

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
Prof. Dr. Björn Gercke
Dr. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Golombek
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Norman Lenger
Prof. Dr. Nina Nestler
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Prof. Dr. Nina Nestler

Freiwilligkeit der Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG: Vom „autonomen Motiv“ zur Fiktion

1

Wiss. Mitarbeiter Richard Hennecke

Die förmliche Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess nach geltendem Recht

9

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing

Assessor auf niedersächsisch – Konsequenzen unabsehbar

22

Entscheidungskommentare

Rechtsanwälte Dr. Henner Apfel, Norman Lenger

BGH, Beschl. v. 21.08.2013 - 1 StR 665/12 (Insolvenzstrafrecht)

32

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M.

LG München, Beschl. v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10 (Compliance)

38

Weitere Beiträge

Rechtsanwalt Thomas Murmann, MLaw, Rechtsanwalt Friedrich Frank

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

50

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2015

Das Jahr 2015 ist noch jung, hält aber jetzt schon bemerkenswerte Diskussionspunkte auf der wirtschaftsstrafrechtlichen Tagesordnung bereit. Beiträge zu einigen heiß diskutierten Themen finden sich in der aktuellen Ausgabe der WiJ:

Nestler stellt die mit der AWG-Novelle aus der Taufe gehobene bußgeldbefreiende Selbstanzeige vor und befasst sich insbesondere mit dem Merkmal der „Freiwilligkeit“. Mit Blick auf die gesetzgeberische Fiktion, dass eine Anzeige als freiwillig „gilt“, wenn Behörden (noch) nicht ermitteln, qualifiziert *Nestler* die Regelung weniger als Selbstanzeige, sondern mehr als Einschränkung des im Bußgeldrecht herrschenden Opportunitätsprinzips (§ 47 OWiG).

Vor dem Hintergrund der nicht immer unaufgeregten und thesenhaft geführten Diskussion um die Einführung eines Sonderstrafrechts für Unternehmen wirft *Hennecke* einen Blick auf die Beteiligungs- und Sanktionierungsmöglichkeiten hinsichtlich juristischer Personen und Personenmehrheiten, die das geltende Recht bereit hält. Die im Rahmen des WiJ-Aufsatzwettbewerbes 2014 preisgekrönte Abhandlung beleuchtet den einschlägigen, in der rechtspolitischen Diskussion bislang aber wohl vernachlässigten Teil der Strafprozessordnung der §§ 430 ff. StPO und vergleicht ihn sodann mit dem Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches. Die nüchterne und wohltuend emotionsabstinente Analyse *Henneckes* führt beim Leser zu grundlegenden Zweifeln an der Erforderlichkeit eines Verbandsstrafgesetzbuches.

Den Fall des niedersächsischen Richters, der als Referatsleiter im Justizprüfungsamt mutmaßlich schwächeren Kandidaten Examensklausuren nebst Lösungsskizzen gegen Geld zur Verfügung gestellt hat, nimmt *Fölsing* zum Anlass, den strafrechtlich vergleichsweise einfach gelagerten Sachverhalt auf seine rechtsgebietsübergreifenden Nebenwirkungen zu untersuchen. Das Fazit: unüberschaubar!

Einen kleinen Schwerpunkt des aktuellen Heftes bilden der Rechtsprechungsüberblick über aktuelle Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht von *Weyand*, eine Anmerkung zur Entscheidung des BGH zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von *Apfel* und *Lenger* und die insolvenzstrafrechtliche Literaturschau von *Brand*. Einen Blick über die Grenzen bieten der Beitrag von *Holenstein* zur Bedeutung der eidgenössischen Steueramtshilfe im Rahmen grenzüberschreitender Steuerstrafverfolgung und der bereits etablierte Länderbericht Schweiz von *Murmann* und *Frank*.

Mit der Haftung von Geschäftsleitern befassen sich schließlich eine Anmerkung zur sog. „Neubürger“-Entscheidung des Landgerichts München und eine Rezension: *Dann* erkennt im Münchener Richterspruch einen möglichen Wegbereiter für Bußgeldverfahren wegen Aufsichtspflichtverletzungen nach § 130 OWiG, warnt aber gleichzeitig davor, das Auftreten von kritischen Sachverhalten ohne Weiteres als Indikator für ein Versagen des Compliance-Systems zu erkennen. Dass der Verurteilte sich erfolglos darauf berief, dass zum Zeitpunkt der Verfehlung Compliance noch nicht derart etabliert war wie heute, passt zum Thema der von *Auffermann* rezensierten Dissertation „Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage“.

Die erste Ausgabe der WiJ im Jahr 2015 könnte Aktuelleres kaum bieten: Ich wünsche spannende und erhellende Lektüre!

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

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, Prof. Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, 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

1

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

Freiwilligkeit der Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG:
Vom „autonomen Motiv“ zur Fiktion

1

Wiss. Mitarbeiter Richard Hennecke, Düsseldorf

Die förmliche Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess
nach geltendem Recht

9

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

Assessor auf niedersächsisch –Konsequenzen unabsehbar

22

Entscheidungskommentare

32

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

32

Rechtsanwälte Dr. Henner Apfel, Düsseldorf und Norman Lenger, Köln

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.08.2013 - 1 StR 665/12

34

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., Düsseldorf

Anmerkung zu LG München vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10
(Compliance)

38

Internationales

41

Rechtsanwalt und eidg. Dipl. Steuerexperte Daniel Holenstein

Steueramtshilfe der Schweiz als wirksames Mittel der
grenzüberschreitenden Verfolgung von Steuerstraftaten?

41

Rechtsanwalt Thomas Murmann, MLaw, Rechtsanwalt Friedrich Frank

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

50

Rezensionen

56

Dr.Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Oktober
bis Dezember 2014

56

Rechtsanwalt Dr. Niklas Auffermann, Berlin

Rafael Harnos: Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

62

Aufsätze und Kurzbeiträge

Steuerstrafrecht

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

Freiwilligkeit der Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG: Vom „autonomen Motiv“ zur Fiktion¹

I. Einführung

Das Außenwirtschaftsstrafrecht in seiner aF stand permanent im Kreuzfeuer der Kritik. Den Strafnormen wurde ein verwirrender Aufbau nachgesagt, sie seien schwer überschaubar², die häufigen Änderungen führten zu Rechtsunsicherheit³ und das Rechtsgebiet weise Überschneidungen⁴ zwischen seinen einzelnen Tatbeständen auf. Das Außenwirtschaftsstrafrecht habe sich damit seit den 1990er Jahren zu einer der unübersichtlichsten Materien des Nebenstrafrechts entwickelt.⁵ Von fast allen Seiten erfährt daher die Reform zum 1. September 2013⁶ Zuspruch für die mit ihr verbundene Entzerrung der in §§ 33, 34 AWG aF enthaltenen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände; sie soll – so heißt es⁷ – ihr Ziel⁸ erreicht haben. Die Normen seien nun für ihre Adressaten wesentlich verständlicher⁹, Schiefagen beim Ausmaß der Strafbewehrung seien behoben worden¹⁰ und endlich sei die in der Praxis kaum zu bewältigende Erfassung von Verstößen gegen sog. Umgehungsverbote weggefallen¹¹.

Zu den mit der Novelle des Außenwirtschaftsrechts verbundenen Neuerungen zählt auch die Möglichkeit zur Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG. Nach dieser Regelung unterbleibt die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen außenwirtschaftsrechtliche Vorschriften als Ordnungswidrigkeit in Fällen des § 19 Abs. 2 bis 5 AWG, sofern der Verstoß fahrlässig begangen, im Wege der Eigenkontrolle aufgedeckt und der zuständigen Behörde angezeigt wurde.

Der Gesetzgeber hatte im ursprünglichen Entwurf zunächst keine solche Selbstanzeigemöglichkeit vorgesehen, entschied sich aber später und mit knapper Begründung¹² dafür, ein solches Instrument in das AWG zumindest im Hinblick auf fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeiten zu übernehmen. Die in ihrer inhaltlichen Konzeption eher misslungene Vor-

¹ Für wertvolle Vorarbeiten zu diesem Beitrag danke ich meinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter Stefan Salzinger.

² Bieneck NSTZ 2006, 608 (614); Bieneck wistra 1995, 256; Bieneck wistra 1994, 173.

³ Bieneck/Schaefer wistra 2011, 89 (94); vgl. auch BGH wistra 2009, 192 („...mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in hohem Maße problematisch“).

⁴ Bieneck wistra 1994, 173 (175).

⁵ Wagner in: MüKo-StGB, 2010, vor §§ 34 ff. Rn. 1; vgl. auch Ehlers/Wolffgang/Nelles/Halla-Heißen Rechtsfragen der Exportkontrolle 1999, 99 (104).

⁶ Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts vom 6. Juni 2013, BGBl. 2013/I, S. 1482.

⁷ Alexander/Winkelbauer ZWH 2013, 341 (347 f.); Oehmichen NZWiSt 2013, 341 (345); Walter RIW 2013, 205 (205 f., 208, 210).

⁸ BT-Drs. 17/11127, S. 1.

⁹ Oehmichen NZWiSt 2013, 341 (345); einschränkend Alexander/Winkelbauer ZWH 2013, 341 (348): mit Blick auf den Blankettcharakter der §§ 17 ff. AWG kein „für den Rechtsanwender einfach zu handhabendes und für den Rechtsunterworfenen leicht verständliches Gesetz“.

¹⁰ Oehmichen NZWiSt 2013, 341 (345) in Bezug auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, krit. aber zur Strafbarkeitslücke bei fahrlässigen Verstößen gegen Waffenembargos.

¹¹ Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2117); ähnlich Walter RIW 2013, 205 (210), der von einem Verzicht des Gesetzgebers auf „besonders unbestimmte Regelungen“ spricht und dabei (auch) das Umgehungsverbot im Blick haben muss.

¹² Siehe die BT-Drs. 17/11127, S. 29: „§ 22 AWG n.F. entspricht § 38 AWG a.F. und regelt Zuständigkeiten im Straf- und Bußgeldverfahren“; zum dem Entwurf nachträglich hinzugefügten Abs. 4 heißt es in BT-Drs. 17/12101, S. 11 zu Buchstabe c ähnlich unpräzise: „Dadurch werden Unternehmen stärker als bisher motiviert, ihre interne Überwachung zu verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden“. So auch Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2118).

schrift bringt zwei aktuell an vielen Stellen zu verzeichnende Tendenzen zum Ausdruck: Zum einen äußert sich in ihr das Bestreben, die Strafverfolgungsorgane zu entlasten, indem das Strafverfahren einer zunehmenden Privatisierung zugeführt wird. Zum anderen – und scheinbar ganz im Widerspruch zur Privatisierungstendenz – werden die Anforderungen an eine entlastende Wirkung dieser Mithilfe weiter angehoben. Ziel dieses Beitrags ist es, beide Tendenzen nachzuweisen.

II. Konzeption der Selbstanzeige

1. Selbstanzeige im Steuerstrafrecht

Im Steuerrecht ist der Zweck der Selbstanzeige seit jeher umstritten. Es wird bereits als zweifelhaft angesehen, ob die Regelung mit kriminalpolitischen Erwägungen überhaupt zu begründen ist, oder ob sie im deutschen Strafrecht nur eine „Ausnahmeerscheinung“¹³ bzw. einen „Fremdkörper“¹⁴ darstellt. Schon der Begriff der Selbstanzeige in § 371 AO ist kein umfassender Terminus. Denn zur Straffreiheit verlangt § 371 AO auch die fristgerechte Nachzahlung hinterzogener Steuern.¹⁵ Zudem erfordert eine wirksame Selbstanzeige gerade nicht, dass sich der Täter einer Straftat bezichtigt.¹⁶

Dem Institut werden daher verschiedene Zwecke zugeschrieben: Es soll dem Staat bislang verheimlichte Steuerquellen erschließen, so dass in erster Linie steuerpolitische Erwägungen hinter der Vorschrift stehen.¹⁷ Darüber hinaus werde durch die Möglichkeit des § 371 AO und die Zurückstellung des staatlichen Strafanspruchs der Hinterziehungstäter motiviert, nachträglich seine steuerlichen Pflichten zu erfüllen und auf diese Weise das staatliche Steueraufkommen zu mehren. Der Selbstanzeigevorschrift wird damit eine psychologisch wirkende „Anreizfunktion“¹⁸ zugeschrieben. Dies trägt zugleich dem kriminalpolitischen Interesse an der Aufklärung unbekannter Steuerstraftaten Rechnung und grds. schwer erkennbare¹⁹ Steuerstraftaten gelangen ans Licht.²⁰

Schließlich soll dem Steuerpflichtigen die Rückkehr in die Steuerehrlichkeit erleichtert werden.²¹ Allerdings wird dieser Zweck durchwegs nur „darüberhinaus“²² und i.d.R. im Konjunktiv oder in indirekter Rede²³ genannt.²⁴ Nur ein Teil der Literatur zieht die den Rücktritt vom Versuch oder die tätige Reue tragenden Erwägungen heran.²⁵ Dem begegnet die ganz h.M. allerdings mit dem Einwand, bei diesen Regelungen des StGB handele es sich nicht um ein „geschlossenes System mit klaren Strukturprinzipien“²⁶. Vielmehr liege den verschiedenen Vorschriften eine Vielfalt differierender Zwecke und Zielrichtungen zugrunde, so dass die Selbstanzeige nicht einfach pauschal diesem Regelungsfeld zugeordnet werden könne.²⁷

2. Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG

a) Zweck der Selbstanzeige gem. § 22 Abs. 4 AWG

Es fragt sich, worin der Zweck der Regelung des § 22 Abs. 4 AWG besteht. Eine unreflektierte Übertragung der für das Steuerrecht geltenden Erwägungen erscheint angesichts der Un-

¹³ BayObLG wistra 1985, 117.

¹⁴ Westpfahl Die strafbefreiende Selbstanzeige im Steuerrecht, 1987, S. 14; vgl. auch Schmoeckel StuW 2014, 67 (73).

¹⁵ So bspw. Dumke in: Schwarz, § 371 AO Rn. 4; Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 12; Simon/Vogelberg, Steuerstrafrecht, 2005, S. 161.

¹⁶ So auch Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 12; von Briel in: von Briel/Ehlscheid, Steuerstrafrecht, 2001, § 2 Rn. 1.

¹⁷ So statt Vieler BGHSt 12, 100 f.; BGH NJW 1974, 2293; BGHSt 29, 37 (40); BGH, wistra 1987, 342 (343); BGH, wistra 1999, 28; BGH, wistra 1991, 223 (225); BGH, wistra 2004, 310; Dumke in: Schwarz, § 371 AO Rn. 3; Jäger in: Klein, 2014, § 371 AO Rn. 1, 4; Kohler in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 19; Rüping wistra 2001, 121; Samson wistra 1988, 130 (133); Teske wistra 1988, 287 (290); Theil BB 1983, 1274; Vogelberg in: Achenbach/Wannemacher, § 9 Rn. 1381; Wulf JuS 2008, 314 (318);

¹⁸ Bilsdorfer wistra 1984, 93; Kohler in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 19.

¹⁹ Vgl. Vogelberg in: Achenbach/Wannemacher, § 9 Rn. 3.

²⁰ Vogelberg in: Achenbach/Wannemacher, § 9 Rn. 3.

²¹ Jäger in: Klein, 2014, § 371 AO Rn. 4; Kohler in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 20.

²² Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 19; Kohler in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 20.

²³ Bspw. Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 19.

²⁴ Anders etwa Brauns (wistra 1987, 233), der auf die Gleichwertigkeit fiskalischer und kriminalpolitischer Zielsetzungen abzustellen scheint.

²⁵ Bspw. Löffler Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige, 1992, S. 104 ff.

²⁶ Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 20.

²⁷ Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 20.

terschiede, die bereits zwischen den Regelungsbereichen (Steuerrecht und Außenwirtschaftsrecht) bestehen, kaum möglich. So kommt die Erschließung neuer Einnahmequellen allenfalls dann in Betracht, wenn der Täter zugleich Ein- und Ausfuhrabgaben hinterzieht, §§ 370, 373 AO. Die tragende Erwägung kann hierin somit nicht gelegen haben.

Damit bleibt zunächst nur (insoweit durchaus ähnlich wie im Steuerstrafrecht) den Anlass für die Schaffung der Regelung in den „kriminologisch äußerst ungünstigen Bedingungen“²⁸ des Außenwirtschafts(straft)rechts zu suchen – wobei damit sowohl die Konditionen für die am Außenwirtschaftsverkehr partizipierenden Personen und Unternehmen als auch für die zuständigen Ermittlungsbehörden²⁹ gemeint sein können: Soweit für § 371 AO das kriminalpolitische Interesse an einer Aufklärung von schwer zu entdeckenden Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten in den Vordergrund gestellt wird, kommt es auch im Rahmen des § 22 Abs. 4 AWG maßgeblich darauf an, den Täter zu einer Meldung des Verstoßes zu motivieren. Ohne eine solche Meldung bliebe der Verstoß mit großer Wahrscheinlichkeit unentdeckt – besteht aber kein Anreiz zur Meldung, wird diese nicht erfolgen.

Durch die Verfolgungsfreiheit nach der Selbstanzeige kann darüber hinaus (insoweit dann ähnlich wie im Rahmen des § 24 StGB) die Rückkehr zur Legalität honoriert werden; dem Täter wird dabei mit der Vorschrift eine sog. goldene Brücke geschlagen, die ihn zurück auf die Seite des Rechts führt.

Diese Überlegungen bestätigt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Im ursprünglichen Entwurf war zunächst keine Selbstanzeige vorgesehen.³⁰ Diese wurde erst eingefügt aufgrund eines Änderungsantrags der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und FDP, der es zum erklärten Ziel hatte, Unternehmen für eine Eigenkontrolle Anreize zu geben und Bemühungen anzuerkennen, die „interne Überwachung zu verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden“.³¹ In der Begründung des geänderten Entwurfs hieß es dann, mit der Modifikation werde bei fahrlässigen Verstößen i.S.d. § 19 Abs. 2 bis 5 AWG unter bestimmten Voraussetzungen das Ermessen der Verfolgungsbehörden eingeschränkt, solchen Verstößen nachzugehen. „Dadurch werden Unternehmen stärker als bisher motiviert, ihre interne Überwachung zu verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden.“³²

b) Formale Voraussetzungen

Um das Unterbleiben der Verfolgung zu erreichen, muss der Betroffene der zuständigen Behörde (dem örtlich zuständigen Hauptzollamt³³) den Verstoß anzeigen. Das Gesetz verlangt dabei keine bestimmte Form, so dass die Erklärung auf *jede beliebige Art und Weise*, d.h. schriftlich, mündlich, zu Protokoll bei der zuständigen Behörde, ebenso telefonisch, per Telefax oder E-Mail abgegeben werden kann.³⁴ Eine Frist für die Selbstanzeige normiert § 22 Abs. 4 AWG nicht.³⁵

§ 22 Abs. 4 S. 1 AWG verlangt inhaltlich, dass der Verstoß aufgedeckt und der zuständigen Behörde angezeigt wird, mithin, dass der Betroffene dem BAFA über den Vorfall wahrheitsgemäß berichtet. Ohne weitere Angaben nicht ausreichend ist dementsprechend die bloße Erklärung, Selbstanzeige erstatten zu wollen.³⁶ § 19 Abs. 2 bis 5 AWG enthält allerdings etliche Tatvarianten, die eingreifen, wenn der Täter eine bestimmte Handlung unterlassen oder unvollständig vorgenommen hat (vgl. z.B. § 19 Abs. 2, Abs. 3 Nrn. 3 und 5, Abs. 5 AWG). Indes normiert der Wortlaut des § 22 Abs. 4 S. 1 AWG aber keine Pflicht des Täters, die unterlassene Handlung nachzuholen.³⁷ Dem Sinn und Zweck der Vorschrift entspricht es hier, ei-

²⁸ So zur Selbstanzeige im Steuerstrafrecht *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 AO Rn. 19.

²⁹ Bzgl. Selbstanzeige im Steuerstrafrecht siehe *SüBe/Urban/Püschel* Newsdienst Compliance 2014, 71005; *Wittig JA* 2014, 567 (568).

³⁰ Vgl. BT-Drs. 17/11127, S. 29: „§ 22 AWG n.F. entspricht § 38 AWG a.F. und regelt Zuständigkeiten im Straf- und Bußgeldverfahren“.

³¹ BT-Drs. 17/12101, S. 10.

³² BT-Drs. 17/12101, S. 11.

³³ *Niestedt/Trennt BB* 2013, 2115 (2119); *Pelz/Hofschneider wistra* 2014, 1 (3).

³⁴ Aus dem Steuerrecht: *Dumke* in: Schwarz, § 371 AO Rn 37; *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 AO Rn. 65; *Kemper* in: Rolletschke/Kemper, § 371 AO Rn. 12; *Kummer* in: Wabnitz/Janovsky, 2014, Kap. 18 Rn. 110; *Quedenfeld/Füllsack* Verteidigung in Steuerstrafsachen, 2005, Rn. 387; *Wittig JA* 2014, 566 (571).

³⁵ *Niestedt/Trennt BB* 2013, 2115 (2120); *Pelz/Hofschneider wistra* 2014, 1 (3).

³⁶ *Kohler* in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 49 mit Verweis auf *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 AO Rn 56; *Kemper* in: Rolletschke/Kemper, § 371 AO Rn 15.

³⁷ *Krause/Prieß NSTZ* 2013, 688 (690) stufen dies als Redaktionsversehen des Gesetzgebers ein.

ne Parallele zum Nachholen unterlassener Angaben i.S.d. § 371 Abs. 1 AO bzw. zu der Regelung des § 378 Abs. 3 AO zu ziehen. Das Nicht-Nachholen der unterlassenen Handlung lässt sich – ohne Überschreitung der Wortlautgrenze – als neuerlicher Verstoß begreifen, der die bußgeldbefreiende Wirkung hindert.

Auch eine teilweise Selbstanzeige ist denkbar, sofern mehrere Ordnungswidrigkeiten zugleich (tateinheitlich oder tatmehrheitlich) und damit „vertikal teilbar“ verwirklicht sind. Die Verfolgung unterbleibt dann allerdings nur im Hinblick auf den berichteten Vorfall. Wird über einen einzigen Verstoß nur teilweise berichtet, so ist entsprechend den für das Steuerrecht geltenden Erwägungen auch von einer „horizontalen Teilbarkeit“ auszugehen, so dass auch hier eine Verfolgung der Ordnungswidrigkeit im Umfang der Anzeige unterbleibt.³⁸

III. Selbstkontrolle und Verhinderungsmaßnahmen

1. Aufdeckung „im Wege der Eigenkontrolle“

Der begangene Verstoß muss „im Wege der Eigenkontrolle“ aufgedeckt werden, § 22 Abs. 4 S. 1 AWG. Der Wortlaut verlangt dabei grds., dass Mechanismen zur Selbstkontrolle in dem betreffenden Betrieb oder Unternehmen überhaupt vorhanden sind. Wie diese ausgestaltet sein müssen, lässt das Gesetz jedoch offen.³⁹ Hierbei braucht es sich also nicht um ein umfangreiches Compliance-System zu handeln, sondern es genügt, dass eine Überprüfung überhaupt stattfindet. Aus welchem Grund der Fehler im Rahmen der Selbstkontrolle aufgedeckt wird (gezieltes Suchen durch eigene Mitarbeiter bzw. durch mit der Ermittlung beauftragte unternehmensexterne Dritte⁴⁰ oder faktischer Zufallsfund) ist gleichgültig.⁴¹ Wegen der Komplexität der Arbeitsabläufe sowie der i.d.R. eng begrenzten Zeitfenster dürften zufällige Entdeckungen durch eigene Mitarbeiter in der Realität allerdings ohnehin eine seltene Ausnahme bleiben. Die Regelung entspricht damit ganz dem gesetzgeberischen Zeitgeist, Anreize zur Selbstkontrolle sowie zur Etablierung eines umfassenden Compliance-Systems zu schaffen und im Gegenzug Vergünstigungen zu offerieren.⁴²

2. Maßnahmen zur Verhinderung neuer Verstöße

Gem. § 22 Abs. 4 S. 1 AWG setzt die Wirksamkeit der Selbstanzeige voraus, dass angemessene Maßnahmen zur Verhinderung eines Verstoßes aus gleichem Grund tatsächlich getroffen werden.⁴³ Die bloße Zusicherung oder Ankündigung der Maßnahmen genügt nicht.⁴⁴

Eine Konkretisierung der notwendigen Maßnahmen enthält das Gesetz jedoch auch an dieser Stelle nicht. Es muss sich somit nicht zwingend um „Compliance-Maßnahmen“⁴⁵ (i.e.S.) handeln.⁴⁶ Welche Reaktionen angemessen sind, wird vielmehr einerseits vom Grund für den Verstoß abhängen (mangelnde Kenntnisse der Mitarbeiter, übermäßiges Aufgabenpen-

³⁸ Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, 2009, § 371 AO Rn. 213; Kohler in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 57; krit. Schmitz DStR 2001, 1821 (1826).

³⁹ Zu den Methoden Nestler in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, 2013, Kap. 1 Rn. 1 ff., 32 ff.

⁴⁰ Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2118 f.) verlangen zunächst „unternehmensinterne Quellen“, schließen jedoch „im Auftrag des Unternehmens“ handelnde Dritte mit ein, selbst wenn der Dritte ein „Zollagent“ ist. Richtigerweise wird man zusätzlich zumindest eine gewisse Neutralität des Dritten verlangen müssen; erforderlich ist somit, dass es sich jedenfalls nicht um eine staatliche Ermittlungsperson handelt.

⁴¹ Krause/Prieß NSTZ 2013, 688 (690) gehen sogar noch weiter davon aus, dass Strukturen zur Eigenkontrolle überhaupt nicht vorhanden sein müssen, solange die Aufdeckung nur der Sphäre des Anzeigenden zuzuordnen ist.

⁴² Siehe dazu BT-Drs. 17/12101, S. 11: „Dadurch werden Unternehmen stärker als bisher motiviert, ihre interne Überwachung zu verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden“. Gesetzgeberischer Aktionismus in diese Richtung kommt in etlichen Regelungen zum Ausdruck, bspw. in § 5 Abs. 2 des NRW-Entwurfs zur Einführung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, der ein Absehen von Strafe vorsieht, wenn der Verband wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Verbandsstraftat aufgedeckt werden konnte und den Ermittlungsbehörden Beweismittel zur Verfügung gestellt hat, die geeignet sind, die Tat nachzuweisen.

⁴³ Zu typischen Compliance-Maßnahmen gehören die Überprüfung der Buchhaltung mittels EDV-Programmen, bei Auftreten von Auffälligkeiten die Kontrolle der betroffenen Verträge, der Zugriff auf Emails und elektronische Daten sowie die Befragung von Mitarbeitern; siehe zur Vorgehensweise im Rahmen der Compliance-Beratung auch Roxin StV 2012, 116; zu Präventivmaßnahmen siehe Fissenewert in: Behringer/Fabisch/Fissenewert, Compliance kompakt, 2011, S. 50 f.

⁴⁴ Krause/Prieß NSTZ 2013, 688 (692).

⁴⁵ Der Begriff der Compliance wird in Praxis und Literatur unterschiedlich definiert. Zusammenfassend lassen sich darunter Maßnahmen und Vorkehrungen verstehen, die sicherstellen sollen, dass sich die Gesellschaft und die für sie handelnden Personen rechtmäßig verhalten; siehe Nestler in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, 2013, Kap. 1 Rn. 1 ff.; Pietrek Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers aus Compliance-Pflichten, 2012, S. 32; eingehend auch Poppe in: Görling/Inderst/Bannenberg, 2010, Kap. 1 Rn. 1 ff.

⁴⁶ Anders offenbar Pelz/Hofschneider wistra 2014, 1 (3), die damit jedoch den Wortlaut überdehnen.

sum usw., dann ggf. Schulung, Fortbildung, Ausbau des Personalapparats).⁴⁷ Andererseits wird man dafür von üblichen Sicherheitsstandards und Prüfungsverfahren bzw. etwaigen Compliance-Anforderungen ausgehen müssen⁴⁸, die dann eine Bewertung nach dem jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung von Faktoren wie der Größe des Unternehmens, der Anzahl der Beschäftigten, deren Qualifikation und Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, deren Destinationen, den Geschäftsvolumina etc. erfordern. Insbesondere sofern Verstöße nur zufällig aufgedeckt wurden, ist an eine Änderung und Verbesserung des betriebsinternen Überwachungssystems zu denken.⁴⁹ Im Außenwirtschaftsrecht gilt dabei die Besonderheit, dass i.d.R. ein Geschäftsführer oder Vorstand eines Exportunternehmens zum Ausführverantwortlichen bestellt wird, dem die Organisationspflicht, Personalwahl und Überwachungspflicht obliegt.⁵⁰

3. Exkurs: Reichweite der bußgeldbefreienden Wirkung

Im Kontext von Eigenkontrolle und Verhinderungsmaßnahmen ergibt sich für § 22 Abs. 4 AWG ein nicht ganz unerhebliche Probleme:

a) Persönliche Reichweite

Der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 4 AWG beschränkt sich dem insofern eindeutigen Wortlaut nach auf Fälle des § 19 Abs. 2 bis 5 AWG einschließlich der Verweisungen auf §§ 81 f. AWV.⁵¹ Bei Straftaten nach §§ 17 f. AWG – insbesondere bei vorsätzlichen und leichtfertigen Verstößen gegen Waffenembargos – bleibt die Möglichkeit zur Selbstanzeige ausgeschlossen.

Bei der (wirksamen) Selbstanzeige handelt es sich nach e.A. um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund bzw. „Ahndungsaufhebungsgrund“⁵², nach a.A. um ein generelles Verfolgungshindernis⁵³. Eher fernliegend erscheint in beiden Fällen, dass die Einreichung einer Selbstanzeige durch lediglich einen der an den Verstößen Beteiligten die bußgeldbefreiende Wirkung ohne weiteres und automatisch auch für andere Beteiligte eintreten lässt.⁵⁴ Erforderlich sein wird hier vielmehr ein Vorgehen ähnlich zur üblichen Praxis im Zusammenhang mit § 371 AO dergestalt, dass diejenigen Beteiligten, die die Selbstanzeige nicht im eigenen Namen vornehmen, zumindest im Wege eines Auftrags bzw. einer Vollmachterteilung die eingereichte Anzeige konsentieren.⁵⁵

Soweit vertreten wird, die Selbstanzeige wirke immer zumindest auch zugunsten des Ausführverantwortlichen, selbst wenn andere die Anzeige erstatten⁵⁶, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar verlangt § 22 Abs. 4 AWG an keiner Stelle ein subjektives „Wissens-Element“⁵⁷, sowohl als persönlicher Straf- oder Ahndungsaufhebungsgrund als auch als Verfolgungshindernis erfordert die Selbstanzeige, dass die Voraussetzungen im jeweiligen Täter bzw. Betroffenen selbst verwirklicht sind. Auch der Sinn und Zweck der Regelung, Unternehmen zu einer verstärkten Selbstkontrolle anzuhalten und insbesondere Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Verstöße zu treffen, macht es prinzipiell unerlässlich, dass die Verantwortlichen zumindest mit dem Fehlverhalten konfrontiert und über Konsequenzen und weitere Vorgehensweise ins Bilde gesetzt werden.

⁴⁷ *Niestedt/Trennt* BB 2013, 2115 (2119).

⁴⁸ In diese Richtung *Krause/Prieß* NSTZ 2013, 688 (692).

⁴⁹ *Niestedt/Trennt* BB 2013, 2115 (2119); zur Relevanz und Notwendigkeit von Compliance-Maßnahmen aus steuerstrafrechtlicher Sicht s.a. *Süße/Urban/Püschel* Newsdienst Compliance 2014, 71005.

⁵⁰ *Klötzer-Assion/Rosinus* in: *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, 2013, Kap. 32 Rn. 62 f.; s. auch Bekanntmachung des BAFA zu den Grundsätzen zur Zuverlässigkeitsprüfung von Exporteuren unter <http://www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/zuverlaessigkeitausfuhrverantwortlicher/index.html>

⁵¹ *Niestedt/Trennt* BB 2013, 2115 (2118); siehe auch *Pelz/Hofschneider* wistra 2014, 1 (2).

⁵² *Krause/Prieß* NSTZ 2013, 688 (691); *Walter* RIW 2013, 205; *Wittig* JA 2014, 566 (567).

⁵³ *Niestedt/Trennt* BB 2013, 2115 (2119); *Pelz/Hofschneider* wistra 2014, 1 (5).

⁵⁴ So aber *Pelz/Hofschneider* AWPrax 2013, 173 (174) bzw. *Pelz/Hofschneider* wistra 2014, 1 (2), die eine Anzeige durch einen beliebigen Dritten genügen lassen; offener auch *Niestedt/Trennt* BB 2013, 1215 (2119), die sich gegen eine Begrenzung des begünstigten Personenkreises aussprechen.

⁵⁵ *Krause/Prieß* NSTZ 2013, 688 (691); ähnlich für § 371 AO *Wittig* JA 2014, 566 (571).

⁵⁶ *Krause* ExportManager 5/2013, 22 f.

⁵⁷ Krit. ist dies insb. für das hier beleuchtete Freiwilligkeitsmerkmal, siehe Abschn. IV.

b) Sachliche Reichweite

Auf zugleich verwirklichte Straftatbestände schlägt die Wirkung der Selbstanzeige nicht durch. Fraglich bleibt aber, ob von der bußgeldbefreienden Wirkung auch konkurrierend verwirklichte Bußgeldtatbestände erfasst sind. Dies kommt insb. für §§ 30, 130 OWiG in Betracht. Hierzu wird vertreten, der Verhängung eines Bußgeldes nach §§ 30, 130 OWiG trotz wirksamer Selbstanzeige, stehe die Intention des Gesetzgebers entgegen, einen Anreiz für Unternehmen zu schaffen, „ihre interne Überwachung zu verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden“⁵⁸. Dies werde sich kaum erreichen lassen, wenn trotz wirksamer Selbstanzeige nach Abs. 4 die Bußgeldbewehrung nach §§ 30, 130 OWiG bestehen bleibe.⁵⁹ Diese Auffassung versucht sich auf den Wortlaut des Abs. 4 S. 1 zu berufen, der u.a. auf das Treffen angemessener Maßnahmen zur Verhinderung eines Verstoßes aus gleichem Grund abstellt. Sie lässt jedoch außer Betracht, dass § 19 Abs. 2 bis 5 AWG, auf den sich die Selbstanzeige bezieht – anders als § 130 OWiG – nicht an eine mangelhafte Organisation oder Überwachung anknüpft, sondern in erster Linie nur an den Verstoß gegen außenwirtschaftsrechtliche Vorgaben. Dass der Grund hierfür oftmals in einem organisatorischen Versagen zu sehen sein dürfte, ändert daran nichts; dies ist bei fahrlässigen Taten vielmehr gerade der Regelfall. Beseitigt und wiedergutmacht wird durch die Selbstanzeige demnach lediglich der zurückliegende Verstoß gegen das Außenwirtschaftsrecht, das vergangene Organisationsversagen wird jedoch nur für die Zukunft verhindert.⁶⁰ Berücksichtigung finden kann und muss die Selbstanzeige jedoch im Rahmen der Ermessensausübung nach § 47 OWiG hinsichtlich der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit nach §§ 30, 130 OWiG.⁶¹

IV. Motivationsmaßstab

1. Das Merkmal der „Freiwilligkeit“

a) Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch

(1.) Wenn die Zwecke der Selbstanzeigeregelung sich nur dadurch erreichen lassen, dass Anreiz zur Offenbarung von Verstößen gegeben wird, dann bleibt zu prüfen, ob sich mit der Vorschrift überhaupt eine solche Anreizwirkung erzielen lässt. Als Spiegel dieses Motivationszwecks fungiert im Rahmen des § 24 StGB das Merkmal der Freiwilligkeit. Das StGB kennt die Voraussetzung nicht nur beim Rücktritt, sondern auch bei der tätigen Reue und ferner bspw. in § 46b StGB, was insoweit deutlich macht, dass es sich um eine Art Grundvoraussetzung für die strafbefreiende Wirkung handelt.

Die vorherrschende Meinung in der Literatur legt die Freiwilligkeit empirisch-psychologisierend bzw. normativ aus.⁶² Der Rücktritt ist danach freiwillig, wenn der Täter aus autonomen Motiven von der Tat Abstand genommen oder ihre Vollendung verhindert hat. Autonom ist ein Entschluss, wenn er Ausdruck freier Selbstbestimmung ist. Ein Rücktritt aus heteronomen Gründen, also solchen, die vom Willen des Täters unabhängig sind, soll dagegen unfreiwillig sein.⁶³ Die Rechtsprechung folgt dem weitestgehend, indem sie darauf abstellt, ob der Täter Herr seiner Entschlüsse war.⁶⁴ Unfreiwillig handelt er danach, wenn ihn zwingende Gründe zum Rücktritt bewegen. Nichts anderes gilt bei der tätigen Reue, bspw. im Rahmen des § 83a StGB.⁶⁵

(2.) Die Funktion des Freiwilligkeitsmerkmals besteht vor allem darin, strafrechtlich erhebliche und strafrechtlich unerhebliche „Gefährdungsumkehr“ voneinander abzugrenzen.⁶⁶ Anders als das Polizeirecht baut das Strafrecht nicht auf eine verschuldensunabhängige Haftung des Störers, sondern verlangt für die Verhängung einer Rechtsfolge, dass diese der Erreichung der Strafzwecke diene. Ein freiwilliger Rücktritt (oder eine freiwillige Selbstanzeige)

⁵⁸ So jedenfalls BT-Drs. 17/12101, S. 11; siehe auch Voland GWR 2013, 264.

⁵⁹ Krause/Prieß NStZ 2013, 688 (691); ähnlich Pelz/Hofschneider wistra 2014, 1 (5).

⁶⁰ In diese Richtung auch Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2119 f.).

⁶¹ So Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2119); Voland GWR 2013, 264.

⁶² Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 2014, § 24 Rn. 43; Fischer StGB, 2014, § 24 Rn. 19; Lackner/Kühl StGB, 2014, § 24 Rn. 18; Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht AT, 2015, Rn. 651.

