungsvoll sei es, wie es *Dr. Adick* auch schon angeführt habe, Stellenbeschreibungen vorzunehmen. Auf diese Weise könne auch nachgehalten werden, wer für welchen Bereich/welche Gesellschaft welche Zeichnungsrechte inne hatte. All dies schaffe für den steuerlichen Berater Argumentationspotential, um den Vorsatz entfallen zu lassen. *Prof. Dr. Seer* fragt zurück, ob es angesichts dieser Ausführungen ratsam ist, prophylaktisch eine *Compliance*-Struktur zu etablieren, die aufzeigt, dass der Ge-

schäftsleiter alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, um Fehler zu vermeiden. Wenn gleichwohl ein Fehler gemacht würde, sei dies jedenfalls nicht strafrechtlich relevant. Die Stimme aus dem *Publikum* stimmt dem zu. Eine *Compliance*-Struktur regelt nicht nur beispielsweise die Zuständigkeit der Steuerabteilung für die korrekte Bearbeitung von Steuer-sachen, sondern trägt auch dafür Sorge, dass ebendiese Bearbeitung in korrekter Form überwacht werde. Dies geschehe durch entsprechende Prozesse auf deren Grundlage sich ein Geschäftsleiter möglicherweise exkulpieren kann. Die gesamte Entwicklung auf diesem Gebiet stehe aber noch am Anfang.

Dr. Rübenstahl übt Kritik daran, dass regelmäßig nicht gegen die im Unternehmen *sachlich* Verantwortlichen sondern direkt gegen die Unternehmensleiter (Vorstände, Geschäftsführer) steuerstrafrechtlich ermittelt würde. Dies geschehe auch in Fällen, in denen erkennbar nicht die Unternehmensleitung für die Verfehlung verantwortlich ist. Die Ermittlungsbehörden sollten sich darüber im Klaren sein, welche faktischen Folgen das Bekanntwerden eines Ermittlungsverfahrens gegen die Unternehmensleitung haben kann. Diese Reflektion fände nur allzu selten statt. *Herr Herrmann* repliziert darauf, dass das Steuerstrafrecht seiner Wahrnehmung nach bei Unternehmensjuristen eher stiefmütterlich behandelt werde. Außerdem seien zu Beginn eines steuerlichen Ermittlungsverfahrens nie die *zuständigen* Mitarbeiter eines Unternehmens bekannt. Erst im Verlauf eines solchen Verfahrens ergäben sich für die Ermittlungsbehörden die jeweiligen Unternehmensstrukturen anhand derer die tatsächlich Verantwortlichen ausgemacht werden können. Daher bliebe zunächst nichts anderes übrig, als gegen die Unternehmensleitung zu ermitteln. Darüber hinaus hat *Herr Herrmann* immer wieder feststellen müssen, dass es in den Unternehmen an der nötigen Sensibilisierung für steuerstrafrechtliche Belange fehlt. *Dr. Adick* kann diese weitgehende These von *Herr Herrmann* nicht nachvollziehen; seiner Ansicht nach mangle es nicht an einer fehlenden Sensibilisierung. Oft sei in den Unternehmen aber in dieser Hinsicht die Kommunikation zwischen Steuer- und Rechtsabteilung verbesserungsbedürftig. *Dr. Rübenstahl* stimmt dem grundsätzlich zu. Der alte Steuerfahrendenmann denke grundsätzlich in Zahlen, die ein steuerliches Risiko ausdrücken. Kategorien von Vorsatz und Fahrlässigkeit und die damit zusammenhängenden steuerstrafrechtlichen Aspekte blieben oft auf der Strecke. Ferner anerkennt er, dass in der Praxis das steuerstrafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen die Unternehmensleitung eingeleitet werden müsse. Seiner Erfahrung nach fehle es aber im Zuge dieses Verfahrens an der Bereitschaft der Ermittlungsbehörde, vom Anfangsverdacht in Bezug auf die Unternehmensleitung überzugehen auf die sachlich Verantwortlichen. Auch ein konkreter Sachvortrag ändere daran nichts. Er kritisiert weiter, dass die Ermittlungsbehörden dann lieber in Gänze von der weiteren Verfolgung Abstand nehmen als die Ermittlung auf die tatsächlich Verantwortlichen auszudehnen und zu intensivieren.

4. Rechtscharakter und Natur von § 398a AO

Prof. Dr. Seer leitet sodann über zu Rechtscharakter und Natur von § 398a AO. Die Grundidee ebendieser Vorschrift sei der *penalty*. Dieses Instrument stamme an sich aus einem Entpönalisierungssystem. Einem solchen System sei u.a. inhärent, dass steuerliche Verfehlungen „teuer gemacht“ würden, ohne dass der Unternehmensleiter unmittelbar steuerstrafrechtliche Sanktionen zu befürchten habe. Die Idee des Gesetzgebers sei wohl, so *Prof. Dr. Seer*, dass derjenige, der mittels einer Selbstanzeige nicht mehr strafbar wird, zwar nicht strafrechtlich verfolgt würde, aber *wenigstens* zahlen müsse. Es stelle sich die Frage, was § 398a AO letztlich ist: persönlicher Strafaufhebungsgrund oder *penalty* mit der Folge, dass die Regelung an sich im vorderen Teil der AO hätte verortet werden müssen. Dies sei auch wichtig für die Frage der „Mehrfachzahlung“. *Dr. Weinreich* weist auf die Entstehungsgeschichte zu § 398a AO hin. Im Zuge der Neufassung von § 371 AO und der Einführung von § 398a AO sei sogar darüber angedacht worden, die Selbstanzeige *in toto* abzuschaffen. Schließlich sollte diese Möglichkeit für „den kleinen Mann“ aber gangbar bleiben. Wenn aber auch den Unternehmen des Privileg der Selbstanzeige zu Teil würde, dann – so der vermeintliche Wille des Gesetzgebers – sollten diese wenigstens in finanzieller Hinsicht für den entstandenen Schaden einstehen. Im Gesetzgebungsverfahren habe sich vermutlich niemand gefragt, ob es zu Fällen kommt, in denen verschiedene Beteiligte den „5 %-Betrag“ mehrfach zahlen müssen. Seinem Wesen nach sei § 398a AO wohl eher als steuerliche Nebenleistung intendiert gewesen.

Dr. Weinreich ist weiter der Auffassung, dass eine Gleichsetzung von § 153a StPO und § 398a AO nicht statthaft ist. Dafür spreche schon, dass § 398a AO einen Pauschalbetrag fordere.

Anders als bei § 153a StPO entschieden weder Richter noch Staatsanwalt über die genaue Höhe des zu zahlenden Betrages. Die pauschale Größe von 5 % führe zu teils absurden Zahlungslasten, was man an Fällen mit hoher Bemessungsgrundlage, wie häufig in der Umsatzsteuer, bemerken könne. Eine weitere offene Frage sei, welchen Rechtsweg der betroffene Steuerpflichtige wählen müsse, um gegen eine „Anordnung“ nach § 398a AO vorzugehen. Auch nach der Ansicht von *Dr. Adick* habe § 398a AO keinen strafrechtlichen Charakter; die Norm beinhalte vielmehr eine steuerliche Nebenleistung. Dies bestätige auch der Wortlaut nach dem „von der Strafverfolgung abgesehen“ wird; eine Straffreiheit sei dies freilich nicht. Auch ihm ist nicht klar, wie der Steuerpflichtige in diesen Fällen die nötige Rechtssicherheit erlangt. Ob das „Absehen von Strafverfolgung“ lediglich durch eine Verfügung der Ermittlungsbehörde dokumentiert wird oder dem Steuerpflichtigen mit Außenwirkung mitgeteilt wird, ist *Dr. Adick* für den Moment ebenso ungewiss. Eine von dogmatischen Widersprüchen freie Lösung wäre es gewesen, den Hinterziehungszins auf 10 % festzusetzen.

Herr Herrmann setzt an dieser Stelle ein und schildert seine Erfahrungen aus der Sitzung des Finanzausschusses, in der der entsprechende Gesetzesentwurf beraten wurde. Ein plakatives, aber letztlich falsches Argument war es, dass derjenige, der – ohne eine Steuerhinterziehung zu begehen – Steuern zu entrichten habe, ihm hierfür aber die finanziellen Mitteln fehlen, insgesamt 12 % p.a. zahlen müsse. Derjenige hingegen, der Steuern hinterzogen hat, müsse hingegen nur 6 % p.a. zahlen. Dies habe im Gesetzgebungsverfahren Widerstand gefunden. Daher sei § 398a AO in das Gesetz gekommen. Aktuell würde die Vorschrift täterbezogen und nicht tatbezogen ausgelegt werden mit der Folge, dass *alle* Beteiligten zahlen müssten. Eine Klarstellung hin zu einer tatbezogenen Auslegung wäre aus der Sicht von *Herr Herrmann* gesetzgebungstechnisch leicht umsetzbar. Damit einher ginge die Kodifikation in Form einer steuerlichen Nebenleistung, womit beim Gesetzgebungsverfahren der Bundesrat beteiligt werden müsse.

Dr. Borggräfe weist auf den Wortlaut von § 398a Nr. 1 AO hin. Seiner Auffassung nach lässt sich aus einer Zusammenschau der dort normierten Tatbestandsmerkmale schließen, dass *Täter* nur *eine* Person sein könne. U.a. führt er an, dass die hinterzogenen Steuern auch nur einmal entrichtet werden könnten. *Herr Herrmann* weist dagegen auf den davorstehenden Halbsatz hin, in dem es heißt „der Täter“. Dies wiederum könnten mehrere Personen sein, die dieselbe Steuer hinterzogen haben. Nach *Dr. Borggräfe* könne es aber trotzdem nur *einmal* die hinterzogene Steuer geben, worin *Herr Herrmann* eine weitere Ungenauigkeit im Gesetzestext erkennt, die allerdings nicht allein steht. Er weist daher ferner auf den Fall des GmbH-Geschäftsführers hin, der zu *seinen* Gunsten überhaupt keine Steuer hinterziehen würde. Noch deutlicher werde dies beim sog. Fremdgeschäftsführer. Unklar ist anhand des Wortlauts das weitere strafrechtliche Schicksal des Geschäftsführers, für den die GmbH den Zuschlag auf die hinterzogene Steuer zahlt.

Prof. Dr. Seer zieht ein Zwischenfazit. § 398a AO sei offenbar „mit heißer Nadel“ gestrickt worden. Der Gesetzgeber habe wohl nicht eine Multiplikation in der Form gewollt, dass alle Beteiligten den „5 %“ Betrag bezahlen müssten. Mit § 398a AO sollte schlicht eine Verteuerung eingeführt werden. Vor dem Hintergrund des Wortlauts und des Sachzusammenhangs könne man aber auch eine andere Auffassung vertreten. *Dr. Weinreich* ergänzt schließlich, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der Vorschrift vermutlich nur den Einzelsteuerstraftäter vor Augen gehabt habe. An Fallgestaltungen mit Unternehmensbezug habe vermutlich niemand gedacht.

V. Schlusswort und Ausblick

Prof. Dr. Seer ist gespannt, wie sich der Bereich des Steuerstrafrechts in Zukunft weiterentwickeln wird. Trotz vieler Ungenauigkeiten, von denen einige heute thematisiert wurden, müsse sich die Praxis wohl mit den geltenden Regelungen arrangieren. Er sehe aktuell weder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen eines möglichen strukturellen Vollzugsdefizits oder des Bestimmtheitsgebots noch einen Vorstoß des Gesetzgebers. Er bedankt sich im Namen des Kompetenzzentrums Steuerrecht und der WisteV bei den Referenten, den Podiumsdiskutanten und allen anwesenden Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Veranstaltung.

Zukünftige Termine des Bochumer Steuerseminars finden Sie unter www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de im Bereich Forschungsinstitut/Bochumer Steuerseminar.

Rezensionen

Rechtsanwalt Christian Rosinus, Frankfurt a. M.

