

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Henner Apfel
LOStA Folker Bittmann
Dr. Matthias Brockhaus
Dr. Matthias Dann
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Björn Gercke
Dr. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Golombek
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Norman Lenger
Prof. Dr. Nina Nestler
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Felix Walther, München

Auf ein Neues: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption

152

Internationales

Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich; MLaw Riccarda Kummer, Grenchen;
MLaw Reto Weilenmann, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

161

Rechtsanwalt MMag. Dr. Andreas Pollak

Strafrechtsreform in Österreich

170

Veranstaltungen und politische Diskussion

LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Markus Rübenstahl,
Kathie Schröder, Dr. Michael Tsambikakis

WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – § 299a StGB-E

177

Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger, LOStA Folker Bittmann

WisteV bei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Hearing zum Unternehmensstrafrecht

197

Rechtsanwalt Dr. Dennis Reschke, Bonn

Veranstaltungsbericht zum 2. Kölner Insolvenzstrafrechtstag

199

Editorial

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

Die Sommerausgabe der WiJ 2015 setzt erstmals einen klaren rechtspolitischen Akzent. Sie enthält eine Stellungnahme der WisteV zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (§ 299a StGB-E vom 13.06.2015) und einen Bericht über eine Anhörung von WisteV-Vertretern durch eine politische Partei (Bündnis 90/DIE GRÜNEN) zur aktuellen Diskussion um die mögliche Einführung eines genuinen Unternehmensstrafrechts.

Die WisteV-Stellungnahme zu § 299a StGB-E (verfasst von *Bittmann, Brockhaus, Rübenstahl, Schröder* und *Tsambikakis*, S. 186 ff.) setzt sich in überwiegend kritischer, aber konstruktiver Weise mit dem Vorhaben des Justizministeriums zur Einführung eines „Sonderkorruptionsstrafrechts“ für die Angehörigen von Heilberufen auseinander und ist bereits zustimmend zitiert worden (Kubiciel, *KPKp* 1/2015, S. 7). Der am 29.07.2015 veröffentlichte Entwurf der Bundesregierung zu §§ 299a, 299b StGB-E (Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen) ist allerdings über diese, wie auch andere kritische Einwände zahlreicher Verbände und Experten überwiegend hinweg geschritten, indem er den Inhalt des Referentenentwurfs Großenteils übernahm.

Man kann die Frage aufwerfen, ob derartige Stellungnahmen im Namen des Vereins zulässig und sinnvoll sind. Die Zulässigkeit ergibt sich aus der Satzung, wonach der Vereinszweck u.a. durch „Stellungnahmen zu Gesetzgebungs- und sonstigen rechtspolitischen Vorhaben, insbesondere durch begründete Äußerungen gegenüber den zuständigen Stellen“ verwirklicht wird. Komplexer ist die Frage nach der Sinnhaftigkeit von Stellungnahmen zu kontroversen Gesetzgebungsvorhaben, da der Verein sich als berufsgruppenübergreifend versteht und neben den Rechtsanwälten auch Professoren, Richter, Staatsanwälte und Finanzbeamte zum Mitgliederkreis zählen. Einseitige und nicht repräsentative Stellungnahmen im Namen des Vereins sollen deshalb vermieden werden. Der Vorstand hat vor diesem Hintergrund entschieden, dass Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorhaben stets durch Mitglieder des Vorstands in Zusammenarbeit mit den fachlich zuständigen Arbeitskreisen (vertreten durch die Koordinatoren) erstellt und einvernehmlich verantwortet sowie durch den Vorstand freigegeben werden. Dies dürfte Bedenken im Hinblick auf die Legitimität einer Meinungsäußerung für den Verein entkräften. Aber auch hierüber kann man natürlich diskutieren – gern in der WiJ!

Der Bericht zum Hearing bei Bündnis 90/DIE GRÜNEN (*Nuzinger* und *Bittmann*, S. 213 ff.) macht deutlich, dass dabei keineswegs den sicherlich unterschiedlichen Auffassungen in der Mitgliedschaft zur Zulässigkeit und Opportunität eines Kriminalstrafrechts für Unternehmen Gewalt angetan werden muss: Durch die beiden Sprecher wurden die pro- und contra-Argumente zum Unternehmensstrafrecht in einer ergebnisoffenen Weise präsentiert, die für die Adressaten erkennen ließ, dass gerade keine verbindlich festgestellte Meinung des gesamten Vereins zum Für oder Wider besteht oder gar vermittelt werden sollte. Die Wahrnehmung einer Funktion als neutrale – die vertretenen Positionen und Argumente aufzeigende – Informationsquelle könnte auch in der Zukunft ein geeigneter Weg für den Verein sein, sich zu in der Mitgliedschaft kontroversen Themen zu äußern, bezüglich derer kein Vereinskonsens gebildet werden kann, der eine Stellungnahme im engeren Sinne erlaubt.

Weitere rechtspolitische Beiträge finden sich bei *Walther*, der den Entwurf des 2. Korruptionsbekämpfungsgesetzes der Bundesregierung vorstellt, das wohl bald schon im Bundesgesetzblatt zu lesen sein wird, wie auch der Autor anmerkt. *Walther* gibt interessante Hinweise auf die strafbarkeitserweiternden Abweichungen des deutschen Gesetzgebers von den Vorgaben der verbindlichen internationalen und europäischen Verträge. *Frank, Kummer* und *Weilenmann* stellen in der internationalen Rubrik Neues zum Wirtschaftsstrafrecht aus der Schweiz vor, u.a. die auch für deutsche Leser (und Kreditinstitute) interessante sowie kontroverse Reform des Geldwäschereisatbestands (Art. 305bis StGB-CH). *Pollack* berichtet anschließend sachkundig hinsichtlich des wirtschaftsstrafrechtlich Relevanten der Strafrechtsreform in Österreich.

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

Vertreten durch LOStA Folker Bittmann, Rosemarie Helwig, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.

Kontakt: info@wi-j.de

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

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

Webmaster/Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, 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	152
Rechtsanwalt Dr. Felix Walther, München Auf ein Neues: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption	152
Entscheidungskommentare	159
OStA Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	159
Internationales	161
Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich; MLaw Riccarda Kummer, Grenchen; MLaw Reto Weilenmann, Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	161
Rechtsanwalt MMag. Dr. Andreas Pollak Strafrechtsreform in Österreich	170
Veranstaltungen und politische Diskussion	176
LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Markus Rübenstahl, Kathie Schröder, Dr. Michael Tsambikakis WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – § 299a StGB-E	176
Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger, LOStA Folker Bittmann WisteV bei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Hearing zum Unternehmensstrafrecht	196
Rechtsanwalt Dr. Dennis Reschke, Bonn Veranstaltungsbericht zum 2. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 21. Mai 2015	199
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau WisteV – Standards Nr. 15: Verhältnis zwischen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis	202
stud. iur. Marcel Behrendt und stud. iur. Bastian Schmack, beide Frankfurt a.M. Vom Schwimmen im kalten Wasser – Erfahrungen aus einem wirtschaftsstrafrechtlich-/strafprozessualen Moot Court	205
Rezensionen	208
Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis Mai 2015	208
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau <i>Chowdhury, Tobias</i> , Geschäftsleiteruntreue vor dem Hintergrund von subprime-Investments im Vorfeld der Finanzkrise – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Aufsichtsrechts für die Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltsmaßstäbe, Berlin 2014	213
Rechtsanwalt Dr. Arne Schmidt, Hamburg <i>Schmidt, Mathias</i> , Die Inanspruchnahme der Organgesellschaft für Steuerschulden des Organträgers gemäß § 73 AO	217
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau <i>Rigopoulou, Maria</i> , Grenzen des Paternalismus im Strafrecht	219

Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruption

Rechtsanwalt Dr. Felix Walther, München¹

Auf ein Neues: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption

Der Beitrag stellt den von der Bundesregierung im März 2015 vorgelegten "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption" (BT-Drs. 18/4350) vor. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf den Neuregelungen im Bereich der Bestechung Europäischer, ausländischer und internationaler Amtsträger sowie der Bestechung im geschäftlichen Verkehr.

I. Einleitung

Es wird ernst mit der Verschärfung des Korruptionsstrafrechts. Nachdem das Bundesjustizministerium zunächst im Mai vergangenen Jahres einen Referentenentwurf vorgelegt hatte,² beschloss das Bundeskabinett am 21. März 2015 einen sachlich unveränderten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption³. Der Entwurf versteht sich als Gesetz zur Umsetzung internationaler Rechtsinstrumente zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden und internationaler Korruption und sieht neben geringfügigen, durch die EU-Richtlinien über Angriffe auf Informationssysteme bzw. über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt veranlassten Ergänzungen der §§ 202c, 329 StGB weitreichende Änderungen des gesamten Korruptionsstrafrechts vor. Nicht ganz zufällig soll offenbar auch der Entwurfstitel eine Kontinuität mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 als der sicherlich bedeutsamsten Novelle der Bestechungstatbestände in der jüngeren Vergangenheit vermitteln. Ebenfalls nicht ganz unerwartet hat der Entwurf bereits eine Reihe von (ganz überwiegend kritischen) Stellungnahmen aus der Wissenschaft⁴ wie auch von Interessensgruppen und Verbänden⁵ hervorgerufen.

II. Hintergrund des Entwurfs

Vor dem Hintergrund der völker- und unionsrechtlichen Bindungen Deutschlands sowie der jüngsten rechtspolitischen Entwicklungen kann der neue Anlauf aus dem Bundesjustizministerium nicht überraschen.