⁶³ Beckemper in BeckOK-StGB, 2014, § 24 Rn. 30; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 2014, § 24 Rn. 45.

⁶⁴ Siehe nur BGHSt 35, 186; BGH StV 1992, 225; BGH, NStZ 1993, 279; BGH, NStZ 1994, 428 statt Vieler.

⁶⁵ Von Heintschel-Heinegg in BeckOK-StGB, 2014, § 83a Rn. 3.

⁶⁶ Amelung ZStW 2008, 205 (218).

zeigt also an, dass Bestrafung nicht mehr notwendig ist, weil die Zwecke, denen eine Strafe dienen darf, bereits erreicht wurden.⁶⁷

(3.) Dass diese Erwägungen – trotz der im Hinblick auf Unwerturteil und Strafmakel bestehenden Unterschiede zum Strafrecht⁶⁸ – prinzipiell auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht eingreifen, zeigt die Regelung des § 13 Abs. 3, Abs. 4 OWiG, die der Rücktrittsvorschrift des StGB nachgebildet ist. Gem. § 13 Abs. 3 S. 1 OWiG wird der Versuch einer Ordnungswidrigkeit nicht geahndet, wenn der Täter *freiwillig* die weitere Ausführung der Handlung aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Auch hier muss also der Täter bzw. Betroffene freiwillig zurücktreten, wobei insoweit dieselbe Begriffsbestimmung maßgeblich ist, die von der ganz h.M. auch zu § 24 StGB vertreten wird.⁶⁹ Dabei gilt grds., dass vom Täter bzw. Betroffenen während der Tatausführung wahrgenommene zuvor unerkannte Risiken den Rücktritt unfreiwillig machen, falls die Tatdurchführung erhebliche Nachteile mit sich bringen würde, und der Täter bzw. Betroffene diese Risiken deshalb als unvermeidbar hoch einstuft.⁷⁰ Insbesondere kann deswegen die Furcht vor alsbaldiger Entdeckung einem freiwilligen Rücktritt entgegenstehen; dies gilt ebenso, wenn der Täter die weitere Ausführung wegen vermeintlicher oder wirklicher Entdeckung aufgibt.⁷¹

b) Freiwilligkeit der Selbstanzeige gem. § 371 AO

Freiwilligkeit wird als Merkmal in § 371 AO nicht explizit genannt. § 371 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AO beinhalten allerdings Sperrgründe der Selbstanzeige, die ihre strafbefreiende Wirkung hindern, und die ihrer Konzeption nach sehr an das Merkmal der Freiwilligkeit in § 24 StGB angelehnt sind.⁷² So tritt Straffreiheit bspw. nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO nicht ein, wenn die betreffenden Steuerstraftaten im Zeitpunkt der Berichtigung, Ergänzung oder Nachholung ganz oder zum Teil bereits entdeckt waren und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste.

Dieses Erkennen(-müssen) durch den Täter wird dabei als „einschränkendes subjektives Merkmal“ für die Sperrwirkung der Tatentdeckung verstanden.⁷³ Der Steuerpflichtige hat die erforderliche Kenntnis von der Entdeckung, sofern „er aus den ihm bekannten Tatsachen den Schluss gezogen hat, eine Behörde oder ein anzeigewilliger Dritter habe von seiner Tat so viel erfahren, dass seine Verurteilung bei vorläufiger Beurteilung wahrscheinlich sei“.⁷⁴ Vermutet er lediglich die Entdeckung, so schließt dies die strafbefreiende Wirkung grds. nicht aus.⁷⁵ Mit der Entdeckung rechnen muss der Täter, wenn er aus den ihm bekannten Tatsachen bei verständiger Würdigung der Sachlage den Schluss hätte ziehen müssen, dass die Tat bekannt ist. Maßgebend für die „verständige Würdigung der Sachlage“ ist dabei wiederum die individuelle Erkenntnis- und Urteilsfähigkeit des Täters.⁷⁶ Dies folgert die h.M. aus dem Umstand, dass es sich bei der Selbstanzeige um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund handelt, für den es auch allein auf die individuellen Fähigkeiten des jeweiligen Täters ankommen kann.⁷⁷ Gleichwohl trennt die Regelung des § 371 Abs. 2 AO damit nicht sauber zwischen autonomen und heteronomen Motiven.⁷⁸

2. Freiwilligkeitsfiktion des § 22 Abs. 4 S. 2 AWG

a) Freiwilligkeit als Voraussetzung der Selbstanzeige

Gem. § 22 Abs. 4 S. 2 AWG gilt eine Anzeige i.S.d. Satz 1 der Norm als freiwillig, wenn die Behörde hinsichtlich des Verstoßes noch keine Ermittlungen aufgenommen hat. Der Sinngehalt dieser Regelung bleibt allerdings schon deshalb zweifelhaft, da § 22 Abs. 4 S. 1 AWG ein

⁶⁷ Vgl. *Amelung* ZStW 2008, 205 (218).

⁶⁸ Eingehend dazu *Mitsch* in: KK-OWiG, 2014, Einl. Rn. 82 ff.

⁶⁹ *Bohnert* OWiG, 2010, § 13 Rn. 22; *Rengier* in: KK-OWiG, 2014, § 13 Rn. 54.

⁷⁰ *Rengier* in: KK-OWiG, 2014, § 13 Rn. 55; ähnlich zu § 24 StGB siehe nur BGH NSTZ 2007, 265 (266) statt Vieler.

⁷¹ *Rengier* in: KK-OWiG, 2014, § 13 Rn. 55.

⁷² *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 Rn. 131 (Ausschlussgründe ähneln „dem Prinzip der Freiwilligkeit, wie es etwa den Regelungen über den Rücktritt vom Versuch ... zugrunde liegt.“).

⁷³ *Jäger* in: Klein, 2014, § 371 AO Rn. 68; ähnlich *Kohler* in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 226.

⁷⁴ *Jäger* in: Klein, 2014, § 371 AO Rn. 69.

⁷⁵ *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 Rn. 200.

⁷⁶ *Jäger* in: Klein, 2014, § 371 AO Rn. 70; *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 Rn. 199.

⁷⁷ *Kohler* in: MüKo-StGB, 2010, § 371 AO Rn. 230; ähnlich *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 Rn. 199 („quasi-individueller Sorgfaltsmaßstab“).

⁷⁸ *Joecks* in: Franzen/Gast/*Joecks*, 2009, § 371 AO Rn. 27.

Freiwilligkeitserfordernis überhaupt nicht normiert.⁷⁹ Die Regelung kann daher nur als Voraussetzung der Wirksamkeit der Selbstanzeige dahingehend gemeint sein, dass die zuständige Behörde hinsichtlich des Verstoßes (objektiv) noch keine Ermittlungen aufgenommen haben darf. Dies soll der Fall sein, wenn die Behörde Maßnahmen trifft, die erkennbar darauf abzielen, gegen jemanden straf- oder bußgeldrechtlich vorzugehen, auch wenn der Beschuldigte noch unbekannt ist.⁸⁰

b) Maßstab der Freiwilligkeit gem. § 22 Abs. 4 S. 2 AWG

Fraglich ist ferner der Maßstab der Freiwilligkeit. Gem. § 22 Abs. 4 S. 2 AWG machen behördliche Ermittlungen eine Selbstanzeige zunächst nur dann unfreiwillig bzw. unwirksam, wenn sie auf einen Verstoß der konkret in Rede stehenden Art abzielen.⁸¹ Soweit in anderer Sache ermittelt wird, schließt dies die ahndungsbefreiende Wirkung der Selbstanzeige nicht aus.

Anders als etwa § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO setzt § 22 Abs. 2 S. 2 AWG seinem paradoxen Wortlaut nach aber nicht voraus, dass der Betroffene von der Einleitung der Ermittlungen überhaupt Kenntnis erlangt hat (oder hätte erlangen müssen).⁸² Ein solches Erfordernis lässt sich auch nicht im Wege der Auslegung in die Norm hineininterpretieren.⁸³ Der Wortlaut täuscht also: Es handelt sich weder um einen nach psychologischen Gesichtspunkten beurteilten Freiwilligkeitsbegriff, noch um einen normativ bestimmten Terminus, sondern lediglich um eine Fiktion, die ohne jeden Bezug zu den Beweggründen des Täters bleibt.⁸⁴

3. Konsequenzen

Bei einer solchen Fiktion noch von Freiwilligkeit zu sprechen, wirkt schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch geradezu widersinnig. Dies gilt auch in Ansehung des mit der Selbstanzeigeregelung verfolgten Zwecks (interne Überwachung verbessern und Arbeitsfehler dem Zoll oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle melden). Es erscheint höchst fraglich, ob die intendierte Anreizwirkung bestehen bleibt, wenn Freiwilligkeit zu einer bloßen Fiktion retardiert, die keinen Bezug zur Motivlage des Täters mehr aufweist.

Gleichwohl: Der Gesetzgeber ist in seiner Entscheidung über die Ausgestaltung einer solchen Regelung keiner Beschränkung dahingehend unterworfen, sich etwa an psychologische bzw. normative Grundsätze (oder gar allgemeine Regeln der Logik) halten zu müssen. Es steht ihm innerhalb verfassungsrechtlicher Grenzen vielmehr frei, gesetzliche Fiktionen zu normieren, die auch entgegen tatsächlicher Gegebenheiten zutreffen können. Da es sich bei § 22 Abs. 4 AWG grds. um eine den Täter bzw. Betroffenen begünstigende Regelung handelt, darf dabei auch nicht derselbe Maßstab gelten, wie er bspw. für Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände anzulegen ist.

V. Abschließende Bemerkungen

Nach den vorstehenden Erwägungen scheint § 22 Abs. 4 AWG mehr eine objektive Einschränkung des in § 47 OWiG geregelten Verfolgungsermessens zu sein, als ein § 24 StGB, § 13 OWiG oder § 371 AO nachgebildeter Straf- oder Ahndungsaufhebungsgrund. Kritisch ist dies insbesondere deshalb zu sehen, weil durch die rein objektive Freiwilligkeitsfiktion

⁷⁹ Wegner HRRS 2014, 52 (56); ähnlich Niestedt/Trennt BB 2013, 2119; Pelz/Hofschneider wistra 2014, 3 bestreiten deshalb – wenig überzeugend – sogar, dass es sich beim Kriterium der Freiwilligkeit um eine Voraussetzung der wirksamen Selbstanzeige handelt. Fraglich ist nicht, ob Freiwilligkeit vorausgesetzt ist, sondern lediglich, nach welchem Maßstab sie sich bemisst, siehe Rn. 10.

⁸⁰ Niestedt/Trennt BB 2013, 2119, gestützt auf Krause ExportManager 5/2013, 22 f., der sich wiederum an § 397 Abs. 1 AO orientiert.

⁸¹ Krause/Prieß NSTZ 2013, 690 mit Verweis auf den Wortlaut („hinsichtlich des Verstoßes noch keine Ermittlungen“); Voland GWR 2013, 264.

⁸² Auch das Fehlen einer § 397 Abs. 3 AO entsprechenden Regelung verlangt keine objektive Interpretation des Freiwilligkeitsmerkmals, da ein konkreter Beschuldigter, dem die Verfahrenseinleitung mitgeteilt werden könnte, zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht zu existieren braucht.

⁸³ Vgl. Pelz/Hofschneider wistra 2014, 4 f., die die Behörde aber auf § 47 OWiG verweisen wollen; ähnlich Niestedt/Trennt BB 2013, 2119; a.A. Voland GWR 2013, 267, der entgegen dem Wortlaut auch die fehlende Kenntnis von der Ermittlung ausreichen lassen will.

⁸⁴ Krit. Krause/Prieß NSTZ 2013, 690 zum Widerspruch bspw. zum Begriffsverständnis im Rahmen von § 24 StGB und für eine dem entsprechende Auslegung. Hierin liegt allerdings ein klarer Widerspruch zum insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift.

der Eintritt der ahndungsbefreienden Wirkung von dem zufälligen⁸⁵ Umstand abhängt, ob die zuständige Behörde bereits ermittelt oder nicht.

Während die Rücktrittsvorschriften der § 24 StGB, § 13 OWiG noch die autonome Entscheidung des Täters in den Vordergrund stellen, beinhaltet § 371 AO seinem in Abs. 2 Nr. 2 bereits den Ausschlussgrund, dass der Täter „bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste“, entdeckt worden zu sein. Wie gesehen stellt § 371 AO nicht Gesichtspunkte der Strafzweckerreichung oder der Rückkehr zu Legalität in den Mittelpunkt, sondern in erster Linie die Erschließung bislang unerkannter Steuerquellen. Das in Abs. 2 Nr. 2 dieser Norm angelegte „Kennenmüssen“ von Tatsachen, die einer Selbstanzeige entgegenstehen, entfernt sich dem entsprechend bereits vom ausschließlich subjektiven Verständnis der klassischen Rücktrittsregelungen und korrespondiert mit der veränderten Zielsetzung der Vorschrift.

§ 22 Abs. 4 AWG erweitert nur das Spektrum: Im Vordergrund steht nicht mehr das fiskalische Motiv; eigentliches Ziel der Vorschrift ist bereits das bloße Erkennen, Aufdecken und zukünftige Verhindern von Verstößen (und zwar durch die Täter selbst), ohne dass damit ein unmittelbarer finanzieller Vorteil verbunden wäre. Die Norm verzichtet selbst auf ein „Kennenmüssen“. Aus der mit diesem Merkmal noch gegebenen Ähnlichkeit mit den Fahrlässigkeitsvoraussetzungen wird in § 22 Abs. 4 S. 2 AWG eine rein objektive Bestimmung der Voraussetzungen der Selbstanzeige, während sich die Verfolgungsbehörden weiter zurückziehen. § 22 Abs. 4 AWG bleibt damit eine „gut gemeinte“, inhaltlich aber missglückte Vorschrift, für die das gerade erst reformierte AWG bereits jetzt (mindestens hinsichtlich Freiwilligkeitsmerkmals) auf Nachbesserung wartet.

⁸⁵ Die Dunkelziffer im Bereich der Embargokriminalität bzw. der Außenwirtschaftsdelikte insgesamt wird idR recht hoch geschätzt, da eine Überprüfung der Warenexporte wegen ihrer Masse nur stichprobenhaft möglich sei; vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, 2011, S. 58 (Kontrollrate von nur 1 %); ähnlich *Bender* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 45 Rn. 15 (Kontrollrate von immerhin 5 %).

Unternehmensstrafrecht

Wiss. Mitarbeiter Richard Hennecke, Düsseldorf

Die förmliche Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess nach geltendem Recht

I. Einleitung

Neben der aktuellen Diskussion um den Gesetzesentwurf zur Einführung einer strafrechtlichen Sanktionierung von Unternehmen im Strafprozess (Verbandsstrafe) darf nicht vergessen werden, dass de lege lata eine förmliche Beteiligung und Sanktionierung von juristischen Personen und Personenvereinigung im Strafprozess auf verschiedene Art und Weise schon heute möglich ist. Dieser Beitrag soll einen Überblick über die aktuellen förmlichen strafprozessualen Beteiligungsmöglichkeiten und die bei der Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess auftretenden Probleme geben und im zweiten Teil einen vergleichenden Blick auf zukünftige Gesetzesvorhaben werfen.

· Preisträger des WiJ-Aufsatzwettbewerbs 2014.

II. Der Status Quo

Eine „echte“ Unternehmensverteidigung kommt nach geltendem Recht in Ermangelung einer Verbandsstrafbarkeit nur dort im Strafverfahren in Betracht, wo dem Unternehmen als Nebenbeteiligtem eine Vermögensabschöpfung durch Einziehung, (Dritt-)Verfall oder eine Verbandsgeldbuße droht.⁸⁶ Maßgebliche verfahrensrechtliche Grundlage hierfür - und damit für die Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess - sind die §§ 430 - 444 StPO im 3. und 4. Abschnitt des 6. Buches der Strafprozessordnung.

Der 3. Abschnitt regelt hierbei die "Verfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahmen", wohingegen der 4. Abschnitt das "Verfahren bei Festsetzungen von Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen regelt". Zum Verständnis der aktuellen Beteiligungsmöglichkeiten von Unternehmen im Strafprozess ist eine detaillierte Betrachtung der in den §§ 430 ff. StPO getroffenen Regelung unabdingbar.

1.

Die §§ 430 ff. StPO regeln die Beteiligung von Dritten im Strafprozess als Nebenbeteiligte in Form von Einziehungsbeteiligten. Über § 442 Abs. 1 StPO werden der Einziehung Verfall, Vernichtung, Unbrauchbarmachung und Beseitigung eines gesetzwidrigen Zustandes gleichgestellt und die für den Einziehungsbeteiligten geltenden Regeln der §§ 430 - 441 StPO für entsprechend anwendbar erklärt. Diese Gleichstellung ist im Folgenden zu beachten: sofern hier "nur" vom Einziehungsbeteiligten gesprochen wird, sind die diesem über § 442 Abs. 1 StPO Gleichgestellten ebenfalls gemeint. Als Einziehungs- oder Verfallsbetroffene kommen neben natürlichen Personen juristische Personen oder Personenvereinigungen ebenfalls in Betracht. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen sich die strafrechtlichen Vorwürfe gegen die Führungspersonen, leitenden Angestellten oder Gesellschafter einer juristischen Person oder Personenvereinigung richten. Während die §§ 73 ff. StGB die materiellen Voraussetzungen der Nebenfolge regeln, findet sich in den §§ 430 ff. StPO die strafprozessuale Umsetzung. Im Folgenden wird nur die Nebenbeteiligung von juristischen Personen und Personenvereinigungen betrachtet. Im Einzelnen:

a)

Für das von einer Nebenfolge betroffene Unternehmen ist zunächst § 430 StPO von Bedeutung. Durch diese Vorschrift wird dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, in jeder Lage des Verfahrens einzelne Rechtsfolgen einer sonst bereits verfolgten Tat vom Gegenstand der prozessualen Untersuchung und Entscheidung auszuklammern.⁸⁷ Die Vorschrift stellt eine Erweiterung des Grundgedankens der §§ 154 f. StPO dar und dient der Verfahrensvereinfachung bzw. Verfahrensbeschleunigung.⁸⁸ Sie gilt sowohl für den Angeklagten als auch für den Nebenbeteiligten⁸⁹ und findet im Bußgeldverfahren ebenfalls sinngemäß Anwendung, sofern dort keine anderweitigen Regelungen getroffen worden sind.⁹⁰

Voraussetzung für eine Verfahrensbeschränkung nach dieser Vorschrift ist zunächst, dass die Maßnahme einerseits nicht ins Gewicht fällt oder andererseits einen unangemessenen Aufwand erfordert oder die Herbeiführung der Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren würde. Die Nebenfolge soll dann nicht ins Gewicht fallen, wenn für den Schutz der Rechtsordnung die sonstigen zu erwartenden Rechtsfolgen ausreichend sind.⁹¹ Kriterien hierfür können die Geringfügigkeit oder Nichterforderlichkeit der Nebenfolge neben der verhängten Strafe sein, welche im Rahmen einer Abwägung zu berücksichtigen sind. Zu berücksichtigen sind ebenfalls die Beteiligten-, also Unternehmensinteressen.⁹² Mit unangemessenem Aufwand ist das Maß der Mühewaltung von Gericht, Staatsanwaltschaft und Beweisperson gemeint.⁹³ Gemessen wird dies in Zeit und Geld und kann sich beispielsweise auf Sachverständigenkosten oder Kosten für Zeugenvernehmung und Augenscheinnahme beziehen.⁹⁴ Allgemein ist der Aufwand unangemessen,

⁸⁶ MAH/WirtschaftsstrafR/Kempf/Schilling, 2. Auflage 2014, § 10 Rn 92.

⁸⁷ Meyer-Goßner, StPO, 56. Auflage 2013, § 430 Rn 1.

⁸⁸ LR/Gössel, StPO, 26. Auflage 2009, § 430 Rn 1.

⁸⁹ SK-StPO/Weßlau, 4. Auflage 2012, § 430 Rn 2.

⁹⁰ Meyer-Goßner, Vor § 430 Rn. 6.

⁹¹ LR/Gössel, § 430 Rn 4 m.w.N.

⁹² Umfassend SK-StPO/Weßlau, § 430 Rn 3 f.

⁹³ LR/Gössel, § 430 Rn 8.

⁹⁴ Meyer-Goßner, § 430 Rn 6.

wenn er zu der Bedeutung der Nebenfolge in keinem vernünftigen Verhältnis steht.⁹⁵ Unter Berücksichtigung der teils horrenden Geldsummen, die bei unternehmensbezogenen Straftaten dem Verfall unterliegen, wird der Aufwand bei einer juristischen Person als Verfallsbeteiligte allerdings regelmäßig angemessen sein. Daneben ist eine Beschränkung aber auch dann zulässig, wenn ohne diese Beschränkung die Entscheidung über die übrigen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschwert werden würde. Dies bezieht sich vor allem auf einen unverhältnismäßigen Zeitverlust, der beispielsweise durch die Beteiligung des Unternehmens oder aufwändige Zeugenvernehmungen entstehen würde.⁹⁶

Für die Beschränkung ist bis zur Einreichung der Klageschrift gem. § 430 Abs. 2 StPO die Staatsanwaltschaft und nach diesem Zeitpunkt das Gericht zuständig, welches nach Anhörung der Beteiligten durch Beschluss gem. § 33 StPO entscheidet, gegen den die Beschwerde unzulässig ist.

b)

Wann ein Unternehmen als Einziehungs- oder Verfallsbeteiligter im Strafverfahren förmlich zu beteiligen ist, regelt § 431 StPO. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör für den Fall dar, dass glaubhaft erscheint, dass Dritten - "und nicht dem Angeklagten - die möglicherweise einzuziehenden Gegenstände gehören"⁹⁷. In diesem Fall erfolgt die Anordnung der Beteiligung des Unternehmens von Amts wegen, ohne dass bspw. ein Antrag der Staatsanwaltschaft notwendig wäre.⁹⁸

Voraussetzung hierfür ist gem. § 431 Abs. 1 S. 1 StPO zunächst, dass im Strafverfahren über die Einziehung eines Gegenstandes (oder einer ihr über § 442 Abs. 1 StPO gleichgestellten Nebenfolge) zu entscheiden ist und glaubhaft erscheint, dass der Gegenstand einem anderen als dem Angeschuldigten gehört oder zusteht (Nr. 1) oder ein anderer an dem Gegenstand ein sonstiges Recht hat, dessen Erlöschen im Falle der Einziehung angeordnet werden könnte (Nr. 2). Über die Anordnung einer Nebenfolge ist zu entscheiden, wenn wahrscheinlich ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen werden.⁹⁹ Im Falle einer Ermessensvorschrift ist dies nicht zwangsläufig zu bejahen.¹⁰⁰ Unter Berücksichtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann allerdings nur im Falle evidenten Ausschlusses der Anordnung der Nebenfolge davon ausgegangen werden, dass deren gesetzliche Voraussetzungen nicht vorliegen. Daraus wird zu Recht gefolgert, dass allein entscheidend ist, ob eine Konfrontation des Gerichts mit einer Einziehungsfrage wahrscheinlich ist¹⁰¹. Nach Gössel soll eine Verfahrensbeteiligung nur dann nicht erforderlich sein, wenn die Konfrontation des Gerichts mit einer Einziehungsfrage so unwahrscheinlich ist, „dass die Frage des rechtlichen Gehörs überhaupt nicht akut wird“¹⁰².

Ausreichend für die Beteiligung ist, dass das Recht des betroffenen Dritten an dem der Nebenfolge unterliegenden Gegenstand wahrscheinlich besteht, weil die Tatsachen, aus denen es sich ergibt, glaubhaft erscheinen.¹⁰³ Da dem Dritten im Hinblick auf Art. 14 GG und Art. 103 Abs. 1 GG umfassend die Möglichkeit eröffnet werden muss, seine Rechte durch die Teilnahme am Strafverfahren wahren zu können, dürfen hieran allerdings keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.¹⁰⁴ Auch aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es nicht Aufgabe des Dritten, seine Rechte glaubhaft zu machen: die Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen erfolgt von Amts wegen (ggf. auf Anregung oder Antrag) durch das Gericht.¹⁰⁵

Gegenüber der Beteiligung von natürlichen Personen ergeben sich für juristische Personen und Personenvereinigungen Besonderheiten. Grundsätzlich betrifft § 431 Abs. 1 StPO nur die Einziehung von Gegenständen und nicht die Einziehung des Wertersatzes. Die Einziehung des Wertersatzes ist gegenüber natürlichen Personen als Dritten grundsätzlich ausge-

⁹⁵ LR/Gössel, § 430 Rn 8.

⁹⁶ LR/Gössel, § 430 Rn 9.

⁹⁷ OLG Celle, Urteil vom 10.09.1985 - 1 Ss 339/85 = NJW 1987, 78.

⁹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.06.1999 - 5 Ss 52/99 - 33/99 I = wistra 1999, 477, 478.

⁹⁹ Vgl. KK-StPO/Schmidt, 7. Auflage 2013, § 431 Rn 3 m.w.N.

¹⁰⁰ -Goßner, § 431 Rn 8.

¹⁰¹ LR/Gössel, § 431 Rn 40 ff.

¹⁰² LR/Gössel, § 431 Rn 40 ff.

¹⁰³ KK-StPO/Schmidt, § 431 Rn 11.

¹⁰⁴ LR/Gössel, § 431 Rn 34 f.

¹⁰⁵ LR/Gössel, § 431 Rn 36.

geschlossen¹⁰⁶, so dass diese in einem solchen Fall auch nicht nach § 431 Abs. 1 S. 1 StPO beteiligt werden. § 431 Abs. 3 StPO trägt nun dem Umstand Rechnung, dass gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung gem. § 75 i.V.m. § 74c StGB die Einziehung des Wertersatzes möglich ist. Ein hiervon möglicherweise betroffenes Unternehmen ist daher gem. § 431 Abs. 3 StPO ebenfalls am Verfahren zu beteiligen. Richtet sich der Verfall des Wertersatzes nach § 73a i.V.m. § 73 Abs. 3 StGB gegen einen Dritten, so ergibt sich dessen Beteiligung hingegen bereits aus § 442 Abs. 2 S. 1 StPO unter den dort in S. 2 und 3 genannten Besonderheiten.

Die Beteiligung erfolgt gem. § 431 Abs. 1 S. 1 StPO nur "soweit es die Einziehung betrifft". Zur Einziehung gehört allerdings "grundsätzlich auch die Vorfrage der Schuld des Angeeschuldigten, da die Straftat im Allgemeinen die materielle Grundlage der Einziehung bildet"¹⁰⁷. Gem. § 431 Abs. 2 Nr. 1 StPO kann das Gericht aber anordnen, dass sich die Beteiligung nicht auf die Frage der Schuld des Angeklagten erstreckt, wenn die Einziehung nur unter der Voraussetzung in Betracht kommt, dass der Gegenstand dem Angeschuldigten gehört oder zusteht. In diesem Fall steht der Einziehung schon dessen Rechtsinhaberschaft als solche entgegen.¹⁰⁸

Die Anordnung der Beteiligung erfolgt gem. § 431 Abs. 5 S. 1 StPO durch Beschluss. Dieser Beschluss kann nicht angefochten werden. Wird die Anordnung hingegen abgelehnt, so ist hiergegen gem. § 431 Abs. 5 S. 2 StPO die sofortige Beschwerde zulässig. Dies gilt auch für die Rücknahme der Beteiligungsanordnung und auch für die nachträgliche Beschränkung im Sinne des § 431 Abs. 2 StPO.¹⁰⁹

c)

aa)

Sofern ein Unternehmen bereits im Ermittlungsverfahren als Nebenbeteiligter in Betracht kommt, ist dieses gem. § 432 Abs. 1 S. 1 StPO nach Möglichkeit anzuhören. Die Vorschrift stellt eine Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Befugnisse eines Einziehungsbeteiligten grundsätzlich erst mit Anordnung der Nebenbeteiligung gem. § 431 StPO entstehen. Über § 432 StPO wird so dem möglichen Nebenbeteiligten frühzeitig die Möglichkeit der Einflussnahme zur Wahrung seiner Interessen eröffnet.¹¹⁰

Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt ein Dritter dann als Einziehungsbeteiligter in Betracht, "wenn sich bereits im Ermittlungsverfahren abzeichnet, dass über die Einziehung eines Gegenstandes zu befinden sein wird und dass ein anderer als der Beschuldigte daran ein Recht hat"¹¹¹.

Sofern dies der Fall ist, muss dem potentiellen Einziehungsbeteiligten eröffnet werden, dass eine der in §§ 431, 442 StPO genannten Maßnahmen möglich erscheint und der Dritte möglicherweise ein Recht an dem von der Maßnahme betroffenen Gegenstand hat, welches löschen könnte.¹¹² Der Dritte kann daraufhin Stellung nehmen. Eine Form ist hierfür nicht vorgeschrieben, so dass eine schriftliche Äußerung ausreicht.¹¹³

Hat der als Einziehungsbeteiligte in Betracht kommende Dritte erklärt, dass er gegen die Einziehung Einwendungen vorbringen wird, und erscheint glaubhaft, dass er ein Recht an dem Gegenstand hat, so gelten gem. § 432 Abs. 2 StPO, im Falle seiner Vernehmung, die Vorschriften über die Vernehmung des Beschuldigten entsprechend, wenn seine Verfahrensbeteiligung in Betracht kommt. In diesem Fall soll eine Belehrung entsprechend der Vorschriften zur Vernehmung des Beschuldigten nach § 163a StPO erforderlich sein.¹¹⁴ Ein Anspruch auf eine solche Vernehmung besteht allerdings nicht und ist vom Gesetzgeber auch nicht gewollt¹¹⁵, da diese nur notwendig sein soll, "wenn die bloße Anhörung nicht

¹⁰⁶ . Fischer, StGB, 61. Auflage 2014, § 74c Rn 2.

¹⁰⁷ BT-Drucks V/1319 S. 73.

¹⁰⁸ Meyer-Goßner, § 431 Rn 15.

¹⁰⁹ LR/Gössel, § 431 Rn 70.

¹¹⁰ vgl. KMR/Metzger, StPO, 42. EL 2006, § 432 Rn 1.

¹¹¹ BT-Drucks V/1319 S. 76.

¹¹² KMR/Metzger, § 432 Rn 6.

¹¹³ KMR/Metzger, § 432 Rn 6.

¹¹⁴ KMR/Metzger, § 432 Rn 7.

¹¹⁵ Vgl. BT-Drucks V/1319 S. 77.

ausreicht, um seine Verteidigungsinteressen wahrzunehmen und den Verfolgungsorganen eine sachgerechte Beurteilung der Einziehungs- und Beteiligungsfage zu gestatten"¹¹⁶. Sofern allerdings konkrete Anhaltspunkte für die Voraussetzung von Einziehung und Verfall vorliegen, soll zumindest in diesem Fall aber die Pflicht zur Vernehmung bestehen, da der Betroffene Dritte sich dann in eigener Sache äußere und daher wie ein Beschuldigter zu behandeln sei.¹¹⁷ Gerade weil der Einziehungsbeteiligte seine Stellung als Prozessbeteiligter über § 431 StPO erst mit Erhebung der Anklage erlangt, soll er im Ermittlungsverfahren, soweit seine Verfahrensbeteiligung in Betracht kommt, wie ein Beschuldigter vernommen werden, da anderenfalls seine Verteidigungsposition gegen die zu befürchtende Nebenfolge unangemessen eingeschränkt wird, wenn er "zunächst in die Zeugenstellung gedrängt wird"¹¹⁸. Im Übrigen wird derjenige, der sich gegen die Anordnung einer Nebenfolge wehrt, in eigener Sache tätig und kann daher nicht als objektiver Zeuge auftreten. Seine Rolle entspreche insofern im Ermittlungsverfahren eher der des Beschuldigten, da er sich ggf. auch gegen den Vorwurf eigenen vorwerfbaren Verhaltens verteidige.¹¹⁹

bb)

Da § 163a StPO entsprechend anzuwenden ist, ist der mögliche Nebenbeteiligte darüber zu belehren, dass die Anordnung der Nebenfolge in Betracht kommt und dass ihm ein Schweigerecht zusteht.¹²⁰ Was für natürliche Personen selbstverständlich ist, hat sich für Unternehmen erst in jüngerer Zeit entwickelt: das Schweigerecht juristischer Personen im Strafverfahren¹²¹.

Die Übertragung des Schweigerechtes auf juristische Personen erschließt sich nicht ohne Weiteres. In seinem Beschluss vom 26.02.1997¹²² hatte das BVerfG noch entschieden, dass Art. 19 Abs. 3 GG es ausschließe, dass die Selbstbelastungsfreiheit auch juristischen Personen zugute komme¹²³. Die Selbstbelastungsfreiheit ergebe sich vor allem aus der Menschenwürde, die aber wesensmäßig nicht auf juristische Personen übertragbar sei.¹²⁴ Begründet wurde dies unter anderem damit, dass einer juristischen Person allenfalls eine Geldbuße gem. § 30 OWiG drohe, die weder einen Schuldvorwurf, noch eine ethische Missbilligung enthalte, sondern nur einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen solle.¹²⁵ Auf eine förmliche Nebenbeteiligung aufgrund einer zu erwartenden strafgleichen Einziehungsanordnung wurde hierbei aber nicht eingegangen.

Schon zu diesem Zeitpunkt hätte allerdings bereits aufgrund der Orkem-Entscheidung¹²⁶ des EuGH ein anderes Ergebnis näher gelegen. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof im Hinblick auf Zuwiderhandlungen gegen Wettbewerbsregeln ausgeführt, dass die nationalen Rechtsordnungen zwar grundsätzlich nur natürlichen Personen ein Recht zur Zeugnisverweigerung gegen sich selbst einräumen, aufgrund „des Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung, die der Gerichtshof als fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung angesehen hat“, die Verteidigungsrechte eines Unternehmens nicht dadurch beeinträchtigt werden dürfen, dass diesem die Verpflichtungen zu Antworten auferlegt werden, durch die das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingeräumt werden müsste.¹²⁷

Auf dieser Entscheidung aufbauend befürwortet *Minoggio* zu Recht ein Schweigerecht juristischer Personen.¹²⁸ Seiner Ansicht nach gewähre der Wortlaut der §§ 433 Abs.1, 432 Abs. 2, 442 Abs. 1 StPO unterschiedslos allen Nebenbeteiligten die Schutzrechte des Beschuldigten. Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips müsse jedem Betroffenen eines Verfahrens mit

¹¹⁶ KK-StPO/Schmidt, § 432 Rn 6.

¹¹⁷ Meyer-Goßner, § 432 Rn 3.

¹¹⁸ BT-Drucks V/1319 S. 73.

¹¹⁹ LR/Gössel, § 432 Rn 11.

¹²⁰ LR/Gössel, § 432 Rn 15 f.

¹²¹ Vgl. *Minoggio*, wistra 2003, S. 121 ff.

¹²² BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96 = NJW 1997, 1841 ff.

¹²³ BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96 = NJW 1997, 1841, 1843.

¹²⁴ BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96 = NJW 1997, 1841, 1843.

¹²⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96 = NJW 1997, 1841, 1843.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 18.10.1989 – 374/87, Slg. 1989, 3343 ff.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 18.10.1989 – 374/87, Slg. 1989, 3343, 3351.

¹²⁸ *Minoggio*, wistra 2003, S. 121, 127.

straf- oder strafähnlichem Charakter das Recht zur Verteidigung seiner Eigentums- und Vermögensposition eingeräumt werden, wozu auch das Recht zu Schweigen gehöre.¹²⁹

Zur Ausübung des Schweigerechts ist die Leitungsebene der juristischen Person bzw. der in § 75 StGB genannte Personenkreis berechtigt.¹³⁰

d)

Wesentliche Vorschrift für die Begründung der weiteren Rechte von juristischen Personen und Personenvereinigungen im Strafverfahren ist § 433 StPO. Gem. § 433 Abs. 1 S. 1 gilt: „Von der Eröffnung des Hauptverfahrens an hat der Einziehungsbeteiligte, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Befugnisse, die einem Angeklagten zustehen.“ Dem Nebenbeteiligten werden auf diese Weise, soweit das Verfahren ihn betrifft und im Gesetz keine abweichenden Regelungen getroffen wurden, diejenigen Befugnisse zugesprochen, die einem Angeklagten zustehen.¹³¹ Eine Gleichstellung mit diesem soll allerdings nicht erfolgen, sondern dem Nebenbeteiligten soll „in technisch einfacher Weise ein größtmögliches Maß an prozessualen Rechten“ zugesichert werden.¹³² Konkret heißt dies, dass Nebenbeteiligte wie ein Angeklagter Anspruch auf rechtliches Gehör haben¹³³ und damit verbunden an der Hauptverhandlung teilnehmen können. Den obigen Ausführungen folgend gilt für die Hauptverhandlung ebenfalls das Schweigerecht der beteiligten juristischen Person oder Personenvereinigung. Dieser steht des Weiteren das Fragerecht i.S.d. § 240 Abs. 2 StPO und das Recht zu, gem. § 220 StPO Zeugen zu laden.¹³⁴ Nebenbeteiligte können Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit ablehnen¹³⁵ und ihnen steht neben den Angeklagten das letzte Wort zu¹³⁶. Zudem sind Nebenbeteiligte zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt.¹³⁷

Abweichende Regelungen können sich beispielsweise aus den §§ 436 f. StPO ergeben. Grundsätzlich erfolgt aber hinsichtlich des Verfahrensteils, welches die Nebenfolge betrifft, eine zumindest punktuelle Gleichstellung der nebenbeteiligten juristischen Person oder Personenvereinigung mit den Rechten des Angeklagten.¹³⁸

Das Gericht kann gem. § 433 Abs. 2 S. 1 StPO zur Aufklärung des Sachverhalts das persönliche Erscheinen des Nebenbeteiligten anordnen. Im Falle einer juristischen Person oder Personenvereinigung muss das Gericht dann gegebenenfalls die Anhörung des vertretungsberechtigten Organs oder seiner jeweiligen Mitglieder anordnen.

e)

aa)

Maßgebliche Vorschrift für den Vertreter des Unternehmens im Strafverfahren, den sog. „Unternehmensverteidiger“¹³⁹, ist § 434 StPO. Gem. § 434 Abs. 1 S. 1 StPO kann sich ein Nebenbeteiligter in jeder Lage des Verfahrens „auf Grund einer schriftlichen Vollmacht durch einen Rechtsanwalt oder eine andere Person, die als Verteidiger gewählt werden kann, vertreten lassen“. S. 2 erklärt für die Vertretung die §§ 137 bis 139, 145a bis 149 und 218 StPO für entsprechend anwendbar.