WisteV-Preis 2014: Dr. Stefan Petermann: Die Bedeutung von Compliance- Maßnahmen für die Sanktionsbegrün- dung und -bemessung im Vertragskon- zern

Der WisteV-Preis für die beste wirtschaftsstrafrechtliche Arbeit mit Praxisbezug wurde für das Jahr 2014 an Herrn Rechtsanwalt Dr. Stefan Petermann für seine Dissertation „Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern“ verliehen. Die Arbeit ist an der Universität Konstanz im Rahmen eines DFG geförderten Forschungsprojekts „Sanktionsdurchgriff im Konzernverbund“ entstanden und wurde im Jahr 2012 fertig gestellt. Die Betreuung erfolgte durch Herrn Prof. Dr. Hans Theile, LL.M. Zweitgutachter war Prof. Dr. Jörg Eisele. Die Dissertation ist beim Nomos Verlag in der Reihe „Schriften zu Compliance“ erschienen.

Die Arbeit setzt sich mit dem bisher wissenschaftlich kaum aufgearbeiteten Thema der Sanktionierung einer Konzernobergesellschaft für Verstöße aus dem Bereich von Tochtergesellschaften auseinander. Die Arbeit ist insoweit rechtsgebietsübergreifend angelegt. Neben strafrechtlichen Regelungen spielen auch gesellschaftsrechtliche Regelungen des Konzernrechts eine erhebliche Rolle. Die behandelten Fragestellungen sind von großer praktischer Relevanz, weil in der Rechtspraxis der Strafverfolgungsbehörden häufig die Muttergesellschaft im Fokus der entsprechenden Ermittlungen und Sanktionierung steht. Entsprechende Problematiken ergeben sich daher nicht nur im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrechts unter Anwendung des weiten kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs, sondern auch im allgemeinen Wirtschaftsstrafrecht.

Inhaltlich konzentriert sich die Arbeit auf eine Analyse der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG und differenziert hier zunächst grundlegend zwischen Haftungsbegründung und -bemessung, wie bereits in der Einleitung aufgezeigt wird. Im ersten Kapitel „strafrechtliche Haftung des Verbands“ werden zunächst die Funktion und die Voraussetzungen von § 30 OWiG auch vor dem Hintergrund einer Diskussion um das Unternehmensstrafrecht dargestellt. Dabei erfolgt eine Analyse des wichtigen Zusammenspiels der §§ 9, 130, 30 OWiG und insoweit auch eine Auseinandersetzung mit der Abgrenzung zwischen Funktions- und Interessentheorie. Das zweite Kapitel „Aktien- und GmbH Konzerne auf vertraglicher Grundlage“ widmet sich der Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Vertragskonzerns, insbesondere auch bezogen auf die Weisungsrechte der Konzernobergesellschaft gegenüber der Geschäftsführung der jeweiligen als GmbH organisierten Tochtergesellschaften. Die Arbeit widmet sich im dritten Kapitel sodann einer Untersuchung des Zusammenspiels von „Compliance-Maßnahmen und Unternehmensorganisation“. Hierbei wird versucht, dem etwas unscharfen Begriff „Compliance“ auch unter Rückgriff auf das Aktienrecht Konturen zu geben und die entsprechenden Rechtsgrundlagen darzulegen. Zudem wird § 130 OWiG als zentrale Compliance-Norm näher beleuchtet und etwa eine Durchgriffshaftung nach § 130 OWiG auf die Konzernobergesellschaft abgelehnt. Besonders erwähnenswert ist die exemplarische Darstellung ausländischer Compliance-Pflichten für deutsche Unternehmen. Das vierte Kapitel befasst sich mit der „Haftungsbegründung im Vertragskonzern und Compliance-Maßnahmen“. Dabei werden ausführlich die Haftungskonsequenzen aus Vorsatztaten von Leitungspersonen und aus fahrlässigen Verstößen gegen Aufsichts- und Organisationspflichten erörtert. Bezüglich Letzterem wird etwa sehr instruktiv auf Fragen des erlaubten Risikos aber auch auf eine Überwachungsgarantenstellung der Leitungspersonen der Konzernmutter im einstufigen GmbH-Konzern eingegangen (die im Ergebnis bejaht wird). Im fünften Kapitel untersucht der Verfasser das Thema „Haftungsbegrenzung und Compliance-Maßnahmen“. Dabei lehnt der Autor eine haftungsentlastende Auswir-

kung von Compliance auf der Tatbestandsebene grundsätzlich ab. Dies lässt sich sicherlich mit guten Gründen bestreiten und entspricht auch nicht immer der Praxis, wird jedoch mit einer gut nachvollziehbaren Begründung unterlegt. Im besonders relevanten Bereich der Auswirkung von Compliance auf die Bußgeldbemessung differenziert der Verfasser zwischen Auswahl- und Entschließungsermessen, wobei häufig das Entschließungsermessen zur Festsetzung einer Verbandsgeldbusse gerade im Bereich der Abschöpfungsfunktion der Verbandsgeldbuße auf Null reduziert sein soll. Dies ist gut begründet, auch wenn man vor dem Hintergrund des praktischen Bedürfnisses, der rechtlichen Konzeption des § 30 OWiG und der Rechtslage in anderen (die Compliance-Diskussion in der Praxis maßgeblich prägenden) Jurisdiktionen (etwa USA) mit guten Gründen auch anderer Meinung sein kann. Das sechste Kapitel enthält eine „Zusammenfassung der Arbeit“ und deren Ergebnisse.

Zusammengefasst verbindet die herausragende Arbeit mit wissenschaftlichem Tiefgang noch nicht behandelte Fragen des Straf- und Gesellschaftsrechts und stellt aktuelle Bezüge zu praktisch relevanten Fragen der sich entwickelnden Compliance-Diskussion dar.

All dies prädestiniert die Arbeit in vorzüglicher Weise für den verliehenen WisteV-Preis 2014.

Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Mainz

Fritz van Calker: Strafrecht und Ethik

Duncker & Humblot reprints 2013, 35 Seiten, 13,90 €

Bei Van Calker's „Strafrecht und Ethik“ handelt es sich um einen Neudruck eines bereits 1897 erschienen Vortrags, den der damals an der Kaiser Wilhelms-Universität Straßburg lehrende Ordinarius vor der Generalversammlung des „Vereins zur Fürsorge für entlassene Gefangene des Bezirks Unter-Elsass“ hielt. Der Neudruck erfolgte im Rahmen des Projekts „Duncker & Humblot reprints“, in welchem Duncker & Humblot sich zum Ziel gesetzt hat, ausgewählte Fundstücke aus seinen 150 Jahren Verlagsgeschichte wieder verfügbar zu machen.

Van Calker vertritt die These, dass die wirksamste Bekämpfung des Verbrechens durch die „Einpflanzung ethischer Grundsätze“ geschehe. Dies müsse bei der Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmens ebenso wie bei der Wahl des konkreten Strafmaßes im Urteil und schließlich auch beim Vollzug der Freiheitsstrafe berücksichtigt werden. Darüber hinausgehend versteht er es aber als Aufgabe eines jeden Menschen, sittlich auf seine Mitmenschen einzuwirken.

Diese Thesen entwickelt er in vier Kapiteln. Im **ersten Kapitel** geht der Verfasser auf den Streit zwischen der klassischen (kriminal-anthropologischen) Schule von Lombroso und der neueren soziologischen Lehre Franz von Liszts ein. Es geht dabei um eine der Kernfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, nämlich die Frage des freien Willens, und der Rolle äußerlicher (sozialer und insbesondere wirtschaftlicher) Faktoren bei menschlicher Entscheidungsfindung. Van Calker vertritt eine vermittelnde Position: Lombrosos Kriminalitätstheorie tritt er mit dem überzeugenden Argument entgegen, dass Veranlagungen schon deshalb nicht Ursache für kriminelles Verhalten sein können, da die Klassifizierung von Verhalten als „kriminell“ nicht absolut ist, sondern vielmehr dem ständigen Wechsel der Rechtsanschauungen der Gesellschaft unterliegt. Die soziologische Schule lehnt van Calker zwar in ihrer Radikalität ebenfalls ab, weil sie den ethischen Begriff der persönlichen individuellen „Schuld“ – konsequenterweise – vollständig negiert (nicht der Einzelne, sondern die Gesellschaft ist schuld an dessen Handlung), womit unsere ethischen Grundbegriffe von Schuld, Sühne, Vergeltung und Gerechtigkeit ausgehebelt werden. Die sozialen Faktoren betrachtet van Calker jedoch insoweit als kausal für menschliches Handeln, als sie „Reize“ darstellen, die miteinander im Wertesystem des Individuums konkurrieren, dessen Entscheidung damit weder vollkommen willensfrei im Sinne von willkürlich („liberum arbitrium indifferentiae“) noch absolut determiniert ist. Diese Reize sind zwar grundsätzlich geeignet, kausal eine Willensentschließung herbeizuführen, doch ob sie tatsächlich für die Handlung des Individuums kausal werden, hängt von dessen eigenen Wertvorstellungen ab.

*Willensfreiheit oder
Determinismus?*

Ethische Erziehung als Mittel der Verbrechensbekämpfung

Den Reizen setzt van Calker „Gegenvorstellungen“ oder „Hemmungsvorstellungen“ gegenüber, die bewirken, dass das Individuum sich aufgrund übergeordneter Werte trotz des bestehenden Anreizes letztlich gegen die Begehung einer (kriminellen) Handlung entscheidet. Damit hält es van Calker für möglich, die Begehung von Straftaten durch Erzeugung solcher Hemmungsvorstellungen zu verhindern. Den Inhalt der sog. Hemmungsvorstellungen sieht van Calker im Bewusstsein des Widerspruchs zur rechtlichen und sittlichen Norm, wobei die ethischen Normen in viel höherem Maße als richtige von der Gesellschaft gebilligt würden als die juristischen. Als Lösung zur Verbrechensverhinderung empfiehlt der Verfasser die „Einpflanzung“ ethischer Grundsätze. Diese Aufgabe sieht er insbesondere in der Erziehung (**Kapitel II**), die er im Hinblick auf ihre zunehmende Betonung der Vermittlung reinen Wissens gegenüber der Anerziehung ethischer Verhaltensweisen heftig kritisiert. Eine besondere Bedeutung weist er dem (christlichen) Religionsunterricht zu.

Ethik und Strafrecht

Welche Rolle die ethische Erziehung konkret im Strafrecht spielen soll, wird in **Kapitel III** erläutert. Neben dem Ziel der Generalprävention sieht van Calker den Zweck der Strafe in der gerechten Vergeltung der Schuld. Dabei müsse der Staat dem Naturgesetz folgen, dass jedem Lebewesen beschieden sei, „die Vorteile zu genießen und die Nachteile zu erdulden, die sich unter vorhandenen Verhältnissen aus seiner konkreten Eigenart ergeben“. Hieraus folgert der Verfasser im nachfolgenden **Kapitel IV**, dass für die Bemessung der Strafe neben der durch die Handlung herbeigeführten Interessenverletzung, also des verursachten Schadens, die „verbrecherische Gesinnung“, und damit der Mangel an ethischen Motiven, ins Gewicht fallen müsse. Er bezieht sich auf die damals geltende Fassung des § 20 StGB, die zwischen Zuchthaus für ehrlose Gesinnung und Festungshaft für ehrenhafte Gesinnung unterschied. Diese gesetzgeberische Entscheidung befürwortet van Calker und geht noch weiter, indem er empfiehlt, für alle Delikte, die überhaupt mit Freiheitsstrafe belegt werden sollen, die wahlweise Androhung einer entehrenden und einer nicht entehrenden Freiheitsstrafe auszusprechen, wobei der Ausschlag in die eine oder andere Richtung maßgeblich von der Gesinnung des Täters abhängen soll. Van Calker schließt seinen Vortrag mit einem schon missionarisch anmutenden Appell an die Allgemeinheit, auf seine Mitmenschen sittlich und erzieherisch einzuwirken.