So hatte die Bundesrepublik bereits in den Jahren 1999 bzw. 2003 das Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption⁶ sowie die UN Antikorruptionskonvention⁷ unterzeichnet, beide aber über ein Jahrzehnt hinweg nicht ratifiziert. Einen ersten Anlauf, diesen zunehmend als unangenehm empfundenen Umstand⁸ zu beenden, hatte das Justizministe-

¹ Der Autor ist Rechtsanwalt am Münchener Standort der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft

² Abrufbar unter

http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE_KorrBekG.pdf?__blob=publicationFile.

³ BT-Drs. 18/4350.

⁴ Brockhaus/Haak, HRRS 2015, 218; Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48; Gaede, NZWiSt 2014, 281; Jary, PharmR 2015, 99 (104 ff.); Kubiciel, ZIS 2014, 667; ders., KPKp 4/2014; Schönemann, ZRP 2015, 68.

⁵ BDI-Stellungnahme v. 27.08.2014; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen v. 07.09.2014; DAV-Stellungnahme 46/2014; BRAK-Stellungnahme 6/2015.

⁶ ETS Nr. 173; abrufbar (auch in deutscher Übersetzung) unter:

http://conventions.coe.int/Default.asp?pg=Treaty/Translations/TranslationsChart_en.htm#173.

⁷ In englischer, französischer und deutscher Fassung abgedruckt in BT-Drs. 18/2138, S. 9 ff.

⁸ Hinzuweisen ist insbesondere auf den öffentlichkeitswirksamen Appell deutscher Konzernchefs an die Regierung im Sommer 2012 (siehe <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/un-konvention-gegen-korruption-unternehmen-schaemen-sich-fuer-die-regierung/6978220.html>).

rium bereits im Jahr 2006 unternommen und den "Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes"⁹ vorgelegt. Freilich verstand sich jener Entwurf als Teil einer Gesamtlösung, der durch einen Parlamentsentwurf zur Neuregelung der Abgeordnetenbestechung ergänzt werden sollte. Da es hierzu jedoch auf Grund innerparlamentarischer Widerstände¹⁰ nicht kam und der veröffentlichte Entwurf in der Fachöffentlichkeit nicht eben begeistert aufgenommen wurde,¹¹ verfiel er zunächst der Diskontinuität.

Das Umsetzungsdefizit im Bereich der Abgeordnetenbestechung ist nun bekanntlich mit der zum 01.09.2014 in Kraft getretenen Neufassung des § 108e StGB¹² beseitigt worden, so dass mittlerweile das UN-Übereinkommen ratifiziert wurde. Der hier zu besprechende Entwurf steht also unerwarteterweise unter umgekehrten Vorzeichen als sein Vorgänger aus dem Jahr 2006: Während die vermeintlich politisch schwerer durchsetzbare Neuregelung der Abgeordnetenbestechung vollzogen ist, soll nun im Bereich der Amtsträgerkorruption und der Korruption im Geschäftsverkehr nachgezogen werden.

Einen Sonderfall unter den internationalen Vorgaben stellt schließlich der EU-Rahmenbeschluss zur Bestechung im privaten Sektor dar. Zum einen betrifft dieser ausschließlich die Bestechungstatbestände im geschäftlichen Verkehr. Zum anderen handelt sich hierbei um das einzige inter- bzw. supranationale Rechtsinstrument, das ohne weiteren Ratifizierungsakt aus sich heraus verbindlich ist. Insoweit stellt seine Umsetzung denn auch weniger eine rechtspolitische Opportunität als vielmehr eine normative Notwendigkeit dar. Dementsprechend begründet der Entwurf die beabsichtigte Änderung von § 299 StGB auch ausdrücklich mit einem Verweis auf den Rahmenbeschluss.¹³

III. Inhalt des Entwurfs

Inhaltlich entspricht der aktuelle Entwurf weitgehend dem Vorgängerentwurf aus dem Jahr 2006, geht aber teilweise sogar über diesen hinaus. Er lässt sich unterteilen in Bestimmungen zur Korruption von bzw. gegenüber sog. Europäischen Amtsträgern (dazu 1.), internationalen und ausländischen Amtsträgern (dazu 2.) sowie zu Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (dazu 3.). Erwähnenswert sind auch die zahlreichen (Folge-) Änderungen im Strafanwendungsrecht sowie beim Geldwäschetatbestand, auf die ebenfalls einzugehen sein wird.

1. Korruption unter Beteiligung Europäischer Amtsträger

Für Bestechungshandlungen von und gegenüber öffentlich Bediensteten ausländischer Staaten und supranationaler Organisationen sind die §§ 331 ff. StGB bisher nur über die Verweisungen des IntBestG und des EUBestG anwendbar. Der Entwurf will diese Bestimmungen in das Kernstrafrecht überführen.

a) Legaldefinition für Europäische Amtsträger

Hierzu soll zunächst ein neuer § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB geschaffen werden, der eine Legaldefinition für sog. „Europäische Amtsträger“ enthält. Anders als die Bezeichnung vermuten lässt, sind hiermit nicht Amtsträger anderer EU-Mitgliedstaaten gemeint. Vielmehr sollen hierunter Mitglieder der EU-Kommission, der Europäischen Zentralbank, des Rechnungshofs, Richter der Europäischen Gerichtshöfe, Unionsbeamte und -bedienstete sowie Personen, die „mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Union oder deren Einrichtungen beauftragt sind“, zu verstehen sein. In der Sache handelt es sich hierbei um den Personenkreis, der bisher von Art. 2 § 1 Abs. 1 EUBestG erfasst war.¹⁴ Für den deutschen Rechtsanwender von Bedeutung ist, dass Bedienstete des Europäischen Patentamts in München weiterhin nicht erfasst sind, da es sich hier um eine auf zwischenstaatlicher Grundlage¹⁵ geschaffene Einrichtung handelt. Auch die Mitglieder des Europäischen Rats der Staats- und Regierungschefs (Art. 15 EUV) und des (Minister-) Rats (Art. 16 EUV) stehen zur Union in keinem Beam-

⁹ Später (nahezu unverändert) veröffentlicht als BT-Drs. 16/6558 vom 04.10.2007.

¹⁰ Exemplarisch die Redebeiträge der Abgeordneten S. Kauder und van Essen in der Bundestagsdebatte vom 25.09.2008 (BT-PlPr. 16/179, S. 1920 ff.).

¹¹ Nachweise bei Walther, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftl. Verkehr, S. 179 m. Fn. 745 ff.

¹² BGBl. I, S. 410; zum Zusammenhang mit den internationalen Vorgaben s. BT-Drs. 18/476, S. 5.

¹³ BT-Drs 18/4350, S. 1, 13, 20.

¹⁴ Hierzu MünchKomm-StGB/Korte, § 332 Rn. 6 f. m.w.N.

¹⁵ Europäisches Patentübereinkommen vom 05.10.1973 (BGBl. 1976 II S. 649, 826; 1993 II S. 242).

ten- oder Auftragsverhältnis. Schutzlücken sind insoweit nicht zu besorgen, da der Personenkreis von den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erfasst ist. Für Abgeordnete des Europaparlaments gilt ohnehin § 108e Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 4 StGB als Spezialvorschrift.

b) Erweiterung der §§ 331 ff. StGB

Um einen Verweis auf den „Europäischen Amtsträger“ erweitert werden sollen die §§ 331 bis 334 StGB. Dies bringt sowohl im Verhältnis zur geltenden Rechtslage wie auch zum Entwurf von 2006 einige Neuerungen mit sich. Während nämlich Art. 2 § 1 Nr. 1 EUBestG lediglich die Bestechlichkeit und Bestechung im Hinblick auf eine künftige konkrete Diensthandlung erfasst, sollen Europäische Amtsträger nun ohne jede Einschränkung deutschen Amtsträgern auch im Rahmen der Vorteilsannahme und -gewährung gleichgestellt werden. Der Regierungsentwurf begründet diese Gleichsetzung mit der „inzwischen noch weiter fortgeschrittenen Integration Deutschlands in die Europäische Union“, der Notwendigkeit des Schutzes der finanziellen Interessen der Union sowie damit, dass die Union nicht selbst die notwendigen Strafvorschriften erlassen könne.¹⁶ Dies trifft zu¹⁷ und überzeugt auch in der Sache, zumal das originäre *Eigeninteresse* Deutschlands an einer funktionierenden europäischen Verwaltung in Anbetracht der aktuellen politischen Entwicklung mehr als offensichtlich ist.

c) Auslandstaten

Die Neuerungen im Bereich der §§ 331 ff. StGB führen auch zu einer Ausweitung des territorialen Geltungsbereichs deutschen Strafrechts. In Übernahme der Regelung aus Art. 2 § 2 EUBestG sollen nach einem neu gefassten § 5 Nr. 15 StGB nunmehr Taten nach §§ 331, 332 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB erfasst sein, wenn der Täter Deutscher ist oder seine Dienststelle im Inland hat. Für aktive Bestechungstaten gilt gleiches, wenn der Vorteilsgeber Deutscher ist oder der (ausländische) Täter die Zuwendung einem Europäischen Amtsträger deutscher Staatsangehörigkeit macht. Für eine Bestrafung des Gebers nicht ausreichend wäre hingegen, dass der (ausländische) Empfänger einer EU-Institution in Deutschland angehört, wobei hier freilich häufig §§ 3, 9 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen werden.