„In jeder Lage“ des Verfahrens meint nicht erst die Hauptverhandlung. Zwar erlangt der Nebenbeteiligte seine förmliche Verfahrensstellung erst durch eine Anordnung des Gerichts,

¹²⁹ Minoggio, wistra 2003, S. 121, 128; zustimmend unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EMRK SK-StPO/Weißlau, § 444 Rn 11.

¹³⁰ Minoggio, wistra 2003, S. 121, 129.

¹³¹ BT-Drucks. V/1319, S. 77.

¹³² BT-Drucks. V/1319, S. 77.

¹³³ KK-StPO/Schmidt, § 433 Rn 4.

¹³⁴ SK-StPO/Weißlau, § 433 Rn 2.

¹³⁵ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. 5. 1973 - 1 Ws 143/73 = NJW 1973, 1658.

¹³⁶ BGH, Urteil vom 12.12.1961 - 3 StR 35/61 = NJW 1962, 500, 501.

¹³⁷ KMR/Metzger, § 433 Rn 3; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.1988 - 2 Ws 128/87 = NSTz 1988, 289, 290.

¹³⁸ Minoggio, Firmenverteidigung, 2. Auflage 2010, Rn 273.

¹³⁹ Der Gesetzgeber wollte bewusst auf den Begriff des „Verteidigers“ verzichten, vgl. BT-Drucks. V/1319, S. 77. Zum Begriff des Unternehmensverteidigers vgl. aber Wessing, WiJ 2012, S. 1, 6. Zur Klarstellung: nicht gemeint ist hierbei ein Verteidigertypus, wie bspw. Jahn ihn – freilich überspitzt und humoristisch – in StV 2014, 40, 42 beschreibt („Hier begegnen uns (...) Unternehmensverteidiger, die als Boutiquenanbieter in vieltausendköpfige globalisierte law firms integriert sind und die einen Gerichtssaal kaum noch vom Hörensagen kennen, dafür aber Internal Investigations nach Art eines privaten Ermittlungsverfahrens zu führen wissen, teilweise mit Budgets, die sich in Bruchteilen des Umfangs eines Landesjustizhaushalts sinnvoll darstellen lassen.“), sondern der Vertreter einer förmlich am Strafverfahren beteiligten juristischen Person oder Personenvereinigung.

welche erst nach Erhebung der Anklage möglich ist. Gleichwohl ist der potentiell Nebenbeteiligte im Rahmen des § 432 StPO ggf. schon im Ermittlungsverfahren zu beteiligen, so dass schon zu diesem Zeitpunkt eine Rechtstellung besteht, zu deren Wahrnehmung die Heranziehung eines rechtskundigen Vertreters geboten sein kann.¹⁴⁰ Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers: in der Gesetzesbegründung wird dem Vertreter ausdrücklich das Recht zugesprochen, im Vorverfahren gem. § 147 StPO Akteneinsicht zu nehmen.¹⁴¹

Der Verweis auf § 146 StPO hat zur Folge, dass das Verbot der Mehrfachverteidigung umfassend zu berücksichtigen ist.¹⁴² Weder mehrere Einziehungsbeteiligte nebeneinander, noch Beschuldigter und Einziehungsbeteiligter können gleichzeitig durch denselben Dritten vertreten werden.¹⁴³ Die Frage, ob ein Dritter gleichzeitig einen Einziehungs- neben einem Verfallsbeteiligten vertreten darf, ist strittig.¹⁴⁴ Zu Recht wird dies allerdings von *Weßlau* mit der Begründung verneint, dass „die verfahrensmäßigen Interessen mehrerer Beschuldigter bei einzelnen Prozesshandlungen durchaus unterschiedlich sein können, sodass schon die Verfahrensidentität allein als grds. gefährliche Situation einzustufen ist“¹⁴⁵.

Da Abs. 1 nicht auf die Vorschriften über die notwendige Verteidigung verweist, eröffnet Abs. 2 dem Gericht die Möglichkeit, dem Nebenbeteiligten einen Vertreter beizuordnen, „wenn die Sach- oder Rechtslage schwierig ist oder wenn der Einziehungsbeteiligte seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann“. Die Rechtslage ist durchsichtig, wenn im Hinblick auf die den Einziehungsbeteiligten betreffende entscheidungserhebliche Rechtsfrage in der Rechtsprechung widerstreitende Ansichten vertreten werden¹⁴⁶, wohingegen die Sachlage schwierig sein soll, „wenn eine Vielzahl von Zeugen und Sachverständigen zu vernehmen ist, der Sachverhalt umfangreich und undurchsichtig ist oder Angeklagter und Einziehungsbeteiligter widerstreitende Angaben machen, die in Ermangelung von Zeugen schwer überprüft werden können oder die Beweislage i.Ü. schwierig ist“¹⁴⁷.

bb)

Über § 434 Abs. 1 StPO erfolgt im Ergebnis eine weitestgehende Gleichstellung des „Unternehmensverteidigers“ mit dem Individualverteidiger. Der Unternehmensverteidiger übt die Rechte der nebenbeteiligten juristischen Person oder Personenvereinigung aus. Er kann Akteneinsicht verlangen, Beweisanträge stellen, Zeugen laden, das Fragerecht ausüben und Rechtsmittel einlegen. Gleichzeitig werden aber auch die Privilegien der Individualverteidigung „aktiviert“: die Korrespondenz zum vertretenen Unternehmen unterliegt dem Schutz des § 148 StPO und der Beschlagnahmefreiheit im Sinne des § 97 StPO¹⁴⁸. Schließlich findet auch auf den Unternehmensverteidiger § 160a StPO Anwendung.

Durch den strafrechtlich versierten Vertreter kann das Unternehmen damit maßgeblichen Einfluss auf den Teil des Prozesses nehmen, der für die das Unternehmen treffende Nebenfolge entscheidend ist.

f)

Die §§ 435 ff. StPO regeln die weitere verfahrensrechtliche Umsetzung der Nebenbeteiligung. Erwähnenswert ist hier vor allem noch die Beschränkung des § 436 Abs. 2 StPO. Hiernach ist das Gericht an die Frage der Schuld des Angeklagten betreffende Beweisanträge des Nebenbeteiligten nicht gebunden, sondern diese stellen lediglich nach pflichtgemäßem Ermessen zu behandelnde Beweisanregungen dar.¹⁴⁹ Legt der Nebenbeteiligte Rechtsmittel gegen das die Nebenfolge anordnende Urteil ein, so „erstreckt sich die Prüfung, ob die Einziehung dem Einziehungsbeteiligten gegenüber gerechtfertigt ist, auf den Schuldspruch des angefochtenen Urteils nur, wenn der Einziehungsbeteiligte insoweit Einwendungen vorbringt und im vorausgegangenen Verfahren ohne sein Verschulden zum Schuldspruch nicht gehört worden ist“. Die Vorschrift stellt damit eine Ausnahme zu den §§ 327, 352 StPO

¹⁴⁰ LR/Gössel, § 434 Rn 2.

¹⁴¹ BT-Drucks. V/1319 S. 78.

¹⁴² Im Hinblick auf § 444 StPO wird dies an anderer Stelle noch gesondert erörtert.

¹⁴³ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 08.01.2013 – 3 – 48/12 (Rev) = NJW 2013, 626 ff. mit zust. Anm. Meyer-Mews; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.1988 – 2 Ws 128/87 = NStZ 1988, 289.

¹⁴⁴ Bejahend: KK-StPO/Schmidt, § 434 Rn 3; Meyer-Goßner, § 434 Rn 5.

¹⁴⁵ SK-StPO/Weßlau, § 434 Rn 5.

¹⁴⁶ Meyer-Goßner, § 434 Rn 4; OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.12.1982 – 1 Ss 501/82 = NJW 1983, 1208.

¹⁴⁷ SK-StPO/Weßlau, § 434 Rn 8.

¹⁴⁸ Wessing, WiJ 2012, 1, 5; ders. in: Festschrift für Volkmar Mehle, S. 665, 678 ff.

¹⁴⁹ KK-StPO/Schmidt, § 436 Rn 4.

dar.¹⁵⁰ Alleiniges Ziel des Rechtsmittels ist die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Nebenfolge.¹⁵¹

§ 438 StPO regelt die Beteiligung des Nebeninteressenten im Strafbefehlsverfahren, während § 439 StPO das sog. Nachverfahren regelt: hätte die potentiell nebenbeteiligte juristische Person oder Personenvereinigung schon im Hauptverfahren beteiligt werden müssen, wird ihr über § 439 StPO nachträglich rechtliches Gehör gewährt¹⁵², wenn sie ohne eigenes Verschulden im Hauptverfahren nicht gehört worden ist. Sowohl Nebenbeteiligte als auch bloß Nebeninteressenten können dann geltend machen, dass die Anordnung der Nebenfolge ihnen gegenüber nicht gerechtfertigt ist.¹⁵³ In Anlehnung an § 76a StGB ist hinsichtlich der Nebenfolge gem. § 440 StPO auch ein selbstständiges, rein objektives Verfahren möglich. In diesem Verfahren wird die Tat- und Schuldfrage nur soweit erörtert, wie dies für das Vorliegen der Voraussetzungen der Anordnung einer Nebenfolge von Bedeutung ist. Das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen bestimmt sich allein nach § 76a StGB.¹⁵⁴ Die Zuständigkeiten für das Nachverfahren und das selbstständige Verfahren regelt § 441 StPO.

Wie Eingangs bereits erwähnt, stellt § 442 Abs. 1 StPO schließlich Verfall, Vernichtung, Unbrauchbarmachung und Beseitigung eines gesetzwidrigen Zustandes der Einziehung im Sinne der §§ 430 – 441 StPO gleich. Daneben regelt Abs. 2 für den Drittverfall im Sinne der §§ 73 Abs. 3, 73a StGB, dass in diesem Fall die Beteiligung des Dritten zwingend vorgeschrieben ist und diese unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgt.¹⁵⁵ Bei sämtlichen unternehmensbezogenen Taten werden die Voraussetzungen des Drittverfalls zumeist gegeben sein¹⁵⁶, zumal Drittempfänger i.S.d. § 73 Abs. 3 StGB „in aller Regel“ eine juristische Person ist¹⁵⁷, so dass neben dem Drittverfall als solchem auch der Regelung des § 442 Abs. 2 StPO immense praktische Bedeutung zukommt.

2.

Die einzige „direkte“ Sanktionsmöglichkeit gegenüber juristischen Personen und Personenvereinigungen im Strafprozess abseits von Einziehung und Verfall ergibt sich aus § 444 StPO: sofern im Strafverfahren über die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung nach § 30 OWiG zu entscheiden ist, ordnet das Gericht deren Beteiligung an dem Verfahren an, soweit es die Tat betrifft. Ist Gegenstand des Strafverfahrens eine Straftat, die eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG begründen mag, so erlangt die betroffene juristische Person oder Personenvereinigung über § 444 StPO die verfahrensrechtliche Stellung eines Nebenbeteiligten.¹⁵⁸

Über die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße ist zu entscheiden, wenn deren Voraussetzungen (also die des § 30 OWiG) wahrscheinlich vorliegen¹⁵⁹ oder deren Vorliegen - nach anderer Ansicht - zumindest nicht unwahrscheinlich ist¹⁶⁰. In diesem Fall erfolgt die Beiordnung des Unternehmens von Amts wegen, allerdings nur „soweit es die Tat betrifft“, also nur im Hinblick auf diejenige angeklagte Straftat, die eine Verbandsgeldbuße zu begründen vermag.

Der Umfang der Beteiligung richtet sich vor allem nach § 444 Abs. 2 S. 2 StPO: wie die einziehungs- oder verfallsbeteiligte juristische Person oder Personenvereinigung wird das von einer Verbandsgeldbuße bedrohte Unternehmen über den Verweis auf die §§ 432 bis 434, 435 Abs. 2 und 3 Nr. 1, § 436 Abs. 2 und 4, § 437 Abs. 1 bis 3, § 438 Abs. 1 und § 441 Abs. 2 und 3 StPO der angeklagten natürlichen Person weitestgehend gleichgestellt und kann die oben bereits genannten Rechte eines Nebenbeteiligten wahrnehmen.

¹⁵⁰ Vgl. BT-Drucks V/1319 S. 79.

¹⁵¹ SK-StPO/Weßlau, § 437 Rn 3.

¹⁵² Vgl. OLG München, Beschluss vom 06.11.2003 – 2 Ws 583-592/03 u. 2 Ws 1017/03 = NJW 2004, 1119.

¹⁵³ Vgl. BT-Drucks V/1319 S. 80 f.

¹⁵⁴ Vgl. KK-StPO/Schmidt, § 440 Rn 1 f.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.06.1999 – 5 Ss 52/99 – 36/99; was allerdings noch nicht jedem Gericht bekannt zu sein scheint, vgl. MAH/WirtschaftsstrafR/Rönnau § 13 Rn 363.

¹⁵⁶ Vgl. Wessing, in: FS-Mehle, S. 665, 674.

¹⁵⁷ Vgl. MAH/WirtschaftsstrafR/Rönnau, § 13 Rn 370.

¹⁵⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 27.04.1973 – 5 Ss OWi 19/73 = NJW 1973, 1851, 1852

¹⁵⁹ Meyer-Goßner, § 444 Rn 8.

¹⁶⁰ OLG Celle, Beschluss vom 26.11.2004 – 1 Ws 388/04 = NStZ-RR 2005, 82.

Vertreten wird die juristische Person oder Personenvereinigung grundsätzlich durch ihr jeweiliges Vertretungsorgan¹⁶¹, welches auch gem. § 432 StPO zu hören und zu vernehmen ist¹⁶². Der Vertreter kann dann allerdings im Vergleich zu anderen Angehörigen der juristischen Person oder Personenvereinigung nicht als Zeuge vernommen werden¹⁶³ und ihm werden – zu Recht – Schweige- und Auskunftsrechte zugesprochen¹⁶⁴.

Über § 444 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 434 Abs. 1 StPO kann das Unternehmen einen Vertreter wählen. Die obigen Ausführungen zum „Unternehmensverteidiger“ finden hier vollumfängliche Geltung.

Ein Kuriosum ergibt sich aber im Hinblick auf § 444 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 434 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 146 StPO: wo die Verteidigung von mehreren nebenbeteiligten juristischen Personen oder Personenvereinigungen unzulässig ist, soll die Verteidigung einer natürlichen Person und der von ihr vertretenen juristischen Person oder Personenvereinigung nicht gegen das Verbot der Mehrfachverteidigung verstoßen¹⁶⁵ (zur Erinnerung: wie oben bereits dargelegt, können weder mehrere Einziehungsbeteiligte nebeneinander, noch Beschuldigter und Einziehungsbeteiligter gleichzeitig durch denselben Verteidiger vertreten werden¹⁶⁶).

Das Bundesverfassungsgericht hatte die Zulässigkeit der gleichzeitigen Verteidigung von persönlich Betroffenem und juristischer Person oder Personenvereinigung u.a. damit begründet, dass die Verurteilung der juristischen Person oder Personenvereinigung von der Verurteilung des persönlich Betroffenen abhängig ist¹⁶⁷, also vor allem von dem Vorliegen einer unternehmensbezogenen Tat. Eine unternehmensbezogene Tat führt zumeist allerdings zum Vorliegen der Voraussetzungen des Drittverfalls, so dass auch eine Beteiligung des Unternehmens als Verfallsbeteiligtem in Betracht kommt. Die Anordnung der Nebenbeteiligung erfolgt gem. § 431 Abs. 1 S. 1 StPO bereits dann, wenn wahrscheinlich ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen einer Nebenfolge vorliegen werden. Wenn eine Verbandsgeldbuße im Raume steht, ist in der Regel aber oftmals zugleich das Vorliegen des Drittverfalls zu besorgen, so dass das Vorliegen von dessen Voraussetzungen wahrscheinlich ist und eine förmliche Beteiligungsanordnung ergehen müsste. Sofern für die Vertretung von persönlich Betroffenem und Verfallsbeteiligten allerdings das Verbot der Mehrfachverteidigung gilt, muss dies dann erst Recht für die Vertretung von persönlich Betroffenem und der mit einer potentiellen Verbandsgeldbuße konfrontierten juristischen Person oder Personenvereinigung gelten und kann nicht allein von der Beteiligungsanordnung nach § 431 StPO abhängen.

Wird also eine verbotene Mehrfachverteidigung bei gleichzeitiger Verteidigung von Einziehungs- oder Verfallsbeteiligtem und Beschuldigtem angenommen und ist dort eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Nebenbeteiligten unzulässig, so muss das Verbot der Mehrfachverteidigung richtigerweise auch für die Vertretung von persönlich Betroffenem und der von einer Verbandsgeldbuße bedrohten juristischen Person oder Personenvereinigung gelten.¹⁶⁸

Ein potentieller Interessenwiderstreit zwischen persönlich Betroffenem und der juristischen Person oder Personenvereinigung kann sich daneben aber noch aus einem anderen Grund ergeben: von einer Verbandsgeldbuße bedrohte juristische Personen oder Personenvereinigungen können ein Interesse an der Feststellung eines pflichtwidrigen Handelns ihrer Organe oder Mitarbeiter haben, um diese bzw. deren D&O-Versicherer im Rahmen der Innenhaftung in Anspruch zu nehmen, da mit dem D&O-Versicherer ein solventerer Schuldner neben den persönlich Betroffenen tritt. Im Zuge der Ausweitung von D&O-Versicherungen von Vorständen auf weitere leitende Angestellte kann dieser Umstand zunehmend eine Rolle spielen und zwar vor allem dann, wenn die Haftungssumme die Deckungssumme übersteigt und damit der Angestellte auch persönlich für den Schaden aufkommen muss.¹⁶⁹ Eine

¹⁶¹ Meyer-Goßner, § 444 Rn 11.

¹⁶² KK-StPO/Schmidt, § 444 Rn 7.

¹⁶³ KK-StPO/Schmidt, § 444 Rn 7.

¹⁶⁴ LR/Gössel, § 444 Rn 25a f., vgl. auch oben.

¹⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 21.06.1977 – 2 BvR 70, 361/75 = NJW 1977, 1629.

¹⁶⁶ Vgl. oben (II. 1. e) aa)).

¹⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 21.06.1977 – 2 BvR 70, 361/75 = NJW 1977, 1629.

¹⁶⁸ So im Ergebnis auch Göhler/Gürtler, OWiG, 16. Auflage 2012, § 88 OWiG Rn 14.

¹⁶⁹ Hierzu insgesamt Melot de Beauregard/Gleich, NJW 2013, 824 ff.; sofern hiergegen eingewendet wird, dass D&O-Versicherungen i.d.R. nicht bei Vorsatz eingreifen, besteht ein Interessengegensatz erst recht, da dann mangels Versicherungsschutzes eine deutlich schärfere Innenhaftung für den persönlich Betroffenen gilt.

Ausnahme vom Verbot der Mehrfachverteidigung lässt sich in diesem Fall aber nicht mehr rechtfertigen.

Zuletzt ist noch auf Folgendes hinzuweisen: wie dargelegt schränkt der Gesetzgeber den Umfang der Beteiligung der juristischen Person oder Personenvereinigung und die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten bspw. in § 436 Abs. 2 StPO hinsichtlich der Frage der Schuld des Betroffenen selbst ein. Durch die Verteidigung von Unternehmen und natürlicher Person durch einen gemeinsamen Rechtsanwalt eröffnet sich eine geradezu offensichtliche Möglichkeit, die gerade hier vom Gesetzgeber gewollte Beschränkung der Einflussnahme des Nebenbeteiligten zu umgehen. Nicht zuletzt aufgrund dieser gesetzgeberischen Konzeption erscheint das Erfordernis des Verbots der Mehrfachverteidigung zwingend erforderlich.

3.

Die förmlichen Beteiligungsmöglichkeiten von juristischen Personen und Personenvereinigungen sind wie dargelegt vielfältig. Ist ein Unternehmen potentieller Adressat der Nebenfolge einer Straftat oder droht ihm eine Verbandsgeldbuße, so ist es (förmlich) am Strafverfahren zu beteiligen. Hierbei stehen dem Unternehmen wichtige Rechte des persönlich Betroffenen ebenfalls zu. Dazu gehören wesentliche Verfahrensrechte, aber auch das sog. Schweigerecht juristischer Personen und Personenvereinigungen. Ein Unternehmen kann sich eines "Unternehmensverteidigers" bedienen, der dem Verteidiger einer natürlichen Person weitestgehend gleichgestellt ist. Für die Vertretung des Unternehmens gilt allerdings ebenfalls das Verbot der Mehrfachverteidigung.

Einschränkungen können sich hinsichtlich des Umfangs der Beteiligung ergeben: eine Verfahrensbeteiligung wird oftmals nur in Betracht kommen, "soweit" das Verfahren die Nebenfolge oder Verbandsgeldbuße betrifft. Gleichzeitig sind für die Umsetzung der Nebenbeteiligung verfahrensrechtliche Besonderheiten zu beachten.

III. Ausblick

Den bisherigen Ausführungen folgend und daher für die kriminalpolitische Diskussion als axiomatisch zugrundezulegen ist damit zumindest eines: ein eigenständiges, nur eine juristische Person oder Personenvereinigung betreffendes Strafverfahren, welches zum Ziel die Verhängung einer "echten" Verbandsstrafe in Form der Kriminalstrafe hat, gibt es genau wie eine ebensolche de lege lata nicht. Gleichzeitig ist aber eine förmliche Beteiligung und Sanktionierung von Unternehmen im Strafprozess durch Einziehung, Verfall und Verbandsgeldbuße - und damit verbunden auch deren Verteidigung hiergegen - möglich. Dass gerade der Drittverfall unter Berücksichtigung des Bruttonprinzips nicht bloß einen vermögensordnenden / gewinnabschöpfenden, sondern viel mehr strafähnlichen Charakter hat, wurde vielerorts bereits ausführlich dargestellt.¹⁷⁰ Sofern dem Drittverfall seine poenale Wirkung abgesprochen wird, ist dies bloße Augenwischerei. Gleichwohl soll die strafrechtsdogmatische Zulässigkeit und Notwendigkeit einer selbstständigen Verbandsstrafe in Form einer Kriminalstrafe und dem damit verbundenen "autoritativen, sozialetischen Unwerturteil"¹⁷¹ an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Dies wurde bereits vielfach an anderer Stelle¹⁷² getan und ist an dieser Stelle nicht Gegenstand der Untersuchung.

Betrachten werden soll aber zumindest in der hier nur möglichen Kürze, welche strafprozessualen Veränderungen sich durch die Einführungen eines Verbandsstrafgesetzbuches ergeben können bzw. wie die strafprozessuale Umsetzung nach dem derzeitigen Stand des Gesetzesvorhabens ausgestaltet ist.

In § 13 Abs.1 des Gesetzesentwurfes werden die "allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren" sinngemäß für anwendbar erklärt.¹⁷³ § 17 VerbStrG regelt daneben "Vertretung und Zustellung", § 18 "Beschuldigtenrechte und Verteidigung" und § 19 die Pflichtverteidigung.

¹⁷⁰ Vgl. etwa Schönke/Schröder/Eser, StGB, 28. Auflage 2010, Vor §§ 73 ff. StGB Rn 18 ff.; Minoggio, Firmenverteidigung, Rn 189.

¹⁷¹ Vgl. Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 25.

¹⁷² Vgl. etwa jüngst Schönemann, Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie, ZIS 2014 S. 1.

¹⁷³ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 13.

1.

Nicht sonderlich überraschend ist der Umstand, dass über §§ 13, 15 VerbStrG nun von vornherein ein selbstständiges, vom persönlich Betroffenen losgelöstes Strafverfahren gegen den Verband möglich sein soll. Inwieweit dies sinnvoll sein kann, ist angesichts des Umstandes, dass eine Verbandsstrafe eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung¹⁷⁴ durch einen persönlich Betroffenen voraussetzen soll, sicherlich fraglich.

2.

Interessanter sind die in §§ 17 ff. VerbStrG getroffenen Regelungen. § 17 VerbStrG regelt die Vertretung des Verbandes.¹⁷⁵ Die Regelung erfolgt in Anlehnung an § 51 ZPO. Gleichzeitig sind aber gem. § 17 Abs. 1 S. 2 VerbStrG Personen, die wegen einer verbandsbezogenen Zuwiderhandlung beschuldigt oder beschuldigt gewesen sind, nicht vertretungsberechtigt. "Im Sinne der Rechtsklarheit und einer frühzeitigen, eindeutigen Bestimmung der Vertretungslage für den Verband" soll der umfassende Ausschluss aller an der Verbandsstraftat beteiligten Personen von der Vertretung erforderlich sein.¹⁷⁶

Daran anknüpfend werden in § 18 Abs. 1 VerbStrG sowohl denjenigen, die wegen der Beteiligung an der Verbandsstraftat verdächtigt werden, als auch der juristischen Person als Verband, umfassende Beschuldigtenrechte zugesprochen. Auf diese Weise soll "die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob, in welcher Form und in welchem Umfang juristischen Personen oder Personenvereinigungen ein Aussageverweigerungsrecht zustehen kann" geklärt werden.¹⁷⁷ "Die Anwendung des "nemo-tenetur"- Satzes auch auf den Verband sei "notwendige Konsequenz eines Strafverfahrens, wenn dieses sich an den mit einer Kriminalstrafe typischerweise zu verfolgenden Zwecken ausrichtet"¹⁷⁸. Im Hinblick auf den persönlich Betroffenen stellt die Regelung eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Hinsichtlich des Verbandes ist die Klarstellung aber begrüßenswert: diesem würde ein umfassendes Schweigerecht eingeräumt werden. Dies hat zur Folge, dass "alle Personen, die zur Vertretung der juristischen Person oder Personenvereinigung berufen sind, als Zeugen im Verfahren gegen den Verband ausscheiden" und als Beschuldigte zu vernehmen sind und dies selbst dann, wenn sie im Strafverfahren nicht als Repräsentanten des Verbandes auftreten.¹⁷⁹ Was durch Literatur und Rechtsprechung de lege lata schon entwickelt worden ist, würde damit letztlich gesetzlich festgehalten werden.

3.

§ 18 Abs. 2 VerbStrG ermöglicht die gemeinsame Verteidigung von Verband und persönlich Betroffenem, "sofern dies der Aufgabe der Verteidigung nicht widerstreitet"¹⁸⁰. Ein solcher Widerstreit soll laut Gesetzesbegründung beispielsweise im Falle von Regressansprüchen gegen den persönlich Betroffenen bestehen.¹⁸¹ In diesem Fall soll das Gericht von Amts wegen einschreiten und den Verteidiger durch Beschluss zurückweisen.¹⁸²

Die Regelung ist im Hinblick auf die §§ 146 f. StPO nicht konsequent. Die Möglichkeit von Regressansprüchen wird grundsätzlich und nicht ausnahmsweise im Raume stehen. Gerade im Interesse des persönlich Betroffenen ist es aber verfehlt, wenn das Gericht erst dann einschreiten soll, sobald sich ein tatsächlicher Interessenwiderstreit abzeichnet. Eine dahingehende Regelung würde das Verbot der Mehrfachverteidigung konterkarieren und ginge zu Lasten des persönlich Betroffenen. Zudem bestünde die skurrile Möglichkeit, dass im Falle mehrerer persönlich Betroffener die Vertretung von Verband und denjenigen persönlich Betroffenen möglich wäre, gegenüber denen (noch) keine Regressansprüche im Raume stehen, und andererseits die gleichzeitige Vertretung von Verband und den weiteren persönlich Betroffenen ausgeschlossen wäre. Eine derartige Konstellation ist dem Strafprozess wesenfremd und führt letztlich nur zu einer Lagerbildung, die zulasten einzelner persönlich Betroffener geht, die sich aufgrund möglicher Regressansprüche sowieso stets in einer

¹⁷⁴ Vgl. §§ 1, 2 VerbStrG, Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 7 f.

¹⁷⁵ Vgl. Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 15.

¹⁷⁶ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 73.

¹⁷⁷ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 73.

¹⁷⁸ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 75.

¹⁷⁹ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 75.

¹⁸⁰ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 15.

¹⁸¹ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 78.

¹⁸² Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 78.

schwierigeren Verfahrenssituation befinden. Schließlich gilt § 146 StPO auch im Falle einer Sockelverteidigung, wenn sich die Beschuldigteninteressen entsprechen und sie ihre Verteidigung daher miteinander abstimmen.¹⁸³ Das Verbot der Mehrfachverteidigung gilt unabhängig hiervon: die Zurückweisung des Mehrfachverteidigers ist zwingend in § 146a StPO vorgeschrieben.¹⁸⁴ Warum für die Vertretung von Verband und persönlich Betroffenen eine anderweitige Regelung gelten soll, erschließt sich daher nicht.

Das Erfordernis des Verbots der Mehrfachverteidigung folgt letztlich aus der Regelung des § 5 Abs. 2 VerbStrG: Soll dem Verband Straffreiheit eingeräumt werden können, wenn er den Nachweis der Tat des persönlich Betroffenen erleichtert und ihn damit den Strafverfolgungsbehörden letztlich auf einem Silbertablett präsentiert, so besteht für diesen ein zwingendes Schutzbedürfnis vor weiteren Einflussnahmemöglichkeiten des Verbandes, da dessen Interesse an der Schlechterstellung der Verteidigungsmöglichkeiten des persönlich Betroffenen in diesem Fall evident ist.

4.

Dass sich ein Verband durch einen Verteidiger vertreten lassen kann, ergibt sich schon aus § 13 Abs. 1 VerbStrG, welcher die allgemeinen strafprozessualen Regeln für anwendbar erklärt, aber auch aus § 18 Abs. 1 VerbStrG. Einer Konstruktion wie der oben aufgezeigten über §§ 434, 433 StPO bedürfte es für die Stellung des Unternehmensverteidigers dann nicht mehr.

Eine Neuerung ergibt sich allerdings über § 19 VerbStrG, durch den die Möglichkeit der Pflichtverteidigung geschaffen wird. Im Falle fehlender Vertretung kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder eines Mitglieds des Verbandes "ein Pflichtverteidiger als besonderer Vertreter für das Verfahren bestellt, falls mit dem vertretungslosen Zustand Gefahr verbunden ist"¹⁸⁵. Die Regelung geht damit weiter als die des § 434 Abs. 1 S. 2 StPO, welcher nicht auf die Vorschriften über die Pflichtverteidigung verweist, entspricht letztlich konzeptionell aber auch nur der des § 434 Abs. 2 StPO, der vorsieht, dass das Gericht dem Nebenbeteiligten bei bestehender Notwendigkeit einen Vertreter beordnet. Die Notwendigkeit der Pflichtverteidigung bei einer Verbandsstrafe soll sich über § 19 Abs. 3 VerbStrG in Anlehnung an § 140 Abs. 1 und 2 StPO ergeben, wobei § 140 Abs. 2 StPO maßgebliche Bedeutung zukommen soll.¹⁸⁶

IV. Zusammenfassung

Dem Umfang dieses Beitrages geschuldet beschränkt sich die Darstellung auf das bis hier her Geschriebene. Sicherlich hätte allein die Frage der Umsetzung des Schweigerechtes von juristischer Person und Personenvereinigung (vor allem) im Konzern einen eigenen Beitrag verdient. Zusammenfassend bleibt aber Folgendes festzuhalten:

Der kurze Blick auf die strafprozessuale Umsetzung einer Verbandsstrafe zeigt zwei Dinge: zum einen wird klar, dass sich gravierende Unterschiede zur bisherigen förmlichen Beteiligung von juristischen Personen und Personenvereinigungen gerade im Hinblick auf deren wesentliche Verfahrensrechte nicht ergeben werden. Zugleich wird aber auch deutlich, was ein Gesetz, welches sich der Rolle von Unternehmen im Strafprozess widmet, leisten kann: all denjenigen Fragen, die sich im Hinblick auf die förmliche Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess in der bisherigen Praxis ergeben haben, kann durch den Gesetzgeber mit einer klarstellenden gesetzlichen Grundlage abgeholfen werden.

Ob es der Einführung einer Verbandsstrafe in Form einer Kriminalstrafe mittels eines gesonderten "Gesetzbuches" bedarf, oder ob eine Anpassung des geltenden Rechtes für eine wirksame Sanktionierung und deren adäquater verfahrensrechtlicher Umsetzung ausreichend oder überhaupt notwendig ist, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Wünschenswert wäre aber sicherlich, auch der bisherigen, zum Teil recht umständlichen förmlichen Beteiligung von juristischen Personen und Personenvereinigungen im Strafprozess gerade im Hinblick auf wesentliche Beschuldigtenrechte mit einem klarstellenden Votum durch den Gesetzgeber zu begegnen.

¹⁸³ KK-StPO/Laufhütte, § 146 Rn 6.

¹⁸⁴ Vgl. KK-StPO/Laufhütte, § 146 Rn 10.

¹⁸⁵ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 15 f.

¹⁸⁶ Gesetzesentwurf VerbStrG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, S. 78.

Nicht außer Acht gelassen werden darf allerdings, dass der (europäische) Gesetzgeber auch an anderer Stelle aktiv ist: am 25.02.2014 hat das EU-Parlament einen Richtlinienentwurf¹⁸⁷ angenommen, der die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union erleichtern soll¹⁸⁸. Der Entwurf ist Teil einer EU-Strategie u.a. zur Bekämpfung von Korruption und soll den Mitgliedstaaten die Beschlagnahme und (Dritt-) Einziehung auch dann ermöglichen, wenn nicht feststeht, dass die betroffenen Vermögenswerte aus einer Straftat stammen. Zudem soll die Einziehung ohne vorherige Verurteilung für diejenigen Fälle erleichtert werden, in denen die Verurteilung wegen Tod, dauerhafter Erkrankung, Flucht oder Abwesenheit innerhalb einer angemessenen Frist ausscheidet.¹⁸⁹

Einziehung im Sinne des Richtlinienentwurfes meint nicht nur die Einziehung von Gegenständen sondern gem. Artikel 3 des Entwurfes auch die Einziehung von Erträgen, wobei unter Ertrag gem. Artikel 2 Abs. 1 jeder wirtschaftliche Vorteil gemeint ist.¹⁹⁰ Eine Dritteinziehung kommt gem. Artikel 6 in Betracht, wenn Erträge oder Vermögensgegenstände dem Dritten vom Täter übertragen worden sind und der illegale Ursprung vom Dritten hätte erkannt werden können.¹⁹¹

Semantisch scheint der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht zwischen Einziehung und Verfall im Sinne des deutschen StGB zu unterscheiden. Es bleibt daher abzuwarten, inwiefern sich das Gesetzesvorhaben mit dem deutschen System in Einklang bringen lässt oder ob dieses den Anforderungen des Gesetzesvorhabens nicht bereits genügt.

Eines jedoch zeigt das Gesetzesvorhaben: auch ohne die Verhängung einer Verbandsgeldbuße – oder auch Verbandsstrafe – kann sich eine juristische Person oder Personenvereinigung in einer Situation wiederfinden, in der ihr im Falle von unternehmensbezogenen Taten der Verlust von Vermögenswerten droht. Die Notwendigkeit der verfahrensrechtlichen Absicherung und Gewährleistung der Verteidigung hiergegen ist daher – auch abseits der Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuches – aktueller denn je.

¹⁸⁷ Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, COM(2012) 85 final.

¹⁸⁸ <http://www.europarl.europa.eu/news/de/newsroom/content/20140221IPR36627/html/Verm%C3%B6genswerte-von-Kriminellen-einfacher-beschlagnahmen>.

¹⁸⁹ COM(2012) 85 final, S. 12.

¹⁹⁰ COM(2012) 85 final, S. 20 ff.

¹⁹¹ COM(2012) 85 final, S. 23 f.

Korruptionssachverhalte in der Justiz,

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

Assessor auf niedersächsisch – Konsequenzen unabsehbar

Der Vorwurf, über den aktuell in den Medien berichtet wird, klingt ungeheuerlich: Ein beim niedersächsischen Landesjustizprüfungsamt in Hannover als Referatsleiter tätiger Richter soll Rechtsreferendaren Examensklausuren aus ihrem bevorstehenden Prüfungstermin mit von ihm erstellter Lösungsskizze zum Kauf angeboten haben, teilweise selbst, teilweise über einen befreundeten Repetitor. Spektakulär wird der Fall, sollte es infolgedessen zu der Aberkennung der Examensleistungen kommen. Dann dürfte sich Praktikern nämlich die Frage stellen nach der Wirksamkeit von Gerichtsurteilen, Beschlüssen und Verwaltungsentscheidungen unter Mitwirkung von Richtern, Verwaltungsjuristen und Rechtsanwälten, die sich ihr Examen und ihren Beruf erschlichen haben.