Aktualität

Die über einhundert Jahre zurückliegende Abhandlung behandelt damit zwei zeitlose Themen, zum einen die Frage der Freiheit des Willens als Grundvoraussetzung für strafrechtliche Verantwortlichkeit, zum anderen die Rolle einer ethischen Gesinnung, sowohl bei der Begehung von Straftaten als auch bei der staatlichen und gesellschaftlichen Reaktion auf dieselben.

Besonders die Frage der Willensfreiheit wird heute wie damals kontrovers diskutiert. Der Neurophysiologe Benjamin Libet konnte in Experimenten nachweisen, dass jeder bewussten Handlungsentscheidung eine Hirnaktivität vorausgeht, die die Handlung bereits festgelegt hat. Hirnforscher wie Wolf Singer und Gerhard Roth bestreiten auf Grundlage dieser Erkenntnisse die Existenz des freien Willens überhaupt und versuchen damit, unserem auf der Willensfreiheit und dem Schuldprinzip basierenden Strafrechtssystem die Grundlage zu entziehen. Wie sich an van Calker's Vortrag zeigt, ist dies keine neue Debatte. Die von ihm vertretene, vermittelnde Auffassung zur Willensfreiheit, die Kausalität äußerer Faktoren für menschliches Handeln zwar nicht gänzlich zu leugnen, dem Individuum aber dennoch einen freien Willen im Sinne einer Abwägung zwischen Reizen und Hemmungsvorstellungen zugestehen, erscheint auch heute noch, mindestens aus pragmatischer Sicht, vertretbar. Trotz der Erkenntnisse aus der Hirnforschung wird der auf Willensfreiheit gegründete, indeterministische Schuldbegriff weiterhin als herrschend im Strafrecht angesehen.

Van Calker's hieraus folgende Empfehlung zur stärkeren Einbeziehung der Gesinnung oder Moral oder Ethik (die Begriffe werden von ihm nahezu synonym verwendet) in das materielle Strafrecht und in den Strafvollzug stößt aus heutiger Sicht, insbesondere nach den Erfahrungen des Dritten Reiches, demgegenüber auf grundsätzliche Bedenken. Obgleich man sich nach 1945 bewusst von einem täterorientierten Gesinnungsstrafrecht abkehren wollte, blieb der Einfluss des täterorientierten NS-Strafrechts in vielen Normen des StGB erhalten, die man auch heute noch nur durch entsprechende teleologische Reduktion in verfassungsgemäßer Weise anzuwenden vermag (vgl. bspw. die 1941 eingeführten täterbezogenen Mordmerkmale in § 211 StGB oder den äußerst weiten Tatbestand der Untreue). Und auch neuerdings zeigt sich wieder eine Tendenz des Gesetzgebers, die Gesinnung des Täters zur Strafbarkeitsbegründung in bestimmten Fällen ausreichen zu lassen. Gerade im Be-

reich des Wirtschaftsstrafrechts wird durch Schaffung abstrakter Gefährdungsdelikte die Strafbarkeit ins Vorbereitungsstadium vorverlagert und damit keine konkrete Rechtsgutverletzung, sondern die bloße, sich in der abstrakt gefährlichen Handlung manifestierende rechtsfeindliche Gesinnung kriminalisiert. Im Staatsschutzrecht schließlich wird die staatsfeindliche Gesinnung per se zum kriminalisierenden Merkmal, wenn an sich wertneutrale Handlungen wie etwa das Einkaufen eines Handys strafbar werden, wenn sie „zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ erfolgen (vgl. § 89a StGB).

Vor diesem Hintergrund ist „Strafrecht und Ethik“ unbedingt lesenswert. Van Calcker präsentiert seine Thesen in klarer und gut verständlicher Sprache, sie regen zum Denken und Reflektieren an. Betrachtet man sie in ihrem geschichtlichen Kontext, vergrößert die Lektüre zudem das Verständnis für die der Publikation 1897 nachfolgenden, rechtshistorischen Entwicklungen.

Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln

Olaf Klemke/Hansjörg Elbs: Einführung in die Praxis der Strafverteidigung

3. Aufl. 2013, C.F. Müller, 426 Seiten, 39,99 €

Das in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ nunmehr in 3. Auflage erscheinende Werk von Olaf Klemke und Hansjörg Elbs erstreckt sich über nahezu 400 Seiten Fließtext und gliedert die Materie der Strafverteidigung in sechs Teile. Der Aufbau des Stoffes folgt logisch orientiert an der chronologischen Abfolge des Strafprozesses. Neben der am Verteidigerinteresse ausgerichteten Darstellung praxisnaher – nicht selten streitiger – Fragen fließt die Erfahrung der Autoren, beides gestandene Strafverteidiger, in 120 Vorformulierungen zu Standardproblemen enthaltende Muster ein. Ferner wurden die wichtigsten gerichtlichen Entscheidungen und Gesetzesänderungen bis Anfang 2013 berücksichtigt. In Bezug auf erstere sticht das ausführlich besprochene Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013 zur Verfassungsmäßigkeit von § 257 c StPO besonders heraus.

Die Ausführungen fangen mit einem 1. Teil an, welcher dem aus anwaltlicher Sicht notwendigerweise sehr wichtigen Eingangsschritt gewidmet ist, nämlich der Begründung des Verteidigungsverhältnisses durch das Mandat. Die Darstellung ist umfassend; im Rahmen der Erörterung des Wahlverteidigerverhältnisses werden beispielsweise eigentliche Selbstverständlichkeiten, die jedoch selbst in einer etablierten Strafverteidigerpraxis leicht vernachlässigt werden, erörtert. So wird die Notwendigkeit einer Entbindung des Verteidigers gegenüber den Verteidigern anderer Mitbeschuldigter sowie gegenüber möglichen Zeugen p.p. von der Schweigepflicht angemahnt. Gleichsam werden sogenannte „Mandatsbedingungen“ inklusive eines entsprechenden Musters vorgestellt; eine teilweise unberücksichtigte Notwendigkeit, da zumeist lediglich auf Zeichnung der Vollmacht hingewirkt wird. Bedenkt man jedoch mit den Autoren die finanziellen und haftungsrechtlichen Besserstellungen einer Mandatswahrnehmung im Rahmen von „Mandatsbedingungen“, sollte dem Rat zum Abschluss solcher Bedingungen gefolgt werden. Danach schließt eine ebenso ausführliche Darstellung der Pflichtverteidigung unter Hinweis auf das nach der Neuregelung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO landläufig bekannte Problem, welches unter dem Zitat „Beordnungsprostitution“ diskutiert wird, an.

Im 2. Teil folgen Abhandlungen zur Verteidigung in Ermittlungsverfahren. Dabei wird anfangs eine Differenzierung in vier Unterabschnitte nach dem jeweiligen Status des Mandanten vorgenommen, beginnend mit dem Mandant „auf freiem Fuß“. In diesem Zusammenhang wird unter kurzer Vorstellung der divergenten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten zu Recht angeraten, alles zu unternehmen, um Angaben des Mandanten zur Sache möglichst zu verhindern. Es schließen Erörterungen zum Verteidigungsverhalten bei Mandanten in Untersuchungshaft, in Polizeigewahrsam und schließlich zur Kontaktaufnahme zu dem „durchsuchten“ Mandanten an. Die angestellte Differenzie-

rung nach dem jeweiligen Mandantenstatus überzeugt, macht doch jede der verständlich dargestellten Situationen eine spezifische Vorgehensweise nötig. Im gerade für (Wirtschafts-)Strafverteidiger, deren Mandantschaft aufgrund ihres wirtschaftlichen und/oder öffentlichen Wirkens ein gesteigertes Interesse an der Vermeidung einer Hauptverhandlung hat, wichtigen Abschnitt zur Verfahrenseinstellung im Ermittlungsverfahren, wird der grundsätzlich treffende Satz formuliert: „Die ‚schlechteste‘ Einstellung im Ermittlungsverfahren ist besser als ein Freispruch.“ Angesichts des Hinweises auf die mit einer öffentlichen Hauptverhandlung einhergehenden seelischen Belastungen wird man mit den Autoren jedoch auch den Mandanten, die durch eine öffentliche Hauptverhandlung keine wirtschaftlichen Verluste oder gesellschaftliche Verwerfungen zu befürchten haben, eine Einstellung des Verfahrens sogar gegen Zahlung einer nicht unerheblichen Geldauflage nach § 153 a StPO plausibel machen können. Hier findet sich zudem der einem Mandanten stets ins Bewusstsein zu rufende Hinweis, die Zustimmung der Mandantschaft zu einer Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO beinhalte keinerlei Schuldeingeständnis sondern erfolge lediglich aus verfahrensökonomischen Gründen. Beim Thema „Äußerung des Mandanten zur Sache“ hätte schon an dieser Stelle, also beim Abschnitt Ermittlungsverfahren, ergänzt werden können, dass eine Einlassung neben damit gegebenenfalls verbundener Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153, 153 a StPO auch bei der Möglichkeit eines Strafbefehlsverfahrens nahe liegen kann. Denn auch durch das Strafbefehlsverfahren wird eine öffentliche Hauptverhandlung vermieden, was in den bereits angesprochenen Fällen wirtschaftsstrafrechtlicher Verteidigung ein zumeist essentielles, wenn nicht gar existentielles Verteidigungsziel ist. Der Hinweis auf diesen Vorteil des Strafbefehlsverfahrens erfolgt jedoch an späterer Stelle im 5. Teil des Werkes. Im Zusammenhang mit der Art und Weise eventueller Äußerungen zur Sache wird sogar dem Sonderproblem bzw. der Möglichkeit nachgegangen, eine schriftliche Einlassung des Beschuldigten zu den Akten zu reichen, um dann in der Hauptverhandlung im Rahmen eines Beweisantrags, dass der Beschuldigte in diesem Schreiben die dort enthaltene Einlassung abgegeben hat, eine Verlesung des Schriftstücks zu bewirken. Auch bleiben die Autoren den Hinweis auf die einem derartigen Vorgehen entgegenstehende Entscheidung BGH, NStZ 2008, 527 nicht schuldig. Unter Amtsaufklärungsgesichtspunkten bestünde aber dennoch die Möglichkeit einer Verlesung, mit der Folge, dass die gewünschte Festschreibung der Äußerung zur Sache für die Revisionsinstanz doch bewirkt werden könne. Der Teil schließt mit umfangreichen Hinweisen zur Abwehr strafprozessualer Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren und zur Verteidigung des inhaftierten Beschuldigten.

Der 3. Teil reflektiert in seiner Kürze die faktische Untergewichtung des Zwischenverfahrens aufgrund der teilweise „blinden Eröffnungspraxis“ vor allem der Strafrichter bei den Amtsgerichten. Diese Praxis wird kritisiert, widerspricht sie doch der theoretischen Ausgestaltung des Zwischenverfahrens als „Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“. Obwohl die Praxis – wie von den Autoren festgestellt –, der theoretischen Ausrichtung des Verfahrensabschnitts gewiss nicht immer gerecht wird, der Verteidiger im Zwischenverfahren also regelmäßig nur begrenzte tatsächliche Möglichkeiten der Einflussnahme hat, wird auf mögliche Anträge wegen Mangelhaftigkeit der Anklageschrift (vorrangiges Stichwort: „Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift“) dennoch eingegangen.