2. Korruption unter Beteiligung ausländischer und internationaler Amtsträger - der neue § 335a StGB

a) Überblick

Bestechungskonstellationen unter Beteiligung von Bediensteten ausländischer Staaten und sonstiger internationaler Organisationen werden bekanntlich durch das IntBestG erfasst, das es immerhin bereits zu einigen höchstrichterlichen Stellungnahmen¹⁸ gebracht hat und nun ebenfalls weitgehend in das StGB integriert werden soll. Anders als bei den Europäischen Amtsträgern soll hier freilich keine vollständige Gleichstellung mit nationalen Amtsträgern vorgenommen, was letztlich zu einer diffizilen und nur schwer durchschaubaren Gleichstellungsregelung in einem neuen § 335a StGB führt.

b) Taugliche Täter und Vorteilsempfänger

aa) Ausländische und internationale Amtsträger

Von eher geringer Praxisrelevanz dürfte zunächst § 335a Abs. 2 StGB sein, der - ohne sachliche Änderung der bisherigen Rechtslage¹⁹ - Richter und Bedienstete des Internationalen Strafgerichtshofs für die Zwecke der §§ 331 ff. StGB vollumfänglich deutschen Amtsträgern gleichstellt. Eine Gleichstellung von in Deutschland tätigen NATO-Streitkräften soll gemäß § 335a Abs. 3 (sowie Abs. 1 Nr. 2 lit. c) lediglich bzgl. aktiven Bestechungshandlungen stattfinden. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage (§ 1 Abs. 2 Nr. 10 NATO-Truppen-SchutzG).

¹⁶ BT-Drs 18/4350, S. 23.

¹⁷ Art. 83 AEUV sieht die Schaffung von Strafvorschriften gegen Korruption vor, erlaubt aber keine Setzung supranationalen Kriminalstrafrechts (Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 83 AEUV Rn. 2).

¹⁸ BGHSt 52, 323; 53, 205; BGH wistra 2014, 354.

¹⁹ Vgl. § 2 IStGHGleichstG.

Zündstoff birgt hingegen zweifelsohne der geplante neue § 335a Abs. 1 StGB, der im Hinblick auf § 332 und § 334 StGB und bei Taten, die sich auf eine künftige Handlung beziehen, Bedienstete ausländischer Staaten und internationaler Organisationen deutschen Amtsträgern gleichstellt. Taugliche Vorteilsempfänger sind zunächst Richter eines ausländischen Staates und eines internationalen Gerichts, Bedienstete eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation sowie Personen, die beauftragt sind, für einen ausländischen Staat oder eine internationale Organisation (öffentliche) Aufgaben wahrzunehmen. Schließlich sind Soldaten, die für einen ausländischen Staat oder eine internationale Organisation tätig sind, erfasst.

Zwar lehnt sich Gesetzeswortlaut insoweit offenkundig an die bisherigen Formulierungen in Art. 2 § 1 IntBestG an und enthält auf den ersten Blick auch keine sachlichen Neuerungen. Jedoch erscheinen Auslegungsschwierigkeiten hier vorprogrammiert. Während sich das IntBestG nämlich als Umsetzungsgesetz alleine der OECD-Konvention zur Bekämpfung der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr verstand und der Amtsträgerbegriff dementsprechend unter Rückgriff auf den sog. autonomen Amtsträgerbegriff der Konvention auszulegen war,²⁰ sollen mit § 335a Abs. 1 StGB ausweislich der Entwurfsbegründung²¹ die Vorgaben der UN-Konvention, des Europaratsübereinkommens und der OECD-Konvention umgesetzt werden, die im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung gleichrangig nebeneinander zu berücksichtigen sind. Soweit Amtsträger anderer EU-Staaten betroffen sind, ersetzt die Regelung außerdem Art. 2 § 1 Abs. 1 EUBestG, so dass daneben die diesbezüglichen Vorgaben der EU im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung zu beachten sind.

Da diese Vorgaben teils autonome Definitionen enthalten, teils auf das Recht des Heimatstaates des Amtsträgers abstellen, sind sie letztlich nicht miteinander in Einklang zu bringen.²² Hier rächt sich zum Leidwesen der Normunterworfenen und Rechtsanwender, dass die Verhandlungen auf internationaler Ebene gänzlich unkoordiniert vorstattgingen²³ und jede Institution einen anderen politstrategischen Ansatz bei der Korruptionsbekämpfung (Chancengleichheit im wirtschaftlichen Wettbewerb, Herstellung eines einheitlichen Rechtsraums, Erleichterung der Rechtshilfe, umfassende Good Governance) verfolgte.

Sollte der Entwurf ohne weitere Änderung in der vorliegenden Form Gesetz werden, kann eine pragmatische Lösung auf Rechtsanwendungsebene m.E. nur so aussehen, dass im Grundsatz von der autonomen Begriffsdefinition der Konventionen von UN und OECD auszugehen ist. Daneben muss aber die Amtsträgerstellung nach dem Heimatrecht des Vorteilsempfängers notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Voraussetzung für die Amtsträgerstellung i.S.d. § 335a StGB sein.²⁴ Wenn es der Gesetzgeber nämlich ernst meint mit dem Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und des Vertrauens der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit als neues Schutzgut von § 335a i.V.m. §§ 332, 334 StGB,²⁵ so erscheint eine Pönalisierung, die über das Heimatrecht hinausgeht, schlechterdings sinnlos.

bb) Und was passiert mit den ausländischen und internationalen Abgeordneten?

Der Entwurf will des Weiteren die sachlich-rechtlichen und strafanwendungsrechtlichen Vorschriften des IntBestG zur Bestechung ausländischer und internationaler Abgeordneter (Art. 2 § 2, § 3 Ziff. 2) beibehalten. Damit steht fest, dass die aktive Bestechung ausländischer und internationaler Abgeordneter sowohl nach § 108e StGB Abs. 3 Nrn. 5, 6 n.F. als auch - in eingeschränkterem Umfang - gemäß Art. 2 § 2 IntBestG strafbar sein kann - ein Umstand, den der Gesetzgeber im Zuge der Erweiterung von § 108e StGB mit den „Besonderheiten der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr“ und den von § 108e StGB n.F. vermeintlich nicht vollständig abgedeckten - Vorgaben der OECD-Konvention begründet hatte.²⁶ Daneben ließe sich selbst daran denken, ausländische und internationale Parlamentarier nun auch unter den geplanten § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a/b StGB („Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben [bzw. Aufgaben einer internationalen Organisation] wahrzunehmen

²⁰ S. nur BGH NJW 2009, 89 (94 f.).

²¹ BT-Drs. 18/4350, S. 24.

²² Münkel, Bestechung und Bestechlichkeit ausl. Amtsträger, S. 276; Nestler, StV 2009, 313 (319).

²³ Korte, wistra 1999, 81 (82 f.).

²⁴ S. auch Kubiciel, KPKp 4/2014, S. 24 f.; Nestler, StV 2009, 313 (317).

²⁵ BT-Drs. 18/4350, S. 24.

²⁶ BT-Drs. 18/476, S. 6, dazu bereits kritisch Francuski, HRRS 2014, 220 (229 f.).

men“) zu fassen. Denn Art. 1 Abs. 4 lit. a der OECD-Konvention und die Mehrheit der ausländische Rechtsordnungen, als für die Auslegung des § 335a StGB in Frage kommende Referenzen, sehen diese Personen bekanntlich als „Amtsträger“ an. Trotz der neu gefassten Gesetzessystematik²⁷ wird man einem solchen Verständnis jedoch nicht folgen können. Hierfür streitet nicht nur, dass diese Personen in der Entwurfsbegründung mit keinem Wort erwähnt werden, sondern auch der Charakter von § 108e StGB als *lex specialis*.

c) Reichweite des Bestechungsverbots

Bestechungshandlungen unter Beteiligung ausländischer Amtsträger sollen nach § 335a Abs. 1 StGB auch im Übrigen in deutlich erweiterten Umfang kriminalisiert werden.

So soll anders als nach bisheriger Rechtslage (vgl. Art. 2 § 1 IntBestG) nicht mehr nur die Bestechung (§ 334 StGB), die sich auf eine künftige Handlung und die Erlangung eines Auftrags oder unbilligen Vorteils im internationalen Geschäftsverkehr bezieht, strafbar sein. Vielmehr erfolgt die Gleichstellung nunmehr auch für alle Taten nach § 332 und § 334 StGB, die sich auf (irgend-) ein künftiges Verhalten beziehen. Damit werden zum einen passive Bestechungstaten ausländischer und internationaler Amtsträger vom deutschen Strafrecht erfasst. Zum anderen werden transnationale Bestechungshandlungen außerhalb des Wirtschaftsverkehrs (z.B. von Touristen oder auch Entwicklungshelfern) erfasst. Weitgehend straffrei bleiben hingegen weiterhin sog. Beschleunigungszahlungen („*facilitation payments*“), die regelmäßig²⁸ lediglich als Vorteilsgewährung (im Sinne des StGB) strafbar sind.

Diese Neuerungen stellen sicherlich eine neue - hauptsächlich durch die Vorgaben des Europarats erzwungene²⁹ - Höhenmarke der Internationalisierung der Korruptionsbekämpfung dar. Die Entwurfsverfasser erkennen denn auch, dass sich diese Ausweitung der Kriminalisierung nicht mehr mit der Sicherung der Chancengleichheit im internationalen Wettbewerb rechtfertigen lässt. Vielmehr soll es nunmehr - in Anknüpfung an die Erläuterungen zum Europaratsübereinkommen³⁰ - auf den Schutz der Lauterkeit des ausländischen (!) öffentlichen Dienstes und des Vertrauens der (ausländischen?) Öffentlichkeit in diese Lauterkeit ankommen. Dass diese Gleichstellung alles andere als unproblematisch ist, erkennt die Entwurfsbegründung implizit an (der Schutzgedanke gelte „wenn auch eingeschränkt“), zumal dann konsequenterweise - wie in Art. 5 des Europaratsübereinkommens grds. vorgesehen - eigentlich eine vorbehaltlose Anwendung der §§ 331 ff. StGB auf alle aktiven und passiven Bestechungstaten unter Beteiligung ausländischer Amtsträger angezeigt wäre.

d) Auslandstaten

Eine gewisse Relativierung erfährt die Ausdehnung der Kriminalisierung von Bestechungshandlungen unter Beteiligung ausländischer Amtsträger dadurch, dass Auslandstaten - die den Großteil der fraglichen Fälle ausmachen werden - weiterhin nur unter eingeschränkten Voraussetzungen in den Geltungsbereich deutschen Strafrechts fallen.