I. Sachverhalt

1. Das „unmoralische“ Angebot

*Verkauf von Examens-
klausuren*

Zielgruppe des Referatsleiters aus dem Landesjustizprüfungsamt Hannover sollen vor allem Examenswiederholer gewesen sein, die für ihre Prüfung gem. § 17 Abs. 1 NJAG (Niedersächsisches Justizausbildungsgesetz) regelmäßig nur noch einen einzigen, weiteren Versuch hatten. Zu diesen stand er als Übungsleiter in regelmäßigem Kontakt. Gerade Kandidaten, die in den Übungskursen und Übungsklausuren nach wie vor durch schwache Leistungen auffielen, soll der Referatsleiter sein „unmoralisches“ Angebot gemacht haben. Einer von ihnen berichtete, sein Übungsleiter hätte ihm die bevorstehenden Examensklausuren nebst Lösungsskizze zu je 3.000 € das Stück angeboten. Kaufe er vier von den acht Klausuren, sei er auf der sicheren Seite, da er mindestens drei Klausuren bestehen müsse.¹⁹² Mindestens zwei weitere Referendare bestätigten, auch ihnen hätte ihr Übungsleiter persönlich die Prüfungsfragen zum Kauf angeboten. Eine andere Examenskandidatin behauptete Mitte Januar 2014 gegenüber dem Landesjustizprüfungsamt, ihr Repetitor hätte ihr die Fragen angetragen. Mit diesem Repetitor war der Referatsleiter aus dem Prüfungsamt gut befreundet. Beide hatten ursprünglich für dasselbe Repetitorium gemeinsam als Dozent gearbeitet.

2. Nachträgliche Überprüfung der Examensleistungen

*Justizministerium und
Staatsanwaltschaft
werden aktiv*

Das niedersächsische Justizministerium hat alle geschriebenen Examensklausuren seit Beginn der Tätigkeit des Richters im Prüfungsamt im Jahr 2011 überprüft, insgesamt 2.000 Stück. Dabei sollen in mindestens fünfzehn Fällen Betrugsanzeichen festgestellt worden sein. Einige der Prüflinge, bei denen Auffälligkeiten zutage getreten seien, seien tatsächlich im Staatsdienst als Richter, Staatsanwälte oder Verwaltungsjuristen beschäftigt. In allen Verdachtsfällen würden nun Verfahren zur Aberkennung des zweiten juristischen Staatsexamens eingeleitet. „Korruption dürfe besonders in der Justiz keine Chance haben“, betonte ein Sprecher aus dem Landesjustizministerium.¹⁹³

3. Strafverfolgung

Zwischenzeitlich befindet sich der Referatsleiter aus dem Landesjustizprüfungsamt Hannover in Untersuchungshaft. Gegen ihn wurde ein Disziplinarverfahren mit dem Ziel eingeleitet, ihn aus seinem Richteramt zu entfernen. Er wurde vorläufig vom Dienst enthoben, seine Bezüge wurden um die Hälfte gekürzt. Die in Niedersachsen für Korruptionsstraftaten zuständige Staatsanwaltschaft Verden erhob gegen ihn Anklage zum LG Lüneburg u. a. wegen

¹⁹² Kaufen Sie gleich vier: Handel mit Jura-Klausuren, eine geladene Waffe, Flucht nach Italien - der unglaubliche Fall des deutschen Richters Jörg L. In: Zeit-Online, 10.04.2014, <http://www.zeit.de/2014/16/richter-joerg-l-korruption> (abgerufen am 12.12.2014).

¹⁹³ Gekaufte Examen in Niedersachsen: Bislang 15 potenzielle Betrüger entdeckt. In: Legal Tribune Online, 13.11.2014, http://www.lto.de/persistent/a_id/13799/ (abgerufen am 12.12.2014).

Bestechlichkeit im besonders schweren Fall

Bestechlichkeit im besonders schweren Fall und der Verletzung von Dienstgeheimnissen.¹⁹⁴ Das LG ließ die Anklage zu und eröffnete die Hauptverhandlung. Gegen den Repetitor ermittelt die Staatsanwaltschaft wegen Beihilfe. Bekannt wurde auch, dass gegen verschiedene ehemalige Rechtsreferendare ermittelt wird. Lt. Auskunft eines niedersächsischen Staatsanwalts sollen durch die Strafverfolgungsbehörden mindestens drei Büros sowie Privatwohnungen durchsucht worden sein.

II. Rechtliche Bewertung der Handlungen des Referatsleiters

Den o. g. Sachverhalt zugrunde gelegt, zeigte sich der Referatsleiter in der Tat durch die Herausgabe der Examensklausuren aus dem bevorstehenden Prüfungstermin nebst Lösungen gegen Geld als bestechlich i. S. d. § 332 Abs. 2 StGB. Wegen seiner herausgehobenen Stellung als Richter wird die Bestechlichkeit gem. Abs. 2 mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren geahndet. Der Beschuldigte ließ sich nämlich Geld versprechen für eine pflichtwidrige, richterliche Handlung. Zu diesen zählt keinesfalls nur die rechtsprechende Tätigkeit. Denn hier war der Richter im Landesjustizprüfungsamt tätig. Die Examensklausuren standen unter seiner besonderen Obhut. Die Entscheidung über ihre Freigabe zählte deshalb zu seinen richterlichen Pflichten. In der Herausgabe der Klausuren nebst Lösung an unbefugte Dritte lag mithin eine richterliche Handlung, die den Vorwurf der Bestechlichkeit gem. § 332 Abs. 2 StGB qualifizierte.

Bestechlichkeit im besonders schweren Fall i. S. d. § 332 Abs. 2 StGB rechtfertigt gem. § 63 Abs. 1 DRiG (Deutsches Richtergesetz) i. V. m. § 13 Abs. 2 S. 1 BDG (Bundesdisziplinargesetz) die Entfernung des Referatsleiters aus seinem Richteramt. Deshalb konnte er gem. § 63 Abs. 2 DRiG, wie geschehen, vorläufig vom Dienst entoben werden. Seine Bezüge durften nach dieser Vorschrift ebenfalls, wie erfolgt, um die Hälfte gekürzt werden.

III. Auswirkungen auf die Staatsexamina

1. Regelungen des NJAG und anderer Prüfungsordnungen

Täuschung im juristischen Staatsexamen

Bei einem Täuschungsversuch im niedersächsischen juristischen Staatsexamen ist gem. § 15 Abs. 1 S. 1 NJAG die betroffene Prüfungsleistung in der Regel mit der Note „ungenügend“ zu bewerten. Ein Täuschungsversuch liegt insbesondere dann vor, wenn der Prüfungskandidat das Ergebnis der Staatsprüfung durch Benutzung nicht zugelassener Hilfsmittel oder unzulässige Hilfe Dritter zu beeinflussen sucht. Gem. § 15 Abs. 1 S. 3 NJAG ist im Falle eines schweren Täuschungsversuchs die gesamte Staatsprüfung für „ungenügend“ zu erklären. Wird ein solcher, schwerer Täuschungsversuch erst nach der Verkündung der Prüfungsgesamtnote bekannt, so kann die Staatsprüfung gem. § 15 Abs. 2 NJAG innerhalb einer Frist von fünf Jahren seit dem Tag der mündlichen Prüfung noch nachträglich für nicht bestanden erklärt werden. Das Prüfungszeugnis ist in diesem Fall einzuziehen.

Neben § 15 Abs. 1 und Abs. 2 NJAG lohnt sich zugleich ein Blick auf die Prüfungsordnungen anderer Bundesländer. Denn nicht nur das Assessorexamen in Niedersachsen soll betroffen sein. U. U. gab es nämlich zwischen verschiedenen Prüfungsämtern einen Ringtausch ihrer Examensthemen. § 21 Abs. 2 und Abs. 4 der Übereinkunft der Länder Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein über ein gemeinsames Prüfungsamt und eine gemeinsame Prüfungsordnung für die zweite juristische Staatsprüfung enthält Regelungen, die inhaltlich mit § 15 Abs. 1 und Abs. 2 NJAG übereinstimmen. Entsprechende Bestimmungen gibt es in den Prüfungsordnungen der übrigen Bundesländer.

2. Strafbarkeit wegen Richterbestechung gem. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Richterbestechung

Dass der Kauf von Original-Examensklausuren nebst Lösungsskizze von einem Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes einen besonders schweren Täuschungsversuch darstellt, der es rechtfertigt, das Examen auch noch nachträglich insgesamt abzuerkennen und das Examenzeugnis einzuziehen, dürfte offensichtlich sein. Denn der Prüfungskandidat macht sich dadurch sogar strafbar. Er gewährt nämlich einem Richter gem. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB einen monetären Vorteil dafür, dass er eine richterliche Handlung vornimmt und dadurch

¹⁹⁴Verkaufte Jura-Klausuren: Staatsanwaltschaft klagt Richter an. In Juve, 07.11.2014, <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2014/11/verkaufte-jura-klausuren-staatsanwaltschaft-klagt-richter-an> (abgerufen am 12.12.2014).

seine richterlichen Pflichten verletzt. Zu den richterlichen Handlungen i. S. d. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB gehört nämlich, wie oben unter II. ausgeführt, keinesfalls nur die rechtsprechende Tätigkeit. Das gilt insbesondere für einen im Landesjustizprüfungsamt tätigen Richter. Das Verhalten des Prüfungskandidaten wird deshalb als Richterbestechung mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

3. „Agent Provocateur“

*Referatsleiter kein
„Agent Provocateur“*

Der Umstand, dass der Referatsleiter aus dem Prüfungsamt dem Kandidaten die Examensklausuren und Lösungen von sich aus angeboten hat, ändert nichts an der Tatbestandsmäßigkeit des § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Da dieser durch sein Angebot selbst seine richterlichen Pflichten auf das Gravierendste verletzt, trat er zudem keinesfalls verdeckt im Namen des Staates als sog. „Agent Provocateur“¹⁹⁵ auf. Im Gegenteil: Stets sprach er gegenüber seinen Zielpersonen von einem „unmoralischen“ Angebot. Sollten sie ihn beim Prüfungsamt melden, würde er alles abstreiten. Die Prüflinge wussten also ganz genau, wie falsch sie sich verhalten, wenn sie auf das Angebot eingehen. Sie wurden durch den Referatsleiter nicht getäuscht oder verleitet. Aus diesem Grund ändert sich auch an der Schwere der Tat nichts.

4. Beweisanforderungen

*Nachweis der
Täuschung*

Gerade wegen der Schwere des Tatvorwurfs und der ersten straf- und prüfungsrechtlichen Konsequenzen müssen aber die Beweisanforderungen besonders hoch sein. Deshalb dürften selbst erhebliche Leistungssteigerungen gegenüber dem ersten, nicht bestandenen Examensversuch keinesfalls genügen. Denn der Ergänzungsvorbereitungsdienst ist ja gerade darauf angelegt, bestehende Defizite zu beseitigen und insbesondere auch die Klausurroutine durch eine Vielzahl von Übungsklausuren zu steigern. Auch Übereinstimmungen mit der amtlichen Lösungsskizze legen nicht unbedingt nahe, dass der Prüfling unerlaubt an die Klausuren und die Skizze gekommen ist. Bei der Anfertigung einer stringenten Lösungsskizze handelt es sich nämlich – zumindest auch – um ein Handwerk, das sich insbesondere mit genügender Routine durch Übungsklausuren erlernen lässt.

*Auffällige
Leistungssteigerungen*

Im Einzelfall könnten gleichwohl besondere Leistungssteigerungen gegenüber nur kurze Zeit zurückliegender Übungsklausuren oder Ausreißer in einzelnen Examensklausuren bei ansonsten mangelhafter Leistungen für die Einleitung eines Verfahrens zur Aberkennung der Prüfungsleistungen ausreichend sein. Für einen Bestechungsanfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO dürften besonders auffällige Leistungssteigerungen ebenfalls genügen. Denn für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens reicht es aus, dass der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Straftat möglicherweise begangen hat. Endgültig aberkannt werden darf dem Assessor sein Examen allerdings erst und ausschließlich dann, wenn ihm durch Zeugen oder durch im Rahmen einer Durchsuchung gem. § 102 StPO aufgefundene Dokumente nachgewiesen werden kann, dass er von dem Referatsleiter oder seinem Mittäter aus dem Prüfungsamt unzulässigerweise die Examens-Originalklausuren oder die Lösungen erhalten hat.

Ob der Prüfling hierfür Geld gezahlt hat, ist für den Täuschungsvorwurf irrelevant, dagegen erforderlich für jede strafbare Richterbestechung gem. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Nur wenn wie hier eine Geldzahlung nachgewiesen ist, ist der für eine Anklage erforderliche hinreichende Tatverdacht gem. § 170 Abs. 1 StPO gegeben, nach dem eine Verurteilung wahrscheinlicher sein muss als ein Freispruch.

5. Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO

*Aberkennung des Assessor-
examens*

Der Widerspruch und die Anfechtungsklage gegen die Aberkennung des Assessorexamens haben gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Diese entfällt nur, wenn das Landesjustizprüfungsamt gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO im öffentlichen Interesse die sofortige Vollziehung anordnet. Diese darf nicht generell bestimmt werden. Zwar scheint es stets im öffentlichen Interesse zu sein, einen Richter, Staatsanwalt, Verwaltungsjuristen oder Rechtsanwalt, der sich seinen Beruf durch Täuschung erschlichen hat, möglichst schnell aus eben diesem zu entfernen. Hierfür ist die Aberkennung seiner Examensleistungen Grundvoraussetzung.

¹⁹⁵ Vgl. zum „Agent Provocateur“ BGH, NStZ 2014, 277.

Der Gesetzgeber, der gem. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO hätte anordnen können, dass der Widerspruch und die Anfechtungsklage eben keine aufschiebende Wirkung haben, verzichtete allerdings auf eine solche Regelung. Das zeigt, dass das Prüfungsamt selbst bei einem schweren Täuschungsversuch – denn nur dieser rechtfertigt auch noch nachträglich fünf Jahre lang die Aberkennung des Assessorexamens – nur im Ausnahmefall die sofortige Vollziehung anordnen darf. Beging der Assessor durch die Täuschung jedoch gleichzeitig eine durch Freiheitsstrafe zu ahnende Straftat wie die Richterbestechung gem. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB, macht das deutlich, dass ihm absolut die charakterliche Eignung für den Beruf des Richters, Staatsanwalts, verbeamteten Verwaltungsjuristen oder Rechtsanwalts fehlt. In einem solchen Fall könnte die Anordnung der sofortigen Vollziehung tatsächlich gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO im öffentlichen Interesse, nämlich im Interesse der rechtssuchenden Bevölkerung, liegen.

IV. Konsequenzen für die berufliche Stellung

1. Ernennung zum Richter

Assessoren werden gem. § 12 Abs. 1 DRiG zunächst zum Richter auf Probe ernannt. Nach frühestens drei Jahren kann ein Richter auf Probe bei entsprechender Bewährung gem. § 10 Abs. 1 DRiG zum Richter auf Lebenszeit ernannt werden. Diese Ernennung muss gem. § 12 Abs. 2 DRiG spätestens nach fünf Jahren erfolgen. Hat sich der Proberichter nicht bewährt und zeigt er sich für das Richteramt nicht geeignet, kann er gem. § 22 Abs. 2 DRiG nach Ablauf des dritten oder vierten Jahres aus dem Proberichterverhältnis entlassen werden. Die Ernennung des Richters erfolgt gem. § 17 Abs. 1 DRiG durch die Aushändigung der Richterurkunde. Wann die Richterernennung zur Probe oder auf Lebenszeit nichtig ist, ist abschließend geregelt.¹⁹⁶ Die Richtergesetze der Bundesländer, z. B. diejenigen von Niedersachsen, § 2 Abs. 1 NRiG, Hamburg, § 8 Abs. 1 HmbRiG, und Bremen, § 4 Abs. 1 BremRiG, verweisen hierzu auf das DRiG und auf die Rechtsvorschriften für Landesbeamte. Die Landesbeamtengesetze, insbesondere diejenigen von Niedersachsen, § 11 NBG, Hamburg, § 11 HmbBG, und Bremen, § 11 BremBG, wiederum verweisen hinsichtlich der Nichtigkeit ausnahmslos auf § 11 BeamStG (Beamtenstatusgesetz).

Richterernennung zwingend zurücknehmen

Ein durch Täuschung erschlichenes Staatsexamen gehört gerade nicht zu den Nichtigkeitstatbeständen der §§ 18 DRiG, 11 BeamStG. Selbst die Aberkennung des Assessorexamens führt nicht zur Nichtigkeit. Allerdings ist die Richterernennung gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 DRiG zwingend zurückzunehmen, wenn der Ernannte nicht die Befähigung zum Richteramt besaß. Gem. § 5 Abs. 1 DRiG erwirbt die Befähigung zum Richteramt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt. Solange das Assessorexamen nicht aberkannt ist, besitzt der Betroffene die Befähigung zum Richteramt. Ist das Staatsexamen hingegen rechtskräftig aberkannt oder ist die Aberkennung für sofort vollziehbar erklärt, geht auch die Befähigung zum Richteramt verloren. Dann ist die Ernennung zum Richter zurückzunehmen.

Kann das Assessorexamen trotz Täuschung nicht nachträglich aberkannt werden, etwa weil die Fünfjahresfrist des § 15 Abs. 2 NJAG abgelaufen ist oder weil die Täuschung nicht für schwerwiegend genug erachtet wird, ist die Rücknahme der Richterernennung nicht zulässig. Insbesondere ist die Rücknahme in einem solchen Fall nicht gem. § 19 Abs. 1 Nr. 3 DRiG (Zwang, arglistige Täuschung, Bestechung) möglich. Denn hinsichtlich einer Täuschung im Assessorexamen, die erst nachträglich bekannt wird, ist § 19 Abs. 1 Nr. 1 DRiG gegenüber § 19 Abs. 1 Nr. 3 DRiG die speziellere Vorschrift.

2. Ernennung zum Staatsanwalt

Dieselbe Rechtslage beim Staatsanwalt

Zum Staatsanwalt kann gem. § 122 Abs. 1 DRiG nur ernannt werden, wer die Befähigung zum Richteramt besitzt. Wer später als Staatsanwalt verwendet werden soll, ist zudem gem. § 12 Abs. 1 DRiG zunächst zum Richter auf Probe zu ernennen. Daraus ergibt sich, dass die Ernennung zum Staatsanwalt aus denselben Gründen nichtig bzw. zurückzunehmen ist wie die Ernennung zum Richter. Trotz erschlichenen und nachträglich aberkannten Assessorex-

¹⁹⁶ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2014, 317.

amens ist die Ernennung zum Staatsanwalt somit keinesfalls nichtig. Sie ist jedoch gem. §§ 122 Abs. 1, 19 Abs. 1 Nr. 1 DRiG zwingend zurückzunehmen.

3. Beamtenernennung

Die Beamtenernennung erfolgt gem. § 8 Abs. 2 BeamStG durch die Aushändigung der Ernennungsurkunde. Die Nichtigkeits- und Rücknahmetatbestände sind in den §§ 11, 12 BeamStG definiert. Ein fehlendes zweites juristisches Staatsexamen führt nicht zur Nichtigkeit der Beamtenernennung gem. § 11 BeamStG. Allerdings ist die Beamtenernennung gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG zwingend mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn sie durch Zwang, arglistige Täuschung oder Bestechung erschlichen wurde.

Rücknahme der Beamtenernennung

Wurde das Assessorexamen durch Täuschung und/oder Bestechung erschlichen und nachträglich wieder aberkannt, dürfte der Rücknahmetatbestand des § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG ohne Weiteres erfüllt sein. Dagegen ist die Rücknahme wohl nicht möglich, wenn das Assessorexamen trotz Täuschung nicht aberkannt werden kann, weil die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 NJAG, § 21 Abs. 4 der Länderübereinkunft zwischen Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein oder der entsprechenden Vorschriften der übrigen Bundesländer nicht erfüllt sind.

Kann das Staatsexamen nicht nachträglich aberkannt werden, weil die Täuschung nicht schwerwiegend genug war, befand sich der Assessor nämlich im Zeitpunkt seiner Ernennung als Beamter im Besitz eines ohne wenn und aber gültigen, zweiten, juristischen Staatsexamens. Kann das Staatsexamen trotz schwerwiegender Täuschung nicht aberkannt werden, weil die Fünfjahresfrist verstrichen ist, dürfte die gebundene Rechtsfolge des § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG verfassungsrechtlich problematisch sein. Denn spätestens dann dürfte der Beamte trotz seiner Täuschung im Staatsexamen Vertrauensschutz genießen, wie sich aus den §§ 15 Abs. 2 NJAG, 21 Abs. 4 der Länderübereinkunft zwischen Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein und den entsprechenden Vorschriften der anderen Bundesländer ergibt.

4. Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

Rücknahme der Anwaltszulassung

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erfolgt gem. § 6 Abs. 1 BRAO auf Antrag. Gem. § 12 Abs. 1 BRAO wird sie mit der Aushändigung der von der angerufenen Rechtsanwaltskammer ausgestellten Urkunde wirksam. Nichtigkeitstatbestände sieht die BRAO nicht vor. Die Anwaltszulassung bleibt somit gem. § 34 BRAO bestehen, bis sie durch Verwaltungsakt zurückgenommen wird.¹⁹⁷ Gem. § 14 Abs. 1 S. 1 BRAO ist die Anwaltszulassung mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen, wenn Tatsachen nachträglich bekannt werden, nach denen die Zulassung hätte versagt werden müssen. Gem. § 4 S. 1 Var. 1 BRAO kann zur Rechtsanwaltschaft nur zugelassen werden, wer über die Befähigung zum Richteramt i. S. d. § 5 Abs. 1 DRiG verfügt. Wird das Assessorexamen aberkannt, geht diese Befähigung verloren. Dann ist die Anwaltszulassung zwingend gem. §§ 14 Abs. 1 S. 1, 4 S. 1 Var. 1 BRAO zurückzunehmen.

5. Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO

Sofortige Vollziehbarkeit

Wer sich das zweite, juristische Staatsexamen durch eine so schwerwiegende Straftat wie die Richterbestechung gem. § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB erschleicht, zeigt, dass er als Richter, Staatsanwalt, verbeamteter Verwaltungsjurist oder Rechtsanwalt keinesfalls charakterlich geeignet ist. Selbstverständlich liegt es im öffentlichen Interesse, dafür zu sorgen, dass er seine Position nicht weiter ausübt. Dies geschieht durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

Die Möglichkeit, Richter und Staatsanwälte gem. § 63 Abs. 2 DRiG vorläufig ihres Dienstes zu entheben, Beamten gem. § 39 BeamStG aus zwingenden dienstlichen Gründen die Führung ihrer Dienstgeschäfte zu verbieten und gegen Rechtsanwälte gem. § 150 Abs. 1 BRAO ein vorläufiges Berufsverbot auszusprechen, schließt die Anwendung des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO nicht aus. Denn bei den §§ 63 Abs. 2 DRiG, 39 BeamStG und 150 Abs. 1 BRAO handelt es sich um disziplinarrechtliche Vorschriften. Das statusrechtliche Verfahren ist vom Disziplinarverfahren strikt zu trennen. Zudem reichen angesichts des Ansehensverlusts der

¹⁹⁷ Vgl. BGH, NJW-RR 2013, 303.

Justiz in der Bevölkerung, der mit Examensbetrug und Richterbestechung einher geht, vorläufige Maßnahmen keinesfalls aus.

V. Wirksamkeit von Gerichtsurteilen und Beschlüssen, Verwaltungsentscheidungen und Verfahrenshandlungen

1. Gerichtsurteile und Beschlüsse

*Gerichtsentscheidungen
bleiben wirksam*

Selbst wenn die Richterernennung aufgrund der Aberkennung des zweiten, juristischen Staatsexamens und der damit abgesprochenen Befähigung zum Richteramt rechtskräftig oder sofort vollziehbar zurückgenommen wird, bleiben die in der Vergangenheit von dem Betroffenen gesprochenen Gerichtsurteile und Beschlüsse wirksam. Das folgt daraus, dass die Richtergesetze der Bundesländer (z. B. § 2 Abs. 1 NRiG, § 8 Abs. 1 HmbRiG, § 4 Abs. 1 BremRiG) auf das Landesbeamtenrecht verweisen. Nach den inhaltlich übereinstimmenden §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 NBG, §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 HmbBG oder §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 BremRiG bleiben die bis zu der Rücknahme vorgenommenen Verfahrenshandlungen und Entscheidungen wirksam. Entsprechende Regelungen sehen, genau wie § 15 S. 3 BBG (Bundesbeamtengesetz), die übrigen Länderbeamtengesetze vor. Denselben Rechtsgedanken enthält § 18 Abs. 3 DRiG. Nach dieser Vorschrift kann die Nichtigkeit einer Richterernennung erst geltend gemacht werden, wenn sie durch das zuständige Gericht rechtskräftig festgestellt wurde.

2. Staatsanwaltschaftliche Verfahrenshandlungen

Gem. § 122 Abs. 1 DRiG gilt für die Wirksamkeit staatsanwaltschaftlicher Verfahrenshandlungen dasselbe wie für Gerichtsurteile und Beschlüsse. Staatsanwaltschaftliche Verfahrenshandlungen bleiben somit trotz der fehlenden Befähigung zum Richteramt gem. § 5 Abs. 1 DRiG wirksam.

3. Verwaltungsentscheidungen

*Verwaltungsentscheidungen
bleiben bestehen*

Aus der Rücknahme der Beamtenernennung wegen Täuschung und Bestechung resultiert keinesfalls die Nichtigkeit der von dem Betroffenen vorgenommenen Entscheidungen. Zwar wird anders als bei Richtern und Staatsanwälten die Beamtenernennung gem. § 12 Abs. 1 BeamStG explizit für die Vergangenheit zurückgenommen. Gleichwohl zählt die durch Zwang, arglistige Täuschung oder Bestechung erschlichene Beamtenernennung gerade nicht zu den Umständen, die gem. § 44 VwVfG zur Nichtigkeit von Verwaltungsakten führen. In einigen Bundesländern gilt § 44 VwVfG unmittelbar (z. B. Bremen) oder aufgrund einer entsprechenden Verweisungsnorm (z. B. Niedersachsen, § 1 Abs. 1 NVwVfG), andere Bundesländer verfügen über eigene, gleichlautende Regelungen in ihren Ländergesetzen (z. B. § 44 HmbVwVfG). § 15 S. 3 BBG ordnet zudem ausdrücklich an, dass die vor Rücknahme der Beamtenernennung vorgenommenen Verwaltungshandlungen wirksam bleiben (ebenso z. B. §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 NBG, §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 HmbBG oder §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 BremRiG).

4. Verfahrenshandlungen von Rechtsanwälten

*Ebenso Verfahrenshandlungen
von Anwälten*

Die Rücknahme der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erfolgt gem. § 14 Abs. 1 S. 1 BRAO ausdrücklich erst für die Zukunft. Die von ihnen während ihrer Zulassung vorgenommenen Verfahrenshandlungen bleiben wirksam (selbst bei Fehlen der Befähigung zum Richteramt gem. § 5 Abs. 1 DRiG). Dieser Grundsatz ergibt sich aus § 155 Abs. 5 BRAO. Nach dieser Vorschrift wirkt sich ein vorläufiges Berufs- oder Vertretungsverbot auf gleichwohl getätigte Rechtshandlungen nicht aus.¹⁹⁸ Erst wenn das Berufs-/Vertretungsverbot oder der Zulassungswiderruf rechtskräftig wird, kann der Rechtsanwalt nicht mehr wirksam für seinen Mandanten auftreten.

¹⁹⁸ Vgl. BGH, BRAK-Mitteilungen 2014, 323; BGH, NJW 2012, 2592; BGH, NJW-RR 2012, 1336.

VI. Rechtsschutz gegen aktuelle Gerichtsurteile und Beschlüsse

1. Richter ohne Befähigung zum Richteramt

a) Keine vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts

Verstoß gegen den gesetzlichen Richter

Selbst wenn die Gerichtsentscheidungen wirksam bleiben, heißt das nicht, dass die Parteien sich mit Urteilen und Beschlüssen eines Richters ohne Befähigung zum Richteramt zu ihren Lasten abfinden müssen. Denn in der Entscheidung eines Richters ohne Befähigung zum Richteramt liegt sowohl ein Verstoß gegen den Anspruch auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als auch ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG. Aus Art. 96 Abs. 2 S. 5 GG ergibt sich nämlich, dass alle hauptamtlichen Richter zwingend über die Befähigung zum Richteramt verfügen müssen.

Zwar bezieht sich die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur auf die Wehrstraferichte für die Streitkräfte des Bundes. Allerdings handelt es sich dabei um eine generelle Systementscheidung des Bundes zugunsten einer professionalisierten Rechtsprechung. Denn gesetzlicher Richter i. S. des Art. 101 Abs. 1 Nr. 2 GG kann gem. § 5 Abs. 1 DRiG nur sein, wer auch tatsächlich in der Lage ist, das Anliegen der rechtssuchenden Parteien auf der Grundlage der Gesetze zu würdigen und einer Lösung zuzuführen. Auf eben einen solchen Richter bezieht sich der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG.¹⁹⁹ Ein Richter, der nicht über die Befähigung zum Richteramt gem. § 5 Abs. 1 DRiG verfügt, erfüllt diese Anforderungen gerade nicht.

Vorschriftswidrige Besetzung

Aus diesem Grund ist das Gericht immer dann vorschriftswidrig besetzt gem. §§ 547 Nr. 1 ZPO, 138 Nr. 1 VwGO, 119 Nr. 1 FGO, 338 Nr. 1 StPO²⁰⁰ und verstößt dadurch gegen den in Art. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf den gesetzlichen Richter²⁰¹ und auf rechtliches Gehör, wenn an der Entscheidung als hauptamtlicher Richter mindestens eine Person mitwirkt, die nicht zur Ausübung des Richteramtes nach dem DRiG befähigt ist²⁰² und deren Berufung in das Richteramt unwirksam war {203}. Dasselbe gilt selbstverständlich im Verfahren vor den Arbeits- und Sozialgerichten, auch wenn in den entsprechenden Prozessordnungen die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts nicht ausdrücklich als absoluter Revisionsgrund bezeichnet ist, §§ 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG, 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit des Rechtsstaats ist das Gericht allerdings nur dann vorschriftswidrig besetzt, wenn dem Richter das Assessorexamen wegen eines besonders schwerwiegenden Täuschungsversuchs nachträglich aberkannt und dessen Ernennung deshalb rechtskräftig oder sofort vollziehbar gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 DRiG zurückgenommen wird.

b) Zivilgerichtliches Verfahren

Rechtsmittel

Die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts ist als Rechtsverletzung in Verfahren vor den Zivilgerichten ein Berufungsgrund gem. §§ 513 Abs. 1 Var. 1, 546, 547 Nr. 1 ZPO und ein absoluter Revisionsgrund gem. § 547 Nr. 1 ZPO. Als absoluter Revisionsgrund rechtfertigt die vorschriftswidrige Besetzung auch eine Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Bei Beschlüssen unter Verstoß gegen §§ 547 Nr. 1 ZPO, 5 Abs. 1 DRiG gibt es die Rechtsmittel der Beschwerde oder der Rechtsbeschwerde. Ist nach der ZPO ein Rechtsmittel nicht vorgesehen oder ist der Instanzenzug ausgeschöpft, ist das Verfahren wegen der Gehörsverletzung auf Antrag gem. § 321a Abs. 1 ZPO fortzusetzen bzw. in den hier diskutierten Fällen noch einmal vor einem zum Richteramt befähigten Richter/Spruchkörper zu beginnen. Dieser Antrag kann gem. § 321a Abs. 2 S. 2 ZPO jedoch nur innerhalb eines Jahres nach Verfahrensabschluss gestellt werden. Entsprechende Anhörungsprügen gibt es vor den Verwaltungsgerichten (§ 152a VwGO), den Finanzgerichten (§ 133a FGO), den Arbeitsgerichten (§ 78a ArbGG) und den Sozialgerichten (§ 178a SGG).

¹⁹⁹ Vgl. BVerfG, BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924.

²⁰⁰ Vgl. Staats, DRiG, § 18 Rn. 7, § 19 Rn. 9.

²⁰¹ Vgl. Posser/Wolff/von Suerbaum, VwGO, § 138 Rn. 16.

²⁰² Vgl. Posser/Wolff/von Suerbaum, VwGO, § 138 Rn. 18.

²⁰³ Vgl. Redeker/v. Oertzen/v. Nicolai, VwGO, § 138 Rn. 2.

c) Verwaltungsgerichtliches Verfahren

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist die Berufung gem. § 124 Abs. 1 VwGO an ihre Zulassung gebunden. Bei der vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts gem. § 138 Nr. 1 VwGO als Rechtsverletzung handelt es sich um einen Berufungsgrund gem. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, der einen Antrag auf Zulassung der Berufung gem. § 124a Abs. 4 Nr. 1 VwGO erlaubt. Ebenso rechtfertigt die vorschriftswidrige Besetzung als absoluter Revisionsgrund die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gem. § 133 Abs. 1 VwGO.

d) Finanzgerichtliches Verfahren

Genauso rechtfertigt im finanzgerichtlichen Verfahren die vorschriftswidrige Besetzung gem. §§ 115 Abs. 1, 119 Nr. 1 FGO die Revision bzw. die Nichtzulassungsbeschwerde vor den BFH.

e) Strafgerichtliches Verfahren

Natürlich gilt das gem. §§ 337 Abs. 1, 338 Nr. 1 StPO auch für Berufungen und Revisionen in Strafsachen. Staatsanwälte ohne Befähigung zum Richteramt rechtfertigen allerdings kein Rechtsmittel. Denn ihre Verfahrenshandlungen, insbesondere die Verlesung der Anklageschrift, bleiben, wie oben ausgeführt, trotzdem wirksam. Die sachliche Richtigkeit ihrer Anträge wird durch das Gericht überprüft, das die Endentscheidung trifft. Dadurch ist der Angeklagte ausreichend geschützt. Diese Auffassung bestätigt der Umstand, dass Befangenheitsanträge gegen Staatsanwälte nicht möglich sind.

f) Arbeits- und sozialgerichtliches Verfahren

Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren erlaubt die vorschriftswidrige Besetzung gem. § 73 ArbGG die Revision und gem. § 72a ArbGG die Nichtzulassungsbeschwerde vor das BAG. Dasselbe gilt gem. §§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 160a SGG für das sozialgerichtliche Verfahren.

2. Vertretung durch einen trotz mangelnder Befähigung zum Richteramt zugelassenen Rechtsanwalt

a) Verfahren vor den Zivil-, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichten

*Keine ordnungsgemäße
Vertretung*

Fraglich ist, ob auch die Vertretung durch eine als Rechtsanwalt zugelassene Person, die nicht über die Befähigung zum Richteramt verfügt, als Rechtsverletzung und Verfahrensmangel ein Rechtsmittel rechtfertigt. Außerhalb des Strafverfahrens ist für diese Frage § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO einschlägig, auf den die §§ 153 Abs. 1 VwGO, 134 FGO, 79 ArbGG und 179 Abs. 1 SGG verweisen. Gem. § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO findet gegen ein Endurteil, nicht gegen eine Beschwerdeentscheidung, die Nichtigkeitsklage statt, wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Bei jedem Nichtigkeitsgrund muss erst recht ein ordentliches Rechtsmittel möglich sein.

*Waffengleichheit im
Prozess*

Ein Rechtsmittel gem. § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO kommt somit allenfalls im Anwaltsprozess in Betracht, also gerade nicht in der ersten Instanz vor den Amtsgerichten (§ 78 Abs. 1 ZPO), vor den Verwaltungsgerichten (§ 67 Abs. 1 VwGO), vor den Finanzgerichten (§ 62 Abs. 1 FGO) und vor den Arbeitsgerichten (§ 11 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und gem. § 73 Abs. 1 SGG sogar nicht in erster und zweiter Instanz vor den Sozial- und Landessozialgerichten. Selbst im Anwaltsprozess bleiben gem. § 155 Abs. 5 BRAO die Prozesshandlungen eines zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen Prozessvertreters bis zur Rücknahme der Zulassung gem. § 34 BRAO wirksam. Allerdings ergibt sich die Vertretung einer rechtssuchenden Partei im Anwaltsprozess aus dem Gebot der Waffengleichheit. Denn nur dadurch ist ein faires Verfahren i. S. des Art. 20 Abs. 3 GG garantiert.

Deshalb ist die Vertretung durch eine Person ohne Befähigung zum Richteramt, unabhängig von der Wirksamkeit ihrer Prozesshandlungen, unzureichend und verstößt gegen § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Das gilt selbst dann, wenn sie durch die Rechtsanwaltskammer ursprünglich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen worden ist. Hat die Partei von dem Mangel keine Kenntnis, hat sie sich mit der Vertretung keinesfalls stillschweigend einverstanden erklärt.

b) Strafergerichtliches Verfahren

Im Strafverfahren lassen sich die Berufung und die Revision gem. § 337 Abs. 1 StPO darauf stützen, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Gem. § 337 Abs. 2 StPO ist das Gesetz immer dann verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Hierzu gehören grundsätzlich nicht nur die Regelungen des materiellen Strafrechts, sondern auch die Verfahrensvorschriften, insbesondere diejenigen über die notwendige Verteidigung gem. § 140 StPO. Wird der Angeklagte in einem Verfahren, in dem die Mitwirkung eines Verteidigers gem. § 140 StPO notwendig ist, durch eine Person vertreten, die gerade nicht über die Befähigung zum Richteramt verfügt, liegt eine Rechtsverletzung gem. § 337 Abs. 1 StPO vor, auf der das Urteil beruht.

VII. Rechtsschutz nach rechtskräftig abgeschlossenen Gerichtsverfahren

1. Urteile der Zivil-, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit

a) Nichtigkeitsklage gem. § 579 Abs. 1 ZPO

Nichtigkeitsklage gegen rechtskräftiges Urteil

Gem. § 579 Abs. 1 ZPO findet die Nichtigkeitsklage gegen ein rechtskräftiges Endurteil, nicht gegen eine Beschwerdeentscheidung, u. a. dann statt, wenn das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war (Nr. 1) oder die Partei nicht entsprechend den gesetzlichen Vorschriften vertreten war (Nr. 4). Auf § 579 Abs. 1 ZPO verweisen §§ 153 VwGO, 134 FGO, 79 ArbGG und 179 Abs. 1 SGG. Wie oben ausgeführt, ist Var. 1 erfüllt, wenn an der Entscheidung eine Person als Richter mitgewirkt hat, die nicht gem. § 5 Abs. 1 DRiG über die Befähigung zum Richteramt verfügt. Ist die Partei im Anwaltsprozess von einer Person vertreten, die ihrerseits nicht zum Richteramt befähigt ist, ist Var. 4 einschlägig. Die Nichtigkeitsklage kommt selbst dann in Betracht, wenn die verfahrensmangelhafte Entscheidung zwischenzeitlich durch die nächsthöhere Instanz bestätigt wurde, da in der Berufung regelmäßig nicht noch einmal eine vollständige Überprüfung aller Tatsachen erfolgt.