Da die praktische Wichtigkeit jedes Verfahrensabschnitts sich offensichtlich auch in dem Umfang der jeweiligen Teile widerspiegelt, verwundert die Größe des nun folgenden 4. Teils betreffend die Verteidigung in der Hauptverhandlung nicht. Letztere bildet – trotz einer nicht zu verkennenden Zunahme der Bedeutung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren – (wohl) immer noch den Schwerpunkt der Tätigkeit des Verteidigers. So ist dann auch fast die Hälfte des Werkes der Verteidigung in der Hauptverhandlung gewidmet. Folgerichtig beinhaltet der 4. Teil eine Vielzahl verschiedener Antragsmuster, die ein gutes Verteidigerarsenal aufweisen sollte, von speziellen Verteidigungsschriften über den Aussetzungsantrag wegen mangelhafter Ladung des inhaftierten Angeklagten, den Antrag zur Sitzordnung zum Zwecke der Durchführung einer Wahlgegenüberstellung bis hin zum Antrag auf Verlesung eines Vernehmungsprotokolls gem. § 253 Abs. 2 StPO zur Feststellung von Widersprüchen, um nur einige wenige zu nennen. Die schiere Anzahl der vorgestellten Antragsmuster und der umfangreiche erste Unterabschnitt betreffend die Vorbereitung der Hauptverhandlung lassen durchblicken, dass die Autoren entgegen eines gewissen Zeitgeistes für ein aktiv gestaltendes, nicht selten kontroverses Verteidigerverhalten insbesondere auch in der Hauptverhandlung optieren. Dieser Eindruck verstärkt sich durch die Abhandlung hinsichtlich der Verständigung im Strafverfahren. Die Verfasser sehen den „Deal“ sehr skeptisch, er

zerstöre den Strafprozess mit seinen „schützenden“ Formen und korrumpiere alle, die sich an ihm beteiligen; so könnten all jene, die ständig „dealten“, nicht mehr „streitig“ verhandeln. Würde die Praxis sich indes an die mit dem bereits benannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 257 c StPO noch einmal betonten Maßgaben der im Jahre 2009 in Kraft getretenen Regelungen zur Verständigung im Strafverfahren halten, wäre jedenfalls die „Zerstörung der [gewiss] schützenden Form des Strafprozesses“ nicht in gleichem Maße zu besorgen, wie dies mit dem derzeitigen Vollzugsdefizit der Fall ist. Anders sähe das natürlich aus, wenn man gleich den Autoren von einer Praxisuntauglichkeit des „Verständigungsgesetzes“ an sich ausginge. Die Frage, ob bei bestehenden Zweifeln an der Schuld seitens des Verteidigers oder bei Bestreiten der Schuld durch den Mandanten niemals die Eingehung einer Verständigung angeraten werden kann, obliegt der ethischen Beantwortung eines jeden Verteidigers. Ein Absolutheitsanspruch der These der Autoren hierzu wäre kritisch zu sehen.

Der 5. Teil des Buchs ist dem Strafbefehlsverfahren und dem beschleunigten Verfahren nach §§ 417 ff. StPO gewidmet. Hinsichtlich des letzteren wird zu Recht auf die rechtsstaatliche Bedenklichkeit hingewiesen. Ergänzend ist die Frage zu stellen, ob die Regelung zur notwendigen Verteidigung in § 418 Abs. 4 StPO angesichts der im Werk dargestellten Möglichkeit von weitreichenden Einschränkungen des Beweisantragsrechts und von Erleichterungen bei der Beweisaufnahme gem. § 420 StPO ausreichend ist. Bei unverteidigten Angeklagten wird erfahrungsgemäß allein durch richterliche „Aufklärung“ kein ausreichendes Bewusstsein geschaffen, welche Folgen eine Einverständniserklärung zu einem Vorgehen nach § 420 Abs. 1, 2 StPO hat. „Notwendig“ sollte die Verteidigung hier schon bei möglicher Geldstrafe ab 90 Tagessätzen sein.

Die im 6. Teil erfolgende Darstellung der Verteidigung im Rechtsmittelverfahren kann angesichts der Fülle strafrechtlicher Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, insbesondere auch angesichts des Revisionsrechts, und der Zielrichtung des Buchs als „Einführung“ zwangsläufig weder in der Breite noch in der Tiefe abschließend sein. Dieser Maßgabe folgend wird sehr übersichtlich ein weitgehender Überblick gegeben.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass das Werk sowohl für interessierte Studierende und Referendare als auch für Berufsanfänger vorzüglich als Einstieg in die Strafverteidigung geeignet ist. Die mannigfaltigen Muster bieten gerade für den Berufseinstieg wertvolle Orientierungshilfe. Die Eignung für besagten Personenkreis wird zugleich durch eine verständliche Sprache unterstrichen. Auf lange theoretische Ausführungen wird zugunsten der Knappheit und der Klarheit verzichtet. Dennoch bleibt nahezu kein praxisrelevantes Problem unerwähnt. Vielmehr werden reichlich Denkanstöße und Anregungen zur Vertiefung gegeben, was eine Lektüre des Buchs auch für erfahrene Strafverteidiger durchaus interessant macht. Schließlich kann auf diese Art der eine oder andere Fehler, welcher sich im Laufe der Jahre eingeschlichen hat, wettgemacht werden, wie auch Problembewusstsein angesichts in der Neuauflage berücksichtigter Gesetzesnovellierungen oder Rechtsprechungsänderungen geschaffen werden kann. Eine Kaufempfehlung ist demnach im Ergebnis nicht nur, aber gewiss allen voran, für Anfänger auszusprechen.

Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München

Anja Schmidt: Strafe und Versöhnung

Eine moral- und rechtsphilosophische Analyse von Strafe und Täter-Opfer-Ausgleich als Formen unserer Praxis

Duncker & Humblot, Berlin 2012, 271 Seiten, 69,90 €

Die Arbeit wurde in 2011 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen und hat es sich zur Aufgabe gemacht, den Täter-Opfer-Ausgleich als Praxisform des Umgangs mit einer Straftat in einen rechtsphilosophischen Blick zu nehmen.

Philosophische Grundlagen

Damit leistet die Arbeit einen Beitrag zu dem hoch aktuellen Thema des Umgangs mit Opfern von Straftaten im Strafprozess und untersucht den Täter-Opfer-Ausgleich (nachfolgend TOA) rechtsphilosophisch, wobei auch eine fundierte philosophische Untersuchung des Verhältnisses von Strafe und TOA geleistet werden soll.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist dabei die Frage, wie sich Strafe und TOA als Formen der Bewältigung von Straftaten vernünftig verstehen lassen und wie sich beide zueinander verhalten.

Nach einer Einführung im **I. Kapitel** möchte *Schmidt* zunächst die Frage nach dem vernünftigen Sinn des Strafens und des TOA stellen. Um ihre Basis und ihren Blick zu definieren erläutert die Autorin, dass eine Frage nach dem Sinn nur eine philosophische sein kann. Sie zieht dabei aber nicht die gesamte Philosophie heran, sondern verortet ihren philosophischen Ausgangspunkt als direkt auf *Thomas Rentsch* aufbauend. Mit *Rentsch* bestimmt die Autorin die Situation des Menschen als interexistenziale Lebenswelt, in der sich Moralität konstituiert. Eine solche Verengung ist sicher zur Bewältigung des Themas hilfreich, geht allerdings an dieser Stelle etwas weit, da sich die Philosophie nicht auf die Perspektive von *Rentsch* herunterbrechen und die Sinnsuche nicht auf die Philosophie begrenzen lässt.

Auf der Grundlage von *Rentsch* findet *Schmidt* im **II. Kapitel** ihre Beurteilungsmöglichkeiten von Praxisformen. Nach einer Abgrenzung zum kategorischen Imperativ *Kants* kommt die Autorin zu einem menschlichen Selbstverständnis als praktisches Wesen. Praktisches Urteilen ist für *Schmidt* immer schon in einer praktisch erschlossenen Situation mit konkreten, faktisch und normativ geprägten, vernünftigen und unvernünftigen und inhaltlich bestimmten Praxisformen verankert. Ihr Fundament bestimmt sich insgesamt aus „Die Konstitution der Moralität“ (1990) von *Rentsch*, der in seiner Untersuchung eine philosophische Anthropologie entwirft und einer philosophischen Ethik die Beachtung ihrer anthropologischen Voraussetzungen verordnet.

Täter und Opfer

Im **III. Kapitel** wendet sich *Schmidt* der Straftat als solcher zu, wobei sie klarstellt, dass sich ihre Analyse auf Straftaten beschränkt, die das Opfer unmittelbar und individuell treffen, wie zum Beispiel eine Körperverletzung, §§ 223 ff. StGB oder ein Diebstahl, §§ 242 ff. StGB. Die Straftat wird als Konflikt beschrieben, wobei festgehalten wird, dass die Tat nicht nur Täter und Opfer betrifft, sondern auch die Rechtsgemeinschaft insgesamt, da die Tat auch das Recht als Recht verletzt.

In der Betrachtung der Verletzung des Opfers und der Frage der Vorwerfbarkeit auf Seiten des Täters stützt sich die Autorin maßgeblich auf die Überlegungen *Michael Köhlers*. So lasse sich das Vorwerfbare als Handeln aufgrund einer Entscheidung gegen das Recht trotz genereller Einsicht in das Rechtmäßige beschreiben, für das der Mensch als Selbständiger verantwortlich ist. *Köhler* wird an dieser Stelle mit einem Rückgriff auf einen bösen Willen zitiert.

In diesem III. Kapitel arbeitet *Schmidt* heraus, dass das Opfer einer Straftat durch den Täter herabgewürdigt und ihm damit Achtung versagt wird. Im Rückgriff auf *Köhler* könne sogar davon gesprochen werden, dass der Andere überhaupt als gleichbedeutsame Existenz in Frage gestellt werde. Dabei unterscheidet *Schmidt* zwei Ebenen der Tat: die unmittelbar persönliche Missachtung des Opfers und die Missachtung des Opfers als Rechtsperson und des Rechts als spezifischer Verletzung des Rechts.

So wird die Straftat zu einer unumkehrbaren Wirklichkeit, da die zum Ausdruck gekommene Missachtung des Anderen fort dauert. Und an dieser Stelle sieht die Autorin den Verweis auf die Bewältigung der Tat im Zusammenleben von Täter und Opfer als grundsätzlich Gleichgeordnete innerhalb der Rechtsgemeinschaft gesetzt. Es werde sich die Frage nach der Möglichkeit der Wiederherstellung der Verhältnisse wechselseitiger Achtung auf allen Ebenen der Tat, und zwar trotz und mit der Tat stellen.

Unumkehrbarkeit der Tat

Im **IV. Kapitel**, dem Hauptteil der Arbeit, werden Strafe und TOA als Formen der Bewältigung von Straftaten untersucht. Dabei verabschiedet sich *Schmidt* vom Begriff der „Wiedergutmachung“, da eine solche im Wortsinne angesichts der gerade aufgezeigten Unumkehrbarkeit der Tat nicht möglich erscheint.

Das IV. Kapitel enthält die drei zentralen Untersuchungen der Arbeit. Zunächst wird die Frage nach dem vernünftigen Sinn von Strafe gestellt, im Anschluss der vernünftige Sinn des

TOA als Versöhnungsprozess analysiert, um im Fortgang Strafe und TOA in ein Verhältnis zu setzen.

So untersucht *Schmidt* zunächst die Strömungen in der wissenschaftlichen Diskussion um den Begriff der Strafe. Dabei werden verschiedene Theorien und Strafzwecke angesprochen, wobei die Autorin quasi zusammenführend auf die Konzepte von *Köhler* und *Wolff* aufsetzen wird. Zusammenfassend hält *Schmidt* fest, dass mit der Strafe eine Tat durch die Rechtsgemeinschaft bewältigt wird, indem der Täter dem Gewicht der Tat angemessen in seinem Rechtsstatus gemindert wird. Mit der Strafe gilt der Rechtsgemeinschaft die Tat als erledigt. Dabei straft der Staat im Rahmen seines Gewaltmonopols auch für das Opfer. Mit der Strafe werde so das Geflecht wechselseitiger Anerkennung in Bezug auf den Täter, das Opfer und die Rechtsgemeinschaft wiederhergestellt, soweit dies mit rechtlichen Mitteln möglich ist.

Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)

Im folgenden Unterkapitel wendet sich *Schmidt* dem TOA zu. Dabei stellt sie die Entwicklung und Praxis des TOA dar, um sodann den Begriff der Versöhnung näher zu beleuchten. Dabei kommt es der Autorin darauf an, die kommunikative Aufarbeitung der Tat im Rahmen des TOA in ihren Facetten aufzuschlüsseln. So stelle sich der unmittelbar-persönliche kommunikative Prozess des TOA als Verstehen der Tat, als Erfassen der Tat als gemeinsam erzählte Geschichte und als Möglichkeit zu Selbstbehauptung und Aufrichtigkeit dar.