Entsprechend dem weiteren Anwendungsbereich des neuen § 335a StGB sollen gemäß des neuen § 5 Nr. 15 a/d StGB Auslandstaten ohne Rücksicht auf das Tatortrecht strafbar sein, wenn der Täter oder der Empfänger zur Tatzeit Deutscher ist. Damit sind wie schon bisher (vgl. Art. 2 § 3 IntBestG/Art. 2 § 2 EUBestG) zunächst aktive Bestechungstaten deutscher Staatsangehöriger erfasst. Daneben werden nunmehr aber auch aktive Bestechungstaten von Ausländern gegenüber ausländischen bzw. internationalen Amtsträgern deutscher Staatsangehörigkeit³¹ sowie die Bestechlichkeit letztgenannter Personen³² erfasst - und dies ohne das Erfordernis der (doppelten) Strafbarkeit am ausländischen Tatort oder zumindest im Herkunftsstaat des Amtsträgers.

²⁷ Die (bisherige) Nichterfassung der ausländischen Abgeordneten als ausländische Abgeordnete i.S.d. Art. 2 § 1 IntBestG war gerade mit einem Umkehrschluss zu Art. 2 § 2 IntBestG begründet worden (s. nur MünchKommStGB/Korte, § 334 Rn. 7).

²⁸ S. ausf. *Dann*, *wistra* 2008, 41 (43 ff.).

²⁹ Art. 37 des Übereinkommens lässt einen Vorbehalt (z.B. eine Einschränkung i.S.d. IntBestG) lediglich bzgl. Kriminalisierung der Bestechlichkeit der ausländischen Amtsträger zu.

³⁰ Explanatory Report No. 49: „Again, the aim is not only to protect free competition but the confidence of citizens in democratic institutions and the rule of law.“

³¹ Im Hinblick auf Amtsträger der EU und ihrer Mitgliedstaaten waren diese Konstellationen bisher von Art. 2 § 2 EUBestG erfasst.

³² Auslandstaten deutscher Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB werden bereits von § 5 Nrn. 13/14 StGB erfasst.

Die beschriebene Ausweitung deutscher Strafgewalt auf Auslandstaten und den Schutz genuin ausländischer Rechtsgüter hat sowohl im Hinblick auf ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität als auch die Praktikabilität transnationaler Strafverfolgung bereits vielfältig Kritik erfahren.³³ Auffällig ist jedenfalls die systematisch verfehlte Verortung dieser Fälle in § 5 StGB unter der Überschrift „Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter“. Denn dass die Lauterkeit der Verwaltung eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation ein inländisches Rechtsgut sei, behauptet nicht einmal der Entwurf. Der Regierungsentwurf aus dem Jahre 2007 hatte daher für § 5 StGB die Überschrift „Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug“ gewählt³⁴, was jedenfalls die systematischen Unstimmigkeiten abmildern würde (nicht aber die hinter ihnen stehenden kriminalpolitischen und völkerrechtlichen Bedenken gegen eine derartige Ausweitung deutscher Strafgewalt).

3. Erweiterung von § 299 StGB³⁵

Wie bereits bei den Vorgängerentwürfen aus den Jahren 2006/2007 zu beobachten,³⁶ haben die geplanten Erweiterungen von § 299 StGB das bei weitem größte Echo in der Fachöffentlichkeit erfahren. Angesichts der furiosen Karriere der Vorschrift in Wissenschaft und Praxis verwundert dies nicht.

a) Terminologische Anpassung an das UWG

Während zumeist die Erweiterung der Unrechtsvereinbarung um das sog. Geschäftsherrenmodell thematisiert wird (dazu unten b)), finden sich durchaus noch weitere zunächst unscheinbar erscheinende Änderungen. So wird zunächst in Anknüpfung an die moderne wettbewerbsrechtliche Terminologie der Begriff des „geschäftlichen Betriebs“ durch den des „Unternehmens“ ersetzt. Die Entwurfsbegründung äußert insoweit, dass damit keine sachliche Änderung zum bisherigen Rechtszustand beabsichtigt sei und beispielsweise am Wirtschaftsverkehr teilnehmende Behörden ebenfalls erfasst seien.³⁷ Schon dieses Beispiel legt freilich einen gewissen Schwachpunkt der Anknüpfung an die Terminologie des UWG offen. Dort wird der Unternehmensbegriff nämlich bedenkenlos auf beinahe sämtliche Teilnehmer des Wirtschaftsverkehr außerhalb des rein privaten oder rein hoheitlichen Handelns ausgedehnt³⁸ – was zwar im Sinne der Schutzzwecktrias nach § 2 UWG liegen mag, aber im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot doch arg bedenklich ist.

Daneben soll der Begriff der „gewerblichen Leistungen“ durch den der „Dienstleistungen“ ersetzt werden. Damit würde zwar der seit langem schwelende Streit, ob § 299 StGB auch Bestechungshandlungen im Zusammenhang mit Leistungen von Trägern freier Berufe erfasst, entschieden. Jedoch hat auch hier die unbesehen Übernahme der wettbewerbsrechtlichen Terminologie bereits zu Unstimmigkeiten geführt. Der Entwurf sieht nämlich auch eine entsprechende Anpassung von § 298 StGB vor. Der Bundesrat hat insoweit darauf aufmerksam gemacht, dass das GWB als Bezugsgesetz von § 298 StGB zumindest an einer Stelle (§ 99 GWB) zwischen Bau- und Dienstleistungen unterscheidet, so dass in der Tat eine einschränkende Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in § 298 StGB in Betracht käme.³⁹

b) Umgestaltung der Unrechtsvereinbarung

In Umsetzung insbesondere des EU-Rahmenbeschlusses sieht der Entwurf eine bereits vielfach kommentierte Erweiterung der Unrechtsvereinbarung von § 299 StGB vor. Während nach einer ersten Tatbestandsalternative die Zuwendung weiterhin eine Bevorzugung im (in- oder ausländischen) Wettbewerb bezwecken muss, soll es nach einem neuen § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB darauf ankommen, dass der Empfänger als Gegenleistung für die Zuwendung „seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“. In beiden Fällen muss ein Zusammenhang zum „Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ bestehen.

Mit dieser weitergehenden Kriminalisierung soll nach Ansicht des Entwurfsverfassers „der Schutz der Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der

³³ Deziiert v.a. *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (70 f.); zum Ganzen *Münkel*, (Fn. 22), S. 277 ff.

³⁴ BT-Drs. 16/6558, S. 10.

³⁵ Umfassend hierzu: *Walther*, NZWiSt 2005, Heft 7.

³⁶ Zu deren Rezeption *Walther*, (Fn. 11), S. 178 ff.

³⁷ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

³⁸ S. nur *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 33. Aufl. 2015, § 2 Rn. 19 ff.

³⁹ BR-Drs. 25/15 (B) vom 06.03.2015; aber auch BT-Drs. 18/4350, S. 31 (Gegenäußerung der Bundesregierung).

Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austauschs von Waren oder Dienstleistungen⁴⁰ erreicht werden. Dieses sog. Geschäftsherrenmodell⁴¹ liegt in der Tat den internationalen Vorgaben (mit) zu Grunde und befindet sich dementsprechend auch im internationalen Rechtsvergleich auf dem Vormarsch.⁴²

Die hieran ansetzende Kritik - insbesondere unter den Aspekten des Bestimmtheitsgebots, des Parlamentsvorbehalts, der Verhältnismäßigkeit und der systematischen Stringenz im Verhältnis zum Untreuetatbestand - ist bekannt und soll an dieser Stelle nicht wiederholt werden.⁴³ Bedauerlich und überraschend ist jedenfalls, dass der Entwurf trotz achtjähriger "Bedenkzeit" auf die durchaus massiven Kritikpunkte und Alternativlösungen aus dem Schrifttum mit keinem Wort eingeht, sondern sich darauf beschränkt, den Vorgängervorschlag aus dem Jahr 2006 in unveränderter Form (mit beinahe wortlautgleicher Entwurfsbegründung⁴⁴) vorzulegen.

c) Weitere Änderungen

§ 299 StGB soll auch künftig relatives Antragsdelikt bleiben. Entsprechend der beabsichtigten Änderungen in § 299 StGB sieht der Entwurf aber für § 301 Abs. 2 StGB Folgeänderungen bzgl. des Kreises der Strafantragsberechtigten vor.

Für schon bisher unter § 299 StGB fallende Taten wird wie bisher den Verbänden und Kammern i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 4 UWG ein Antragsrecht eingeräumt. Das Strafantragsrecht der Mitbewerber soll aus § 77 Abs. 1 StGB folgen.⁴⁵ Für die neu ins Gesetz aufgenommenen Fälle der § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB, in denen es auf die Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen ankommt, sollen hingegen weder Mitbewerber noch Interessensverbände oder Kammern ein Antragsrecht haben. Auch insoweit wird deutlich, dass nach dem Verständnis der Entwurfsverfasser diese Tatbestandsalternative alleine den Geschäftsherrn schützen soll, dem als „Verletzten“ gemäß § 77 Abs. 1 StGB auch ein Strafantragsrecht zukommt.