Ultima Ratio: Verfassungsbeschwerde

Die ausschließliche Zuständigkeit für die Nichtigkeitsklage richtet sich gem. § 584 Abs. 1 ZPO. Wird das erstinstanzliche Urteil angegriffen, ist eben das Gericht zuständig, das im ersten Rechtszug erkannt hat, allerdings in den hier diskutierten Fällen ein anderer, über die Befähigung zum Richteramt verfügender Richter/Spruchkörper. Das gilt unabhängig davon, ob das erstinstanzliche Urteil zwischenzeitlich durch die nächsthöhere Instanz bestätigt wurde oder nicht. Richtet sich die Nichtigkeitsklage gegen das Berufungs- oder Revisionsurteil, ist die Berufungs- oder Revisionsinstanz zuständig. Hat die Nichtigkeitsklage Erfolg, wird die Sache gem. § 590 Abs. 1 ZPO vollständig neu verhandelt, d. h., es wird von Neuem Beweis erhoben, richterliche Hinweise werden erneut erteilt, etc.. Gem. § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO ist jedoch selbst bei einem derart gravierenden Nichtigkeitsgrund wie in den vorliegend diskutierten Fällen die Nichtigkeitsklage nicht unbegrenzt zulässig, sondern nur innerhalb von fünf Jahren, von dem Tag der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung aus gerechnet. Außerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums des § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO wäre wegen Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie auf rechtliches Gehör aus Artt. 103 Abs. 1, 96 Abs. 2 S. 5 GG die Verfassungsbeschwerde in Betracht zu ziehen.

Vertrauensschutz gegen Behörde

Unterliegt im Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialgerichtsverfahren die Behörde, kann sie keine Nichtigkeitsklage erheben. In diesem Fall geht der Vertrauensschutz vor. Denn der Nichtigkeitsgrund der fehlerhaften Besetzung ist vom Staat zu vertreten. Dieser hat schließlich unter Verstoß gegen § 5 Abs. 1 DRiG die rechtswidrige Richterernennung ausgesprochen.

b) Rückgängigmachung der Urteilsfolgen

Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht

Wird das rechtskräftige Urteil eines Zivilgerichts auf eine Nichtigkeitsklage hin aufgehoben und abgeändert, ist der aus dem Urteil Vollstreckende nicht gem. § 717 Abs. 2 ZPO zum Schadenersatz verpflichtet. Denn nach der Rechtskraft des Urteils durfte er mit Recht davon ausgehen, zur Vollstreckung aus dem Urteil berechtigt zu sein. Vielmehr sind die Vollstreckungsfolgen nach den §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln – mit der Folge, dass sich der Erstattungspflichtige gem. § 818 Abs. 3 BGB auf Entreichung berufen kann.

Im Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialgerichtsverfahren dagegen hat die Behörde die negativen Vollstreckungsfolgen vollständig rückgängig zu machen. Ist das unmöglich, muss sie vollen Schadenersatz leisten. Denn der Staat hat den Nichtigkeitsgrund zu vertreten.

2. Strafrechtliche Verurteilung

Wiederaufnahme im Strafverfahren

Anders als gem. § 579 Abs. 1 ZPO kennt § 359 StPO als Wiederaufnahmegrund gerade nicht die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts oder die unzureichende Rechtsvertretung in Verfahren, in denen gem. § 140 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Selbst § 359 Nr. 3 StPO kommt nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist die Wiederaufnahme des Verfahrens geboten, wenn bei dem Urteil ein Richter mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat. Allerdings liegt nicht zwingend eine strafbare Verletzung von Amtspflichten vor, wenn die Amtspflichten ihrerseits erst durch einen strafbaren Betrug begründet wurden.

Die fehlende Wiederaufnahmemöglichkeit lässt sich im strafgerichtlichen Verfahren gerade nicht mit dem Wunsch nach Rechtssicherheit begründen. Denn besonders hier kommt es auf die materielle Gerechtigkeit an. Aus diesem Grund ergibt sich in den hier diskutierten Fällen die Wiederaufnahmemöglichkeit direkt aus der Verletzung der Artt. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG. Das folgt schon daraus, dass der Besetzungsmangel vom Staat zu vertreten ist. Zwar ist die Wiederaufnahme im Strafverfahren nicht an eine Frist gebunden. Deshalb besteht die Gefahr, dass ein Täter in den Genuss eines Wiederaufnahmeverfahrens kommt und ihm seine Tat infolge des Zeitablaufs nicht mehr nachgewiesen werden kann. Allerdings scheint dies für jeden Rechtsstaat das geringere Übel zu sein, als möglicherweise unschuldige Personen im Namen des Volkes durch Personen aburteilen zu lassen, die nicht über die Befähigung zum Richteramt gem. § 5 Abs. 1 DRiG verfügen.

VIII. Rechtsschutz gegen bestandskräftige Verwaltungsakte

Rücknahmeermessen der Behörde

Verwaltungsakte eines Beamten, der sich seine Tätigkeit erschlichen hat, obwohl er nicht über die Befähigung zum Richteramt verfügt, sind nicht gem. § 44 VwVfG nichtig. Sie sind auch nicht per se rechtswidrig. Denn die Befähigung zum Richteramt ist für die Verwaltungstätigkeit nicht zwingend vorgeschrieben. Allerdings sollten sämtliche betroffene Verwaltungsakte noch einmal auf ihre materielle Richtigkeit überprüft werden. Bei materiell rechtswidrigen Verwaltungsentscheidungen zulasten des Adressaten müsste die Behörde von Amtswegen von ihrem Rücknahmeermessen gem. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG Gebrauch machen und den Sachverhalt ggf. neu bescheiden. Dabei ist in Dreiecksverhältnissen, bspw. bei Nachbarwidersprüchen gegen eine Baugenehmigung, der Vertrauensschutzaspekt zugunsten aller Beteiligten besonders sorgfältig zu berücksichtigen.

IX. Auskunft von Amtswegen

Informationspflicht von Amtswegen

Über etwaige Rücknahmen der Ernennung zum Richter, Staatsanwalt oder Beamten oder der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft sind die betroffenen Parteien gem. § 20 Abs. 3 GG durch das Gericht von Amtswegen zu informieren, damit sie entsprechende Nichtigkeitsklagen gem. § 579 Abs. 1 ZPO erheben oder Wiederaufnahmeanträge gem. § 359 StPO stellen können. In Strafverfahren ist die Staatsanwaltschaft von Amtswegen zu einem Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Betroffenen verpflichtet. Auf etwaige Auskunftsansprüche nach den Länderinformationsfreiheitsgesetzen dürfen die Parteien nicht verwiesen werden. Denn die Nichtigkeits- bzw. Wiederaufnahmegründe sind durch den Staat zu vertreten.

X. Fazit

Die Folgen des niedersächsischen Examenskandals für die Praxis lassen sich derzeit noch nicht überschauen. Die weiteren Untersuchungsergebnisse der Examens-Taskforce sind mit Spannung zu erwarten. Je nachdem, ob es zur Rücknahme von Richter- oder Beamtenernennungen kommt, sollten gem. § 579 Abs. 1 ZPO Nichtigkeitsklagen oder in Strafverfahren gem. § 359 StPO Wiederaufnahmeanträge geprüft werden. Hierüber sind die betroffenen Parteien von Amtswegen durch die Gerichte zu informieren.

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafgesetzbuch

1. § 266 StGB – Untreue

a) Untreue eines Insolvenzverwalters

Den Insolvenzverwalter trifft bei der Ausübung seines Amts gegenüber allen Beteiligten die Hauptpflicht, die Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Insolvenzverwalters anzuwenden (§ 60 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Verwertung der Insolvenzmasse muss er mit dem Ziel einer effizienten Massemehrung durchführen und sich hierbei an kaufmännischen Maßstäben orientieren.

Ein Missbrauch der Verfügungsbefugnis iSd § 266 StGB liegt vor, wenn der Verwalter im Außenverhältnis rechtlich wirksam über das ihm anvertraute Vermögen des Schuldners verfügt, hierdurch aber im Innenverhältnis gegen ihn treffende besondere Pflichten verstößt.

Macht der Verwalter gegenüber dem Gericht vorsätzlich unrichtige Angaben, um über eine Scheinsitzverlegung zu täuschen und die Zuständigkeit des von ihm gewünschten Gerichts zu erreichen, verstößt dieses Verhalten in besonders gravierender Weise gegen die Pflichten eines ordentlichen Insolvenzverwalters.

LG Frankfurt/Main, Urteil vom 15.11.2012 - 5/26 Kls 7640 Js 208746/10, ZInsO 2014, 1668.

b) „Schwarze Kasse“

Bereits das Einrichten einer „schwarzen Kasse“ erfüllt den Tatbestand der Untreue im Sinne des § 266 StGB.

*BGH, Beschluss vom 27.08.2014 – 5 StR 181/14, NStZ-RR 2014, 343 = ZInsO 2014, 2227. Grundle-
gend insoweit BGH, Urteile vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07, wistra 2009, 61 mit Anm. Wytibul,
BB 2009, 111, und vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09, wistra 2011, 106 mit Anm. Bittmann, NJW
2011, 96. S. zu der Problematik weiter Rönna, StV 2009, 246, Brand, JR 2011, 400, Kudlich,
ZWH 2011, 1 sowie Becker, HRRS 2012, 237*

2. § 355 StGB – Bruch des Steuergeheimnisses

Mit der Weitergabe von Steuerdaten des Insolvenzschuldners ohne dessen Zustimmung (§ 30 Abs. 4 Nr. 3 AO) an den Insolvenzverwalter offenbart der für die Finanzverwaltung handelnde Amtsträger nicht im Sinne des § 30 Abs. 2 AO unbefugt Steuerdaten. Die Informationsweitergabe verstößt insbesondere nicht gegen § 355 StGB.

VG Münster, Urteil vom 27.06.2014 – 1 K 101/14, ZInsO 2014, 1957. In gleicher Weise hat auch das OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 04.08.2014 – OVG 12 N 36.14, ZInsO 2014, 2174 entschieden; vgl. ferner OVG Münster, Urteil vom 15.06.2011 – 8 A 1150/10, ZInsO 2011, 1553 mit Anm. Blank, EWIR 2011, 505, OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 04.09.2014 – OVG 12 N 84.13, ZInsO 2014, 2231 sowie VG Gelsenkirchen, Urteil vom 26.09.2014 - 17 K 944/14, BeckRS 2014, 57689. S. zu der Thematik aktuell auch Schmittmann, NZI 2014, 873.

II. Prozessrecht

1. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO – Haftgrund der Fluchtgefahr

Hat der Beschuldigte seinen Wohnsitz im Ausland, begründet dies für sich allein keine Fluchtgefahr, kann aber bei der erforderlichen Gesamtwürdigung mitberücksichtigt werden. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn dies als Anhaltspunkt für die Fluchtgefahr gewertet wird.

KG, Beschluss vom 21.08.2014 - 1 Ws 61/14 - 161 AR 21/14, BeckRS 2014, 19266. S. dazu weiter KG, Beschluss vom 03.11.2011 - 4 Ws 96/11, StV 2012, 350.

2. § 475 StPO – Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters

Das Recht des Insolvenzverwalters auf Akteneinsicht gemäß § 475 StPO setzt grundsätzlich voraus, dass das Verfahren, in dessen Akten Einsicht begehrt wird, Straftaten zum Nachteil des von ihm vertretenen Unternehmens zum Gegenstand hat. Die Einsichtnahme in andere Akten ist mit dem datenschutzrechtlichen Charakter des § 475 StPO regelmäßig nicht vereinbar.

OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2014 - 2 Ws 396/14, BeckRS 2014, 19624 = ZInsO 2014, 2501. Zu der Problematik vgl. weiter OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.06.2013 - 2 Ws 51/13, ZWH 2013, 204 mit zust. Anm. Weyand; s. auch Deutscher, jurisPR-StrafR 18/2013, Anm. 1. Zur Frage, ob der Insolvenzverwalter Verletzter iSd § 406e StPO ist, vgl. (verneinend) LG Mühlhausen, Beschluss vom 26.09.2005 - 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76 mit Anm. Freye, wistra 2006, 78; offen gelassen durch LG Hildesheim, Beschluss vom 26.03.2007 - 25 Qs 17/06, NJW 2008, 531. Zum Akteneinsichtsrecht des gerichtlich bestellten Insolvenzgutachters vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2013 - 1 Ws 53/13, ZInsO 2013, 242 = NZI 2014, 358 mit Anm. Fecht.

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Bedeutung

1. GmbHG

§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG - Inhabilität des Geschäftsführers einer GmbH

Nur im Ausland begangene vorsätzliche Straftaten, nicht jedoch bloße Ordnungswidrigkeiten, führen zur Inhabilität.

OLG München, Beschluss vom 18.06.2014 - 31 Wx 250/14, ZInsO 2014, 2177 = GmbHR 2014, 869 mit Anm. Wachter.

2. Insolvenzordnung

a) §§ 59, 63 InsO – Auswirkung von Untreuehandlungen auf die Verwaltervergütung

Ein Insolvenzverwalter verwirkt seinen Vergütungsanspruch, wenn er über mehrere Jahre ungenehmigte Entnahmen aus verschiedenen Insolvenzmassen tätigt und damit seine Befugnis, über fremdes Vermögen verfügen zu können, im Eigeninteresse missbraucht.

LG Deggendorf, Beschluss vom 24.07.2013 - 13 T 57/13, NZI 2013, 1028 = ZInsO 2014, 1774. S. hierzu weiter Wolff, jurisPR-InsR 3/2014 Anm. 5

b) § 133 Abs.1 InsO – Anfechtbare Begleichung einer Geldstrafe

Begleicht der Schuldner im Wissen um seine Zahlungsunfähigkeit eine Geldstrafe, kann die Vorsatzanfechtung durchgreifen, wenn die Strafvollstreckungsbehörde über die ungünstige Vermögenslage des Schuldners unterrichtet ist.

BGH, Urteil vom 10.07.2014 - IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1947 = NZI 2014, 863. S. weiter Rein, NJW-Spezial 2014, 661.

3. Aktiengesetz

§§ 94, 93 Abs. 4 AktG – Zustimmungspflicht der Hauptversammlung

Wenn das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft durch eine Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft

verletzt hat, muss die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen.

BGH, Urteil vom 08.07.2014 – II ZR 174/13, ZInsO 2014, 2009 = NZG 2014, 1058. S. zu der Entscheidung die Anmerkungen von Krebs, BB 2014, 2409, von Backhaus/Brand, jurisPR-HaGesR 10/2014 Anm. 3, Maier-Reimer, EWIR 2014, 609 sowie von Weyand, PStR 2014, 279.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwälte Dr. Henner Apfel, Düsseldorf und Norman Lenger, Köln

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.08.2013 - 1 StR 665/12

I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Der Angeklagte war Vorstand der Muttergesellschaft T und u.a. (faktischer) Geschäftsführer der Tochtergesellschaft C. Er konnte hoffen, für die Gesellschaften „im Fall extremer Liquiditätsengpässe finanzielle Unterstützung der Hauptgesellschafterin A zu erlangen“, so die im Beschluss zitierten Ausführungen des Landgerichts. Eine Gewähr hierfür hatte er jedoch nicht. Der Angeklagte genehmigte im Mai und Juni 2009 verschiedene Bestellungen der C. Der ausführende Lieferant wurde im weiteren Verlauf nicht bezahlt, auch nicht, nachdem der Angeklagte dem Lieferanten Anfang Juli 2009 eine Ratenzahlung vorgeschlagen hatte. Mitte Juli 2009 wurden die von A gehaltenen Anteile an der Muttergesellschaft T an Investoren veräußert. Einen Insolvenzantrag stellte der Angeklagte für die C erst Anfang August 2009, zu einem Zeitpunkt, als Investoren nicht mehr bereit waren, der Muttergesellschaft Geld zur Verfügung zu stellen.

2. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4 InsO. Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags des faktischen Geschäftsführers stützte es auf § 15a Abs. 1 und Abs. 3 InsO.

Die Zahlungsunfähigkeit - „spätestens ab Ende April 2009“ - stellte das Tatgericht wie folgt fest:

*Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch
Tatgericht*

„Da eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verpflichtungen und der zu ihrer Tilgung vorhandenen Mittel nicht möglich sei, weil die Buchhaltung nicht richtig sein könne, sei auf die wirtschaftskriminalistische Methode abzustellen. Da schon seit April „offene Verbindlichkeiten“ bestanden hätten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien, sei „im Hinblick auf BGH, Az: IX ZR 228/03 vom 12.10.2006, von Zahlungsunfähigkeit der C auszugehen“. Ferner habe das Geld nicht ausgereicht, um alle Gläubiger zu bezahlen, hätten freie Kreditlinien nicht zur Verfügung gestanden und hätte sich der Schuldenstand kontinuierlich erhöht.“

3. Der 1. Strafsenat hob das Urteil auf die Sachrüge hin auf, weil das Landgericht einen falschen Maßstab angelegt hatte und davon ausgehend die Feststellungen lückenhaft und nicht nachvollziehbar waren.

Eingangs der Begründung des Beschlusses werden die (bekannten) Grundsätze zur Feststellung einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit dargestellt: regelmäßig sind durch die sog. betriebswirtschaftliche Methode stichtagsbezogen die fälligen Verbindlichkeiten einerseits und die die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits gegenüber zu stellen. Zur Abgrenzung von einer bloßen Zahlungsstockung ist die Methode um eine Prognose zu ergänzen, ob innerhalb von drei Wochen mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist; dies erfordert eine Finanzplanrechnung. Alternativ zur betriebswirtschaftlichen kann auch die sog. wirtschaftskriminalistische Methode Anwendung finden, bei der anhand von Beweisanzeichen (u.a. Fremdanträge durch Gläubiger, Ignorieren von Rechnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche,

Rückblick ungeeignet für Prognose

Nichtzahlung von Löhnen und Abgaben, Häufigkeit der Scheck- und Wechselproteste) die Zahlungsunfähigkeit belegt werden kann.²⁰⁴

Sodann seziert der Senat die vom Landgericht in den Blick genommenen Topoi: Bei der Anwendung der wirtschaftskriminalistischen Methode kann eine Darlehenskündigung grundsätzlich ein Krisenzeichen sein. Es muss dann aber auch festgestellt werden, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt wurde, was im aufgehobenen Urteil offen geblieben war. Methodisch wird ein unzutreffender Maßstab zugrunde gelegt, wenn – rückblickend – aus dem Umstand, dass Verbindlichkeiten von April 2009 bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen wurden, auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen wird. Ein solcher Maßstab findet bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch den Richter bei der Insolvenzanfechtung Anwendung und ist für eine prognostische Beurteilung ungeeignet.

Im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Methode ist deutlich zwischen dem bloßen Bestand und der Fälligkeit einer Verbindlichkeit zu differenzieren. Insoweit ist die Feststellung, dass nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden konnten, nicht aussagekräftig. Eine Anfrage durch den Sachverständigen bei den Gläubigern muss die Fälligkeit einer Verbindlichkeit zum Tatzeitraum – nicht zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – zum Gegenstand haben. Stundungen sind zu berücksichtigen, da sie die Fälligkeit hinausschieben. Bei der Bestimmung der zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel, die den fälligen Verbindlichkeiten gegenüber zu stellen sind, darf nicht nur auf etwaige „freie Kreditlinien“ abgestellt werden, sondern sind Bankguthaben und stichtagsbezogen hinreichend sicher zu erwartende Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb zu berücksichtigen. Zudem hätte aufgeklärt werden müssen, unter welchen Umständen („extreme Liquiditätsengpässe“, s.o.) die liquide Hauptaktionärin A bereit gewesen wäre, Finanzmittel zur Verfügung zu stellen.

II. Anmerkung

Der Beschluss zeigt im Wesentlichen – darauf hat bereits *Kudlich* in seinem Praxiskommentar zu der Entscheidung hingewiesen²⁰⁵ – die Feststellungs- und Darlegungsmängel des aufgehobenen Urteils auf. Wir wollen uns auf das Argument des Landgerichts, die Zahlungsunfähigkeit sei belegt, weil schon im April 2009 offene Verbindlichkeiten bestanden hätten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien, konzentrieren (1.), um dann noch kurz die Frage der Insolvenzsakzessorietät in den Blick zu nehmen (2.).

1. Der Senat führt im Beschluss zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit aus:

„Soweit die Strafkammer als ausschlaggebendes wirtschaftskriminalistisches Anzeichen für eine Zahlungsunfähigkeit wertet, dass im fraglichen Zeitraum Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, liegt dem ein unzutreffender Maßstab zugrunde. Denn es handelt sich insoweit um die Grundsätze zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch den Richter bei Insolvenzanfechtung. Denn dies stellt ein Verfahren dar, welches auf eine rückblickende Betrachtung unter Berücksichtigung der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung – etwa im Hinblick auf die Verbindlichkeiten – zurückgreifen kann, mithin auf eine prognostische Beurteilung gerade nicht angewiesen ist. Anders verhält es sich aber bei der Frage, ob eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO besteht, da nach den oben dargelegten Maßstäben insoweit eine prognostische Beurteilung erforderlich ist. Auf diesen Unterschied weist der Bundesgerichtshof in der vom Landgericht in Bezug genommenen Entscheidung ausdrücklich hin (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 – IX ZR 228/03 Rn. 28).

Dass im Tatzeitraum „offene Verbindlichkeiten“ bestanden, die bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Oktober 2009 noch nicht beglichen worden waren, ist daher kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Annahme des zeitlich vorgelagerten Eintritts der Zahlungsunfähigkeit.“

In der Entscheidung des IX. Zivilsenats – zuständig u.a. für das Insolvenz(-anfechtungs-)recht –, auf die sich das Landgericht beruft, ist ausgeführt, dass im Insolvenzanfechtungsprozess – man will ergänzen: nur dort – die Möglichkeit besteht, auf eine Liquiditätsbilanz zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zu verzichten und stattdessen eine retrospektive Betrachtung anzustellen.²⁰⁶ Neben dem vom 3. Strafsenat verwendeten Argument der Unvereinbarkeit

Unvereinbarkeit zivil- prozessualer Darle- gungs- und Beweislast- reduktionen mit dem Strafprozess

²⁰⁴ Vgl. auch BGH NZI 2013, 970; NZI 2006, 591.

²⁰⁵ BGH, NStZ 2014, 107 (110) mit Praxiskommentar *Kudlich*.

²⁰⁶ BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03.

von prognostischer Beurteilung einerseits und rückblickender Bewertung andererseits, lässt sich ein weiteres anführen: die grundsätzliche Unvereinbarkeit zivilprozessualer Darlegungs- und Beweislastreduktionen mit dem Strafprozess.

In der Entscheidung des IX. Zivilsenats wird die Darlegungs- und Beweislast zugunsten des Insolvenzverwalters in Bezug auf § 130 Abs. 1 InsO (Kongruente Deckung)²⁰⁷ vereinfacht, indem die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig vermutet wird, wenn eine zum Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung bereits fällige wesentliche Forderung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen wird.²⁰⁸ Der Insolvenzverwalter muss eine zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung prüfen, anerkennen, und sodann im Anfechtungsprozess diese nebst ihrer Fälligkeit zum Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung zum Gegenstand seines Sachvortrags machen und darlegen, dass die angefochtene Deckung eine im Verhältnis zu den übrigen Forderungen wesentliche war.²⁰⁹ Zum Beweis der Zahlungsunfähigkeit bietet er schlicht die Vorlage der Insolvenztabelle und der Rechnung über die befriedigte Forderung an. Auf Grundlage dieses für den Insolvenzverwalter verhältnismäßig einfachen Vortrags und Beweisangebots darf der Tatrichter auf die Zahlungsunfähigkeit schließen. Im Ergebnis wird damit die dauerhafte Zahlungsunfähigkeit vermutet.²¹⁰ Dies ist im ersten Schritt auch nicht zu beanstanden. Insoweit ist allerdings bereits insolvenzrechtlich zu unterscheiden zwischen dem Anfechtungsprozess (retrograde Ermittlung) und der Antragspflicht (anterograde Betrachtung). Für die Verfahrenseröffnung und die Eigenprüfung eines antragspflichtigen Unternehmens hält der BGH eine Liquiditätsbilanz für erforderlich, wenn eine Prognose notwendig ist, auf die schon im Hinblick auf eine Entscheidung vom 24. 5. 2005²¹¹ nicht verzichtet werden kann. Im Anfechtungsprozess ist hingegen mittels einer ex post-Analyse auf den Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung abzustellen. Der Insolvenzverwalter kann im Anfechtungsprozess anhand der zur Tabelle angemeldeten Forderungen darlegen, dass im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Eröffnung des Verfahrens nicht mehr beglichen worden sind. Ist dies der Fall, lässt sich auf eine dauernde Zahlungsunfähigkeit schließen.²¹² Zulässig ist im Anfechtungsprozess auch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand wirtschaftskriminalistischer Beweiszeichen.²¹³ Das bedeutet, auch der BGH (in Zivilsachen) differenziert bezüglich der Nachweismöglichkeiten. Hintergrund der vom Landgericht in den Blick genommenen zivilrechtlichen Entscheidung war das Ziel, die tatrichterliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess erheblich zu erleichtern, insbesondere für Sachverhalte, bei denen die anfechtbare Rechtshandlung mangels fehlender betriebswirtschaftlicher Unterlagen nicht möglich ist. Diese widerlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit kann im Zivilprozess durch den Nachweis besonderer Umstände vom Anfechtungsgegner ausgeräumt werden.

Keine außerstrafrechtliche Beweisvermutung im Strafverfahren

Die - verfahrensrechtliche - Feststellung des Tatbestandsmerkmals der Zahlungsunfähigkeit zum Nachweis strafrechtlicher Schuld stellt in Abgrenzung dazu jedoch einen strafprozessualen Vorgang dar. Im Strafprozess finden außerstrafrechtliche Beweisvermutungen grundsätzlich keine Anwendung, wie es etwa der 3. Strafsenat bereits zu einer zollrechtlichen Beweisvermutung²¹⁴ und das Kammergericht zu einer artenschutzrechtlichen Vorschrift ausgeführt haben.²¹⁵ Auch ein Beweis des ersten Anscheins existiert im Strafprozess nicht.²¹⁶ Plakativ lässt sich zusammenfassen, dass die einzige Vermutung, die im Strafprozess gilt, die der Unschuld ist, Art. 6 Abs. 2 EMRK.²¹⁷

²⁰⁷ Das Anfechtungsrecht der InsO dient dazu, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens dadurch wiederherzustellen, dass bestimmte als ungerechtfertigt gewertete Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die vor allem in der Zeit der Krise vor Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen wurden, vgl. BGHZ 128, 191.

²⁰⁸ Dazu Güther/Kohly, ZIP 2007, 1349 (1352 f.); Hölzle, ZIP 2007, 613 ff.

²⁰⁹ Güther/Kohly, ZIP 2007, 1349 (1352).

²¹⁰ Hölzle, ZIP 2007, 613 (616).

²¹¹ BGHZ 163, 134.

²¹² Vgl. auch Pape, WM 2008, 1949 (1951); Staufenberg/Hoffmann, ZInsO 2008, 785 (790); Hölzle, ZIP 2007, 613 (616).

²¹³ BGH, NJW 2000, 154 (156); Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, 1304 (1308).

²¹⁴ BGH, wistra 1987, 292 = StV 1988, 239 f. zu § 17 Abs. 1 S. 2 ZollG (das Zollgesetz trat 1992 außer Kraft).

²¹⁵ KG, NStZ 1986, 560.

²¹⁶ BGH, StraFo 2003, 281.

²¹⁷ Innerstrafrechtliche Vermutungen wie die der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gem. § 69 Abs. 2 StGB außen vor gelassen. Auf die möglichen Kollisionen mit dem in-dubio-Grundsatz weisen u.a. Radtke/Petermann in: MüKo, StGB, Vorbemerkung zu den §§ 283 ff. Rn. 7, hin.

Grenzen der Insolvenzrechtsakzessorietät

Eine Kontrollüberlegung zum Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB bestätigt die Qualifizierung der vom Landgericht herangezogenen Vermutung als strafrechtlich untauglich. Die Nichterfüllung einer fälligen Verbindlichkeit im zeitlichen Nachgang zum Vertragsschluss (allein) belegt nicht die konkludente Täuschung über die Zahlungsfähigkeit. Denn die Täuschung – z.B. über die Zahlungsfähigkeit – bildet den Ausgangspunkt der Kausalkette über den Irrtum, die Verfügung bis hin zum Vermögensschaden. Die umgekehrte Blickrichtung: es ist nicht gezahlt worden, dann war der Beschuldigte bereits bei Vertragsschluss zahlungsunfähig und hat insoweit getäuscht, steht im Widerspruch zu § 263 StGB und zu strafprozessualen Grundsätzen. Im Strafprozess müssen die Ermittlungsbehörden prüfen, ob zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Zahlungsunfähigkeit bestand. Die spätere Nichtzahlung kann nur als Beweisanzeichen dienen, um einen Anfangsverdacht zu begründen.²¹⁸ Sodann werden von den Ermittlungsbehörden und den Gerichten die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgeklärt, um die Liquidität festzustellen und / oder Beweisanzeichen wie eidesstattliche Versicherungen und weitere offene fällige Verbindlichkeiten zu finden. Erst dann kann ein hinreichender Tatverdacht und in letzter Konsequenz die sichere Überzeugung von strafrechtlicher Schuld gewonnen werden.

2. Die Frage der Anwendung zivilprozessualer Grundsätze im Strafprozess ist unseres Erachtens nicht die im Insolvenzstrafrecht häufig gestellte nach der Akzessorietät. Die Insolvenzrechtsakzessorietät, sei sie allgemein oder funktional,²¹⁹ streng oder gelockert, kann sich allein auf das auf das materielle (Insolvenz-)Strafrecht beziehen. Der Strafprozess ist unabhängig vom Insolvenzrechtsprozess geregelt.

Schwieriger wird die Trennung von materiellem zu Prozessrecht bei dem, was in der Literatur mit der Überschrift Feststellung der Zahlungsunfähigkeit o.ä. versehen ist, sprich: betriebswirtschaftliche Methode oder kriminalistische Beweisanzeichen. Durch die Anwendung dieser wird das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ausgefüllt, sodass es sich insoweit um materielles Recht handelt. In Abgrenzung dazu befinden wir uns dort, wo der Maßstab der ermittlungsbehördlichen und / oder richterlichen Überzeugungsbildung betroffen ist, im Prozessrecht. Stehen materielles und Verfahrensrecht im Widerspruch zueinander, gilt der Vorrang des Prozessrechts vor dem materiellen Recht.²²⁰

In der Praxis laufen die Ermittlung des Sachverhalts als (ein) Hauptziel des Strafprozesses und die Subsumtion unter das materielle Recht parallel ab:²²¹ der Richter prüft, ob ein kriminalistisches Beweisanzeichen, z.B. ein Insolvenzantrag eines Gläubigers, vorgelegen hat. Er befindet sich damit im materiell-rechtlichen Vorgang der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Welche Beweismittel er dabei verwerten darf, ist eine prozessuale Frage. Hat er nach Ausschöpfung der Beweise Zweifel, ob ein solcher Insolvenzantrag tatsächlich gestellt wurde, greift der strafprozessuale Zweifelssatz als Entscheidungsregel.²²² zweifelt der Richter am Bestehen eines Fremdantrags, muss er zugunsten des Angeklagten davon ausgehen, ein solcher Antrag sei nicht gestellt worden. Das Beweisanzeichen ist nicht gegeben. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit darf (insoweit) nicht erfolgen. Der Fehler des Landgerichts war es, den materiell-rechtlichen und insolvenzrechtsakzessorischen Vorgang der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit mit einer dem Strafrecht fremden insolvenzrechtlichen Vermutungsregelung zu kontaminieren, statt eine strikte Trennung vorzunehmen. Eine solche Trennung ist trotz der gleichzeitigen Anwendung von materiellem und Prozessrecht stets geboten.

²¹⁸ Dass in der forensischen Praxis die Gleichung Nichtzahlung = Betrug nicht selten gilt, ändert nichts daran, dass sie falsch ist.

²¹⁹ Ausführl. dazu Achenbach, Schlüchter-Festschrift, 257 ff.; AnwK-StGB/Püschel, Vor § 283-283d Rn. 11 ff.; Radtke/Petermann in: MüKo, StGB, Vorbemerkung zu den §§ 283 ff. Rn. 1 ff. und 78 ff.

²²⁰ Sieber, Roxin-Festschrift, 1113 (1138); zustimmend Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Einleitung Rn. 4.

²²¹ Zu den Zielen des Strafprozess Kudlich in: MüKo-StPO, Einleitung Rn. 4 ff.

²²² Zum Zweifelssatz Ott in: KK-StPO, § 261 Rn. 56.; Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 261 Rn. 48 ff.; Velten in: SK-StPO, § 261 Rn. 75 ff.

Compliance

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., Düsseldorf

Anmerkung zu LG München vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10 (Compliance)

I. Sachverhalt

Der Beklagte war von 1998 bis 2006 ordentliches Vorstandsmitglied der Klägerin, Mitglied des Zentralvorstandes und Leiter der Zentralabteilung Corporate Finance.

Nach den Feststellungen des Gerichts hatte sich während seiner Amtszeit als Vorstandsmitglied bei der Klägerin ein „System schwarzer Kassen“ etabliert, das sich später zu einem System von Scheinberaterverträgen zur Verschleierung von Korruptionszahlungen entwickelte. Trotz wiederholter Hinweise auf eine hohe Anzahl von Bestechungsfällen im Ausland, Schmiergeldzahlungen durch Mitarbeiter der Klägerin an ausländische Amtsträger und das mangelhafte Compliance-System des Konzerns hatten die Vorstandsmitglieder, darunter auch der Beklagte, keine ausreichende Maßnahmen zur Aufklärung und Systemüberprüfung getroffen.

Die Schmiergeldzahlungen führten in einem anderen Verfahren zur Verhängung zweier Bußgeldbescheide in Höhe von EUR 201 Mio. und EUR 395 Mio. gegen die jetzige Klägerin. Zur Aufklärung des „Systems schwarzer Kassen“ hatte diese zuvor eine US-amerikanische Rechtsanwaltskanzlei beauftragt. Diese erhielt hierfür ein Honorar von EUR 12,97 Mio.

Daraufhin machte der Aufsichtsrat der Klägerin gegen die Vorstandsmitglieder Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Compliance-Pflichten geltend. Während diesbezüglich mit neun Vorstandsmitgliedern Vergleiche geschlossen wurden, verneinte der Beklagte eine Pflichtverletzung und lehnte einen Vergleich über 4 Mio. Euro ab.

Infolgedessen erhob die Klägerin gegen den Beklagten Klage vor dem Landgericht München I und machte als Schadensposten die Honorarkosten der Rechtsanwaltskanzlei in Höhe von 12,85 Mio. Euro sowie eine Zahlung von EUR 2,15 Mio. aufgrund eines mutmaßlich unwirksamen Beratervertrages an einen Empfänger in Nigeria geltend.

II. Entscheidungsgründe

Das LG München I gab der auf § 93 Abs. 2 AktG gestützten Klage in vollem Umfang statt, da der Beklagte seinen Compliance-Pflichten nicht genügt habe.

Aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt sich die Pflicht für ein Vorstandsmitglied, im Außenverhältnis sämtliche Vorschriften einzuhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen.²²³ Aus der Legalitätspflicht des Vorstandes, die durch § 91 Abs. 2 AktG konkretisiert wird, folgt, dass der Vorstand Gesetzesverletzungen durch Mitarbeiter vorbeugen muss und dementsprechend eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einzurichten hat. Weiterhin muss bei Bekanntwerden von Gesetzesverletzungen oder Anhaltspunkten hierfür eine effektive Aufklärung, Untersuchung und Ahndung der Mitarbeiter vorgenommen werden. Das LG München I konstatiert darüber hinaus, dass die Pflicht zur Schaffung eines funktionierenden Compliance-Systems in den Gesamtverantwortungsbereich des Vorstandes fällt.

Aus diesen Grundsätzen leitete das Gericht mehrere vom Beklagten begangene Pflichtverletzungen ab. Aus Artikel 2 § 1 EUBestG, Art. 2 § 2 IntBestG und § 299 Abs. 3 StGB ergeben sich die strafbewährten Verbote Schmiergeldzahlungen an Amtsträger ausländischer Staaten sowie an ausländische Privatpersonen zu erbringen.

Es wirft dem Beklagten zunächst vor, dass er trotz immer wiederkehrender Hinweise auf die Existenz schwarzer Kassen und Bestechungszahlungen keine ausreichenden Maßnahmen zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen eingeleitet und betroffene Mitarbeiter nicht geahndet habe. Darüber hinaus habe der Beklagte trotz der Hinweise der mangelnden

²²³ LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, BeckRS 2014, 01998.

Effizienz des Compliance-Systems und der mangelnden Verlässlichkeit der Regional Compliance Officer keine Maßnahmen zur Effizienzsteigerung des Compliance-Systems ergriffen.

Außerdem sei der Berater- bzw. Vermittlungsvertrag, der zum Schein abgeschlossen wurde, mangels funktionierenden Compliance-Systems nicht überprüft worden. In dieser Hinsicht hätte eine Überprüfung vorgenommen werden müssen, ob diese Beraterleistungen tatsächlich erbracht wurden. Das LG München I verweist darauf, dass mit einer zentralen Erfassung sämtlicher Beraterverträge die Überprüfung möglich gewesen wäre, ob und welche Leistungen wirklich erbracht wurden.