Auch die Gelegenheit zu Reue und Entschuldigung im Rahmen des TOA wird näher untersucht. Die Versöhnung beschreibt *Schmidt* sodann als wechselseitigen kommunikativen Prozess. Ausgehend von der beschriebenen Wechselseitigkeit hält die Autorin eine rechtliche Pflicht zur Konfliktbeilegung für faktisch sinnlos, da ein fragiler Prozess wie der TOA von äußeren Zwängen möglichst freigehalten werden sollte. Der TOA setzt auf Seiten des Opfers wie auf Seiten des Täters ein authentisches und freiwilliges Verhalten voraus, ein Einlassen auf den TOA mit der Chance auf eine Versöhnung. *Schmidt* hatte schon zu Beginn der Arbeit darauf hingewiesen, dass es zu einem „Strafe muss sein“ keine korrespondierende Pflicht zu einem TOA geben kann. Eine rechtliche Absicherung der Bedingungen für einen erfolgreichen TOA hält *Schmidt* allerdings zu Recht für möglich.

Strafe und TOA

Im nächsten Teil des IV. Kapitels macht sich *Schmidt* an die Bestimmung des Verhältnisses von Strafe und TOA auf Basis der bisher gewonnenen Erkenntnisse. Dabei stellt die Autorin zunächst einmal ein Nebeneinander von Strafe und TOA fest, um die Unterschiede anhand einer tabellarischen Gegenüberstellung aufzuzeigen. Den TOA begreift *Schmidt* nicht als rechtliche Sanktion, sondern als Institut, das von der Strafe strikt zu trennen ist.

Dabei schließe die Eigenständigkeit von Strafe und TOA aber Wechselwirkungen nicht aus. *Schmidt* untersucht diese im Fortgang anhand des § 46a Nr. 1 StGB. Dabei zeigt die Autorin auf, dass die gesetzgeberischen Motive der Einführung des § 46a Nr. 1 StGB einer stärkeren Berücksichtigung der Interessen der Opfer von Straftaten durch die Rechtsprechung letztlich ausgehebelt werden, da bereits ein ernsthaftes Bemühen des Täters um eine Wiedergutmachung als ausreichend angesehen wird. Die Autorin weist in Konsequenz ihrer bisherigen Untersuchungen darauf hin, dass schon die Verwendung des Begriffs der „Wiedergutmachung“ im Gesetzestext kritisch zu sehen ist.

Kritik an § 46a Nr. 1 StGB

Schmidt kritisiert § 46a Nr. 1 StGB wie auch seine Anwendung durch die Rechtsprechung grundlegend. So werde der TOA als unmittelbar-persönlicher authentischer Ausgleichsprozess zwischen Täter und Opfer mit dem Nachtatverhalten des Täters vermengt. § 46a Nr. 1 StGB werde weder als Strafmilderungsgrund konsequent umgesetzt noch sei er als gesetzliche Verankerung des TOA sinnvoll. Dabei stellt die Autorin fest, dass die täterbezogene Berücksichtigung des TOA als Nachtatverhalten in § 46 Abs. 2 6. Umstand StGB bereits ausreichend berücksichtigt sei, wobei der TOA als Indiz für Reue herangezogen werden könne. Die Strafmilderung des § 46a Nr. 1 StGB solle aber den Fällen gelungener unmittelbar-persönlicher Tatbewältigung vorbehalten bleiben, für die ein erfolgreicher TOA ein starkes Indiz sei, die aber auch in anderen Formen der Versöhnung ihren Niederschlag finden könne.

Fazit

Das **V. Kapitel** präsentiert als abschließende Zusammenfassung der Arbeit die Thesen der gesamten bisherigen Untersuchung. Dabei wird noch einmal der große Einfluss von *Rentsch* deutlich, mit dem *Schmidt* die Grundzüge sämtlicher menschlicher Situationen beschreibt.

Die interessante und intensive Auseinandersetzung der Arbeit dringt moralphilosophisch und mit dem Blick einer anthropologischen Philosophie tief hinter das Phänomen des TOA.

Im Abschluss der Untersuchung analysiert die Juristin *Schmidt* die gesetzlichen Regelungen und die aktuelle Rechtsprechung auf Grundlage ihrer rechtsphilosophischen Erkenntnisse und führt so sehr anschaulich Recht und Philosophie zusammen, indem sie einen konkreten Vorschlag für den Umgang mit dem TOA im Rahmen des Strafprozesses macht.

Alle nachfolgenden rechtsphilosophischen Untersuchungen zum TOA werden sich an der vorliegenden Arbeit messen lassen müssen, wobei „Strafe und Versöhnung“ auch als Anregung für alle (Rechts-)Philosophen verstanden werden sollte, den Blick anderer philosophischer Positionen auf das Phänomen TOA und die Beziehung zwischen Täter und Opfer zu richten.

Rechtsanwalt Sascha Kuhn, Düsseldorf

Christian Schmollinger: Der Konzern in der Insolvenz

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Dunker & Humblot, Berlin 2013, 382 Seiten

I. Das Insolvenzstrafrecht stellt einen wichtigen Unterbereich des Wirtschaftsstrafrechts dar, welcher in hohem Maße von den zivilrechtlichen Wertungen des Insolvenzrechts abhängig ist. Bei Insolvenzen in einem Konzern bestehen rechtliche und tatsächliche Herausforderungen, die im insolvenzstrafrechtlichen Zusammenhang von Bedeutung sein können. Auch für den Insolvenzstrafrechtler lohnt daher der Blick auf die insolvenzrechtliche Diskussion zu diesem Thema. Diese wird derzeit geprägt durch den Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, der am 14. Februar 2014 in erster Lesung beraten worden ist. Die von *Christian Schmollinger* verfasste und von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Jahr 2012 als Dissertation angenommene Abhandlung „Der Konzern in der Insolvenz“ trifft vor diesem Hintergrund gleichsam den Nerv der Zeit. Sie beinhaltet eine Analyse der derzeitigen Rechtslage sowie einen Vorschlag für eine zukünftige Gesetzesformulierung.

II. Im (einer kurzen Einleitung folgenden) ersten inhaltlichen Teil befasst sich *Schmollinger* mit der derzeit bestehenden Rechtslage.

Hinsichtlich der Frage des Gerichtsstandes stellt er zunächst die unterschiedlichen Sichtweisen zur Maßgeblichkeit einzelner Kriterien für die Annahme eines – gegebenenfalls vom allgemeinen Gerichtsstand abweichenden – Mittelpunktes einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 2 InsO dar: Das Abstellen auf die Konzernmutter in Fällen, in denen diese Ausrichtung und Tätigkeit der Tochtergesellschaften umfassend steuert, auf den Ort, an dem die Geschäftsleitung wesentliche betriebliche Entscheidungen einschließlich der Entscheidung, einer Weisung der Muttergesellschaft Folge zu leisten, trifft, den Ort, an dem Entscheidungen der Gesellschaft manifestiert werden und ihren Niederschlag in nachvollziehbaren Geschäftsunterlagen finden, und den Ort, an dem Geschäfte nach außen erkennbar abgeschlossen werden. Diesen en détail voneinander abweichenden Sichtweisen des Schrifttums setzt *Schmollinger* die Rechtsprechung entgegen. Deren Entwicklung stellt er vor allem anhand der zwei prägenden Leitentscheidungen in diesem Zusammenhang – der PIN-Entscheidung des AG Köln und der Quelle-Entscheidung des AG Essen – dar. Hiernach muss das zuständige Insolvenzgericht für jede einzelne Gesellschaft gesondert festgestellt werden, wobei allerdings die genannten Kriterien kumulativ herangezogen werden. Teil dieser Prüfung durch die Rechtsprechung ist aber auch die Auseinandersetzung mit der Frage, ob im konkreten Fall die Zuständigkeit eines einzelnen Insolvenzgerichts positive Auswirkungen auf die effiziente Verfahrensabwicklung hat. Aus der Beachtung auch dieses Kriteriums sowie der Akzeptanz erst kurz vor Stellung des Eröffnungsantrags begründeter Umstände zieht *Schmollinger* den Schluss einer konzernfreundlichen Aus-

legung des § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO. Im Rahmen seiner eigenen Bewertung kennzeichnet *Schmollinger* Bestrebungen des Schrifttums, bei durch die Konzernmutter gesteuerten Gesellschaften auf den Sitz eben dieser Konzernmutter abzustellen, als „kaum überzeugend“. Er geht sogar noch einen Schritt weiter: Die Heranziehung der genannten Kriterien führe zu einem Spielraum, der zwar in Einzelfällen zu einer effizienteren Verfahrensabwicklung, aber eben auch zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führe und gar die „missbräuchliche „Erschleichung“ eines bestimmten Insolvenzgerichtsstandes“ begünstige. *Schmollinger* führt hierzu aus, dass die Wahl eines vom eigentlichen Tätigkeitsmittelpunkt weiter entfernten Insolvenzgerichts die Aufarbeitung des Umfelds der Gesellschaft und auch die Aufdeckung von Vermögensverschiebungen und die Verfolgung von Insolvenzverschleppungstatbeständen erschwere. Bei konzernangehörigen Gesellschaften seien daher bei der Bestimmung des zuständigen Gerichtes keine anderen Kriterien als die auch bei einer vollständig unabhängigen Gesellschaft anzuwenden. Jegliche anderslautende Sicht des Schrifttums bzw. Gerichtspraxis unterlaufe insofern den eindeutigen Willen des Gesetzgebers.

Sehr viel wohlwollender fällt *Schmollingers* Urteil der Rechtsprechungspraxis zu Artikel 3 Eu-InsVO aus: Sowohl die Bestimmung der Zuständigkeit individuell für jede juristisch selbständige Einheit als auch die Interdil-Rechtsprechung des EuGH, nach welcher im Rahmen der Bestimmung des COMI, also des Centre of main interest, dem Ort der Hauptverwaltung der Gesellschaft als Zuständigkeitskriterium Vorzug zu geben sei, begrüßt *Schmollinger* – letztere insbesondere auch deshalb, weil sie ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleiste. Wenn *Schmollinger* in der Folge ausführt, dass die zur Bestimmung des COMI angewandte Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller objektiven und für Dritte feststellbaren Elemente Zustimmung verdiene, stellt sich jedoch die Frage, ob die Rechtssicherheit, die für *Schmollinger* im Zusammenhang mit der Bestimmung des zuständigen Gerichtes eine herausragende Rolle spielt, an dieser Stelle tatsächlich höher ist als im Zusammenhang der Bestimmung des national zuständigen Gerichtes nach den PIN- und Quelle-Maßstäben.

Nach einer gut lesbaren Darstellung der Voraussetzungen und Auswirkungen eines Sekundärverfahrens zieht *Schmollinger* ein erstes Resümee: Ein einheitlicher Gerichtsstand mehrerer oder aller Konzerngesellschaften sei zumeist nicht begründbar. Die Möglichkeit der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens konterkariere zudem im Anwendungsbereich der EulnsVO die Vorteile einer einheitlichen internationalen Zuständigkeit.