Gestrichen werden soll schließlich § 299 Abs. 3 StGB, der redaktionell in die beiden ersten Absätze integriert wird. Interessanterweise ist zwar für Auslandsfälle der Bestechung im Geschäftsverkehr keine direkte Erweiterung der §§ 3 ff. StGB geplant. Von Bedeutung ist aber, dass in den Fällen des § 229 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB die Herkunft des Anstellungsunternehmens grundsätzlich keine Rolle spielt, soweit nur ein Anknüpfungspunkt nach den § 3 ff. StGB vorliegt. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass Individualinteressen unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen geschützt werden.⁴⁶

4. Erweiterung von § 261 StGB

Vor allem für Verpflichtete i.S.v. § 2 GwG sowie für Institute i.S.d. KWG von Interesse sein dürfte die beabsichtigte Ausweitung des Vortatenkatalogs des Geldwäschetatbestandes, die zu einer entsprechenden Überprüfung und Anpassung der spezialgesetzlichen Sorgfalts- und Anzeigepflichten zwingen könnte.

So soll nach dem Regierungsentwurf zunächst § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a StGB auf Taten nach §§ 332, 334 jeweils i.V.m. § 335a StGB ausgeweitet werden. Im Hinblick auf die hier interessierenden internationalen Korruptionsfälle stellt also - anders als bisher⁴⁷ - nunmehr auch die Bestechlichkeit Europäischer und internationaler bzw. ausländischer Amtsträger eine taugliche Vortat dar. Daneben führt die erweiterte Fassung des § 335a StGB ohne Bezugnahme auf den internationalen Geschäftsverkehr auch zu einer weitergehenden Erfassung aktiver Bestechungstaten gegenüber dem genannten Personenkreis.

Neu ist die Einfügung von § 299 StGB in den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB, so dass jetzt auch die Korruption im Geschäftsverkehr vortat-tauglich ist. Zu konstatieren ist damit, dass § 299 StGB einerseits weiterhin als relatives Antragsdelikt und Privatklagedelikt ausgestaltet ist, andererseits aber doch als schwerwiegend genug für den Geldwä-

⁴⁰ BT-Drs. 18/4350, S.21.

⁴¹ Auch arbeitsstrafrechtliches Modell oder Pflichtverletzungsmodell.

⁴² Vgl. *Walther*, (Fn. 11), S. 18 f.; 106 ff.

⁴³ Umfassend *Walther*, (Fn. 11), S. 195 ff. m.w.N.

⁴⁴ Siehe BT-Drs. 18/4350, S. 20 ff. einerseits und BT-Drs. 16/6558, S. 13 f. andererseits.

⁴⁵ BT-Drs. 18/4350, S. 22.

⁴⁶ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2014, Vor § 3 Rn. 8.

⁴⁷ Vgl. Art. 3 EUBestG sowie Art. 2 § 4 IntBestG.

schekatalog angesehen wird. Ein gewisser Wertungswiderspruch ist hier nicht von der Hand zu weisen, wenn dieser auch dadurch relativiert wird, dass nur gewerbs- oder bandenmäßig begangene Korruptionstaten erfasst sind.

Da gemäß § 261 Abs. 8 StGB auch Auslandstaten (bei - freilich regelmäßig gegebener - Tatortstrafbarkeit) vortatungsfähig sind, haben schließlich auch die (verbliebenen) strafenwendungsrechtlichen Restriktionen für Korruptionsfälle mit Auslandsbezug im Geldwäschezusammenhang keine Bedeutung. Vielmehr stellen die in §§ 299, 331 ff. StGB beschriebenen Bestechungshandlungen unabhängig vom Tatort und der Erfassung nach den §§ 3 ff. StGB taugliche Vortaten dar.

IV. Ausblick

Dass der hier vorgestellte Entwurf das Schicksal seines Vorgängers aus dem Jahre 2006 teilen wird, ist nicht ernsthaft zu erwarten. Der internationale und unionsrechtliche Umsetzungsdruck auf Deutschland ist nochmals deutlich angewachsen, so dass ein Aussitzen weder politisch noch rechtlich möglich oder opportun erscheint. Es kommt hinzu, dass offensichtlich ein politischer Umsetzungswille über die Parteigrenzen hinweg vorhanden ist, zumal nach der Ausweitung der Abgeordnetenbestechung das größte politische Umsetzungshindernis entfallen ist.

Dies ändert freilich nichts an der Berechtigung mancher Kritik an den vorgeschlagenen Änderungen insbesondere im Bereich der Bestechung ausländischer Amtsträger und des § 299 StGB. Hierbei handelt es sich gerade um die „neuralgischen Punkte“, bei denen die Diskrepanzen zwischen den internationalen Vorgaben und dem aktuellen deutschen Rechtszustand (aber auch dem überkommenen deutschen Verständnis einer rationalen Kriminalpolitik) besonders deutlich werden. Jedoch müssen sich die Kritiker auch fragen lassen, weswegen sie ihre Bedenken nicht zu einem Zeitpunkt angemeldet haben, als noch mit größeren Erfolgsaussichten Einfluss auf die politische Gestaltung genommen werden konnte - nämlich bei der Ausarbeitung der internationalen Vorgaben.

Die Beratungs- und Verteidigungspraxis tut indes gut daran, sich mit den vorgestellten Änderungen vertraut zu machen, zumal diese ohnehin dem Rechtszustand in den meisten anderen europäischen Ländern entsprechen.

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. § 102 StPO – Durchsuchung einer Anwaltskanzlei

Bei der Anordnung der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei gebietet der besondere Schutz von Berufsheimnisträgern die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dabei ist auch das Ausmaß der - mittelbaren - Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit der Betroffenen sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffener Nichtbeschuldigter, etwa den Mandanten eines Rechtsanwalts, zu berücksichtigen.

Im Einzelfall kann etwa die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat einer Durchsuchung entgegenstehen. Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von weniger als fünf Jahren bedroht sind, sind regelmäßig nicht von besonderer Bedeutung. In diesen Fällen ist eine kritische Prüfung unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit stets geboten.

BVerfG, Beschluss vom 29.01.2015 – 2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12, AnwBl 2015, 441

Zum wiederholten Male kritisiert das BVerfG die Leichtigkeit, mit der Amts- und Landgerichtliche Durchsuchungsmaßnahmen, zumal bei Berufsgeheimnisträgern, anordnen bzw. hiergegen gerichtete Rechtsmittel verwerfen. Die Kammer des 2. Senats des BVerfG nimmt ausdrücklich auf die bisherige ständige Rechtsprechung Bezug und bestätigt die dort entwickelten Grundsätze; vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 31.08.2010 - 2 BvR 223/10, BVerfGE 17, 550, BVerfG, Beschluss v. 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diesem Zusammenhang s. BVerfG, Beschluss vom 02.03.2006, 2 BvR 2099/04, BVerfGE 115, 166; zum Geringfügigkeitskriterium vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.06.2009, 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43. Im Zusammenhang mit Ermittlungsverfahren wegen bloßen Verstößen gegen § 15a InsO ist darauf hinzuweisen, dass die maximale Strafdrohung bei drei Jahren (Vorsatzdelikte nach § 15a Abs. 4 InsO) bzw. einem Jahr (Fahrlässigkeitsdelikte nach § 15a Abs. 5 InsO) Freiheitsentzug liegt, damit nach Auffassung des BVerfG besondere Verhältnismäßigkeitserwägungen also stets geboten sind.

2. §§ 111b, 111d StPO – Strafprozessualer Arrest und Insolvenzverfahren

Ein dinglicher Arrest auf der Basis der § 111b Abs. 2 StPO i.V.m. § 111d StPO ist auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufrechtzuhalten. Kann ausgeschlossen werden, dass nach Abschluss des Insolvenzverfahrens ein Überschuss an den Schuldner bzw. an die Anteilseigner einer juristischen Person gem. § 199 InsO auszukehren ist, muss eine in dessen Vollziehung ausgebrachte Anordnung jedoch aufgehoben werden.

LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 15.01.2015 - 5/24 KLs 7580 Js 230342/12 (13/14), ZWH 2015, 86 = ZInsO 2015, 644

Ein dinglicher Arrest auf der Basis der § 111b Abs. 2 StPO i.V.m. § 111d StPO ist aufzuheben, wenn ausgeschlossen werden kann, dass nach Abschluss des Insolvenzverfahrens ein Überschuss an den Schuldner bzw. an die Anteilseigner einer juristischen Person gem. § 199 InsO auszukehren ist.

LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 12.12.2014 - 5/12 KLs 14/12, ZWH 2015, 84 = ZInsO 2015, 647

Zu den beiden Entscheidungen vgl. ausführlich Bittmann, ZWH 2015, 58. Allgemein zur strafprozessualen Rückgewinnungshilfe in der Insolvenz des Straftäters vgl. jüngst Markgraf/Schulenburg, KTS 2015, 1. S. außerdem die umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweise zu dieser Problematik in Wij 2015, 82.

3. §§ 170, 172 StPO - Klageerzwingungsverfahren einer gelöschten GmbH

Mit der Löschung im Handelsregister verliert die Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit und damit nach § 50 Abs. 1 ZPO auch ihre Fähigkeit, Partei eines Rechtsstreits zu sein. Das strafprozessuale Klageerzwingungsverfahren ist ihr daher regelmäßig nicht eröffnet.

Hanseatisches OLG, Beschluss vom 02.07.2014 – 1 Ws 64/14, wistra 2015, 80 = ZInsO 2015, 528.

II. Weitere Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

§§ 34, 37 BeamtStG, § 266 StGB – Dienstpflichtverletzung

Dem Grundbuchrechtspfleger kommt in der Zwangsverwaltung von Grundstücken eine verfahrensbeherrschende Stellung zu.

Die kostenlose nicht angezeigte Nutzung von Räumlichkeiten in dem Objekt der Zwangsverwaltung kann sich strafrechtlich als Vorteilsannahme und Untreue (§§ 266, 331 StGB) darstellen und disziplinarrechtlich als erheblicher Verstoß gegen beamtenrechtliche Dienstpflichten (§ 34 BeamtStG) die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis zur Folge haben.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 18.11.2014 - 10 L 3/14, ZInsO 2015, 697.