Im Hinblick auf die Gesamtverantwortung des Vorstandes für ein effektives Compliance-System hat das Gericht eine Pflichtverletzung weiterhin in der fehlenden Regelung klarer Zuständigkeiten und ausreichender Kompetenzen gesehen. Der Vorstand und somit auch der Beklagte hätten keine klaren Regelungen geschaffen, wer auf der Ebene des Gesamtvorstandes die Hauptverantwortung für die effektive Compliance zu tragen hat. Weiterhin hätte der Vorstand eine Person mit hinreichenden Handlungsbefugnissen betrauen müssen, um Rechtsverstöße ordnungsgemäß ahnden zu können.

Der Beklagte habe demnach bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Maßstab, wie er in § 93 Abs. 1 AktG S. 1 normiert ist, verletzt, weshalb er dem Grunde nach hafte.

III. Anmerkung

Wenn es noch eines Nachweises bedurfte, dass die Vernachlässigung von Compliance-Pflichten für Unternehmensverantwortliche teuer werden kann,²²⁴ so ist dieser mit der Entscheidung des LG München I als erbracht anzusehen. Compliance ist kein akademisches Glasperlenspiel – und war es auch nie, wie die Münchener Richter indirekt bestätigen. Die Entscheidung lässt keinen Zweifel daran, dass Compliance „Chefsache“ ist. Im Hinblick auf ihre gesellschaftsrechtlichen Annahmen ist sie bisher überwiegend positiv aufgenommen worden.²²⁵ Die für den zivilrechtlichen Laien überaus interessante Frage, wie überzeugend die Begründung eines Schadensersatzanspruchs ist,²²⁶ der Anwaltskosten in Höhe von ca. EUR 12 Mio. miteinschließt, wird in der Rechtsmittelinstanz²²⁷ zu klären sein.²²⁸

Insgesamt gesehen scheint die Bedeutung der Entscheidung eher auf affirmativer und „motivatorischer“ Ebene zu liegen:²²⁹ Sie bestätigt vieles, was Gegenstand der bisherigen Compliance Diskussion war und deshalb hier nicht in extenso repetiert zu werden braucht. Bemerkenswert und kritisch zu hinterfragen ist allerdings, dass das Gericht von einer aktienrechtlichen Pflicht zur Einführung eines Compliance-Systems ausgeht.²³⁰ Nukleus eines Compliance-Systems und die damit zusammenhängenden Kardinalpflichten des Vorstands lassen sich jedenfalls nach Auffassung des LG München I wie folgt zusammenfassen:

- Aufgrund seiner Legalitätspflicht muss ein Vorstandsmitglied sich nicht nur selbst rechtskonform verhalten, es hat auch dafür zu sorgen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße stattfinden.
- Diese aus dem AktG ableitbare Überwachungspflicht gebietet die Installation eines Systems, das geeignet ist, bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen, wonach auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften umfasst sind.

²²⁴ Für eine Haftungsbegrenzung nachfolgender Schadensersatzansprüche *Haarmann/Weiß* BB 2014, 2115 (2124 f.).

²²⁵ *Fleischer* NZG 2014, 321 (327, 329); *Hahn* EWIR 2014, 175, 176. Kritisch allerdings *Oppenheim* DStR 2014, 1063 (1065) und *Rathgeber* NZWiSt 2014, 192 (193).

²²⁶ Vgl. *Fett* CCZ 2014, 143 (144); *Fleischer* NZG 2014, 321 (326 f.).

²²⁷ Derzeit wird ein Rechtsmittelverfahren vor dem OLG München unter dem Az. 7 U 113/14 geführt.

²²⁸ Am Bestand der Entscheidung zweifelt *Oppenheim* hinsichtlich den konkreten Vorgaben zur Compliance-Ausgestaltung, vgl. ders., DStR 2014, 1063 (1065).

²²⁹ *Hahn* EWIR 2014, 175 bezeichnet die Entscheidung hingegen als „bemerkenswert und wegweisend“; *Spielhofer* nennt sie „Aufsehen erregend“, dies., NJW 2014, 2473 (2474); *Oppenheim* schließt sich Bachmanns Aussage an, das Urteil sei ein „Paukenschlag“, ders., DStR 2014, 1063 (1064) mwN..

²³⁰ *Rathgeber* NZWiSt 2014, 192 (193). *Oppenheim* entnimmt der Entscheidung hingegen nicht, dass die Kammer von einer pauschalen Pflicht ausgehe, sondern ordnet sie insoweit der bislang herrschenden Meinung der Literatur zu, wonach die Pflicht sich nach der Größe und dem entsprechenden Gefahrenpotential der Gesellschaft richte. Die allgemeinverbindlichen Vorgaben am Ende des Urteils stünden zu dieser grundsätzlichen Haltung im Widerspruch; vgl. ders., DStR 2014, 1063 (1064 f.).

- Einer derartigen Organisationspflicht genügt der Vorstand bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet. Entscheidend für den Umfang dieser Compliance-Organisation sind Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.
- Ein Vorstandsmitglied, das von Gesetzesverletzungen Kenntnis erlangt, hat ausreichende Maßnahmen zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen, zu deren Beendigung sowie zur Ahndung im Hinblick auf die involvierten Mitarbeiter zu treffen. Es ist ferner verpflichtet, adäquat auf Hinweise zu reagieren, die auf die mangelnde Effizienz des Compliance-Systems und die mangelnde Verlässlichkeit von Compliance-Verantwortlichen hindeuten.
- Der Vorstand ist in der Regel verpflichtet, eine klare organisatorische Zuordnung der Compliance-Verantwortung zu treffen. Dies umfasst auch die Festlegung einer Berichtslinie.
- Diejenigen, die von ihm mit der Überwachung von Compliance-Vorgaben beauftragt werden, müssen hinreichende Befugnisse haben, um (disziplinarische) Konsequenzen aus Verstößen ziehen zu können.
- Die Einrichtung eines mangelhaften Compliance-Systems und dessen unzureichende Überwachung bedeuten eine Pflichtverletzung i.S.v. § 93 AktG.
- Die Berufung darauf, dass der Begriff der „Compliance“ im fraglichen Zeitpunkt noch nicht etabliert gewesen sei, führt nicht zur Exkulpation.

Substantiell Neues enthält die Entscheidung nach der Wahrnehmung des Verfassers nicht, da schon in der Literatur eine aktienrechtliche Pflicht zur Einführung eines Compliance-Systems bejaht wurde. Bislang noch zögerliche Unternehmenslenker werden mit ihr wahrscheinlich motiviert werden können, sich (noch intensiver) mit Compliance zu beschäftigen.²³¹ Welchen Wert allerdings ein „tone from the top“ hat, bei dem man vermuten kann, dass man ihn aus Angst der Führungsebene vor persönlichen Haftungsrisiken vernimmt und dem insofern eine intrinsische Motivation abgeht, soll hier nicht weiter thematisiert werden.

Erwähnenswert ist, dass die Kammer einer Exkulpation des Beklagten im Hinblick darauf, dass Compliance zum damaligen Zeitpunkt noch kein etabliertes Phänomen war, eine Absage erteilte.²³² Sicherlich ist die Verpflichtung des Vorstands, sich selbst bei Ausübung der Geschäftsleitertätigkeit rechtmäßig zu verhalten und das rechtmäßige Verhalten nachgeordneter Mitarbeiter zu überwachen nichts Neues. Sie ergibt sich (wenngleich nicht ausdrücklich) aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG.²³³ Neu ist aber, dass die Kammer – durchaus zweifelhaft – das den Geschäftsleitern bislang zur Erfüllung dieser Pflicht eingeräumte Ermessen erheblich einschränkt und konkrete Vorgaben postuliert.²³⁴ Aus spezifisch wirtschaftsstrafrechtlicher Perspektive scheint die Entscheidung nur bedingt als Impulsgeber zu taugen.²³⁵ Dass die Vernachlässigung von Compliance-Pflichten keinen Vorsatz im strafrechtlichen Sinne indiziert, hat Fleischer bereits festgehalten.²³⁶ Allerdings kann die Untätigkeit eines Garanten trotz konkreter Anhaltspunkte für bevorstehende Straftaten durchaus einen Vorsatz-Vorwurf rechtfertigen.²³⁷ Im Hinblick auf § 130 OWiG steht zu erwarten, dass an Compliance interessierte Verfolgungsbehörden die Entscheidung dazu nutzen werden, um in geeigneten Fällen die unzureichende Durchführung erforderlicher Aufsichtsmaßnahmen argumentativ zu untermauern.²³⁸ Das LG München I hat nicht nur unterstrichen, dass unternehmensinterne Untersuchungen grundsätzlich notwendig sind, um auf informierter Basis Entscheidungen treffen zu können. Es hat auch eine gesellschaftsrechtliche Aufklärungspflicht angenommen, die als Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen interpretiert und deren Erfüllung gleichzeitig als Aufsichtsmaßnahme im Sinne von § 130 OWiG verstanden werden könnte. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, neben der Im-

²³¹ Vgl. Dohrn Newsdienst Compliance 2014, 22101; Fett CCZ 2014, 143 (144).

²³² Zustimmend Fleischer NZG 2014, 321 (323); zum Begriff und seiner Reichweite Gärtner, BB 2014, 2627 (2627); Oppenheim DStR 2014, 1063 (1063).

²³³ Vgl. Oppenheim DStR 2014, 1063 (1063) mwN.

²³⁴ Oppenheim DStR 2014, 1063 (1065).

²³⁵ Dass dies nicht ihre Aufgabe ist, versteht sich von selbst.

²³⁶ Fleischer NZG 2014, 321 (322).

²³⁷ Vgl. dazu Dann/Mengel NJW 2010, 3265 (3268) mwN; Heuchemer in: BeckOK, StGB, § 13, Rn. 71 mwN.

²³⁸ Ähnlich Grützner BB 2014, 850 (852).

plementierung präventiv wirkender Instrumentarien, interne Abläufe und Regeln für die Aufklärung von Verdachtsfällen festzulegen. Trotz aller Vorbehalte, die man im Detail gegen solche Untersuchungen haben kann, ist man gut beraten, sie als notwendigen Bestandteil von Compliance anzuerkennen.

Nicht zu überzeugen vermag die Annahme des LG München I, das verstärkte Auftreten von Verdachtsmomenten sei ein Indikator für das Nichtfunktionieren eines Compliance-Systems.²³⁹ Wenn man ein Ziel von Compliance-Systemen darin erblickt, potentiell kritische Sachverhalte zu identifizieren, kann dessen Erreichen nicht in ein Systemversagen umgedeutet werden.²⁴⁰ Auch im umgekehrten Fall, in dem überhaupt keine Verdachtsmomente zu Tage treten, verbietet sich ein voreiliger Rückschluss auf die Funktionsweise des Systems. Letzteres kann entweder absolut effektiv arbeiten oder aber überhaupt nicht. Wirklichkeitsfremd wäre die Erwartung, größere Unternehmen blieben von dem regelmäßigen Auftreten von Verdachtsfällen verschont. Selbst wenn solche Fälle alle aus ein und demselben Unternehmenssegment herrühren, ist noch kein strukturelles Versagen zu konstatieren. Es ist – wie häufig – eine Frage des Einzelfalls, welches Bild sich bei angemessener Sachverhaltswürdigung ergibt.

Praktiker mit didaktischem Anspruch wissen, dass es kaum etwas Blutleeres gibt, als Wissensvermittlung ohne Referenz auf geeignetes Fallmaterial. Die Entscheidung des LG München I ist auch insofern ein willkommener Farbtupfer.

²³⁹ Grütznert BB 2014, 850 (851).

²⁴⁰ Der Eintritt eines Schadens ändert daran nichts. Sind Vorkehrungen getroffen worden, kann nicht allein aus dem Schaden auf ein billiges In-Kauf-nehmen geschlossen werden; dazu Gärtner BB 2014, 2627 (2631).

Internationales

Schweiz: Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt und eidg. dipl. Steuerexperte Daniel Holenstein, Zürich

Steueramtshilfe der Schweiz als wirksames Mittel der grenzüberschreitenden Verfolgung von Steuerstraftaten?

Erweiterte Fassung eines am 16. September 2014 an der WisteV-Veranstaltung in Stuttgart gehaltenen Vortrages

I. Einleitung

Die Steueramtshilfe bezweckt in erster Linie die gegenseitige Unterstützung der zuständigen Steuerbehörden bei der Durchsetzung des Steuerrechts durch den Austausch von Informationen. Die Rechtsgrundlage für die Steueramtshilfe der Schweiz an Deutschland ist im Abkommen vom 11. August 1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (DBA Deutschland-Schweiz) in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 27. Oktober 2010 enthalten. Art. 27 dieses Abkommens in der aktuell gültigen Fassung des Revisionsprotokolls enthält eine Amtshilfeklausel, die dem OECD-Standard entspricht, also im Wesentlichen mit Art. 26 des OECD-Musterabkommens

(OEDC-MA) übereinstimmt. Gemäss dieser tauschen die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten die Informationen aus, die zur Durchführung dieses Abkommens oder zur Anwendung oder Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts betreffend Steuern jeder Art und Bezeichnung voraussichtlich erheblich sind.

Das Revisionsprotokoll vom 27. Oktober 2010 ist am 21. Dezember 2011 in Kraft getreten. Die in diesem Revisionsprotokoll geänderte Amtshilfeklausel ist anwendbar auf Ersuchen, die nach dem Datum des Inkrafttretens gestellt werden hinsichtlich Bankinformationen, die sich auf einen Zeitraum beziehen, der am 1. Januar 2011 beginnt und in anderen Fällen hinsichtlich Informationen, die sich auf Steuerjahre oder Veranlagungszeiträume beziehen, die am oder nach dem 1. Januar 2011 beginnen.²⁴¹

Am 17. Juli 2012 wurde der Kommentar zu Art. 26 OECD-MA revidiert. Seit diesem Update gehören auch sog. Gruppenanfragen zum OECD-Standard. Gruppenanfragen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Amtshilfe eine Vielzahl von Personen betrifft, deren Namen und Adressen der ersuchenden Behörde noch nicht bekannt sind. Die Identifizierung der von der Amtshilfe betroffenen Person erfolgt durch den Informationsinhaber aufgrund des vom ersuchenden Staat geschilderten Sachverhaltes.²⁴²

Durch den Mechanismus der Gruppenanfragen gelangt der ersuchende Staat auf einen Schlag an Informationen über eine Vielzahl von Personen, die ihm im Zeitpunkt des Ersuchens noch nicht namentlich bekannt sind. Gruppenanfragen haben daher eine mit dem Ankauf von Bankdaten vergleichbare Wirkung. Sofern die deutschen Strafverfolgungsbehörden die Steueramtshilfe auch für die Verfolgung von Steuerstraftaten nutzen und sie zudem auf Gruppenanfragen zurückgreifen könnten, hätten sie für die Jahre ab 2011 ein wirksames Mittel der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in der Hand.

Dieser Beitrag skizziert die Steueramtshilfe nach OECD-Standard, erläutert die ersten Urteile des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts zur Steueramtshilfe nach OECD-Standard und untersucht, ob Gruppenanfragen gestützt auf die derzeit geltenden Rechtsgrundlagen zulässig sind.

II. Steueramtshilfe zum Zweck der Verfolgung von Steuerstraftaten

1. Strafrechtshilfe der Schweiz zur Verfolgung von Steuerdelikten

a) Direkte Steuern²⁴³

Die Schweiz leistet einem ausländischen Staat seit dem 1. Januar 1983 gestützt auf das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) Rechtshilfe, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Abgabebetrug ist.²⁴⁴ Damit die Schweiz zur Leistung von Rechtshilfe verpflichtet ist, muss der im Rechtshilfeersuchen geschilderte Sachverhalt nach schweizerischem Steuerstrafrecht als Abgabebetrug zu qualifizieren sein. Ein solcher setzt arglistiges Verhalten voraus.²⁴⁵ Nicht rechtshilfefähig ist ein Verhalten, das nach schweizerischem Recht lediglich als Hinterziehung von direkten Steuern gilt wie:

- das blosses Verschweigen von Einkünften in der Steuererklärung, ohne dass weitere Verschleierungsmaßnahmen vorliegen²⁴⁶
- die Zwischenschaltung einer Domizilgesellschaft zur Verschleierung der Berechtigung an verheimlichten Vermögenswerten und ihren Erträgen.²⁴⁷

Um zu verhindern, dass sich die ersuchenden Behörden unter dem Deckmantel eines ohne konkrete Verdachtsmomente behaupteten Abgabebetruges Beweise verschafft, die zur

²⁴¹ Art. 6 Abs. 2 lit. d des Revisionsprotokolls vom 27. Oktober 2010 zum DBA Deutschland-Schweiz.

²⁴² ROBERT WALDBURGER, Sind Gruppenanfragen an die Schweiz rechtlich zulässig? IFF Forum für Steuerrecht 2013, 110 ff S. 121.

²⁴³ Einkommens- und Vermögenssteuern natürlicher Personen, Gewinn- und Kapitalsteuern juristischer Personen

²⁴⁴ Art. 3 Abs. 3 IRSG.

²⁴⁵ DANIEL HOLENSTEIN, in Flore/Tsambikakis (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar Köln, 2013, Internationale Amts- und Rechtshilfe, Rz. 507.

²⁴⁶ URS BEHNISCH, Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer, Bern 1991, 193.

²⁴⁷ Bundesstrafgericht, Entscheid vom 28.10.2008, RR.2008.165.

Ahndung nicht rechtshilfefähiger Steuerdelikte dienen sollen, muss die ersuchende Behörde hinreichende Verdachtsmomente für das Vorliegen eines Abgabebetruges liefern.²⁴⁸

Die Zugangsschranken zur Strafrechtshilfe gestützt auf Art. 3 Abs. 3 IRSG sind somit vergleichsweise hoch.

b) Indirekte Steuern

Durch die zu den Bilateralen Abkommen II gehörenden Betrugsbekämpfungsabkommen²⁴⁹ und Schengener Assoziierungsabkommen²⁵⁰ sind die Anforderungen an die Rechtshilfe im Bereich der indirekten Fiskalität²⁵¹ herabgesetzt worden, sehen diese Abkommen doch die Rechtshilfe bei Hinterziehung vor.

Damit die Schweiz zur Gewährung von Strafrechtshilfe für Steuerdelikte verpflichtet ist, muss der ersuchende Staat in jedem Fall Verdachtsmomente für das Vorliegen eines Steuerdeliktes schildern. Dies ist bei der Steueramtshilfe nicht erforderlich.²⁵² Die Amtshilfe gemäss OECD-Standard beinhaltet den Informationsaustausch zum Zwecke der Erhebung von Steuern. Dies hat auch die Amtshilfe bei Steuerhinterziehung zur Folge.²⁵³ Die Zugangsschranken zu den auf dem Wege der Steueramtshilfe erhältlichen Informationen sind folglich deutlich tiefer als bei der Rechtshilfe.

2. Verwendung der aus der Steueramtshilfe stammenden Erkenntnisse in Steuerstrafverfahren

Ein wirksames Mittel für die Verfolgung von Steuerdelikten sind die vom ersuchenden Staat erlangten Informationen und Beweismittel allerdings nur dann, wenn er diese auch den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden zur Verfügung stellen darf.

Dies ist grundsätzlich möglich. In Übereinstimmung mit Art. 26 Abs. 2 OECD-MA sieht Art. 27 Abs. 2 DBA Deutschland-Schweiz vor, dass die Informationen, die ein Vertragsstaat gemäss Abs. 1 erhalten hat unter anderem den Personen oder Behörden zugänglich gemacht werden dürfen, die mit der Strafverfolgung hinsichtlich der in Abs. 1 genannten Steuern befasst sind.

Da der ersuchende Staat auf dem Amtshilfeweg Informationen und Beweismittel erlangen kann, und diese für die Verfolgung von Steuerdelikten einsetzen kann, ohne dass die Voraussetzungen der Rechtshilfe erfüllt sein müssen, ist fraglich, ob der ersuchende Staat den Amtshilfeweg mit dem einzigen Zweck beschreiten darf, sich Beweise für ein Steuerstrafverfahren zu beschaffen oder ob dies eine unzulässige Umgehung der Rechtshilfe ist.

Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts kann der ersuchende Staat wählen, ob er gestützt auf die einschlägigen Rechtsquellen ein Rechtshilfe- oder ein Amtshilfeersuchen stellen will. Daher stellt die Beschaffung von Informationen und Beweismittel auf dem Wege der Amtshilfe, die zur Verwendung in einem Steuerstrafverfahren bestimmt sind, keine Umgehung der Rechtshilfe dar.²⁵⁴

Daher ist die Steueramtshilfe gestützt auf Art. 27 DBA Deutschland-Schweiz ein wirksames Mittel zur Verfolgung von Steuerdelikten. Sie ist allerdings zeitlich auf Informationen für Sachverhalte ab 2011 begrenzt.

III. Erste Urteile des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts zur Steueramtshilfe nach Art. 26 OECD-MA

Das für Beschwerden gegen Schlussverfügungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zuständige Bundesverwaltungsgericht hat bis dato (12. Dezember 2014) sechs Ent-

²⁴⁸ BGE 116 Ib 96 E. 4.c S. 103.

²⁴⁹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedschaften andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen.

²⁵⁰ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes.

²⁵¹ Zoll, Umsatzsteuer, Verbrauchssteuern, besondere Verbrauchssteuern.

²⁵² Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 3.2 und 6.4.1.

²⁵³ HOLENSTEIN, [Fn. 5], Rz. 530.

²⁵⁴ BGE 137 II 128 E. 2.3 S. 133.

scheide zur Amtshilfe gestützt auf eine Art. 26 OECD-MA entsprechende Amtshilfeklausel gefällt, nämlich:

- A-4232/2013 vom 17. Dezember 2013 (DBA Indien)
- A-6547/2013 und A-6600/2013 vom 11. Februar 2014 (DBA Spanien)
- A-38/2014 vom 1. April 2014 (DBA Norwegen)
- A-3098/2014 vom 18. September 2014 (DBA Österreich)
- A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 (DBA Niederlande)

Das Bundesverwaltungsgericht hat in den folgenden Fällen die von der ESTV gewährte Amtshilfe bewilligt:

1. Transfer von Einkünften über eine Schweizer AG²⁵⁵

Der seit seiner Rückkehr aus der Schweiz in Norwegen unbeschränkt Steuerpflichtige soll zu 100% an einer Domizilgesellschaft mit Sitz im Kanton Zug beteiligt sein. Diese soll das dem Steuerpflichtigen aus seiner Tätigkeit für eine norwegische Gesellschaft zustehende Gehalt vereinnahmt und anschliessend über seine Ehefrau oder über Bargeldbezüge nach Norwegen zurücktransferiert haben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die von der ESTV bewilligte Herausgabe der Bankunterlagen der Zuger Domizilgesellschaft geschützt, obwohl nicht diese, sondern ihr in Norwegen ansässiger Verwaltungsratspräsident von der Untersuchung in Norwegen sowie vom Amtshilfeersuchen direkt betroffen war.

Da dies dem Bundesverwaltungsgericht bekannt war, hat es erwogen, dass nicht entscheidend sei, bei wem die für eine Untersuchung gegen eine Person voraussichtlich erheblichen Informationen liegen. Besteht der Verdacht, dass eine Person, gegen die eine Untersuchung im ersuchenden Staat läuft, ein Konto einer anderen Person für eigene Transaktionen genutzt habe, seien auch die Informationen über das Konto dieser Drittperson an den ersuchenden Staat herauszugeben.²⁵⁶

Dem ist nur unter Vorbehalt zuzustimmen. Der ersuchte Staat ist nämlich nur dann zur Herausgabe von Informationen verpflichtet, wenn er sich diese nach seinen Gesetzen oder in seinem üblichen Verwaltungsvorgang beschaffen könnte.²⁵⁷ Befinden sich die für die Untersuchung im ersuchenden Staat voraussichtlich erheblichen Informationen bei einer Drittperson, und nicht bei der in die Untersuchung einbezogenen Person, sind diese Informationen nach schweizerischem Steuerrecht in der Regel nicht erhältlich und somit auch im Amtshilfeverfahren nicht an den ersuchenden Staat herauszugeben.

Nur wenn das im Amtshilfeverfahren geschilderte Verhalten nach schweizerischem Recht als schwere Steuerwiderhandlung im Sinne von Art. 190 DBG²⁵⁸ zu beurteilen wäre, könnte sich die ESTV diese Informationen auch bei Dritten beschaffen, da sie in einer besonderen Steueruntersuchung über die Zwangsmittel der Art. 45-50 VStrR²⁵⁹ verfügt.

2. Finanzierung von Lebenshaltungskosten durch Offshore-Gesellschaften²⁶⁰

Eine Mehrzahl von Gesellschaften in Steueroasen (Seychellen, Panama und Luxemburg) kam für die persönlichen Spesen des angeblich in der Schweiz lebenden Steuerpflichtigen und seiner Ehefrau sowie der drei minderjährigen Kinder auf. Obwohl die Familie in Spanien lebte, behauptete der Steuerpflichtige in Spanien nicht steuerpflichtig zu sein. Weil die ersuchende spanische Behörde hinreichende Verdachtsmomente dartun konnte, wonach (auch) der Steuerpflichtige, und nicht nur seine Ehefrau sowie die Kinder, in Spanien ansässig sind, hat die ESTV die Herausgabe der Bankunterlagen über die Offshore-Gesellschaften bewilligt, über welche der Steuerpflichtige seinen Lebensunterhalt bestritten hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies gebilligt, ohne allerdings geprüft zu haben, ob die Informationen in einem inländischen Verfahren erhältlich gewesen wären.

²⁵⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-38/2014 vom 1. April 2014.

²⁵⁶ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-38/2014 vom 1. April 2014 E. 4.3.1.

²⁵⁷ Art. 26 Abs. 3 lit. b OECD-MA.

²⁵⁸ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer.

²⁵⁹ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über das Verwaltungsstrafrecht.

²⁶⁰ Bundesverwaltungsgericht, Urteile 6547/2013 und 6600/2013 vom 11. Februar 2014.

3. Abgelehnte Amtshilfe

In seinen beiden jüngsten Entscheiden hat das Bundesverwaltungsgericht die Schlussverfügungen der ESTV kritischer betrachtet und die von den von der Amtshilfe betroffenen Beschwerdeführern eingelegten Rechtsmittel zumindest teilweise gutgeheißen.

Den Anfang machte der Entscheid vom 18. September 2014²⁶¹, dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

Das Central Liaison Office for International Cooperation der Österreichischen Steuerfahndung (CLO) schilderte in seinem Amtshilfeersuchen betreffend der österreichischen Staatsangehörigen B., dass diese einen Dienstvertrag mit der X. AG mit Sitz in der Schweiz abgeschlossen habe. B. habe in Österreich keine Steuererklärung eingereicht. Weil das CLO den Verdacht hatte, B. habe die aus dem Dienstvertrag mit der A. AG stammenden Einkünfte nicht versteuert, wollte es unter anderem wissen, ob B. Wohnsitz in der Schweiz habe und ob sie ihre für die Tätigkeit für die A. AG erhaltenen Einkünfte in der Schweiz versteuert habe. Ausserdem stellte das CLO Fragen zur A. AG, unter anderem ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die A. AG in der Schweiz Steuern entrichtet habe.

Die ESTV hat in ihrer Schlussverfügung vom 6. Mai 2014 die Übermittlung von Informationen über die A. AG angeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber die von der A. AG dagegen erhobene Beschwerde gutgeheissen, da die spontane Amtshilfe nach geltendem Recht ausgeschlossen ist. Die Übermittlung von Informationen zu Personen, welche nicht vom Ersuchen betroffen sind, sei nicht zulässig. Da das Ersuchen der CLO lediglich B. als betroffene Person nenne und aus dem Ersuchen auch keine Anhaltspunkte hervorgingen, wonach die A. AG abkommensrelevante, steuerliche Anknüpfungspunkte in Österreich habe, sei die Amtshilfe aufgrund des Verbots der spontanen Amtshilfe zu verweigern.

Einen vergleichbaren Ausgang hatte ein Ersuchen der zuständigen niederländischen Behörde, das eine natürliche sowie eine juristische Person mit Wohnsitz bzw. Sitz in den Niederlanden sowie zwei Aktiengesellschaften in der Schweiz betraf. Hintergrund des Ersuchens war folgender Sachverhalt: Anlässlich einer Steuerprüfung bezüglich des in den Niederlanden ansässigen C. und der ebenfalls in den Niederlanden domizilierten D. BV hätte die niederländische Steuerbehörde Bankunterlagen eingesehen, welche den Eindruck erweckt hätten, C. und/oder die D. BV würden Bankdienstleistungen in der Schweiz nutzen.

Aufgrund dieser Bankunterlagen sei zudem anzunehmen, dass C. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit an der A. AG beteiligt sei. Hinzu komme, dass C. bzw. die D. BV Warenlieferungen und Dienstleistungen an die B. AG gemacht habe. Ausserdem sei zu vermuten, dass die A. AG zu einem nicht marktkonformen tiefen Preis Immobilien an die Kinder von C. verkauft habe.

Daher wollte die ersuchende Behörde wissen, wer die Aktionäre der A. AG bzw. der B. AG sind, ob C. oder die D. BV unmittelbar oder mittelbar Eigentümer der A. AG bzw. der B. AG sind, ob die C. oder die D. BV in irgendeiner Weise in Beziehung zur A. AG bzw. zur B. AG standen, ob Barzahlungen durch C. und/oder die D. BV in der Buchführung der B. AG enthalten seien und welche Leistungen die B. AG dafür erbracht habe.

Zusätzlich ersuchte die Behörde um die Information, ob C., die D. BV, die A. AG und die B. AG über Bankkonten bei zwei namentlich bezeichneten Banken in der Schweiz verfügten.

Nachdem die ESTV von den Banken die von diesen verlangten Unterlagen erhalten hatte, bewilligte sie mit Schlussverfügung vom 21. Februar 2014 die Amtshilfe betreffend der A. AG (Dispositiv Ziff. 1), der B. AG (Dispositiv Ziff. 2), betreffend C. (Dispositiv Ziff. 3) und betreffend der D. BV (Dispositiv Ziff. 4).

Soweit die Amtshilfe die A. AG und die B. AG betraf (Dispositiv Ziff. 1 und 2), hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gutgeheißen, weil im Amtshilfeersuchen keine Anhaltspunkte enthalten seien, wonach die mittlerweile aufgelöste A. AG und die B. AG steuerliche Anknüpfungspunkte in den Niederlanden aufweisen würden, würde die Gewährung von Amtshilfe in Bezug auf die A. AG und die B. AG unzulässiger spontaner Amtshilfe ent-

²⁶¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-3098/2014 vom 18. September 2014.

sprechen.²⁶² Auch seien die Fragen betreffend der Bankkonten der A. AG und der B. AG für die Einkommens- und Körperschaftssteuer des C. und der D. BV nicht voraussichtlich erheblich, weshalb die entsprechenden Antworten nicht weiterzuleiten seien.²⁶³

So war die Information, wonach die Ehefrau von C. und dessen Töchter an seinen Konten bevollmächtigt sind, aus den an die ersuchende Behörde zu übermittelnden Informationen zu eliminieren. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts besteht kein genügender Zusammenhang zwischen der Bevollmächtigung der Ehefrau und der Töchter und dem Steuerzweck des Amtshilfeersuchens. Da die Personen nur zufällig in den herauszugebenden Unterlagen auftauchen, sind diese Informationen nicht an die ersuchende Behörde herauszugeben.²⁶⁴

Ebenfalls nicht an die ersuchende Behörde zu übermitteln, waren die Angaben über die wirtschaftliche Berechtigung von C. an den Bankkonten der A. AG und der B. AG, da diese nach schweizerischen Gesetzen nicht hätten beschafft werden können. Daher ist die Schweiz nicht verpflichtet, diese Informationen auf deren Amtshilfeweg an die ersuchende Behörde herauszugeben.²⁶⁵

IV. Sind Gruppenanfragen gestützt auf das geltende DBA Deutschland-Schweiz zulässig?

Der Vollzug von ausländischen Behörden an die Schweiz gestützt auf ein DBA gerichteten Amtshilfeersuchen ist durch das Steueramtshilfegesetz (StAhiG)²⁶⁶ geregelt. Dieses sah in seiner ursprünglichen Fassung Gruppenanfragen nicht vor, hat sie jedoch nicht ausgeschlossen.²⁶⁷ Erst die am 21. März 2014 revidierte Fassung des StAhiG erwähnt nun Gruppenersuchen ausdrücklich. Seither enthält das StAhiG eine Legaldefinition von Gruppenersuchen²⁶⁸, die Delegation der Kompetenz zur Umschreibung des erforderlichen Inhalts von Gruppenersuchen an den Bundesrat²⁶⁹ sowie die Umschreibung des Verfahrens zur Information der von Gruppenersuchen betroffenen Personen.²⁷⁰

Gemäss der Legaldefinition sind Gruppenersuchen „Amtshilfeersuchen, mit welchen Informationen über mehrere Personen verlangt werden, die nach einem identischen Verhaltensmuster vorgegangen sind und anhand präziser Angaben identifizierbar sind“.²⁷¹

Das StAhiG bezweckt den Vollzug der Steueramtshilfe gestützt auf DBA und andere internationale Abkommen, ist also ein Ausführungsgesetz. Er regelt den Vollzug der in den völkerrechtlichen Verträgen geregelten Amtshilfebestimmungen. Ausserdem hält es ausdrücklich fest, dass die abweichenden Bestimmungen des im Einzelfall anwendbaren Abkommens vorbehalten bleiben, also vorgehen.²⁷²

Daraus folgt, dass zumindest gemäß der ursprünglichen Fassung des StAhiG Gruppenersuchen nur dann zulässig waren, wenn das entsprechende Abkommen diese vorsah.

Um eine Rechtsgrundlage für die freiwillige, über die völkerrechtliche Verpflichtung hinausgehende Amtshilfe zu bilden, müsste das StAhiG klar zum Ausdruck bringen, dass es hinsichtlich der Zulässigkeit von Gruppenersuchen den Amtshilfebestimmungen in den einzelnen Abkommen bzw. den zugehörigen Protokollbestimmungen vorgeht.²⁷³ Diesen Anforderungen genügt weder die revidierte Fassung vom 21. März 2014 geschweige denn die ursprüngliche Fassung des StAhiG. Zwar enthält die revidierte Fassung eine Legaldefinition von Gruppenersuchen sowie Verfahrensbestimmungen für Gruppenersuchen, nicht jedoch eine Bestimmung, welche den Vorrang des StAhiG vor dem entsprechenden völkerrechtlichen Vertrag vorsieht.

²⁶² Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 4.2.

²⁶³ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 6.3.3.

²⁶⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 6.3.2.

²⁶⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-1606/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 7.2.1 und 7.2.2.

²⁶⁶ Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen vom 28. September 2012.

²⁶⁷ Für Einzelheiten: DANIEL HOLENSTEIN, Tausend auf einen Streich: Ist die Schweiz zur Beantwortung von Gruppenanfragen verpflichtet?, PStR 2014, 232 ff.

²⁶⁸ Art. 3 lit. e StAhiG.

²⁶⁹ Art. 6 Abs. 2^{bis} StAhiG. Dieser hat von dieser Kompetenz in der Verordnung über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfeverordnung, StAhiV) Gebrauch gemacht.

²⁷⁰ Art. 14a StAhiG.

²⁷¹ Art. 3 lit. c StAhiG.

²⁷² Art. 1 Abs. 2 StAhiG.

²⁷³ WALDBURGER, [Fn. 2], 129.

Hinzu kommt, dass das Parlament den von einer Minderheit der Kommission des Nationalrates eingebrachten Vorschlag verworfen hat, Amtshilfe auch an Staaten zu leisten, mit denen keine völkerrechtlichen Vereinbarungen über den Austausch von Steuerinformationen bestehen, sofern diese Staaten der Schweiz Gegenrecht gewähren und rechtsstaatlich organisiert sind. Die Ablehnung dieses Antrags stützte sich auf die Argumente des Sprechers der Kommission, Nationalrat Thomas Maier, der darauf hingewiesen hat, dass sich die Amtshilfe immer auf einen Vertrag stütze, welcher klar aufzeige, unter welcher Bedingung welcher Staat was tue.²⁷⁴

Dadurch sind Gruppensuchen ohne völkerrechtliche Grundlage auch nach der Revision des StAhiG nicht zulässig.²⁷⁵

Somit ist die Schweiz derzeit nur dann zum Vollzug von Gruppensuchen der zuständigen deutschen Behörde²⁷⁶ verpflichtet, wenn die aktuell in Kraft stehende Auskunftsklausel eine Rechtsgrundlage für Gruppensuchen enthält. Wann dies gegeben ist, ist gerichtlich noch nicht beurteilt und in der Literatur umstritten.

Gegen die Zulässigkeit von Gruppensuchen gestützt auf das Revisionsprotokoll vom 27. Oktober 2010 sprechen:

- der als Hilfsmittel zur Auslegung von dem OECD-MA entsprechenden DBA-Bestimmungen dienende Kommentar hat vor seiner Änderung vom 17. Juli 2012 Gruppenanfragen nicht ausdrücklich erwähnt, sondern enthält erst seit dieser Kommentaränderung Ausführungen zu Gruppensuchen²⁷⁷;
- der Abschluss des Revisionsprotokolls erfolgte vor der Änderung des Kommentars zu Art. 26 OECD-MA vom 17. Juli 2012;
- die Verhandlungsdelegation der Schweiz und Deutschlands haben sich darauf verständigt, Gruppensuchen nichts ins Abkommen aufzunehmen²⁷⁸;
- das Schlussprotokoll zum Revisionsprotokoll vom 27. Oktober 2010 sieht vor, dass der ersuchende Staat in seinem Amtshilfeersuchen hinreichende Angaben zur Identifizierung der in eine Überprüfung oder Untersuchung einbezogenen Person liefern muss.

Anders als andere Schlussprotokolle spricht das zwischen der Schweiz und Deutschland abgeschlossene Schlussprotokoll von der in die Untersuchung bzw. Überprüfung einbezogenen Person in der Einzahl. Dies ist insofern von Bedeutung, als gemäss den parlamentarischen Beratungen des StAhiG nur – aber immerhin – diejenigen Abkommen vor einer Anpassung keine Gruppensuchen vorsehen, welche von Anfragen im Einzelfall sprechen.²⁷⁹

Auch wenn nicht gänzlich auszuschliessen ist, dass das zwischen der Schweiz und Deutschland bestehende Abkommen in der geltenden Fassung Gruppensuchen zulässt, überwiegen die Argumente welche gegen die Zulässigkeit von Gruppensuchen vor einer Änderung des Abkommens bzw. des Schlussprotokolls sprechen.