In einem nächsten Schritt widmet sich *Schmollinger* der Frage der Bestellung nur eines Insolvenzverwalters für alle insolventen Gesellschaften. Nach einer kurzen Darstellung der praktischen Vorteile der Bestellung nur eines Insolvenzverwalters stellt *Schmollinger* zunächst fest, dass zur Frage der Bestellung des Insolvenzverwalters im Zusammenhang mit der Insolvenz mehrerer Konzerngesellschaften keine speziellen Regelungen bestehen. Abzustellen sei daher auf die allgemein geltenden Normen. *Schmollinger* geht in diesem Zusammenhang zunächst der Frage nach, ob das Erfordernis der Unabhängigkeit von Gläubigern und Schuldnern gem. § 56 Absatz 1 Satz 1 InsO Probleme bereiten könne. *Schmollinger* bejaht diese Frage mit der Begründung, der Konzerninsolvenzverwalter befinde sich in einem ständigen Interessenkonflikt, da er auf Grund häufig bestehender Cashpool-Systeme, konzerninterner Lieferungen von Waren und Erbringungen von Dienstleistungen etc. sowohl für die Masse, aus der die Forderungen zu begleichen sind, als auch für die Masse, zu der die jeweiligen Forderungen gehören, auftreten müsse. Hierin liege ein im Übrigen auch dem Rechtsgedanken der §§ 43a Abs. 4, 45 BRAO widersprechender Konflikt. Auch aus §§ 181, 450 Abs. 2 BGB ergäben sich für den Insolvenzverwalter rechtliche Schwierigkeiten. Schließlich, so *Schmollinger*, schließe auch das Gebot der höchstpersönlichen Amtsführung jedenfalls im Falle größerer Konzerne die Bestellung eines Konzerninsolvenzverwalters aus. Ob *Schmollinger* mit §§ 181, 450 Abs. 2 BGB nicht ein Problem aufgezeigt hat, welches recht einfach in den Griff zu bekommen sein sollte, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben (*Schmollinger* selbst geht hierauf im Folgenden noch ein) – seine Ausführungen zur notwendigen Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO überzeugen nämlich bereits umfänglich. Die im Folgenden von *Schmollinger* dargestellte Möglichkeit eines Sonderinsolvenzverwalters, der für alle Rechtshandlungen der jeweiligen Gesellschaft gegenüber einer anderen konzernangehörigen Gesellschaft zuständig sein soll, ist eine theoretisch denkbare Alternative.

Auf die im Zusammenhang grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen auf der Hand liegenden Schwierigkeiten der Bestellung nur eines Verwalters, der über die erforderlichen

Sprach- und vor allem auch Rechtskenntnisse in den betroffenen Insolvenzrechtssystemen verfügt, stellt *Schmollinger* zu Recht ab. Er kommt daher zu dem Ergebnis, dass ein Konzerninsolvenzverwalter im grenzüberschreitenden Zusammenhang zumeist schon tatsächlich nicht in Betracht kommen wird.

Schließlich setzt sich *Schmollinger* mit der Frage der Abstimmung zwischen den an parallelen Verfahren beteiligten Insolvenzverwaltern verschiedener Konzerngesellschaften auseinander. Hierbei stellt er zunächst rechtsverbindliche Insolvenzverwaltungsverträge, wie sie das anglo-amerikanische Recht als sogenannte „protocols“ kennt und wie sie beispielsweise in der Insolvenz der Maxwell Communication Corporation-Gruppe sehr erfolgreich eingesetzt wurden, dar. Für Deutschland kommt *Schmollinger* allerdings zu dem Ergebnis, dass derartige rechtsverbindliche Verträge jedenfalls mit einer Bestätigung durch das Insolvenzgericht nicht möglich sind. Seine Begründung hierfür ist einleuchtend: Nach der Insolvenzordnung haben Insolvenzgerichte eine Überwachungsfunktion, können aber nicht durch Anordnungen o.ä. gestaltend auf das Verfahren einwirken. Auch die Möglichkeit eines persönlich bindenden Vertrages zwischen Insolvenzverwaltern ohne Beteiligung der Gerichte verneint *Schmollinger* unter Hinweis auf die unabdingbaren Prinzipien der Unabhängigkeit sowie der höchstpersönlichen Amtsführung des Insolvenzverwalters. Ein die Masse bindender Vertrag widerspräche nach *Schmollinger* dem Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung gemäß § 1 InsO sowie der Verwertungspflicht des Insolvenzverwalters gemäß § 159 InsO und ist daher nach *Schmollinger* ebenfalls nicht möglich. Mit dem Hinweis darauf, dass in Ermangelung einer Ermächtigungsgrundlage auch ein Vertrag zwischen verschiedenen Insolvenzgerichten nicht in Betracht komme, beendet *Schmollinger* sodann die Übersicht zum rein nationalen Recht. In europäischen Fallgestaltungen erachtet er entsprechende Verträge schon auf Grund der tatsächlichen Schwierigkeiten (fehlende Abschätzbarkeit der Risiken einer vertraglichen Bindung, hohe Transaktionskosten, lange Verhandlungsdauer) als nur schwer möglich.

Recht unverbindliche Insolvenzverwaltungsverträge erachtet *Schmollinger* als rechtlich möglich, tatsächlich aber zu konfliktanfällig und daher nicht hinreichend verlässlich.

In einem letzten großen Schritt untersucht *Schmollinger* weitere Koordinationsmöglichkeiten, welche sich vor allem aus einer Verfahrenskoordination aus Konzernleitungsmacht ergeben könnten. Im Ergebnis hält *Schmollinger* auch hier die bestehende Rechtslage für koordinierungsfeindlich: In Vertragskonzernen hindert seiner Ansicht nach § 103 InsO bzw. im Fall der Insolvenz des beherrschten Unternehmens die Suspendierung der Wirkung des Beherrschungsvertrags dessen Verlässlichkeit, da in faktischen Konzernen die Weisungsunabhängigkeit des Insolvenzverwalters der insolventen Untergesellschaft einer Koordination entgegensteht.

Auch ein einheitlicher oder abgestimmter Insolvenzplan ist nach Ansicht *Schmollingers* nicht möglich – ein solcher Plan sei unzulässig beziehungsweise faktisch kaum durchführbar.

III. Im folgenden Teil erarbeitet *Schmollinger* seinen Vorschlag für ein künftiges Konzerninsolvenzrecht.

Hierbei unterbreitet er vor allem drei interessante Vorschläge: Er fordert eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit für Fälle des Eigenantrags an ein Gericht, welches zumindest für eine der betroffenen Gesellschaften Zuständigkeit besitzt, die Einführung eines durch Sonderinsolvenzverwalter unterstützten Konzerninsolvenzverwalters und einen einheitlichen Konzerninsolvenzplan für alle insolventen Konzerngesellschaften.

IV. Die Forderungen *Schmollingers* sind konsequent. Die vorgeschlagenen Regelungen stellen Alternativen zu der aktuellen Rechtslage dar, die nach Ansicht *Schmollingers* für Konzerninsolvenzen derzeit keine hinreichend befriedigenden Lösungen ermöglicht.

Hinsichtlich der einheitlichen gerichtlichen Zuständigkeit setzt *Schmollinger* einen etwas anderen Akzent als der derzeitige Regierungsentwurf. Während letzterer beispielsweise für die Annahme eines Gruppengerichtsstandes voraussetzt, dass keine Zweifel an dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger an einem solchen gemeinsamen Gerichtsstand bestehen, stellt *Schmollinger* etwas großzügiger nur darauf ab, ob eine Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der jeweiligen Gläubiger zu besorgen ist. In diesem Fall sieht sein Entwurf keinen Gruppengerichtsstand vor.

Sowohl *Schmollinger* als auch der Regierungsentwurf sehen die Möglichkeit der Ernennung eines Konzerninsolvenzverwalters verbunden mit der gleichzeitigen Ernennung von Sonderinsolvenzverwaltern vor.

Da, wo die Unterschiede am greifbarsten sind, nämlich hinsichtlich der Einführung eines Konzerninsolvenzplanes, ist *Schmollingers* Vorschlag überzeugender als der bisherige Regierungsentwurf. Dies liegt aber letztlich daran, dass der Regierungsentwurf dieses Thema bislang eher im Rahmen eines neuartigen Koordinationsverfahrens verortet. Auf Grund der hieran laut gewordenen Kritik erscheint es aber nicht ausgeschlossen, dass der Entwurf diesbezüglich noch zeitnah geändert wird.

V. Zusammenfassend hinterlässt die Arbeit *Schmollingers* einen rundum überzeugenden Eindruck. Sowohl die Darstellung des bestehenden Rechtes als auch der Vorschlag einer gesetzlichen Regelung sind durchdacht und lassen wenige Fragen offen. Der Insolvenzstrafrechtler hätte sich an der einen oder anderen Stelle eine noch etwas vertiefte Darstellung der ihn besonders interessierenden Themen gewünscht. Wem gegenüber ist ein Konzerninsolvenzverwalter beispielsweise treupflichtig? Doch man würde *Schmollinger* Unrecht tun, ihm dies vorzuwerfen. Der Blickwinkel seiner Arbeit ist rein insolvenzrechtlich. Gleichwohl lohnt sich die Lektüre auch für den insolvenzstrafrechtlich interessierten Leser. Es ist davon auszugehen, dass wir in naher Zukunft gesetzliche Regeln zur Konzerninsolvenz haben werden. Bei der Beantwortung der sich in diesem Zusammenhang im Insolvenzstrafrecht nahezu zwangsläufig ergebenden Fragen wird ein Blick auf die Entstehung und rechtlichen Hintergründe dieser Regelungen erforderlich sein. Hierbei wird *Schmollingers* gelungene Dissertation zum Konzern in der Insolvenz eine wertvolle Hilfe sein.

Manuel Köchel, Frankfurt a.M.

Eirini Tsagkaraki: Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“ als strafbare Untreue gemäß § 266 StG

Schriften zum Strafrecht, Band 249, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 293 Seiten

Eirini Tsagkaraki hat seine Monographie der Frage gewidmet, inwieweit die Implementierung einer sog. „schwarzen Kasse“ als strafbare Untreue nach § 266 StGB zu werten ist. Die Arbeit wurde im März 2012 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind dabei bis Ende Februar 2012 berücksichtigt.

Nicht selten wurde diese Fallkonstellation der Untreue als „Prüfstand des dogmatischen Untreuetatbestandes“ bezeichnet. Sämtliche Entscheidungen sowohl im Bereich der öffentlichen Verwaltung, der Parteienlandschaft und zu guter Letzt der Privatwirtschaft haben nicht nur die Weichen für den Umgang mit dieser Thematik für im rein Tatsächlichen gesorgt, sondern auch die dogmatische Frage nach der Reichweite der Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ aufgeworfen. Als Annex geht es im selben Atemzug um die Fragen, inwieweit die Schadensbegriffe bei § 266 StGB und § 263 StGB identisch sind und inwiefern die Sanktion einer schwarzen Kasse als Mittel der Korruptionsdelikte verwendet werden kann. Dies wird häufig insofern relevant, als die dort gesammelten Gelder für strafrechtlich relevante Anschlussbestechungen genutzt werden und jene relevanten Vorfeldhandlungen aus kriminologischer, rechtspolitischer und wirtschaftsethischer Sicht nur unzureichend strafrechtlich verfolgbar sind. Problematisch wird diese Konstruktion eines Gefährdungsschadens, wenn dieser noch in Einklang mit dem ohnehin sehr weiten Tatbestand der Untreue kombiniert werden soll. Vor diesem Hintergrund untersucht der Verf. die Bildung der sog. „schwarzen Kasse“ als strafbare Untreue.

I. Inhalt

Der Bogen der Untersuchung reicht insoweit von einer Begriffsbestimmung der schwarzen Kasse, über die unterschiedlichen Erscheinungsformen im öffentlichen, parteipolitischen und privatwirtschaftlichen Sektor, die Motive zur Implementierung derartiger schwarzer Kassen bis hin zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Abgerundet wird die Arbeit mit dem Vorschlag, die Einschränkung des Gefährdungsschadens bei der Bildung von schwarzen Kassen über die Faktoren der Rückgabefähigkeit und -willigkeit zu lösen.

Zutreffend beschränkt der Verf. (S. 57-110) die Untersuchung zu Beginn nicht nur auf den im Fokus der Praxis und Wissenschaft stehenden Untreuenachteil in Gestalt eben jenes Gefährdungsschadens, sondern setzt sich gleichsam kritisch mit den übrigen objektiven Tatbestandsmerkmalen auseinander. Ausdrücklich ausgespart wurden Überlegungen zur späteren Verwendung der beiseite geschafften Gelder sowie mit der Einrichtung einhergehende staatliche Sanktionen bei Aufdeckung selbiger, sei es in Gestalt des Parteigesetzes oder des Ordnungswidrigkeitentatbestandes des § 30 OWiG. An dieser Stelle hätte noch ein kurzer – auch in der Literatur angesprochener – Hinweis auf die fehlende Möglichkeit, das Phänomen der schwarzen Kasse über legale zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten einzudämmen, platziert werden können.