Der BGH hat in der vorangegangenen Revisionsentscheidung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten und jetzt aus dem Dienst entfernten Rechtspflegers hervorgehoben, dass diesem eine Vermögensbetreuungspflicht

iSd § 266 StGB gegenüber Gläubigern und Schuldner obliegt (BGH, Urteil vom 28.07.2011 – 4 StR 156/11, wistra 2011, 424 = ZWH 2011, 23 = ZInsO 2011, 1646; zu der Entscheidung s. Waßmer, NZWiSt 2012, 36).

Internationales

Schweiz

Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich; MLaw Riccarda Kummer, Grenchen; MLaw Reto Weilenmann, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Die Entscheide im vorliegenden Länderbericht befassen sich mit ganz grundsätzlichen Fragestellungen des materiellen Wirtschaftsstrafrechts und können vor diesem Hintergrund auch für die deutschen Leser von Interesse sein. Zunächst ein bereits älteres aber gleichwohl sehr erwähnenswertes Urteil des Bundesgerichts vom Juli 2014, in welchem sich das Gericht mit dem geltenden Unternehmensstrafrecht (Art. 102 StGB) auseinandersetzt. Ein bemerkenswerter Vorgang, ist doch die strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen trotz der seit mehr als zehn Jahren gesetzlich verankerten Unternehmensstrafbarkeit eine seltene Ausnahme. Weiter befasste sich das Bundesgericht im März 2015 mit der Einwilligungsfähigkeit in die ungetreue Geschäftsführung bei einer Einmanngesellschaft. Zuletzt führte die von den schweizerischen Banken neu verfolgte Weissgeldstrategie im Februar diesen Jahres zu einem Entscheid des Zürcher Obergerichts über die strafrechtliche Relevanz der Nichtausführung einer Zahlungsanweisung.

Die Gesetzgebung war in der Berichtsperiode vorwiegend von internationalen Entwicklungen geprägt. So führte die Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (kurz GAFI) u.a. zu Anpassungen im Strafgesetzbuch und im Geldwäschereigesetz, die per 1. Januar 2016 in Kraft treten werden und auf welche im Folgenden besonders eingegangen wird. Des Weiteren unterzeichnete der Bundesrat am 27. Mai 2015 das Abkommen mit der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen und verabschiedete am 5. Juni 2015 zwei Botschaften zum selben Thema. In innerschweizerischer Hinsicht ist besonders erwähnenswert, dass die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates die Vorlage betreffend die Privatbestechung einstimmig angenommen hat.

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

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

In früheren Länderberichten wurde bereits mehrfach über die Empfehlungen der GAFI aus dem Jahre 2012 und über deren Umsetzung in der Schweiz berichtet.¹ Der Bundesrat erliess am 13. Dezember 2013 einen Gesetzesentwurf, der im schweizerischen Parlament auf teils heftigen Widerstand stiess. Dabei wurden insbesondere die Revision des Geldwäschereitbestands sowie die Regelung der Zulässigkeit von Bargeldzahlungen über CHF 100'000.-- intensiv diskutiert. Erst nach Einsetzung einer Einigungskonferenz wurde das neue Bundesgesetz am 12. Dezember 2014 von beiden Räten angenommen. Die Referendumsfrist lief nun

¹ Vgl. Frank/Murmann, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, Wij 2015, S. 51 mit weiteren Hinweisen (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/320-laenderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>; zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

bis zum 2. April diesen Jahres und blieb ungenutzt. Die revidierten Gesetzesbestimmungen, welche in ihren Grundzügen nachfolgend dargestellt werden², treten definitiv am 1. Januar 2016 in Kraft.

a) Relevante Änderungen im StGB und im VStrR

Zunächst zum Geldwäschereitstatbestand, Art. 305^{bis} StGB. Dieser wird 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"). Die Norm lautet nun neu in ihrem ersten Absatz:

*1. Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auf-
findung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder
annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen
herrühren, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

Als qualifizierte Steuervergehen in diesem Sinne gelten Art. 186 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) und Art. 59 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), wenn – und das ist entscheidend – die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als CHF 300'000.– betragen. Beide Bestimmungen bedingen die Verwendung von gefälschten, verfälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden zum Zwecke der Steuerhinterziehung (sog. Steuerbetrug). Die neue Regelung stellt einen – man kann ruhig auch sagen: faulen – Kompromiss dar: qualifizierte Steuervergehen sind zwar nun Vortaten zur Geldwäscherei, jedoch weiterhin Vergehen und keine Verbrechen. Damit setzt sich der Gesetzgeber über den ursprünglich bewusst als explizite Tatbestandsvoraussetzung gewählten Begriff des „Verbrechens“ als Vortat hinweg und schafft Ausnahmeregelungen, welche eigentlich gerade nicht geschaffen werden sollten. Es scheint vor diesem Hintergrund nur eine Frage der Zeit, bis weitere Ausnahmetatbestände hinzukommen.

Neben der Änderung von Art. 305^{bis} StGB wird folgerichtig auch Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB und das darin enthaltene Melderecht des Finanzintermediärs³ an die MROS, die Meldestelle für Geldwäscherei, erweitert. Er darf dieser nunmehr auch dann Wahrnehmungen mitteilen, welche darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren.

Und auch im Verwaltungsstrafrecht kommt es zu Änderungen. Dies in Art. 14 Abs. 4 VStrR, einem Verbrechenstatbestand, dessen Anwendungsbereich erweitert wird, erfordert der qualifizierte Abgabebetrug in Zukunft weder eine gewerbliche noch eine bandenmässige Begehung.

b) Auswirkungen auf die Pflichten für Finanzintermediäre und Händler

Die strafrechtlichen Rechtsfolgen sind damit geklärt. Praktisch mindestens ebenso bedeutsam sind indes die damit einhergehenden Änderungen im Geldwäschereigesetz (GwG). Diejenigen Personen, welche dem Geldwäschereigesetz unterstellt sind, treffen nunmehr nämlich eine Vielzahl an Pflichten. Dies sind, wie sich zeigen wird, nicht mehr nur Finanzintermediäre. Zunächst aber zu diesen und deren Abklärungs- und Meldepflichten.

aa) Auswirkungen auf Finanzintermediäre

Zunächst wurde die grundlegende Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 4 nGwG revidiert. Neu muss diese nicht nur bei Zweifeln, sondern immer festgestellt werden, wie dies bisher schon in der Praxis üblich war (eine Ausnahme gilt bei börsenkotierten Gesellschaften).

Weiter wurden die – nun neu so bezeichneten – „besonderen Sorgfaltspflichten“ der Finanzintermediäre in Art. 6 nGwG erweitert. Dies zum einen in der Weise, dass in dessen Abs. 1

² Vgl. dazu auch ausführlich *Kunz*, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 – Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in *Jusletter* v. 23. Februar 2015 und *Lutz/Kern*, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, *SJZ* 2015, S. 301ff.

³ Ein Begriff, der im deutschen Recht unbekannt ist, und diejenigen Personen meint, welche berufsmässig mit fremden Vermögenswerten arbeiten. Zur Legaldefinition vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG (abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970427/index.html>; zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

neue Abklärungsbereiche hinzugefügt wurde. Diese richten sich nach dem Risiko, das die Vertragspartei darstellt. Dies betrifft die Hierarchiestufe, auf welcher der Entscheid, eine Geschäftsbeziehung einzugehen oder weiterzuführen, getroffen werden muss, sowie die Periodizität von Kontrollen.

Weiter wurden in Art. 6 Abs. 2 nGwG zusätzliche Situationen eingefügt, bei welchen der Finanzintermediär die Hintergründe und den Zweck einer Transaktion oder eine Geschäftsbeziehung abklären muss:

- Wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB herrühren;
- Wenn die Daten einer Vertragspartei, einer wirtschaftlich berechtigten oder einer zeichnungsberechtigten Person einer Geschäftsbeziehung oder Transaktion mit den Daten über terroristische Aktivitäten, welche dem Finanzintermediär gemäss Art. 22a nGwG übermittelt wurden, übereinstimmen oder sehr ähnlich sind.

Auch die Meldepflichten des Art. 9 nGwG wurden analog zur Erweiterung der besonderen Sorgfaltspflichten angepasst. Ein Finanzintermediär muss zukünftig auch dann Meldung an die MROS machen, wenn er von einem Steuerbetrug weiss oder einen diesbezüglichen, begründeten Verdacht hat. Solches Wissen oder ein derartiger Verdacht sind in der Praxis aber wohl selten zu bejahen. Denn zum einem dürfte es dem Finanzintermediär schwer bis unmöglich sein, die Verwendung unwahrer oder auch gefälschter Urkunden zu erkennen. Zum anderen dürfte auch die Berechnung der Höhe der mutmasslich hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode, also das Überschreiten der Schwelle von CHF 300'000.-- Schwierigkeiten bereiten, sofern der Kunde nicht bekanntermassen über sehr grosses Einkommen und dementsprechendes Vermögen verfügt. Denn er müsste eigentlich über die vollständige Einkommens- und Vermögenssituation im Bilde sein. Dies ist wohl auch der Grund, warum eine solche Meldung neu nicht mehr in jedem Fall zu Sperrung der betroffenen Vermögenswerte führen muss. Grundsätzlich erfolgt die Vermögenssperre erst dann, wenn die MROS nach Prüfung der Meldung dem Finanzintermediär innert zwanzig Arbeitstagen mitteilt, dass sie die Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet.