An dieser Schlussfolgerung vermag auch die Verständigungsvereinbarung zwischen den zuständigen Behörden vom 15. Dezember 2011 zur Auslegung von Ziffer 3 Buchstabe b des Schlussprotokolls in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 27. Oktober 2010 nichts zu ändern. Diese Verständigungsvereinbarung präzisiert, dass die Identifikation der von der Amtshilfe betroffenen Person auch auf andere Weise als durch die Angabe des Namens und der Adresse erfolgen kann.

Neben dem Umstand, dass die Verständigungsvereinbarung von der steuerpflichtigen Person in der Einzahl spricht, stehen auch die folgenden Argumente der Zulässigkeit von Gruppensuchen entgegen:

- die Verständigungsvereinbarung datiert vom 15. Dezember 2011, also vor der Änderung des Kommentars zu Art. 26 OECD-MA vom 17. Juli 2012;

²⁷⁴ Amtliches Bulletin 2013, Nationalrat, S. 2185 (Votum Thomas Maier).

²⁷⁵ HOLENSTEIN, [Fn. 27], S. 234.

²⁷⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen.

²⁷⁷ WALDBURGER, [Fn. 2], 116; XAVIER OBERSON, L'admissibilité des demandes dites groupées dans le cadre CDI conclues après le 12 mars 2009, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 82, 2013/14, 433 ff.

²⁷⁸ DANIEL HOLENSTEIN, Identifikation durch Schilderung eines Verhaltensmusters, IWB 2012, 17 ff S. 20.

²⁷⁹ HOLENSTEIN, [Fn. 27], 234.

- sie stellt klar, dass der ersuchende Staat die von der Amtshilfe betroffene Person identifizieren muss. Bei Gruppensuchen erfolgt die Identifikation durch den ersuchten Staat aufgrund der vom ersuchenden Staat gelieferten Angaben²⁸⁰;
- die Verständigungsvereinbarung vom 15. Dezember 2011 steht nicht im Zusammenhang mit Gruppensuchen. Sie soll klarstellen, dass Amtshilfeersuchen nicht an einer formalistischen Auslegung der DBA-Bestimmungen scheitern sollen und daher auch andere Identifikationsmittel zugelassen werden.²⁸¹

V. Rechtsschutz

Es ist nicht auszuschliessen, dass die mit dem Vollzug ausländischer Amtshilfeersuchen betraute Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) eine andere Rechtsauffassung vertritt und von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Gruppensuchen des deutschen BMF ausgeht.

Das den Vollzug der Amtshilfe gestützt auf DBA regelnde StAhiG wurde am 21. März 2014 revidiert. Seither enthält es auch Verfahrensbestimmungen zu Gruppensuchen. Als Gruppensuchen gelten nach der Legaldefinition Amtshilfeersuchen, mit welchen Informationen über mehrere Personen verlangt werden, die nach einem identischen Verhaltensmuster vorgegangen sind und anhand präziser Angaben identifizierbar sind.²⁸²

1. Anforderungen an ein Gruppensuchen

Nach Eingang eines ausländischen Amtshilfeersuchens prüft die ESTV, ob dieses die im anwendbaren Abkommen vorgesehenen Angaben enthält. Verneint sie dies, gibt sie dem ersuchenden Staat die Gelegenheit, das Ersuchen zu ergänzen.²⁸³

Sie tritt auf das Ersuchen nicht ein, wenn es zum Zweck der Beweisaufklärung gestellt worden ist, Informationen verlangt werden, die von den Amtshilfebestimmungen des anwendbaren Abkommens nicht erfasst sind oder es den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, insbesondere wenn es auf Informationen beruht, die durch nach schweizerischem Recht strafbare Handlungen erlangt worden sind.²⁸⁴

Der erforderliche Inhalt von Gruppensuchen ist in Art. 2 StAhiV geregelt. Ein Gruppensuchen muss folgende Angaben enthalten:

- eine detaillierte Umschreibung der Gruppe und der dem Ersuchen zugrunde liegenden Tatsachen und Umstände;
- eine Beschreibung der verlangten Informationen sowie Angaben zur Form, in der der ersuchende Staat diese Informationen zu erhalten wünscht;
- den Steuerzweck, für den die Informationen verlangt werden;
- die Gründe zur Annahme, dass die verlangten Informationen sich im ersuchten Staat oder im Besitz oder unter der Kontrolle einer Informationsinhaberin oder eines Informationsinhabers befinden, die oder der im ersuchten Staat ansässig ist;
- soweit bekannt, den Namen und die Adresse der mutmaßlichen Informationsinhaberin oder des mutmaßlichen Informationsinhabers;
- eine Erläuterung des anwendbaren Rechts;
- eine klare und auf Tatsachen gestützte Begründung der Annahme, dass die Steuerpflichtigen der Gruppe, über welche die Informationen verlangt werden, das anwendbare Recht nicht eingehalten haben;
- eine Darlegung, dass die verlangten Informationen helfen würden, die Rechtskonformität der Steuerpflichtigen der Gruppe zu bestimmen;

²⁸⁰ Vgl. WALDBURGER [Fn. 2], 121.

²⁸¹ Botschaft des Bundesrates zur Ergänzung der am 18. Juni 2010 von der Schweizerischen Bundesversammlung genehmigten Doppelbesteuerungsabkommen, Bundesblatt (BBl) 2011, 3749 ff. S. 3757.

²⁸² Art. 3 lit. c StAhiG.

²⁸³ Art. 6 Abs. 3 StAhiG.

²⁸⁴ Art. 7 StAhiG.

- sofern die Informationsinhaberin oder der Informationsinhaber oder eine andere Drittpartei aktiv zum nicht rechtskonformen Verhalten der Steuerpflichtigen der Gruppe beigetragen hat, eine Darlegung dieses Beitrages;
- die Erklärung, dass das Ersuchen den gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben sowie der Verwaltungspraxis des ersuchenden Staates entspricht, sodass die ersuchende Behörde diese Informationen, wenn sie sich in ihrer Zuständigkeit befinden würden, in Anwendung ihres Rechts oder im ordentlichen Rahmen ihrer Verwaltungspraxis erhalten könnte;
- die Erklärung, dass der ersuchende Staat die nach seinem innerstaatlichen Steuerverfahren üblichen Auskunftsquellen ausgeschöpft hat.

2. Verfahren bei Gruppenersuchen

Sind die Voraussetzungen erfüllt und bestehen keine Hindernisse für das Eintreten, verlangt die ESTV von der Informationsinhaberin die Identifikation der von Gruppenersuchen betroffenen Person²⁸⁵ sowie die Herausgabe der Informationen, die voraussichtlich für die Beantwortung des Ersuchens erforderlich sind.²⁸⁶

Soweit die vom Gruppenersuchen betroffenen Personen Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben, werden sie von der ESTV über das Ersuchen informiert. Die ESTV ersucht zudem die Informationsinhaberin darum, die betroffenen Personen mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland über das Ersuchen zu informieren und sie gleichzeitig aufzufordern, eine zur Zustellung bevollmächtigte Person in der Schweiz zu bestellen.²⁸⁷ Zudem informiert die ESTV die vom Gruppenersuchen betroffenen Personen ohne Namensnennung durch Publikation im Bundesblatt unter anderem über den Eingang und den Inhalt des Ersuchens sowie über ihre Pflicht, ihre Schweizer Adresse oder eine zur Zustellung bevollmächtigte Person in der Schweiz anzugeben.²⁸⁸ In der Folge können sich die vom Gruppenersuchen betroffenen Personen am Verfahren beteiligen und Einsicht in die Akten nehmen.²⁸⁹ Stimmen sie der Herausgabe der sie betreffenden Informationen nicht zu, erlässt die ESTV eine Schlussverfügung.²⁹⁰

Hat die betroffene Person ihren Wohnsitz im Ausland, stellt die ESTV die Schlussverfügung der von der betroffenen Person bezeichneten Zustellungsbevollmächtigten zu. Hat die betroffene Person keinen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet, eröffnet die ESTV die Verfügung durch Veröffentlichung im Bundesblatt.²⁹¹

Gegen die durch Zustellung an den zur Zustellung Bevollmächtigten oder durch Publikation im Bundesblatt eröffnete Schlussverfügung ist innert 30 Tagen seit Eröffnung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

Im Fall der Publikation im Bundesblatt beginnt die Frist am Tag nach der Publikation zu laufen. Verstreicht die Beschwerdefrist unbenutzt, erwächst die Schlussverfügung in Rechtskraft. Die ESTV wird daraufhin die Informationen an den ersuchenden Staat herausgeben.

Bejaht die ESTV die Zulässigkeit von Gruppenersuchen, kommt es auf das Verhalten der betroffenen Personen an. Fechten sie die sie betreffende Schlussverfügung nicht an, weil sie diese akzeptieren oder weil sie von dieser nicht rechtzeitig vor Ablauf der Beschwerdefrist von 30 Tagen Kenntnis erlangt haben, erwächst diese in Rechtskraft. Die ESTV ist daraufhin berechtigt, die in der rechtskräftigen Schlussverfügung genannten Informationen an den ersuchenden Staat herauszugeben.

Dieser kann die ihm überlassenen Unterlagen verwenden und ist auch dann nicht zu deren Rückgabe verpflichtet, wenn zu einem späteren Zeitpunkt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangen würde, Gruppenersuchen seien aufgrund der aktuellen Rechtslage gar nicht zulässig.

²⁸⁵ Art. 14a Abs. 1 StAhiG.

²⁸⁶ Art. 10 Abs. 1 StAhiG.

²⁸⁷ Art. 14a Abs. 3 StAhiG.

²⁸⁸ Art. 14a Abs. 4 StAhiG.

²⁸⁹ Art. 15 Abs. 1 StAhiG.

²⁹⁰ Art. 17 Abs. 1 StAhiG.

²⁹¹ Art. 17 Abs. 3 StAhiG.

VI. Zusammenfassung

Der ersuchende Staat darf die ihm gestützt auf Art. 27 DBA Deutschland-Schweiz herausgegebenen Informationen und Beweismittel an die Personen und Behörden weitergeben, die mit der Verfolgung von Steuerdelikten betraut sind. Die Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen sind weniger hoch als an ein Rechtshilfeersuchen. Insbesondere leistet die Schweiz gestützt auf die dem OECD-Standard entsprechende Amtshilfeklausel von Art. 27 DBA Deutschland-Schweiz in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 27. Oktober 2010 auch Amtshilfe, wenn das dem Ersuchen zu Grunde liegende Verhalten nach schweizerischem Recht nicht als Abgabebetrug, sondern lediglich als Steuerhinterziehung zu würdigen wäre. Aus diesen Gründen ist die Steueramtshilfe ein wirksames Mittel zur grenzüberschreitenden Verfolgung von Steuerdelikten. Allerdings ist die Steueramtshilfe zeitlich auf die Jahre ab 2011 begrenzt.

Dieses Mittel wäre noch wirksamer, wenn gestützt auf die aktuelle Fassung von Art. 27 DBA Deutschland-Schweiz Gruppenersuchen zulässig wären. Dann könnten sich nämlich die deutschen Strafverfolgungsbehörden Informationen über eine Vielzahl von in Deutschland Steuerpflichtigen beschaffen, ohne dass ihnen diese Personen zuvor namentlich bekannt waren. Derzeit ist noch ungeklärt, ob das Abkommen bzw. das Schlussprotokoll zum DBA geändert werden muss, bevor Gruppenersuchen zulässig sind.

Da jedoch nicht auszuschliessen ist, dass die ESTV von der Zulässigkeit von Gruppenersuchen ausgeht, müssen diejenigen Personen, welche befürchten, von einem Gruppenersuchen betroffen zu sein, Vorkehrungen treffen, damit sie von einem allenfalls sie betreffenden Verfahren Kenntnis erhalten. Andernfalls kann es passieren, dass die ESTV die Schlussverfügung im Bundesblatt publiziert und diese im Falle der nicht rechtzeitigen Anfechtung in Rechtskraft erwächst.

Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwalt Thomas Murmann, Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der vorliegende Länderbericht befasst sich hinsichtlich der gesetzgeberischen Neuerungen insbesondere mit dem schweizerischen Steuerstrafrecht. Hier steht eine grundsätzliche Neukonzeption des materiellen, vor allem aber des prozessualen Steuerstrafrechts an, welche – nach Ausarbeitung der Botschaft bis Ende 2015 – im Jahre 2016, spätestens wohl aber 2017, in Kraft treten wird. Darüber hinaus hat die Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) zur Folge, dass mit dem Steuerbetrug ein Vergehen zur Geldwäschereivortat wird – ein schweizerisches Novum, konnten bis anhin doch lediglich aus Verbrechen stammende Vermögenswerte in strafrechtlich relevanter Weise „gewaschen“ werden.

In der Rechtsprechungsübersicht findet sich ein bunter Strauss wirtschaftsstrafrechtlich relevanter Tatbestände wieder. Zunächst ein zumindest für die Schweiz bemerkenswerter Entscheid des Bundesstrafgerichts zum Korruptionsstrafrecht, genauer zur Bestechung ausländischer Amtsträger (SK.2014.24). Dann – wie in nahezu jedem Länderbericht – ein Urteil zum Betrug, in welchem das Bundesgericht seine Arglistrechtsprechung weiter konkretisiert (6B_1198/2013). Im zuletzt aufgeführten Entscheid befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Drohung, ein grundsätzlich zulässiges Rechtsmittel einzulegen, als strafbare Erpressung anzusehen ist (6B_1049/2013).

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzgebungsvorhaben

1. Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (Steuerstrafrecht/Geldwäscherei)

Die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen war bereits Gegenstand der letzten beiden Länderberichte.²⁹² Am 13. Dezember 2013 verabschiedete der Bundesrat einen Gesetzesentwurf, der seit dem letzten Länderbericht im Schweizer Parlament auf teils heftigen Widerstand stiess. Erst nach Einsetzung einer Einigungskonferenz wurde das neue Bundesgesetz am 12. Dezember 2014 von beiden Räten angenommen. Dabei wurden insbesondere die Revision des Geldwäschereitbestands sowie die Regelung der Zulässigkeit von Bargeldzahlungen über CHF 100'000.-- intensiv diskutiert.

Der Geldwäschereitbestand (Art. 305^{bis} StGB) wird nun dahingehend revidiert, dass nicht mehr nur (alle) Verbrechen, sondern auch das Vergehen des Steuerbetrugs eine taugliche Vortat zur Geldwäscherei darstellt, wenn die hinterzogene Steuer einen bestimmten Schwellenwert überschreitet (sog. "qualifiziertes Steuervergehen"). Nachdem der Ständerat diesen Vorschlag grundsätzlich gutgeheissen hatte,²⁹³ schloss sich im Sommer 2014 auch der Nationalrat der Erweiterung des Vortatbegriffs an. Umstritten war aber der massgebende Schwellenwert: Im bundesrätlichen Gesetzesentwurf waren ursprünglich CHF 200'000.-- pro Steuerperiode vorgesehen, während der Ständerat diesen Wert auf CHF 300'000.-- anheben wollte.²⁹⁴ Der Nationalrat plädierte anfangs wiederum für CHF 200'000.--, schloss sich aber schlussendlich dem Ständerat an. Somit wird künftig auch Steuerbetrug eine Vortat zur Geldwäscherei darstellen, wenn die hinterzogene Steuer mehr als CHF 300'000.-- pro Steuerperiode beträgt.²⁹⁵

Des Weiteren sah der ursprüngliche Gesetzesentwurf ein Verbot von Bargeldzahlungen über CHF 100'000.-- vor. Bei Transaktionen mit höheren Beträgen (z.B. Grundstückkäufen) sollte der CHF 100'000.-- übersteigende Teil zwingend über einen Finanzintermediär abgewickelt werden.²⁹⁶ Der Ständerat befürwortete diesen Entwurf, der Nationalrat lehnte ihn ab. Ab der Herbstsession 2014 zeichnete sich die Möglichkeit einer Kompromisslösung ab, doch die Einigung erfolgte schlussendlich erst im letzten Moment. In Zukunft werden mit Bargeldzahlungen über CHF 100'000.-- gewisse Sorgfaltspflichten verbunden sein. Diese Sorgfaltspflichten gelten für natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei mehr als CHF 100'000.-- in bar entgegennehmen. Diese Händler müssen die Vertragspartei und die wirtschaftlich berechnete Person identifizieren und dies dokumentieren. Erscheint das Geschäft ungewöhnlich oder liegen Anhaltspunkte vor, dass das Geld aus einem Verbrechen oder einem Steuerbetrug stammt, muss der Händler die Hintergründe abklären. Erhöht sich der Verdacht, muss er unverzüglich die Geldwäscherei-Meldestelle benachrichtigen.²⁹⁷

2. Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts (Revision des Steuerstrafrechts)

Im Mai 2014 wurde dem schweizerischen Bundesrat der Ergebnisbericht der Vernehmlassung zur Revision des Steuerstrafrechts vorgelegt.²⁹⁸ Der Bundesrat beauftragte daraufhin

²⁹² Vgl. <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/277-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> und <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/241-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

²⁹³ Vgl. dazu bereits <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/277-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

²⁹⁴ Vgl. dazu bereits <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/277-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>.

²⁹⁵ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20130106 (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

²⁹⁶ Vgl. <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/705.pdf> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

²⁹⁷ Vgl. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20130106 (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

²⁹⁸ Abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35516.pdf> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014). Vgl. auch den Erläuternden Bericht zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom 29. Mai 2013, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2288/Steuerstrafrecht_Erl-Bericht2_de.pdf (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

das Eidgenössische Finanzdepartement, bis Ende 2015 eine Botschaft auszuarbeiten.²⁹⁹ Diese wird sowohl materielle als auch prozessuale Neuerungen mit sich bringen.

In materieller Hinsicht werden die Straftatbestände der direkten Steuern an die Straftatbestände der indirekten Steuern angepasst werden. Die Steuerhinterziehung (Art. 175, 176 DBG), also die einfache Täuschung der Steuerbehörde über den Umfang der Steuerschuld, gilt künftig auch bei den direkten Steuern als Grundtatbestand. Es wird also weiter an der Unterscheidung von Steuerhinterziehung und Steuerbetrug festgehalten. Die vorsätzliche Steuerhinterziehung stellt eine Übertretung dar, welche – anders als in Deutschland – mit Busse sanktioniert wird. Der Steuerbetrug (Art. 186 DBG und Art. 14 VStrR) setzt dagegen arglistiges Verhalten voraus (z.B. die Verwendung falscher Urkunden) und ist als Vergehen ausgestaltet. Mit der Revision wird aus dem eigenständigen Steuerbetrugstatbestand eine Qualifikation der Steuerhinterziehung. Damit soll verhindert werden, dass ein Verhalten sowohl den Tatbestand der Steuerhinterziehung als auch den des Steuerbetrugs erfüllt.

Deutlich weitreichendere Konsequenzen könnte die Revision in prozessualer Hinsicht haben. Als Verfahrensrecht soll künftig nämlich nun für alle Steuerstrafverfahren das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) Anwendung finden. Bis anhin war dies nur für die Steuerstrafuntersuchungen betreffend die indirekten Steuern der Fall. Auch wenn der Bundesrat diesbezüglich explizit den Auftrag erteilt hat, die Vor- und Nachteile des VStrR gegenüber dem Verfahrensrecht der Strafprozessordnung zu prüfen und für eine Anwendung der Letzteren plädiert, wenn wesentliche Gründe hierfür sprechen, wird doch gleichwohl eine Anwendung des Verwaltungsstrafverfahrensrechts präferiert. Hiermit wird indes bereits die Grundkonzeption des Verwaltungsstrafrechts auf den Kopf gestellt. Denn dieses findet grundsätzlich nur dann Anwendung, wenn die Untersuchung von einer Verwaltungsbehörde des Bundes geführt wird (Art. 1 VStrR).³⁰⁰ Das Steuerstrafverfahren hinsichtlich der direkten Steuern wird jedoch auch in Zukunft bei den kantonalen Steuerbehörden verbleiben, welche nun auch Zwangsmassnahmen anwenden können. Gerade in Bezug auf Letzteres stellt sich zudem die Frage, ob das VStrR – eine vierzigjährige, kaum je überarbeitete und lückenhafte Verfahrensordnung – überhaupt geeignet ist, einen gerechten Ausgleich zwischen Verfolgungs- und Beschuldigteninteressen herzustellen.³⁰¹ Dies muss bezweifelt werden, weswegen sich bei der Ausarbeitung der Botschaft noch zahlreiche Grundsatzfragen stellen werden.

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheidung des Bundesstrafgerichts SK.2014.24 vom 1. Oktober 2014³⁰² (Verurteilung eines Geschäftsführers wegen Bestechung fremder Amtsträger durch Zahlungen an Saadi Gaddafi, einen Sohn des ehemaligen libyschen Diktators Muammar Gaddafi)

a) Sachverhalt

A war wirtschaftlich Berechtigter der Gesellschaften D. Inc. und E. Inc. und kontrollierte diese. Diese wiederum waren als Agentinnen der G. Inc. tätig, die Bauprojekte in Libyen durchführte. Zwischen 2001 und 2011 tätigte die G. Inc. über ihre Agentinnen D. Inc. und E. Inc., jeweils auf Veranlassung von A. und mit dem Ziel, Zuschläge für verschiedene Bauprojekte zu erhalten, Zahlungen von insgesamt ca. EUR 12 Mio. und USD 20 Mio. an Saadi Gaddafi. Die G. Inc. erhielt in der Folge die Zuschläge für mehrere Bauprojekte, darunter den Bau eines Flughafens im Jahr 2008.

2011 eröffnete die Bundesanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen A. wegen Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} StGB) und weiterer Delikte. Eine der zu beurteilenden Fragen lautete, ob Saadi Gaddafi in seiner Eigenschaft als Sohn eines Diktators als fremder Amtsträger qualifiziert werden konnte.

²⁹⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Juli 2014, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=53655> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

³⁰⁰ Vgl. dazu auch *Eicker/Frank/Achermann*, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, 2012, S. 39 ff.

³⁰¹ Zum Problem der Lückenschliessung im Verwaltungsstrafrecht vgl. *Eicker/Achermann/Lehner*, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, *Praxistest einer Auslegung*, *AJP/PJA* 2013, S. 1450 ff.

³⁰² Abrufbar unter: http://bstger.weblaw.ch/pdf/20141001_SK_2014_24.pdf (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

b) Urteil

Das Urteil erging im abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO). Saadi Gaddafi wurde als fremder Amtsträger qualifiziert. Das Schweizer Bundesstrafgericht übernahm die tatsächliche und rechtliche Würdigung der Anklageschrift der Bundesanwaltschaft. Darin wurde ausgeführt, das politische System Libyens, das offiziell verschiedene staatliche Institutionen vorsah, sei nur eine Fassade gewesen. Die Macht der einzelnen Regierungsmitglieder sei unmittelbar von den persönlichen und verwandtschaftlichen Beziehungen zu Muammar Gaddafi abhängig gewesen. Saadi Gaddafi sei sein Sohn gewesen und habe als sog. "homme de la tente" gegolten, womit er über grosse faktische Macht verfügt habe. Darüber hinaus wurde berücksichtigt, dass Saadi Gaddafi das Amt eines ranghohen Offiziers des libyschen Militärapparats bekleidete, Libyen bei mehreren Gelegenheiten national und international repräsentiert hatte sowie Inhaber eines diplomatischen Passes von Libyen gewesen war.

c) Bemerkung

Der Entscheid stellt das erste Schweizer korruptionsstrafrechtliche Urteil im Nachgang zum "Arabischen Frühling" dar und kann Einfluss auf zukünftige Entscheide von schweizerischen – und allenfalls ausländischen – Gerichten haben. Die Bundesanwaltschaft sprach von einem wichtigen Sieg der Justiz gegen die internationale Wirtschaftskriminalität.³⁰³ Die Qualifikation einer Person aus der Entourage eines früheren Diktators als fremder Amtsträger im Sinne des Korruptionsstrafrechts wurde als "Rechtsfortbildung" bezeichnet.³⁰⁴ Tatsächlich wird die Frage, ob ein Mitglied eines diktatorischen Regimes als Amtsträger qualifiziert werden kann, in der schweizerischen Lehre kaum diskutiert. In der Schweiz gilt sowohl der institutionelle, als auch der funktionale Amtsträgerbegriff.³⁰⁵ Darüber hinaus werden Angehörige der Armee in Art. 322^{septies} StGB ausdrücklich erwähnt. Insofern überzeugt die Qualifikation von Saadi Gaddafi als Amtsträger unter Berücksichtigung seiner faktischen Macht innerhalb des Regimes sowie seiner militärischen Funktion.

Diese Qualifikation steht allerdings unter einem Vorbehalt, der sich aus der Natur des abgekürzten Verfahrens ergibt, in welchem der Entscheid gefällt wurde. Das abgekürzte Verfahren wurde 2011 mit der schweizerischen Strafprozessordnung eingeführt und setzt voraus, dass die beschuldigte Person den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht.³⁰⁶ Die Staatsanwaltschaft nimmt in einer erweiterten Anklageschrift eine Subsumtion unter die einschlägigen Tatbestände vor.³⁰⁷ Das Strafgericht hat bei seinem Urteil nur noch eine beschränkte Prüfungskompetenz mit Bezug auf diese rechtliche Subsumtion.³⁰⁸ Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass ein Strafgericht mit voller Kognition in einem zukünftigen Entscheid zu einem anderen Ergebnis gelangt.

2. Entscheid des Bundesgerichts 6B_1198/2013 vom 18. Juli 2014³⁰⁹ (Verurteilung wegen gewerbsmässigen Betrugs und weiteren Delikten im Rahmen eines Anlage-Schneeballsystems)

a) Sachverhalt

X versprach einer Reihe deutscher Investoren eine professionelle und vollkommen sichere Vermögensanlage in der Schweiz mit sehr attraktiven Renditen. X agierte über von ihr beherrschte Schweizer Vermögensverwaltungsfirmer, zog angesehene Schweizer Treuhänder bei, schloss mit ihren Kunden Verträge mit Geheimhaltungsklauseln ab und führte eine professionelle Korrespondenz. In Wirklichkeit investierte X die akquirierten Gelder nie in irgendwelche Anlagen. Vielmehr verwendete sie die entgegengenommenen Beträge u.a. für

³⁰³ NZZ vom 2. Oktober 2014, Nr. 228, S. 13, abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/schweiz/ghadhafi-sohn-waehrend-zehn-jahren-geschmiert-1.18395208> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

³⁰⁴ NZZ vom 28. Oktober 2014, Nr. 250, S. 9, vgl. <http://www.nzz.ch/schweiz/schaerfere-instrumente-gegen-korruppte-regimes-1.18412373> (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

³⁰⁵ Basler Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Auflage 2013 (Hrsg. Wiprächtiger/Niggli) – Pieth, Art. 322^{ter} N 6 und Art. 322^{septies} N 11.

³⁰⁶ Art. 358 Abs. 1 StPO.

³⁰⁷ Art. 360 Abs. 1 i.V.m. Art. 325 Abs. 1 StPO.

³⁰⁸ Nach der Lehre prüft das Strafgericht nur, ob die rechtliche Qualifikation "vertretbar" ist, vgl. Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014 (Hrsg. Niggli/Heer/Wiprächtiger) – Greiner/Jaggi, Art. 362 N 11.

³⁰⁹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140718_6B_1198-2013.html (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

Rückzahlungen und angebliche Renditezahlungen an Kunden, zur Tragung von Geschäftskosten der von ihr genutzten Gesellschaften sowie zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhaltes. Insgesamt veranlasste X 65 Personen bzw. Personengruppen, total rund CHF 28 Mio. anzulegen, was letztlich bei 46 Personen bzw. Personengruppen zu einem Verlust von rund CHF 17 Mio. führte.

Die Vorinstanz verurteilte X wegen gewerbsmässigen Betrugs und weiterer Delikte, wogegen X Beschwerde ans Bundesgericht erhob. X wandte sich u.a. gegen die Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Arglist und machte geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit der Mitverantwortung der einzelnen Täuschungsoffer auseinandergesetzt. Höchst unglaubwürdig und vollkommen realitätsfremd sei insbesondere der Umstand gewesen, dass mit Geldern, die nicht angetastet werden sollten, horrend Renditen von über 100% pro Jahr hätten erzielt werden sollen.

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde von X ab. Es bestätigte seine ständige Rechtsprechung zur Arglist, wonach diese einerseits vorliegt, wenn der Täter ein ganzes sog. "Lügengebäude" errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Andererseits gelten schon einfache falsche Angaben (d.h. unabhängig von einem Lügengebäude und besonderen Machenschaften) als arglistig, wenn (i) deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, (ii) der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder (iii) der Täter nach den Umständen voraussieht, dass das Opfer die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Arglist wird hingegen verneint, wenn das Täuschungsoffer den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Dabei entfällt der strafrechtliche Schutz nicht schon bei jeder Fahrlässigkeit, sondern nur bei Leichtfertigkeit.

Vor diesem Hintergrund erachtete das Bundesgericht die Arglist als gegeben. Mit Bezug auf die von X vorgebrachte Opfermitverantwortung hielt das Bundesgericht für irrelevant, dass sich einzelne Anleger des spekulativen Charakters der Geschäfte durchaus bewusst waren und sich ihr Handeln durch ein erhebliches Mass an Naivität auszeichnete. Das Strafrecht schütze auch unerfahrene, vertrauensselige oder von Gewinnaussichten motivierte Personen.

c) Bemerkung

Das Bundesgericht (und die Vorinstanz) begründete die Arglist nicht primär mit den zahlreichen äusseren Vorkehrungen von X (Einsatz Schweizer Vermögensverwaltungsfirmen und Treuhänder, Verträge mit Geheimhaltungsklauseln etc.), sondern mit dem Umstand, dass X die Geschädigten über ihre Absicht getäuscht hatte, die entgegengenommenen Gelder vereinbarungswidrig zu verwenden. X habe die Geschädigten diesbezüglich über eine innere Tatsache getäuscht, die als solche nicht überprüfbar gewesen sei. Aus diesem Grund könne auch offenbleiben, ob sich die Geschädigten allenfalls leichtfertig verhalten haben. Diese Begründung ist insofern bemerkenswert, als sie im Ergebnis dazu führt, dass jegliche Abgabe einer Erklärung über den Verwendungszweck entgegengenommener Gelder zu Arglist führt, wenn nachgewiesen wird, dass der Täter die Gelder vereinbarungswidrig verwenden wollte, und zwar unter Ausschluss der Möglichkeit einer Opfermitverantwortung.

Das Bundesgericht beschäftigte sich gleichwohl mit dem Argument der Opfermitverantwortung. Geschäftlich unerfahrene, aber prinzipiell vernünftige Vertragspartner, denen unrealistische Gewinnversprechen gemacht werden, bilden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine fest etablierte Fallgruppe, die theoretisch zum Wegfall der Arglist führen kann, dies in der Praxis indessen nur selten tut.³¹⁰ Das besprochene Urteil bestätigt die höchststrichterliche Grosszügigkeit mit Bezug auf die erlaubte Naivität, indem es ein Renditeversprechen von mehr als 100% pro Jahr bei gleichzeitig absoluter Sicherheit noch nicht als "vollkommen realitätsfremd" taxierte. Zu berücksichtigen ist immerhin, dass X nicht direkt 100%

³¹⁰ Für eine Übersicht vgl. Basler Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Auflage 2013 (Hrsg. Wiprächtiger/Niggli) – Arzt, Art. 146 N 80 ff. und Sägger, Opfermitverantwortung beim Betrug, 2014, passim. Zur Bedeutung der Opfermitverantwortung beim deutschen Betrugstatbestand vgl. Frank/Leu, Opfermitverantwortung und Strafzumessung beim Betrug, StraFo 2014, S. 198 ff.

Rendite in Aussicht gestellt, sondern des Öfteren "3% pro Trade" versprochen hatte, so dass die resultierende Gesamtrendite zumindest nicht auf den ersten Blick ersichtlich war.

3. **Entscheid des Bundesgerichts 6B_1049/2013 vom 4. Juli 2014³¹¹ (Verurteilung wegen Erpressung durch Androhung der Verzögerung eines Bauvorhabens mittels Weiterzug eines aussichtslosen Baurekurses)**

a) **Sachverhalt**

X war Eigentümer zweier Liegenschaften, auf deren Nachbargrundstück die A-AG eine Arealüberbauung erstellen wollte. X schlug der A-AG vor, dass diese sein Mehrfamilienhaus saniere, ansonsten er Rekurs gegen ihr Bauvorhaben einreichen würde. Nachdem die A-AG nicht reagierte, reichte X Rekurs ein, weshalb die Bauarbeiten vorerst nicht begonnen werden durften. Anschliessend unterstrich X seine Forderung gegenüber der A-AG und erklärte, dass er die Gründe für seinen Rekurs extra breit gestreut habe. Nötigenfalls würde er den Rekurs bis vor Bundesgericht weiterziehen, womit er den Bau problemlos um fünf Jahre oder länger verzögern könne. Schliesslich einigten sich die Beteiligten darauf, dass die A-AG zu einem Preis von CHF 20'000.-- umfangreiche Sanierungsarbeiten im Wert von rund CHF 400'000.-- am Mehrfamilienhaus von X vornehmen und zudem eine Sicherheitsleistung von CHF 350'000.-- als Garantie für die Erfüllung nach Rückzug des Baurekurses leisten würde. In der Folge leistete die A-AG die geforderte Garantie, sah aber von der vereinbarten Sanierung ab.

b) **Urteil**

Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzliche Verurteilung wegen Erpressung. Die Androhung von X, seinen Rekurs bis vor Bundesgericht weiterzuziehen und damit den Bau um fünf Jahre zu verzögern, qualifizierte das Bundesgericht als Androhung eines ernstlichen Nachteils. Die Zahlung der verlangten Sicherheitsleistung durch die A-AG stellte eine Schädigung am eigenen Vermögen dar. Schliesslich hatte X die Absicht zur unrechtmässigen Bereicherung, da seine Forderung einer Entschädigung für den Rechtsmittelverzicht bzw. die entsprechende Vereinbarung mit der A-AG sittenwidrig und damit nichtig war.³¹²

c) **Bemerkung**

Eine Besonderheit des besprochenen Entscheids besteht darin, dass X mit der Drohung, seinen Baurekurs bis vor Bundesgericht weiterzuziehen, ein grundsätzlich rechtmässiges Mittel verwendete. Der Tatbestand der Erpressung kann aber auch bei Drohung mit einem rechtmässigen Mittel erfüllt sein, wenn und soweit damit die Absicht einer unrechtmässigen Bereicherung verbunden ist.³¹³ Diese ergab sich hier aus der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit der Entschädigungsvereinbarung. Zu beachten ist, dass die "Kommerzialisierung" eines Rechtsmittelverzichts unter schweizerischem Recht nicht per se sittenwidrig und damit nichtig ist. Die Abgeltung von geldwerten Chancen und Vorteilen eines nicht aussichtslosen Rechtsmittels ist zulässig.³¹⁴ Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz indessen zum Schluss gekommen, dass der Baurekurs von X als Ganzes aussichtslos gewesen war. Dabei hatte sich die Vorinstanz u.a. auf ein – von X selbst in Auftrag gegebenes – Rechtsgutachten gestützt, das sämtliche im Baurekurs vorgebrachten Rügen als "wenig chancenreich" bezeichnet hatte. Damit ergab sich der wirtschaftliche Wert des Verzichts auf den Baurekurs bloss aus dem möglichen Schaden wegen der Verlängerung des Baubewilligungsverfahrens, und nicht aus den schutzwürdigen Interessen von X, was praxisgemäss sittenwidrig ist.

³¹¹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140704_6B_1049-2013.html (zuletzt besucht am 26. Dezember 2014).

³¹² Art. 20 OR.

³¹³ Vgl. Basler Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Auflage 2013 (Hrsg. Wiprächtiger/Niggli) – Weissenberger, Art. 156 N 22 ff.

³¹⁴ Vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6P.5/2006 bzw. 6S.8/2006 vom 12. Juni 2006 (abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2006/Entscheide_6P_2006/6P.5_2006.html; zuletzt besucht am 26. Dezember 2014), dessen Sachverhalt demjenigen des hier besprochenen Entscheids sehr ähnlich war.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht im Überblick

Dr.Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Oktober bis Dezember 2014

I. Aufsatzliteratur

1. Raimund Weyand: Aufträge an Sachverständige und Strafrecht, ZInsO 40/2014, 1934-1939.

Der Beitrag beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob der Geschäftsleiter einer kriselnden Gesellschaft, der ein Wirtschaftlichkeits-, Sanierungs-, Restrukturierungs- oder Insolvenzgutachten in Auftrag gibt, strafrechtliche Konsequenzen befürchten muss. *Verf.* analysiert diese Fragestellung unter untreu- und bankrottstrafrechtlichen Vorzeichen und gelangt zu dem Ergebnis, dass von Ausnahmefällen wie der völligen Unbrauchbarkeit des Gutachtens abgesehen eine Strafbarkeit weder von Seiten des weiten Untreuetatbestandes noch von Seiten des § 283 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 8 StGB droht. Im zweiten Teil seines Beitrags untersucht *Verf.* die Strafbarkeitsrisiken, die ein Insolvenzverwalter eingeht, der sein Anfechtungsrecht gem. §§ 129 ff. InsO nicht umfassend ausübt. Da der Insolvenzverwalter gegenüber der Masse vermögensbetreuungspflichtig ist, steht eine Strafbarkeit wegen Untreue im Raum. Allerdings trifft den Insolvenzverwalter schon insolvenzrechtlich keine schrankenlose Anfechtungspflicht, sondern er hat abzuwägen, ob der intendierte Anfechtungsprozess für die Masse vorteilhaft ist oder ihr angesichts des Prozessrisikos bzw. der fehlenden Bonität des Anfechtungsgegners eher Nachteile bringt. Unterlässt der Insolvenzverwalter aufgrund solcher sachlicher Beweggründe die Insolvenzanfechtung, verneint *Verf.* völlig zu Recht eine Untreuestrafbarkeit des Insolvenzverwalters.