Ausgehend von dem Zwischenergebnis, dass die Bildung schwarzer Kassen in den häufigsten Fällen nur eine Untreue in Gestalt der Treubruchshandlung nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB darstellt (S. 75), leitet die Erläuterung des Merkmals der Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB den ersten Schwerpunkt der Arbeit ein. Zutreffend beschränkt der Verf. anfangs den Kreis der vermögensbetreuungspflichtigen Personen anhand des Indizienkatalogs der Rechtsprechung sowie einer fallgruppenbasierten Systematisierung in der Literatur. Ausgehend von diesem – aufgrund der erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht – überschaubaren Täterkreis wären vertiefendere Ausführungen zur Teilnehmerstrafbarkeit – statt des bloßen Verweises auf eine in Betracht kommende Gehilfenstrafbarkeit – wünschenswert gewesen. Neben der Tatsache, dass Personen wie Liquidatoren bzw. Abwickler, aber auch Steuerberater, Hauptbuchhalter u.a. in der Aufzählung keine Erwähnung finden, wäre ein kurzer Hinweis in den Fußnoten zu der Problematik der Einrichtung einer schwarzen Kasse im Wege einer Gremienentscheidung selbstverständlich nicht geboten, aber doch immerhin der Vollständigkeit halber wünschenswert gewesen.

Eine Fundgrube an Problemquellen bietet zunächst das Merkmal der Pflichtverletzung. Nachsehen kann man es dem Verf. daher, wenn nicht jeder Einzelaspekt en détail besprochen wird. Ungeachtet dessen hätte die eine oder andere Thematik einer vertieften Erörterung bedurft. Die Frage nach der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun oder Unterlassen wird zunächst abstrakt aufgeworfen, (S. 86 ff.) um im weiteren Verlauf sowohl anhand der „Kanter“- als auch anhand der „Siemens/ENEL“-Entscheidung die konkreten Begehungsweise zu bewerten. Zutreffend differenziert der Verf. (S. 104 f.) zwischen den jeweiligen Umständen der Einzelfälle (neue Implementierung oder nur bloße Übernahme der schwarzen Kasse, aktive Verschleierungshandlungen oder bloße passive Verwaltungsmaßnahmen, usw.), wenn sich die Rechtsprechung einer Konstruktion über die Unterlassungsstrafbarkeit bedient hat. Zu kurz gegriffen scheint jedoch der bloße Verweis auf die Kommentierung bei *Fischer*, welcher bei längerfristigen Taten und zwischenzeitlichem Wechsel von Tatbeteiligten das Schwergewicht der Pflichtverletzung in dem Unterlassen der pflichtgemäßen Offenbarung gegenüber dem Treugeber und der Einstellung in die Buchführung sieht und nicht in den einzelnen eben angesprochenen Verschleierungs- und Verwaltungsmaßnahmen. Zwar werden einzelne abweichende Meinungen im Schrifttum in den Fußnoten mit erwähnt. Eine argumentative Auseinandersetzung mit denselbigen findet leider nicht statt. Vor dem Hintergrund, dass der Gesichtspunkt der Tatbegehung nicht unwesentliche andere strafrechtlich relevante Folgen nach sich zieht, wäre eine kurze dogmatische Aufarbeitung hilfreich gewesen.

So erkennt der Verf. an anderer Stelle (S. 102) die Brisanz dieser Qualifizierung, wenn die Betrachtung aus einem Blickwinkel des Unterlassens heraus im Rahmen der Strafverfolgungsverjährung als „nicht haltbar“ deklariert wird. Aufgrund der fortwährenden Deliktsverwirklichung könne die Beendigung der Tat i.S.d. § 78a StGB stetig nach hinten verschoben wer-

den und so die absolute Verjährungsfrist aus den Angeln heben. Neben diesen verjährungsrechtlichen Unwägbarkeiten wirft jene Unterlassungskonstruktion gleichsam beweisrechtliche Nachteile des Täters hervor. Aus konkurrenzrechtlicher Sicht stellt sich die Anschlussfrage, inwieweit für jede einzelne schwarze Kasse auch eine einheitliche Tat angenommen werden müsste. Schließlich hätte man auch insoweit Stellung nehmen können, ab welchem Zeitpunkt von einer Vollendung des Unterlassens gesprochen werden kann. Würde man diesbezüglich auf die erste Möglichkeit einer Kontobewegung abstellen, so käme man in Schwierigkeiten überhaupt einen straflosen Unterlassungsversuch zu konstruieren.

Auf der Basis dieser Überlegungen wäre daher eine Auseinandersetzung mit den einschlägigen Untersuchungen (bspw. *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung oder *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts) in diesem Kontext angebracht gewesen. Dann hätte man auch den kurzen Hinweis auf das Strukturproblem des Untreuetatbestands (S. 60) weiter aufgreifen können und anhand des Verhältnisses zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht dieses auf etwaige iterative Handlungsverläufe übertragen können. So greift der wissenschaftliche Diskurs in diesem Bereich leider etwas knapp.

Äußerst sorgfältig recherchiert ist dagegen der Hauptschwerpunkt der Arbeit. Mit einer Einleitung zu den unterschiedlichen Vermögensbegriffen i.S.d. §§ 263, 266 StGB arbeitet der Verf. zunächst die allgemeine Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ bzw. des „Gefährdungsschadens“ heraus, um im Anschluss daran die Besonderheiten des Untreuetatbestandes näher zu erörtern. Über die Charakteristika der Unbestimmtheit des objektiven Tatbestandes, des Fehlens einer Bereicherungsabsicht und der Straflosigkeit des Untreueversuchs gelangt der Verf. zu den unreue-spezifischen Einschränkungansätzen im Rahmen des Gefährdungsschadens, um im Einklang mit Teilen der Literatur (S. 165 ff.) verschiedene Restriktionsansätze herauszuarbeiten und gleichzeitig die Identität der Begriffe des Vermögensschadens in § 263 StGB und § 266 StGB aufzugeben. Beginnend mit dem täterorientierten Einschränkungansatz über die operorientierten, die zivilrechtsorientierten bis hin zum Unmittelbarkeitskriterium, untersucht der Verf. jedes dieser Instrumentarien sorgfältig auf seine Belastbarkeit. Wegen der soeben erwähnten Spezifika besteht für die Untreue im Verhältnis zum Betrug die verschärfte Gefahr der Vorverlagerung der Strafbarkeit. Demzufolge greift der Verf. zu Recht insbesondere auf unreue-spezifische Restriktionsbestrebungen zurück. Der renommierteste Vertreter unter diesen Bemühungen ist der Versuch über das Merkmal der Unmittelbarkeit. Entgegen dem Prinzip der „doppelten Unmittelbarkeit“ im Rahmen des Betrugs sollen hinsichtlich des Vorliegens einer Vermögensgefährdung i.S.d. § 266 StGB drei Voraussetzungen vorliegen müssen. Im Wesentlichen lassen sich diese wie folgt formulieren:

- Die Gefährdung und die Nachprüfbarkeit derselben müssen sich aus objektiv feststellbaren Tatsachen ermitteln lassen,
- die Vermögensgefährdung muss als unmittelbare Folge der pflichtwidrigen Untreuehandlung in einem effektiven Schaden münden und
- schließlich muss sich der Vermögensschaden zeitlich gesehen unmittelbar (d.h. nicht alsbald) der Vermögensgefährdung anschließen.

Diese Einschränkungskriterien hat auch das Bundesverfassungsrecht in seinem Beschluss vom 10.03.2009 hervorgehoben. Der Verf. hält jedoch in Einklang mit anderen Stimmen in der Literatur das Kriterium der Unmittelbarkeit gleichsam für nicht geeignet, den Gefährdungsschaden i.S.d. § 266 StGB hinreichend belastbar zu konkretisieren. Allein abstrakte Gefährdungen werden über dieses Merkmal ausgesiebt. Zu weitreichenderen Einschränkungen sei das Kriterium aber ebenfalls nicht geeignet (S. 184). Aufgegriffen wird die Entwicklung, das Auseinanderfallen der Schadensdogmatik bei Betrug und Untreue weiter fortzuführen, um entgegen des operorientierten Einschränkungmodells beim Betrug eine „eigenständige täterorientierte Einschränkungslösung“ für die Untreue zu finden (S. 188). Dies insbesondere deshalb, da die bisherigen Lösungsansätze das Problem des Eintritts eines Vermögensnachteils in Form des Gefährdungsschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse nicht zufriedenstellend erfassen konnten.

Sowohl der überwiegende Teil der Literatur als auch die Rechtsprechung gehen von einer Verwendungszweckabhängigen Lesart der Bildung sog. schwarzer Kassen aus. Hauptau-

genmerk der Argumentationsmuster liegt dabei zum einen entweder in der subjektiven Vorstellung des Täters oder in der objektiven Verwendung der beiseite geschafften Gelder zu einem späteren Zeitpunkt. Beabsichtigt also der Täter zum einen oder verwendet der Täter zum anderen tatsächlich die Mittel im Sinne der Vorstellung des Treugebers, so soll ein Gefährdungsschaden regelmäßig ausscheiden. Verknüpft wird dieser Verwendungsvorbehalt von anderen Stimmen in der Literatur mit der Überlegung, ob der Delinquent gleichsam ausgleichsbereit und -fähig sei (S. 220 ff.). Nachdem diese Überlegungen aber nach Auffassung des Verf. nicht durchwegs überzeugen können und die Rechtsprechung mithin die Dispositionsbefugnis als zusätzliches Rechtsgut mit in den Tatbestand hineinliest, tritt das Bedürfnis einer weiteren Einschränkung offen zutage (S. 240 ff.).

Zu Beginn dieses eigenständigen Ansatzes wird der grundlegende Ausgangsgedanke entwickelt. Da die ständige Rechtsprechung einen Vermögensschaden und damit eine Strafbarkeit aus § 266 StGB ablehnt, wenn der Täter entsprechende eigene flüssige Mittel zum Ausgleich der Vermögensminderung bereithält und willens ist, diese ggf. auch zum Ersatz zu nutzen, sei dieser Grundgedanke aufgrund der Besonderheiten des Untreuetatbestandes auch für die Problematik der schwarzen Kassen heranzuziehen. Zwar legen sowohl der BGH als auch das BVerfG dar, dass dieser Ansatz für die Fallgruppe der schwarzen Kasse nicht gelten könne, da in diesen Fällen der Treupflichtige lediglich das Vermögen des Treugebers bereithält. Entgegen dieser Überlegung könne nach Auffassung des Verf. der Fall, dass sich die Gelder sogar noch in der Kasse des Arbeitgebers befinden, jedoch nicht strenger beurteilt werden, als die Konstellation, in welcher der Täter die Mittel außerhalb des Vermögensstamms des Treugebers bereithält.

Auf dieser Basis setzt der Verf. an, um über die Merkmale der Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit, die von ihm für die Bildung der schwarzen Kasse entscheidenden Faktoren der Rückgabefähigkeit und -willigkeit zu begründen und einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Dabei ist von der objektiven Rückgabefähigkeit auszugehen, wenn der Täter „jederzeit unmittelbaren Zugriff auf die verborgenen, noch in der schwarzen Kasse vorhandenen Geldmittel hat“. Das Kriterium der subjektiven Rückgabewilligkeit sei dann anzunehmen, wenn der Täter „jederzeit die Absicht hat, die verborgenen, noch in der schwarzen Kasse vorhandenen Geldmittel im Interesse des Vermögensinhabers zu verwenden“ (S. 251). Der wesentliche Unterschied zu den bisher vorgeschlagenen Einschränkungsmodellen liegt darin begründet, dass die objektiven und subjektiven Kriterien in ein ausgewogenes Verhältnis gestellt werden und damit sämtlichen Untreuespezifika (Unbestimmtheit des Tatbestands, Strafflosigkeit der versuchten Untreue, usw.) hinreichend Rechnung getragen wird. Mit einer abschließenden Überlegung fordert der Verf. in Einklang mit anderen Stimmen eine gesetzgeberische Reaktion in Form der Einführung eines direkten statt eines bedingten Vorsatzes (S. 263). Neben den praktischen Schwierigkeiten, die sich beim Nachweis desselbigen ergeben würden, hat der Gesetzgeber bis dato allerdings noch nicht korrigierend eingegriffen, wenn es darum geht, die subjektiven Voraussetzungen des § 266 StGB zu verschärfen.