2. Folker Bittmann: Insolvenzrecht und Rückgewinnungshilfe: Funktionelle Konkordanz, ZInsO 42/2014, 2024-2030.

Verf. plädiert dafür, dem Insolvenzrecht gegenüber der strafprozessualen Rückgewinnungshilfe im konkreten Fall dann den Vorzug zu geben, wenn die auf der Basis des Rückgewinnungshilferechts vollzogenen Maßnahmen die Ziele des Insolvenzverfahrens bzw. die Aufgaben des Insolvenzverwalters beeinträchtigen. Lässt sich ein konkreter Normenkonflikt zwischen Insolvenzrecht und Rückgewinnungsrecht hingegen nicht feststellen, soll es bei einem Nebeneinander der beiden Bereiche bleiben. Das hat insbesondere zur Folge, dass Anordnungen aufgrund des Rückgewinnungshilferechts nicht automatisch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Gültigkeit verlieren, sondern weiterhin – ggfls. relativ – wirksam bleiben und bspw. nach Einstellung des Insolvenzverfahrens wieder Relevanz entfalten können. Abschließend zeigt *Verf.* anhand einiger ausgewählter, aktueller oberlandesgerichtlicher Entscheidungen auf, welche Auswirkungen der von ihm eingenommene Standpunkt konsequent durchgeführt *in praxi* zeitigt.

3. Thorsten Hunsalzer: Haftung für Sozialversicherungsbeiträge und deren Insolvenzanfechtung im Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO, ZInsO 36/2014, 1748-1753.

Neben der Frage, ob Sozialversicherungsbeiträge, die der Schuldner nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens abführt, der Insolvenzanfechtung unterliegen – eine Frage, die *Verf.*

mit guten Gründen bejaht – thematisiert der angezeigte Beitrag, ob der Schuldner, der nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens keine Sozialversicherungsbeiträge abführt, sich gem. § 266a StGB strafbar macht. *Verf.* verneint ein entsprechendes Strafbarkeitsrisiko wegen faktischer Unmöglichkeit und fehlender Zumutbarkeit. Zum einen verfüge der Schuldner *de facto* nicht über die freien Mittel, um die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen, weil der Sachwalter diese regelmäßig auf das von ihm geführte Verfahrenskonto einziehe. Zum anderen drohe dem Schuldner, der gleichwohl die Sozialversicherungsbeiträge begleiche, dass das Insolvenzgericht das Schutzschirmverfahren aufhebt und stattdessen eine vorläufige Insolvenzverwaltung anordnet. Komme der Schuldner der Pflicht des § 266a Abs. 1 StGB gleichwohl nach, obschon er im Schutzschirmverfahren nach Ansicht des *Verf.* aufgrund Unzumutbarkeit und faktischer Unmöglichkeit hiervon dispensiert ist, mache er sich u.U. wegen Gläubigerbegünstigung gem. § 283c StGB strafbar.

II. Kommentare/Handbücher

1. Eberhard Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2014, C. H. Beck Verlag, 119,00 €, ISBN 978-3-406-65755-9.

Da gründliche insolvenzrechtliche Kenntnisse für das Verständnis des Insolvenzstrafrechts unabdingbar sind, wird das in der letzten Ausgabe begonnene Unterfangen, neben insolvenzstrafrechtlicher auch insolvenzrechtliche Literatur zu besprechen, hier fortgesetzt. Den Beginn macht dabei der von *Eberhard Braun* herausgegebene und mittlerweile in der 6. Aufl. vorliegende Kommentar.

a) Seitdem das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) die in zahlreichen Einzelgesetzen verstreuten strafbewehrten Pflichten, bei Überschuldung bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit unverzüglich, spätestens aber nach Ablauf von drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen, in § 15a InsO zusammengeführt hat, enthält das Insolvenzrecht nach langer Abstinenz wieder einen Straftatbestand und schon allein deshalb stoßen Kommentare der InsO auf das Interesse auch des Wirtschaftsstrafrechtlers. Im von *Eberhard Braun* herausgegebenen Kommentar bearbeitet den § 15a InsO *Harald Bußhardt*. Folgende Aspekte seien hervorgehoben:

aa) Zu Recht stellt sich *Verf.* auf den Standpunkt, wonach die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO aufgrund ihrer rechtsformneutralen Formulierung neben den Geschäftsleitern inländischer juristischer Personen und „haftungsbeschränkter Personen(handels)gesellschaften“ auch die Organe von juristischen Personen ausländischer Rechtsform adressiert, sofern sie ihren Interessenmittelpunkt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO im Inland haben (vgl. Rn. 10).

bb) Um dem Vorwurf zu entgehen, der Eröffnungsantrag sei „nicht richtig“ i.S.v. Abs. 4 gestellt worden, fordert *Verf.* das Stellen eines Antrags, der den Anforderungen des § 13 InsO genügt. Unterlasse es der Antragspflichtige, das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes darzulegen oder verweigere er ausreichende Auskünfte zur finanziellen Situation der insolvenzreifen Gesellschaft, genüge er seiner Antragspflicht nicht (Rn. 17).

cc) Zutreffend verneint *Verf.* die Annahme von Führungslosigkeit, wenn das Vertretungsorgan nur unerreichbar ist. Ganz im Einklang mit der h.M. beschränkt *Verf.* das Institut der Führungslosigkeit auf Fälle der Amtsniederlegung bzw. Amtsenthebung oder des Todes des Geschäftsleiters bzw. des Verlusts der Organfähigkeit (Rn. 23). Unerwähnt bleibt leider die Frage, wie sich die Existenz eines faktischen Geschäftsführers auf den Zustand der Führungslosigkeit auswirkt.

dd) Dem *BGH* ausdrücklich zustimmend schließt sich *Verf.* der Ansicht an, wonach ein Gläubigerantrag die Insolvenzantragspflicht des antragspflichtigen Organwalters nicht entfallen lässt. Nur die auf den Gläubigerantrag hin ergangene Entscheidung des Insolvenzgerichts, entweder das Verfahren zu eröffnen oder aber seine Eröffnung mangels Masse abzulehnen, beende die Antragspflicht (Rn. 30).

ee) Unter den Rn. 35 ff. beschäftigt sich *Verf.* ausführlich mit dem durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte zum 1.7.2014 neu eingefügten Abs. 6, dem zufolge § 15a Abs. 1-5 InsO auf Vereine und Stiftungen, deren Insolvenzantragspflicht sich nach § 42 Abs. 2 BGB richtet, keine Anwendung findet. Kritisch betrachtet *Verf.* die pauschale Herausnahme sämtlicher Vereine – also auch der

wirtschaftlich bedeutenden Großvereine – aus dem Anwendungsbereich des § 15a InsO (Rn. 38). *De lege ferenda* schlägt *Verf.* deshalb vor, den § 15a Abs. 6 InsO dem § 31a BGB anzugleichen und ausschließlich ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern von Vereinen und Stiftungen das Haftungsprivileg des § 15a Abs. 6 InsO zu gewähren (Rn. 39).

ff) Schließlich wirft *Verf.* die spannende Frage auf, ob der director einer Limited, die ihren wirtschaftlichen Interessenmittelpunkt im Inland hat, seiner Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO auch dann genügt, wenn er den Insolvenzantrag bei einem englischen und damit bei einem nach deutschem Recht unzuständigen Gericht stellt (Rn. 47). Eine Antwort hierauf gibt er jedoch leider nicht. Mit Blick auf den Charakter des § 15a Abs. 4, 5 InsO als eines abstrakten Gefährdungsdelikts verdient die Ansicht den Vorzug, die den director, der den Insolvenzantrag bei dem unzuständigen ausländischen Gericht stellt, gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO bestraft, weil bei Antragsstellung die Gefahr besteht, dass das angegangene Gericht sich für unzuständig erklärt und den Antrag zurückweist.

b) Besondere Bedeutung im Insolvenzstrafrecht haben die Insolvenzgründe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung, die der Gesetzgeber für die InsO in den §§ 17 ff. InsO legaldefiniert hat. Bekanntlich macht sich gem. § 283 Abs. 1 StGB nur strafbar, wer eine Bankrotthandlung i.S.d. § 283 Abs. 1 Nrn. 1-8 StGB bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung begangen hat und verwirklicht den § 283 Abs. 2 StGB nur, wer durch die Vornahme einer Bankrotthandlung seine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung herbeiführt. Zwar folgen die Krisenmerkmale der §§ 283 ff. StGB – § 283c fordert das Vorliegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit, während § 283d StGB unstreitig auch schon das Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfasst – richtigerweise keiner streng insolvenzrechtsakzessorischen Interpretation. Jedoch ist das insolvenzrechtliche Verständnis bei der Auslegung der §§ 283 ff. StGB insoweit zugrunde zu legen, als dadurch strafrechtliche Befindlichkeiten wie bspw. der *in-dubio*-Grundsatz oder das Bestimmtheitsgebot nicht tangiert werden. Kommentiert hat die §§ 17 ff. InsO wie schon § 15a InsO *Harald Bußhardt*. Folgende Punkte verdienen besonders hervorgehoben zu werden:

aa) Im Rahmen seiner Kommentierung zu § 17 InsO zeichnet *Verf.* zunächst die Linie des BGH zur Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung nach und lässt dabei Sympathien für diesen Ansatz erkennen (Rn. 8 ff.). Bei der Frage, ob Anlagevermögen, das innerhalb kürzester Zeit veräußert werden kann, den vorhandenen Zahlungsmitteln hinzuzuschlagen ist, macht *Verf.* angesichts der von § 17 InsO gebotenen Stichtagsbetrachtung den Vorschlag, die Verwertbarkeit des Anlagevermögens in die Finanzplanung aufzunehmen und zu eruieren, ob die Unterdeckung, die die 10 %-Grenze überschreitet, aufgrund der Veräußerung des Anlagevermögens wieder ausgeglichen werden kann (Rn. 34). Einen restriktiven Standpunkt nimmt *Verf.* in der Diskussion ein, ob der Dreiwochenzeitraum, den der BGH gewährt, um eine Zahlungsstockung auszuräumen, der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO hinzuzurechnen ist, ob also mit anderen Worten nach Ablauf des Dreiwochenzeitraums und des Umschlagens der Zahlungsstockung in Zahlungsunfähigkeit der insolvenzantragspflichtige Geschäftsleiter zusätzlich die Frist des § 15a Abs. 1 InsO ausschöpfen darf. Nach Ansicht des *Verf.* sind der Dreiwochenzeitraum zur Beseitigung der Zahlungsstockung und die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO deckungsgleich und stehen dem antragspflichtigen Geschäftsleiter folglich nur einmal zur Verfügung (Rn. 51 f.). Schließlich erörtert *Verf.* – für den Wirtschaftsstrafrechtler besonders interessant – das Verhältnis von § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Satz 1 GmbHG (Rn. 54 ff.).

bb) Zu Recht macht *Verf.* das Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit davon abhängig, dass eine über 50 %-ige Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit spricht (Rn. 5). Den Prognosezeitraum will *Verf.* einzelfallabhängig bestimmen. Entscheidend für die Länge des Prognosezeitraums sei etwa, ob die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens mit kurz- oder langfristiger Produktion bzw. eines sog. „Saisonunternehmens“ zur Beurteilung anstehe (Rn. 8). Von den noch nicht begründeten, aber absehbaren Zahlungspflichten will *Verf.* im Rahmen des Zahlungsunfähigkeitspanoramas diejenigen berücksichtigen, die nach vernünftiger kaufmännischer Planung im Prognosezeitraum voraussichtlich zu bedienen sein werden (Rn. 10).

cc) Anschaulich hebt *Verf.* hervor, dass die Fortführungsprognose nach der Rückkehr des Gesetzgebers zum vor Inkrafttreten der InsO geltenden modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff nicht mehr nur darüber entscheidet, ob das Schuldnervermögen nach Fortführungs- oder Zerschlagungswerten bewertet wird, sondern wieder eigenständigen Charakter

besitzt und bei positivem Ausgang der Annahme von Überschuldung entgegensteht, egal ob die Passiva die Aktiva rechnerisch überwiegen (Rn. 11 ff.). Gesellschafterdarlehen will *Verf.* unabhängig von der Erklärung eines Nachrangs i.S.v. § 39 Abs. 2 InsO von der Passivierungspflicht ausnehmen. Aufgrund des ohnehin schon bestehenden Nachrangs gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ergebe es keinen Sinn, für die Ausnahme von der Passivierungspflicht zusätzlich einen Rangrücktritt zu fordern. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO gebiete ein solches Verständnis jedenfalls nicht (Rn. 18).

c) Will man eine kurze Bewertung des soeben besprochenen Kommentars aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht abgeben, fällt diese eindeutig aus: Insbesondere der Praktiker, der sich mit dem Insolvenzstrafrecht und den damit zusammenhängenden insolvenzrechtlichen Aspekten beschäftigt, findet bei *Harald Bußhardt* klar verständliche und weiterführende Kommentierungen der für das Insolvenzstrafrecht besonders bedeutsamen Vorschriften der InsO.

2. Marie Luise Graf-Schlicker (Hrsg.): Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, RWS-Verlag, 148,00 €, ISBN 978-3-8145-2004-9.

Ebenfalls 2014 ist der von *Graf-Schlicker* herausgegebene Insolvenzrechtskommentar erschienen, der nunmehr bereits in vierter Auflage vorliegt. Die für das Insolvenzstrafrecht besonders wichtigen §§ 15a, 17 ff. InsO kommentiert *Michael Bremen*. Folgende Punkte seien besonders hervorgehoben:

a) Im Rahmen seiner Kommentierung des § 15a InsO schließt sich *Verf.* zunächst der Ansicht an, die auch den Geschäftsleitungsorganen von Vor-Gesellschaften die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO auferlegt (Rn. 4). Während diesem Ergebnis insolvenz- und gesellschaftsrechtlich eine gewisse Überzeugungskraft nicht abzusprechen ist – angesichts der Verlustdeckungshaftung, die die Gesellschafter eines Vor-Verbandes gegenüber „ihrer“ Gesellschaft trifft, lassen sich aber auch durchaus Zweifel an einer Übertragung des § 15a Abs. 1 InsO auf diese Vor-Verbände anmelden – verstieße es strafrechtlich gegen das Analogieverbot, wollte man den Geschäftsleiter einer Vor-Gesellschaft, der nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt hat, gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO bestrafen. Denn § 15a Abs. 1 InsO spricht nur von juristischen Personen und Verbänden ohne Rechtspersönlichkeit. Der Vor-Verband einer juristischen Person gehört jedoch keiner der beiden Gruppen an (zum Ganzen freilich noch zu §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 GmbHG a.F. s. auch schon *Büning*, Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH, 2004, S. 119 f.). Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rspr. und der ganz h.M. vertritt auch *Verf.* die Auffassung, dass ein Gläubigerantrag aufgrund der Möglichkeit, ihn jederzeit zurückzunehmen (vgl. § 13 Abs. 2 InsO), die Antragspflicht gem. § 15a InsO nicht entfallen lässt (Rn. 5, 15). Was des Weiteren die Problematik der Führungslosigkeit (vgl. § 15a Abs. 3 InsO) anbelangt, schließt sich *Verf.* zu Recht der – auch vom Rezensenten geteilten – Ansicht an, wonach das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers die Gesellschaft nicht führungslos macht (Rn. 12). Kurz gestreift wird schließlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Insolvenzantrag „nicht richtig“ i.S.v. § 15a Abs. 4 InsO ist. *Verf.* verweist insoweit auf § 13 InsO und subsumiert zumindest solche Anträge dem Merkmal „nicht richtig“, die den an sie gestellten Zulässigkeitsanforderungen nicht genügen (Rn. 15).

b) Ganz auf der Höhe der aktuellen Diskussion kommentiert *Verf.* die Insolvenzgründe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung. So beinhaltet bspw. die Kommentierung des § 19 InsO eine äußerst hilfreiche und weiterführende Übersicht zu den Aktiva und Passiva, die in den Überschuldungsstatus einzustellen sind (Rn. 27 ff.), beschäftigt sich die Kommentierung des § 18 InsO knapp mit den schwierigen Fragen, die aufkommen, sobald man den Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit ermitteln will (Rn. 8 ff.) und findet sich bei den Ausführungen zu § 17 InsO eine gelungene Zusammenfassung der aktuellen Rspr. zur Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit (Rn. 12 f.) sowie zu dem schwierigen Problem der sog. tatsächlichen Stundungen (Rn. 8).

c) Resümierend lässt sich somit festhalten: Der Insolvenzstrafrechtler, der sich einen schnellen, gleichzeitig aber auch fundierten Überblick über die insolvenzrechtlichen Bezüge des Insolvenzstrafrechts verschaffen will, ist mit dem von *Graf-Schlicker* herausgegebenen Werk gut beraten.

3. Gerhart Kreft (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014, C. F. Müller Verlag, 164,99 €, ISBN 978-3-8114-4310-5.

In siebter Auflage ist zwischenzeitlich auch der von *Gerhart Kreft* herausgegebene Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung erschienen. Die insolvenzstrafrechtlich wichtigen Insolvenzauslösetatbestände (§§ 17-19 InsO) kommentiert *Hans-Peter Kirchhof*, die Kommentierung des § 15a InsO teilen sich *Detlef Kleindiek* und *Andreas Ransiek*. Schon diese Konzeption, den insolvenzrechtlichen Teil des § 15a InsO von einem Insolvenz- und Gesellschaftsrechtler, den strafrechtlichen Teil hingegen von einem Strafrechtler kommentieren zu lassen, überzeugt und führt dazu – so viel sei hier schon vorweggenommen –, dass die strafrechtliche Seite des § 15a InsO im Heidelberger Kommentar nicht das Schattendasein fristet, zu dem sie in anderen insolvenzrechtlichen Kommentaren so oft verdammt ist.

a) Wie schon *Michael Bremen* in seiner Kommentierung des § 15a InsO im von *Graf-Schlicker* herausgegebenen Kommentar zur Insolvenzordnung (s.o. unter 2a)) vertritt auch *Detlef Kleindiek* die These, wonach neben Geschäftsleitern der juristischen Personen (mit Ausnahme des Vereins, für den es bei der Sonderregelung des § 42 Abs. 1 BGB bleibt) und der „haftungsbeschränkten Personengesellschaften“ auch die Geschäftsleiter der Vor-Kapitalgesellschaften die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO trifft (Rn. 4). Insolvenzzurecht mag das überzeugen, strafrechtlich geht es allerdings nicht an, den Geschäftsführer bspw. einer Vor-GmbH, der der Pflicht des § 15a Abs. 1 InsO nicht nachkommt, gemäß § 15a Abs. 4, 5 InsO zu bestrafen (ausf. o. unter 2a)).

b) Ob die Geschäftsleiter sog. „Scheinauslandsgesellschaften“, also von Gesellschaften, die bspw. in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründet wurden, ihren Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen jedoch in Deutschland haben, die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO trifft, lässt *Verf.* mit Blick auf das fehlende Plazet durch den *EuGH* offen (Rn. 6).

c) Nach Ansicht des *Verf.* trifft die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO auch die sog. faktischen Geschäftsführer (Rn. 10). Das überzeugt für die Konstellationen, in denen der faktische Geschäftsführer seine Position durch einen unwirksamen Bestellungsakt erlangt hat, wirft aber – zumindest aus strafrechtlicher Perspektive etwa mit Blick auf § 14 Abs. 3 StGB – Zweifel auf, wenn auch solche Personen dem Kreis der Antragspflichtigen zugeschlagen werden, die ihre Stellung ohne einen (unwirksamen) Bestellungsakt, lediglich mit Einverständnis der Gesellschafter erworben haben.

d) Was die – auch strafrechtlich – wichtige Frage anbelangt, ab wann die Dreiwochenfrist des § 15a InsO zu laufen beginnt, nimmt *Verf.* eine vermittelnde Position ein. Weder gehe es an, den Fristbeginn auf den objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes zu legen, da dann der Zweck der Dreiwochenfrist – i.e. Sanierungschancen auszuloten – konterkariert würde, noch überzeuge es, die Frist erst mit Eintritt des Insolvenzgrundes und positiver Kenntnis des Antragspflichtigen hiervon laufen zu lassen, weil andernfalls der Lauf der Frist von der Aufmerksamkeit des Antragspflichtigen abhinge. Vor diesem Hintergrund schlägt *Verf.* vor, die Dreiwochenfrist ab dem Zeitpunkt laufen zu lassen, in dem eine pflichtgemäße Prüfung das Vorliegen eines Insolvenzgrundes zu Tage gefördert hätte (Rn. 13).

e) Einen „nicht richtigen Antrag“ i.S.d. § 15a Abs. 4 InsO will *Verf.* übereinstimmend mit zahlreichen Stimmen im Schrifttum nur annehmen, wenn das Insolvenzgericht den Antrag als unzulässig zurückweisen muss, weil es ihm entweder an der Schriftform (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) mangelt oder er nicht über den nötigen Mindestinhalt verfügt, bspw. das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes nicht substantiiert darlegt (Rn. 15). Bedenken hegt *Verf.* gegenüber dem Unternehmen, als „nicht richtig“ auch solche Anträge einzustufen, die zwar substantiiert zu einem Eröffnungsgrund – regelmäßig der drohenden Zahlungsunfähigkeit – vortragen, dabei aber verschleiern, dass sich der antragspflichtige Verband bereits im Zustand der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit befindet. Mit Blick auf das Schutzschirmverfahren des § 270b InsO, das nur einleiten kann, wer sich noch im Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung befindet, überzeugen diese Bedenken jedoch nicht. Im Übrigen beraubte man der Tatvariante „nicht richtig“ nahezu jeglichen Anwendungsbereich, wollte man ihr nur unzulässige Anträge subsumieren, da solche Konstellationen regelmäßig als „nicht“ oder „nicht rechtzeitig“ gestellter Antrag bestraft werden können (ausf. dazu *Brand*, KTS 2014, 1, 14 f.).

g) Anders als der Rezensent (vgl. *Brand/Brand*, NZI 2010, 712, 714 f.) aber im Einklang mit einer weit verbreiteten Ansicht steht auch der *Verf.* auf dem Standpunkt, dass die Existenz ei-

nes faktischen Geschäftsführers an der Führungslosigkeit der Gesellschaft nichts ändert (Rn. 17, 20). Im Ergebnis wohl zu Recht verneint *Verf.* die Pflicht der Mitglieder eines GmbH-Aufsichtsrates, bei Führungslosigkeit den Insolvenzantrag zu stellen, weil zum einen der Wortlaut des § 15a Abs. 3 InsO dafür nichts hergibt (s. auch *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 847) und zum anderen sonst Friktionen mit § 15a Abs. 4, 5 InsO drohten (Rn. 19; s. dazu auch *Brand*, WiJ 2014, 240, 245 sowie *Popp*, JURA 2012, 618, 625 f.). Ob zugunsten des ersatzverantwortlichen Gesellschafters bzw. Aufsichtsratsmitglieds eine neue Dreiwochenfrist zu laufen beginnt, sofern Führungslosigkeit erst im Anschluss an die materielle Insolvenzreife des Verbandes eintritt, lässt *Verf.* zwar offen, nennt aber instruktive Argumente für beide Sichtweisen: Gegen eine erneute Dreiwochenfrist spreche der Zweck des Abs. 3, der dahin gehe, den Ausfall von Verantwortlichkeiten zu bekämpfen, nicht aber eine weitere Insolvenzverschleppung zu ermöglichen, während für einen Neubeginn der Dreiwochenfrist spreche, dass die Ersatzverantwortlichen nicht kraft eigenen Entschlusses, sondern *ex lege* in die Antragspflicht einrückten (Rn. 22).

h) Wie schon einleitend erwähnt, kommentiert die strafrechtliche Seite des § 15a InsO *Andreas Ransiek*. Folgende Punkte verdienen besonders hervorgehoben zu werden: Zu Recht lehnt *Verf.* zunächst die Ansicht (der h.M.) ab, wonach taugliche Täter des § 15a Abs. 4, 5 InsO auch faktische Geschäftsleiter seien, die ohne einen (unwirksamen) Bestellungsakt in ihre Position gelangt sind (Rn. 40). Was den „nicht richtigen“ Antrag anbelangt, steht auch *Verf.* auf dem Standpunkt, wonach unter diese Tatmodalität grds. nur solche Anträge fallen, die das Gericht als unzulässig zurückweisen müsste (zu den Bedenken gegenüber dieser restriktiven Interpretation s.o. unter 3e)). Überzeugend plädiert *Verf.* schließlich dafür, die von § 15a Abs. 4, 5 InsO in Bezug genommenen Krisenmerkmale „Überschuldung“ und „Zahlungsunfähigkeit“ insolvenzrechtsakzessorisch auszulegen (Rn. 41).

i) Die Insolvenzeröffnungsgründe kommentiert – wie ebenfalls schon erwähnt – im „Heidelberger Kommentar“ *Hans-Peter Kirchhof*. Umfassend nimmt *Verf.* zu den (aktuell) diskutierten Fragen Stellung, sodass jedenfalls aus (insolvenz-)strafrechtlicher Perspektive keine Wünsche offen bleiben. So enthält die Kommentierung des § 17 InsO neben äußerst instruktiven Ausführungen zu den fälligen Zahlungspflichten, die bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind (Rn. 6 ff.), einen ausführlichen Abschnitt zur Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung (vgl. Rn. 19 ff.) sowie ein eigenes Kapitel, das sich ausschließlich mit dem Nachweis der Zahlungsunfähigkeit beschäftigt und dabei sämtliche Nuancen nachzeichnet (Rn. 23 ff.). Genauso gelungen wie die Kommentierung des § 17 InsO sind die Kommentierungen der §§ 18 f. InsO. Besonders positiv fällt dabei insbesondere auf, dass *Verf.* den Dialog zum Strafrecht nicht scheut und – was momentan fast noch Seltenheitswert hat – im Rahmen seiner Ausführungen auch die von Strafrechtlern zur Interpretation der Insolvenzgründe vorgetragenen Überlegungen berücksichtigt.

j) Aus (insolvenz-)strafrechtlicher Perspektive fällt das Urteil über den „Heidelberger Kommentar“ eindeutig aus: Er ist nicht nur für den Praktiker, sondern auch für den Wissenschaftler, der sich mit der schwierigen Materie des Insolvenzstrafrechts beschäftigt und dabei auch die insolvenzrechtlichen Grundlagen erfassen will, ein informatives und gut lesbares Nachschlagewerk, das noch weiter dadurch gewinnt, dass es zu sämtlichen behandelten Fragen eine große Fülle an Nachweisen aus Schrifttum und Rechtsprechung liefert, die es dem Leser erlauben, einzelne Aspekte weiter zu vertiefen.

4. **Andres, Dirk/Leithaus, Rolf (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2014, C. H. Beck Verlag, 99,00 €, ISBN 978-3-406-64814-4.**

Im Berichtszeitraum neu erschienen ist schließlich in der orangenen Beck'schen Kommentarreihe die von *Andres/Leithaus* herausgegebene und weitgehend auch bearbeitete Kommentierung der Insolvenzordnung. Die für das Insolvenzstrafrecht besonders bedeutsamen Vorschriften der §§ 15a, 17-19 InsO bearbeitet *Rolf Leithaus*.

a) Knapp, gleichwohl aber äußerst instruktiv kommentiert *Rolf Leithaus* die Vorschrift des § 15a InsO. Insbesondere die umstrittene Frage, wie der Lauf der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO zu berechnen ist, sowie die Problematik, welche strafrechtlichen Folgen ein unter Verstoß gegen § 13 InsO gestellter Insolvenzantrag zeitigt, werden ausführlich erörtert. Dem Verstoß gegen § 13 InsO will *Verf.* angesichts des Wortlauts („soll“) und mit Blick auf die fehlende Intention des Gesetzgebers, die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung auszudehnen, keine Relevanz *sub specie* „nicht richtiger“ Antragsstellung beimessen (Rn. 13).

b) Auf gerade einmal neun Seiten gelingt es dem Verf., die Insolvenzgründe „Zahlungsunfähigkeit“, „drohende Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ konzipiert und auf das Wesentliche beschränkt darzustellen. Dass bei solchem Vorgehen die Erörterung von Detailfragen gelegentlich auf der Strecke bleibt, mindert die Qualität dieser Kommentierung nicht, ermöglicht sie doch dem eiligen Leser bzw. dem, der sich erstmals mit dem Insolvenzrecht beschäftigt, einen ersten und fundierten Überblick über die Rechtslage. Aus Sicht des Insolvenzrechtlers kann der Kommentar von Andres/Leithaus deshalb uneingeschränkt empfohlen werden.

Kartellrecht

Rechtsanwalt Dr. Niklas Auffermann, Berlin

Rafael Harnos: Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 374 Seiten

I.

Die von Rafael Harnos verfasste und von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz im Jahr 2012 als Dissertation angenommene Abhandlung „Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage - Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts“ stellt eine Analyse am Beispiel des Kartellrechts dar, die sich an der Kernfrage orientiert, wie Leitungsorgane bußgeldrechtliche und zivilrechtliche Haftungsgefahren minimieren können, wenn ihr Verhalten an unbestimmten Rechtsbegriffen zu messen ist.

Während sich die herrschende Auffassung in der Literatur auf den Standpunkt stellt, dass Vorständen bei unklarer Rechtslage ein Beurteilungsspielraum zusteht, dessen Grenzen und Auswirkungen sich an der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule orientieren, verteidigt Harnos die Anwendung der ordnungsrechtlichen und zivilrechtlichen Irrtumsregeln. Harnos legt dar, dass auch im Rahmen der herkömmlichen Irrtumsdogmatik ein sachgerechter Ausgleich zwischen dem Interesse an einer wirksamen Sanktionierung von Rechtsverstößen einerseits und den Belangen des Vorstands andererseits möglich ist.

II.

Harnos beginnt seine Arbeit mit dem Satz „Die Geschäftsleiterhaftung steht seit Jahren im Mittelpunkt der politischen und wissenschaftlichen Diskussion.“ Dass die Geschäftsleiterhaftung seit Jahren nicht nur in diesem, sondern auch im Fokus der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden steht, ist unbestritten.

Das Thema der zunehmenden Haftung von Organen hat es zuletzt mit der sog. Neubürger-Entscheidung des Landgericht München I vom 10.12.2013 zu bundesweiter Beachtung weit über die juristischen Gazetten hinaus geschafft. Das Landgericht verurteilte den ehemaligen Siemens-Finanzvorstand Neubürger wegen Verletzung von Organisationspflichten zu einer Zahlung von 15 Millionen Euro und stellte leitsatzmäßig fest: „Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und demgemäß die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems gehört zur Gesamtverantwortung des Vorstands. [...] Der Beklagte hat bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Maßstab, wie er in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG normiert ist, verletzt, weshalb er dem Grunde nach haftet.“

Ohne Übertreibung darf behauptet werden, dass deutsche Vorstände Fragen der Haftung bzw. der Enthftung (durch Einholung fachlichen Rechtsrats) besonders plagen. Die Legalitätspflicht ist zentrales Thema: Auf dem Spiel stehen bußgeldrechtliche (Geldbußen), zivilrechtliche (Schadensersatzansprüche) und strafrechtliche Folgen (Geld- oder Freiheitsstrafe) neben Arbeitsplatzverlust und öffentlicher Ächtung.

Den Inhalt einer Norm zuverlässig zu ermitteln wird dabei ohne interne oder externe Beratungshilfe kaum mehr gelingen. Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Geschäftsleiters fristet dagegen (nicht nur in der kartellrechtlichen) Rechtsprechung ein kümmerliches Schattendasein.

Gerade das Kartellrecht gewinnt immer mehr an Bedeutung, und insbesondere das europäische Kartellrecht überlagert in vielfältiger Weise das deutsche System der Kontrolle von Marktabreden und Fusionen. Infolgedessen nehmen Rechtsunsicherheit der betroffenen Organe und deren Beratungsbedarf zu. Mit großer Hoffnung macht sich der Leser daher an die Lektüre der Abhandlung, die das Kartellrecht als Referenz verwendet. Schnell wird deutlich, dass sich das zur wissenschaftlichen Reihe „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ gehörende Werk in erster Linie an die Rechtswissenschaft richtet.

III.

Im Mittelpunkt der Arbeit steht die Frage, ob und inwieweit Auslegungsfehler die Geschäftsleiterhaftung begründen können und unter welchen Umständen sich der Vorstand entlasten kann, wenn er eine Fehlentscheidung aufgrund unklarer Rechtslage getroffen hat, insbesondere eine unscharf formulierte Vorschrift anders ausgelegt hat als etwa ein Gericht.

Das Kartellrecht, das Harnos als Referenzmodell dient, ist in der Tat besonders geeignet, da kartellrechtliche Regelungen nicht selten unklar formuliert und in der Praxis oft schwer umzusetzen sind. Zudem gewinnt die Materie an Relevanz, da Behörden von Jahr zu Jahr schärfere Sanktionen gegen Unternehmen verhängen und das Kartellverfahrensrecht auf deutscher und insbesondere auf europäischer Ebene eine Vielzahl an Änderungen erfahren hat, was – worauf der Verfasser zu Recht hinweist – zu „gesteigerter Rechtsunsicherheit“ geführt hat. Alleine die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe und der Streit um die Ausfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale (z. B. die exakte Berechnung von Marktanteilen) sind nicht nur akademischer Natur. Hinzu tritt die Notwendigkeit der wirtschaftlichen Einzelfallanalyse im Sinne des im Kartellrecht fortschreitenden „more economic approach“.

Diese Schwierigkeit hat das Kartellrecht freilich nicht exklusiv: Forensisch tätige Verteidiger kennen die Probleme etwa aus dem Steuer-, Kapitalmarkt- und Bilanzrecht.

Auf den ersten rund 100 Seiten stellt der Verfasser äußerst detailliert und umfassend die rechtlichen Grundlagen der Vorstandshaftung dar, wobei zunächst die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit, sodann die Grenzen der zivilrechtlichen Haftung in den Blick genommen werden. Der Verteidiger vermisst an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Haftung von Leitungsorganen (insb. in Bezug auf die Korruptions- und Untreue-Rechtsprechung).

Im dritten Kapitel folgt eine tiefgreifende dogmatische Auseinandersetzung mit der in Rechtsprechung und Literatur hinlänglich diskutierten Frage der „Ermessensspielräume des Vorstands“. Das vierte und fünfte Kapitel nehmen schließlich die Kernfrage ins Zentrum und befassen sich intensiv mit dem Irrtum im Ordnungswidrigkeiten- und Zivilrecht. Die Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum leitet über zum Abgrenzungskriterium der Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre. Für den Verteidiger hinreichend bekannt sind insbesondere die Ausführungen zu Tatbestands- und Verbotsirrtum im strafrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung. Wirklich anspruchsvoll werden die Untersuchungen zur Irrtumsdogmatik im europäischen Kartellrecht sowie die Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie. Entscheidend sind die Ausführungen zu dem anzulegenden Prüfungsmaßstab bei der Beurteilung des Rechtsirrtums und - daran anschließend – dem Begriff der Vermeidbarkeit.

Zu Recht wirft Harnos in diesem Zusammenhang die Frage auf, inwiefern der Staat berechtigt ist, ein Verhalten zu sanktionieren, wenn er nicht dafür gesorgt hat, dass die Grenzen eines Verbotstatbestandes deutlich umrissen sind. Im letzten Kapitel untersucht der Verfasser schließlich, wie sich ein Geschäftsleiter zu verhalten hat, um staatlichen Sanktionen zu entgehen und eine zivilrechtliche Inanspruchnahme zu vermeiden – unter Berücksichtigung der für die Praxis entscheidenden Frage des anwaltlichen Rats.

Der Autor behandelt diese für den Praktiker wichtigste Frage der Strategie der Haftungsvermeidung durch Einholung anwaltlichen Rechtsrates leider nur knapp. Die vom BGH entwickelte Formel (Erforderlichkeit der umfassenden Darstellung der Verhältnisse der Gesell-

schaft und Offenlegung sämtlicher Unterlagen an einen unabhängigen und fachlich qualifizierten Berufsträger, dessen Aussagen einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen sind) lässt – wie der Verfasser zutreffend anmerkt – „zahlreiche Fragen offen“. Zu Recht weist der Autor darauf hin, dass insbesondere im Kartellrecht eine ausschließliche Rechtsprüfung in der Regel nicht genügen wird, sondern eine ökonomische Bewertung mindestens ebenso erforderlich ist.

IV.

Zusammenfassend hinterlässt das Werk in dogmatischer Sicht einen äußerst überzeugenden Eindruck. Der kartell- und strafrechtlich orientierte Berater (gleich ob als externer Rechtsbeistand oder unternehmensinterner Jurist) wünschte sich angesichts der strengen Abwehrhaltung der Gerichte gegenüber unvermeidbaren Verbotsirrtümern im Fall umstrittener Rechtslage eine vertiefte Darstellung der praxisrelevanten Probleme (etwa die Auseinandersetzung mit Kriterien des sog. Gefälligkeitsgutachtens und des unsubstantiierten Ratschlags).

Für den Berater, Justitiar oder forensisch tätigen Anwalt, der einen praktischen Leitfaden sucht, ist die Arbeit daher weniger hilfreich. Man würde Harnos jedoch Unrecht tun, dies vorzuwerfen: Den Anspruch der wissenschaftlichen Arbeit, im Rahmen der herkömmlichen Irrtumsdogmatik einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Interesse an einer wirksamen Sanktionierung von Rechtsverstößen einerseits und den Belangen des Vorstands andererseits zu finden, erfüllt Harnos zweifellos – und zwar eindrucklich in wissenschaftlicher Tiefe und Dogmatik. Harnos ist derzeit Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht von Professor Dr. Jens Koch, Universität Bonn. Wer sich mit der Irrtumsdogmatik (gleich in welchem Rechtsgebiet) auseinandersetzt, kommt an dem Werk nicht vorbei.