II. Darstellung

Schon aus der Gliederung wird ersichtlich, wie sorgfältig recherchiert die Arbeit ist. Aufgrund der Fülle der zu der Problematik ergangenen Urteile und der sich daran anschließenden wissenschaftlichen Aufarbeitung, ist es nicht verwunderlich, wenn die Arbeit an einigen Stellen etwas an der Oberfläche verbleibt. Ungeachtet dessen wäre es zumindest im Rahmen der bereits oben angesprochenen Problemfelder wünschenswert gewesen, den interessierten Leser mittels zusätzlichen Ausführungen auf diese Randbereiche wenigstens hinzuweisen. Der Übersichtlichkeit halber wäre es unter formalen Gesichtspunkten noch hilfreich gewesen, die Binnenverweise in den Fußnoten mit der entsprechenden Seitenzahl zu versehen, so würde sich der zusätzlich erforderliche Blick in das Inhaltsverzeichnis noch erübrigen.

III. Fazit

In erster Linie die Ausführungen zur Pflichtverletzung und die ausführliche Darstellung des Vermögensnachteils in Gestalt des Vermögensschadens verdeutlichen, dass der dogmatische Prozess der Strafrechtswissenschaft bei der Bildung und Fortführung von schwarzen Kassen noch alles andere als abgeschlossen ist. Daher trifft die Arbeit den Kern der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion und wer sich mit dieser Thematik vertieft auseinandersetzen

möchte, kommt um einen Blick in diese Arbeit nicht umher. Alleiniger Schönheitsfehler ist die fehlende Erwähnung von vermeintlichen Randproblemen, welche die ansonsten umfassende Auseinandersetzung abgerundet hätten. Obwohl an einigen Passagen noch etwas tiefer hätte recherchiert werden können, kann die lesenswerte und sehr detaillierte Dissertation den wissenschaftlichen Diskurs in jedem Fall bereichern. Insbesondere der neue Einschränkungansatz hinsichtlich der Rückgabefähigkeit und -willigkeit sollte auf seine Praxis-tauglichkeit hin überprüft werden. So überzeugend der neu entwickelte Einschränkungansatz auch ist, werden erst künftige Entscheidungen zeigen, ob die Gerichte von einer verwendungszweckunabhängigen Betrachtung abweichen und zumindest langfristig eine kohärente und belastbare Lösung über die hier vorgeschlagenen Faktoren finden werden.

Rechtsanwalt Florian Englert, Schrobenuhausen

Beulke, Werner: Strafprozessrecht

6. Auflage 2012, C.F. Müller, 423 Seiten, 22,95 €

Wie schon bei den Voraufagen brachte der Autor auch in der 12. Auflage das Studienwerk zum Strafprozessrecht nicht nur auf den aktuellen Stand, sondern es gelang ihm erneut ein für den Strafrechtspraktiker unverzichtbares Werk vorzulegen: Dogmatisch überzeugend, lehrreich und doch nicht belehrend, offen für Diskussionsansätze und doch mit klaren und nachvollziehbaren Antworten auf die wesentlichen Verfahrensfragen.

Beulke beginnt mit der Hinführung zum Begriff des Strafverfahrens. So werden in den ersten zwei Kapiteln die Ziele des Strafverfahrens und die grundlegenden Maximen des Prozesses behandelt. Hierbei geht der Autor auch auf die immer wichtiger werdende EMRK ein und bringt diese dem Leser gleich auf den ersten Seiten näher (Rn. 9 ff.). Auch die Prozessmaximen wurden mit dem jeweiligen Verweis auf die Fundstelle aktualisiert. Besonders die Ausführungen zum Beschleunigungsgrundsatz, welche eine „Kurzanleitung“ zu § 198 GVG enthalten, vermitteln dem Leser in Rn. 26a einen schnellen Einstieg in das (gerade in Wirtschaftsstrafsachen) immer wichtiger werdende Thema.

Weiter bereitet *Beulke* die wesentlichen Rahmenpunkte des Prozessrechts präzise, anschaulich und aktuell auf. Dabei erlaubt sich der Autor aber auch der einen oder anderen Entscheidung der obersten Gerichte skeptisch gegenüber zu treten. Als Beispiel sei hier die Kritik an der Möglichkeit des Gerichts, Fristen zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen, angeführt. In Rn. 452 erörtert *Beulke* kurz, knapp und überzeugend seine Meinung, wonach diese Möglichkeit eigentlich nicht gegeben sein sollte.

Nur an wenigen Stellen ist das Werk nicht mehr auf dem neuesten Stand der Rechtsprechung, die sich kurz nach Erscheinen des Buches änderte: So ist die Abhandlung über die Folgen des Ausbleibens des Angeklagten in der Berufungsverhandlung (Rn. 556) nicht mit dem Urteil *Neziraj/BRD* vom 08.11.2012 des EGMR in Einklang zu bringen. Man darf gespannt sein, wie *Beulke* dies in der nächsten Auflage sehen wird.

In den Ausführungen zur Revision (§ 29) schafft es *Beulke* auf wenigen Seiten, das Grundgerüst des Revisionsrechts darzulegen, so dass es jedem Verteidiger, der sich erstmalig mit dieser schwierigen Materie auseinandersetzen muss, zur Lektüre empfohlen sei. Jedenfalls zeigen die fundierten und hilfreichen Ausführungen dazu, dass so manches Revisionsurteil mit Schelte für den jeweiligen Verteidiger vermieden werden hätte können, wenn der Revisionsführer zuvor diese Ausführungen gelesen hätte.

Fazit: Das originäre Studienbuch kann auch dem Praktiker immer wieder eine große Hilfe sein, da es große Probleme einfach zu erklären vermag. Dem erfahrenen Leser eröffnen die Ausführungen an vielen Stellen neue Sichtweisen, der Einsteiger erhält einen umfassenden Überblick, welcher – gerade angereichert durch die zitierte Rechtsprechung – den schnellen Einstieg in die Materie „Strafprozessrecht“ ermöglicht. Somit ist das Buch ein absolutes Muss nicht nur für das Bücherregal eines jeden Strafrechtlers, sondern für ein intensives Befassen damit!

Rechtsanwalt Florian Englert, Schrobenhausen

Wessels/Beulke/Satzger: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau

43. Auflage 2013, C.F. Müller, 414 Seiten, mit e-Book, 23,99 €

Die neue Auflage des Klassikers enthält eine willkommene Innovation: Der Käufer erhält zugleich ein e-Book zum Download, welche die Lektüre auf entsprechenden Lesegeräten und Tablets ermöglicht. Damit ist nicht nur der Text des Buches zugänglich, zusätzlich stellt die e-Book Version die Anzeige der in den Fußnoten zitierten Entscheidungen zur Verfügung, eine Funktion, die in früheren Auflagen durch die mitgelieferte CD ROM parallel zum Buch möglich war. Der derart einfache Zugriff auf die Entscheidungen während der Lektüre hat den Rezensent überzeugt: Gerade in der laufenden Verhandlung konnte schon so mancher Punkt gemacht werden, da einfach alle Argumente auch im Volltext präsent waren – ohne dass man auf eine Internetverbindung angewiesen wäre, welche gerade in älteren Gerichtssälen nicht unbedingt gegeben ist. Es ist gelungen eine e-Book Version bereitzustellen, welche sich schnell installieren und einfach benutzen lässt. Die Handhabung ist (soweit von der Verwendung auf dem iPad auf andere e-Reader zu schließen ist) einfach und intuitiv, mit wenigen Berührungen oder Clicks gelangt man zu der gewünschten Passage des Buches.

Inhaltlich hat sich das Werk an die aktuelle Rechtsprechung angepasst. Besonders hervorzuheben ist hierbei, dass sich am Ende eines jeden Abschnittes eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung befindet. So wird dem Leser die Möglichkeit gegeben, sich in kürzester Zeit auf den neuesten Stand zu bringen: Man muss nur das Ende der jeweiligen Abschnitte lesen!

Während es sich hier für den Studenten der Rechtswissenschaften um ein Standardwerk handelt, ist die Nutzbarkeit auch in der Praxis vollumfänglich gegeben. Der Griff zum „Wessels/Beulke“ erweist sich gerade in dem von der Dogmatik geprägten Bereich des StGB AT als ergiebig und wertvoll: Die Autoren gehen *step-by-step* auf die Probleme ein und ermöglichen so das Auffinden von Lücken in der Argumentation der jeweiligen Gegenseite. Natürlich ist das Buch als Lehrbuch „unparteiisch“, mithin also nicht speziell für Staatsanwälte, Richter oder Verteidiger geschrieben. Es ist ein Buch für werdende und praktizierende Strafrechtler.

Der Aufbau des Buches ist logisch nachvollziehbar: Zunächst erfolgt eine Hinführung zum Strafrecht. Auf 43 Seiten werden die Aufgabe des Strafrechts, Deliktstypen, Anwendung der Strafgesetze, internationaler und europäischer Bezug des Strafrechts und Handlungslehre behandelt. Auch dem erfahrenen Strafrechtler sei ab und an ein Blick in diesen Teil geraten.

Teil II befasst sich umfassend mit dem vorsätzlichen Begehungsdelikt. Gleichzeitig legt es hier den Grundstein für den Rest des Buches, da immer wiederkehrende Begriffe und Probleme (z.B. *atypischer Kausalverlauf*) einmal grundlegend abgehandelt werden und auf diese Ausführung im weiteren Verlauf verwiesen wird. Dies erklärt den Umfang des Teiles im Vergleich mit anderen Teilen, z.B. Teil III „*Das Fahrlässige Begehungsdelikt*“. Die Autoren geben in dem Teil selbstverständlich auch einen guten Überblick über die wichtigsten Irrtümer, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe.

Die Ausführungen zu Täterschaft und Teilnahme sowie zu Versuch und Rücktritt sind dann am Ende des Teiles II zu finden, behandeln aber alle möglichen Fragen hierzu umfassend. Die Verortung der Ausführungen ist sinnvoll, gerade der Anfänger erhält zuerst den Überblick, welcher ihm dann diese speziellen Probleme begreifen und verstehen lässt.

In Teil III wird auf 17 Seiten das fahrlässige Begehungsdelikt behandelt. Dies erscheint mit Sicherheit sehr knapp, jedoch finden sich immer wieder Verweise auf den vorderen Teil. Hier zeigt sich die Stärke des e-Books, welches sofort zur jeweiligen Randnummer springen lässt und auch eine schnelle Rückkehr ermöglicht. Somit genügt die etwas knappe Darstellung, um das fahrlässige Begehungsdelikt zu beschreiben und begrifflich zu machen.

Teil IV beschäftigt sich mit den Unterlassungsstraftaten, Teil V schließt mit der Konkurrenzlehre den Hauptteil des Buches ab. Der Anhang gibt einen Überblick über die Lehre von der Straftat, die Methodenlehre der Fallbearbeitung und eine Übungsskizze zum vorsätzlichen Begehungsdelikt.

Fazit: Die 43. Auflage ist ebenso ein absolutes Muss für den Strafrechtler. Das Lehrbuch transportiert neben den Basics viel von dem strafrechtlichen Genius seiner Autoren und wird so auch für den erfahrenen Praktiker nutzbar und wertvoll. Das e-Book ist eine sinnvolle Ergänzung, welche es dem Käufer möglich macht, den „Wessels/Beulke“ immer dabei zu haben.