Darüber hinaus hat sich der Katalog der politisch exponierten Personen, der PEPs, erweitert. Auch dies wird zu einem Mehraufwand führen. Gemäss dem neuen Gesetz gelten nicht nur Machthaber im Ausland, sondern auch Personen in der Schweiz als PEP, beispielsweise Mitglieder der Eidgenössischen Räte.

bb) Auswirkungen auf Händlerinnen und Händler

Neben diesen Pflichten für Finanzintermediäre gilt das GwG und die darin verankerten Pflichten neu nunmehr aber auch für Händlerinnen und Händler. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Titel im Geldwäschereigesetz geändert wird: neu heisst es nur noch „Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung“ – der Zusatz „im Finanzsektor“ wurde ersatzlos gestrichen.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Personen denn als Händlerinnen und Händler in diesem Sinne zu qualifizieren sind. Das sind natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld entgegennehmen (Art. 2 Abs. 1 lit. b nGwG). Erfasst werden sollten damit wohl insbesondere Immobilien-, Kunst- und Edelmetallhändler.

Diese Händler und Händlerinnen sind zwar keine Finanzintermediäre, sie dürfen Handelsgeschäfte mit Barzahlungen über CHF 100'000.-- aber entweder nur noch über die dem Geldwäschereigesetz unterstellten Finanzintermediäre abwickeln (Art. 8a Abs. 4 nGwG) oder aber sie müssen Sorgfaltspflichten einhalten, welche jenen von Finanzintermediären sehr ähnlich sind. Diese Pflichten sind gem. Art. 8a Abs. 1 nGwG:

- Identifizierung der Vertragspartei
- Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person
- Dokumentationspflicht

Darüber hinaus müssen sie die Hintergründe und den Zweck eines Geschäfts abklären, wenn:

- es ungewöhnlich erscheint, es sein denn, seine Rechtmässigkeit ist erkennbar; oder
- Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren.

Auch die Händlerinnen und Händler treffen die Meldepflichten (Art. 9 Abs. 1^{bis} nGwG), welche für Finanzintermediäre gelten – auch wenn dies der Gesetzestext nicht explizit vorsieht, sollte dies freilich nur bei Barzahlungen über CHF 100'000.-- gelten. Kommen die Händler ihrer Meldepflicht nicht nach, muss die Revisionsstelle gemäss Art. 15 Abs. 5 nGwG unverzüglich Meldung bei der MROS erstatten.

Natürlich kann und muss man diese Erweiterung, die dem Zuschnitt des Geldwäschereigesetzes auf den Finanzsektor zuwider läuft, kritisieren. Eines darf gleichwohl nicht unbeachtet bleiben: Für Unternehmen, welche in geldwäschereisensiblen Gebieten tätig sind (zB im Immobiliensektor etc.), galten derartige Prüfpflichten auch schon vor der Änderung des Geldwäschereigesetzes. Dies nämlich dann, wenn sie sich nicht über Art. 102 Abs. 2 StGB der Gefahr einer unternehmensstrafrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen wollten.

2. Bilaterales Abkommen zwischen der Schweiz und der EU

Der Bundesrat hat am 27. Mai 2015 das Abkommen mit der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen unterzeichnet und die Vernehmlassung dazu eröffnet, welche am 17. September 2015 endet.⁴ Die Schweiz und die 28 EU-Mitgliedstaaten beabsichtigen, ab 2017 Kontodaten zu erheben und ab 2018 auszutauschen. Banken sollen ihren nationalen Behörden die Kontonummer, Name, Adresse und Geburtsdatum des Anlegers, Zinsen, Dividenden, Einnahmen aus bestimmten Versicherungsverträgen, Kontoguthaben und Erlöse aus der Veräusserung von Finanzvermögen übermitteln. Die nationalen Behörden werden die Informationen dann automatisch an die Behörden der Herkunftsländer weiterleiten. Das schweizerische Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) ist bereits heute durch die Gutheissung zahlreicher Amtshilfesuche ausgehöhlt – ab 2018 gehört es damit aber endgültig der Vergangenheit an.

3. Botschaften zu den gesetzlichen Grundlagen für den automatischen Informationsaustausch

Am 5. Juni 2015 verabschiedete der Bundesrat zwei Botschaften zum automatischen Informationsaustausch zuhanden des Parlaments: zum einen die Botschaft über das multilaterale Übereinkommen des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen⁵, zum anderen die Botschaft über die für die Umsetzung des Standards für den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA) erforderlichen Gesetzesgrundlagen⁶.

Die Schweiz hat am 15. Oktober 2013 das Übereinkommen des Europarats und der OECD über die Amtshilfe in Steuersachen unterzeichnet. Das Übereinkommen sieht drei Formen des Informationsaustauschs vor: auf Ersuchen, spontan und automatisch. Der Bundesrat sieht vor, durch Änderungen im Steueramtshilfegesetz, den Informationsaustausch auf Ersuchen und den spontanen Austausch von Informationen, die voraussichtlich für die ausländische Behörde interessant sind, einzuführen. Die zweite Botschaft betrifft die Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (Multilateral Competent Authority Agreement, MCAA), die am 19. November 2014 von der Schweiz unterzeichnet wurde. Damit die Bestimmungen dieser Vereinbarung sowie diejenigen des globalen Standards für den automatischen Informationsaustausch angewendet werden können, braucht es ein entsprechendes Bundesgesetz. Das neue Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Gesetz) enthält Bestimmungen über die Organisation, das Verfahren, die Rechtswege sowie die anwendbaren Strafbestimmungen. Erwähnenswert ist, dass bestehende Konten natürlicher Personen ab Beginn der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustausches mit einem Partnerstaat innerhalb von ein bzw. zwei Jahren (bei

⁴ Medienmitteilung des Bundesrates mit Links zum Abkommen und erläuterndem Bericht abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57397> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

⁵ Abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39746.pdf> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

⁶ Abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39761.pdf> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

mehr als 1 Mio. CHF) und Konten juristischer Personen innerhalb von zwei Jahren überprüft werden müssen. Unter gewissen Bedingungen kann auf eine Selbstauskunft des Kunden abgestellt werden, wobei der Kunde Änderungen von sich aus mitteilen muss und für falsche Auskünfte bzw. für die Verletzung der Mitteilungspflicht mit einer Busse bis zu CHF 10'000.-- bestraft werden kann.

Die Vernehmlassungen zu den beiden Vorlagen wurden abgeschlossen und die Eidgenössischen Räte werden die Beratungen zu den Vorlagen im Herbst 2015 aufnehmen. Selbst wenn das Referendum ergriffen wird, könnten die gesetzlichen Grundlagen somit Anfang des Jahres 2017 in Kraft treten, und der erste Informationsaustausch mit den Partnerstaaten im Jahre 2018 erfolgen.

4. Privatbestechung

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates hat die Vorlage betreffend die Privatbestechung (Art. 322^{octies} und 322^{novies} nStGB) einstimmig angenommen.⁷ Entgegen dem Vorschlag des Bundesrats will die Mehrheit der Kommission bei der Privatbestechung indes in leichten Fällen keine Verfolgung von Amtes wegen.

Mit 6 zu 6 Stimmen und Stichentscheid des Präsidenten hat die Kommission entschieden, dass bei der Bestechung Privater der Täter nur auf Antrag verfolgt wird, wenn durch die Tat keine öffentlichen Interessen verletzt oder gefährdet sind. Die Minderheit will die Lösung des Bundesrats, die im Unterscheid zur geltenden Regelung bei allen Fällen der Privatbestechung die Verfolgung von Amtes wegen vorsieht. Angenommen wurde auch ein Antrag, wonach im Geschäftsleben übliche Vorteile keinen nicht gebührenden Vorteil darstellen sollen. Abgelehnt wurde hingegen ein Antrag, welcher Vorteile von der Strafbarkeit ausnehmen will, die den Gläubiger bei der Eintreibung einer bestehenden Forderung im Ausland unterstützten. Mit 5 zu 5 Stimmen und Stichentscheid des Präsidenten lehnte die Kommission schliesslich einen Antrag ab, welcher bei schweren Fällen der Privatbestechung (Vorteil von mehr als 10'000.-- Franken) die Strafandrohung über den Vorschlag des Bundesrates hinaus erhöhen will (Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren).

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts 6B_7/2014 vom 21. Juli 2014⁸ (Verjährungsbeginn der subsidiären Unternehmenshaftung gem. Art. 102 Abs. 1 StGB)

a) Sachverhalt

A war Gewerkschaftsführer des Unternehmens B (Tochterfirma des international tätigen Unternehmens N) in Kolumbien. Zwischen dem 10. und 11. September 2005 wurde A von Angehörigen der kolumbianischen Paramilitärs entführt und getötet. Im März 2012 erhob die Witwe X in der Schweiz Strafklage gegen fünf Personen, welche zum Tatzeitpunkt alle Kaderpositionen im Unternehmen N bekleideten. Im Wesentlichen machte X geltend, die Vorgenannten hätten nichts unternommen, um den Tod von A zu verhindern, weshalb sie sich der fahrlässigen Tötung strafbar gemacht haben. Subsidiär sei das Unternehmen N gem. Art. 102 Abs. 1 StGB ins Recht zu fassen und zu einer Geldbusse zu verurteilen. Die Staatsanwaltschaft erliess einen Nichteintretensentscheid, da der Vorwurf der fahrlässigen Tötung bereits verjährt sei. Gegen diese Verfügung erhob X Beschwerde, welche vom Kantonsgericht abgewiesen wurde. Gegen diesen Entscheid gelangte X an das Bundesgericht.

b) Urteil

Das Bundesgericht warf zunächst die Frage auf, ob X überhaupt legitimiert sei, sich auf Art. 102 Abs. 1 StGB zu berufen. Dies wäre aus Sicht des Gerichts eventuell zu bejahen, wenn man die fragliche Bestimmung als Zurechnungsnorm verstehen würde. Die Legitimation sei hingegen ernsthaft zu bezweifeln, wenn die Norm als eigenständiger Straftatbestand (Ver-

⁷ Medienmitteilung RK-S, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/D/mm/2015/Seiten/mm-rk-s-2015-04-24.aspx> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015). Vgl. dazu bereits *Frank/Kottmann*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 2014, S. 160f. (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/277-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>; zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

⁸ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140721_6B_7-2014.html (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

gehen oder Übertretung) qualifiziert werde, wobei das geschützte Rechtsgut die Rechtspflege darstellt. In casu konnte diese Frage nach Ansicht des Bundesgerichts jedoch offen gelassen werden (E. 1.2).

Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB werden dem Unternehmen Verbrechen oder Vergehen zugerechnet, welche in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen werden und aufgrund mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden können.

Die Vorinstanz war der Auffassung, dass die Verjährung der Anlasstat in jedem Fall eine subsidiäre Verantwortlichkeit des Unternehmens ausschliesse. Die Unmöglichkeit, die Straftat einer natürlichen Person zuzurechnen, sei nicht auf einen Organisationsmangel des Unternehmens zurückzuführen, sondern Folge der eingetretenen Verjährung. Zu diesem Resultat gelange man unabhängig davon, welche Lehrmeinung zur Anwendung gelange (E. 3.2). Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass die Frage nach der Verjährung dieser Bestimmung in der Lehre äusserst kontrovers diskutiert wird. Die Antwort bestimme sich nach der Rechtsnatur von Art. 102 Abs. 1 StGB, welche jedoch selbst umstritten sei (E. 3.4). In der Folge setzte sich das Bundesgericht ausführlich mit den vorherrschenden Lehrmeinungen auseinander und führt aus:

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass es sich bei Art. 102 Abs. 1 StGB um eine klassische Zurechnungsnorm handelt (z.B. Niklaus Schmid, *Strafbarkeit des Unternehmens: Die Prozessuale Seite*, Recht 2003 S. 201 ff.; Alain Macaluso, *La responsabilité pénale de l'entreprise*, 2004, N 508 ff., S. 90 f.; Gunther Arzt, *Die kommende Strafbarkeit der Bank als juristischer Person*, in *Banken und Bankrecht im Wandel*, 2004, S. 82). Ein anderer Teil der Lehre wiederum qualifiziert die Norm als Straftatbestand *sui generis*, der entweder als Teilnahmetatbestand oder aber als Mischbestimmung (Sanktionsnorm und Zurechnungsbestimmung) verstanden wird (z.B. Matthias Forster, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, 2006, S. 73 f.; vgl. auch die zitierten Meinungen in Niggli/Gfeller, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3. A. 2013, Art. 102 StGB N 19). Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Verjährung gemäss dem Verständnis dieser Auffassungen logischerweise nach der Anlasstat richten müsse (E. 3.4.1).

Eine dritte Ansicht sieht in Art. 102 Abs. 1 StGB dagegen eine eigene Strafbestimmung für Unternehmen, wobei die Anlasstat als objektives Tatbestandsmerkmal verstanden wird. Der Straftatbestand liegt im Organisationsdefizit, welches zur Folge hat, dass entweder der Verantwortliche für die Anlasstat überhaupt erst gar nicht bestimmt werden kann oder keine natürliche Person alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anlasstat erfüllt (mit Hinweis auf weitere Autoren: Niggli/Gfeller, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3. A. 2013, Art. 102 StGB N 18 ff.; Stefan Trechsel et al., *Praxiskommentar*, 2. A. 2013, Art. 102 StGB N 7b). Das strafbare Verhalten besteht im Unterlassen des Unternehmens die notwendigen organisatorischen Massnahmen zu ergreifen, um eine Zurechnungsunmöglichkeit zu verhindern. Diese Auffassung geht schliesslich davon aus, dass es sich um ein Dauerdelikt handelt, wobei der Verjährungslauf im Zeitpunkt beginnt, in welchem das Organisationsdefizit beseitigt wird (Niggli/Gfeller, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3. A. 2013, Art. 102 StGB N 47; Matthias Heiniger, *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB*, 2011, N 317 S. 128; a.M. Stefan Trechsel et al., *Praxiskommentar*, 2. A. 2013, Art. 102 StGB N 7c). Die Autoren vertreten ausserdem, dass die Verjährung der Anlasstat die Strafbarkeit des Unternehmens ausschliesst, da die Zurechnungsunmöglichkeit nicht mehr durch das Organisationsdefizit verursacht wird. Gemäss Bundesgericht verkennt die Autorenschaft, dass der Gesetzgeber die Anwendbarkeit von Art. 102 Abs. 1 StGB von drei kumulativen Voraussetzungen abhängig macht: der Ausübung einer Anlasstat, der (Prä-)Existenz eines Organisationsdefizits und der Tatsache, dass der Organisationsmangel verhindert, dass die Anlasstat einer natürlichen Person zugerechnet werden kann. Das geschützte Rechtsgut der Norm ist das einwandfreie Funktionieren der Justiz, weshalb das Organisationsdefizit nur insoweit massgebend ist, als dass es auch tatsächlich zu Beweisproblemen führt, welche die Zurechnungsunmöglichkeit zur Folge haben. Dieser Aspekt muss massgeblich mitberücksichtigt werden für die Behandlung der Verjährungsfrage. Da das Organisationsdefizit im Resultat zur Zurechnungsunmöglichkeit führen muss, kann Art. 102 Abs. 1 StGB gemäss Bundesgericht eben gerade nicht als Dauerdelikt angesehen werden. Vielmehr handelt es sich um ein Zustandsdelikt dessen Verjährung im Zeitpunkt beginnt, in welchem alle Voraussetzungen erfüllt sind (E. 3.4.3).

Das Bundesgericht statuiert schliesslich, dass die Verjährung spätestens am Tag der Begehung der Anlasstat beginne. Dies selbst dann, wenn man der Ansicht, dass die subsidiäre Verantwortung des Unternehmens bei Verjährung der Anlasstat generell ausgeschlossen sei, nicht folge. Vorbehaltlich der Frage nach der Dauer der Verjährung gelangt das Bundesgericht somit zum selben Ergebnis, wie die Lehrmeinungen, welche Art. 102 Abs. 1 StGB als Zurechnungstatbestand bzw. Mischbestimmung verstehen (E. 3.4.4).

Die Beschwerde von X wurde deswegen abgewiesen.

c) Bemerkung

Der Entscheid zeigt auf, dass die Rechtsnatur von Art. 102 Abs. 1 StGB in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft äusserst uneinheitlich verstanden wird. In der konkreten Fallkonstellation führten die verschiedenen Ansichten indes alle zum selben Ergebnis: es liess sich nichts zu Gunsten von X ableiten, eine Strafbarkeit des Unternehmens N gemäss Art. 102 Abs. 1 ist verjährt.

Das Bundesgericht beschränkte sich interessanterweise lediglich auf die Festlegung des Beginns der Verjährung ohne sich jedoch konkret zur Dauer derselben zu äussern. Dies würde nämlich eine genauere Qualifizierung von Art. 102 Abs. 1 StGB erfordern, knüpft doch u.a. die Dauer der Verjährung an die Dreiteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen an. Doch bereits dieser Aspekt ist in der Lehre umstritten und auch das Bundesgericht lässt diese Frage bewusst offen. Diese Verhaltenheit lässt sich wohl darauf zurückführen, dass das Bundesgericht vorliegend einen staatsanwaltschaftlichen Nichteintretensentscheid zu beurteilen hatte, der im Ermessen der Behörden liegt, wobei das Bundesgericht nur äusserst zurückhaltend korrigierend eingreift. Es stellt sich die Frage, ob im Falle einer inhaltlichen Überprüfung das Bundesgericht nicht konkreter zur Einordnungsproblematik von Art. 102 Abs. 1 StGB Stellung nehmen müsste. Diese bleibenden Unklarheiten haben möglicherweise auch dazu beigetragen, dass der Entscheid trotz seiner Relevanz für das Unternehmensstrafrecht nicht amtlich publiziert wurde.⁹

2. Entscheid des Bundesgerichts 6B_20/2015 vom 16. März 2015¹⁰ (Einwilligungsfähigkeit in die ungetreue Geschäftsführung bei einer Einmanngesellschaft)

a) Sachverhalt

Der Beschuldigte war alleiniger Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft hatte einen einzigen Aktionär (nachfolgend Alleinaktionär), der gleichzeitig Direktor der Aktiengesellschaft war. Der Beschuldigte hatte in der Bilanz der Aktiengesellschaft per 31. Dezember 2001, welche pflichtwidrig erst am 25. Juni 2003 erstellt wurde, eine Forderung nicht vollständig wertberichtigt und zudem in der Bilanz per 31. Dezember 2002 eine angebliche Schadenersatzforderung aktiviert und anschliessend nicht vollständig wertberichtigt. Aufgrund dieser Buchungen war die Überschuldung weder in der Bilanz per 31. Dezember 2001 noch in der Bilanz per 31. Dezember 2002 ersichtlich und der Konkurs über die Gesellschaft wurde erst am 23. September 2004 eröffnet. In der Zwischenzeit fielen als einzige Ausgaben die Löhne des Alleinaktionärs und des Beschuldigten an.

Der Beschuldigte wurde vom Kantonsgericht Schaffhausen wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung in Form des Treuebruchtatbestandes (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) und der mehrfachen Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt. Hiergegen führte der Beschuldigte Beschwerde und verlangte, dass man ihn vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung freispricht. Er argumentierte, dass der Alleinaktionär von den Auslagen zu Lasten der Aktiengesellschaften jederzeit Kenntnis gehabt habe, die Aktiengesellschaft und der Alleinaktionär eine wirtschaftliche Identität bilden würden – weshalb eine rechtsgültige Einwilligung vorliege – und Art. 158 StGB nicht die Interessen der Gläubiger schützen würde.

⁹ Auch *Macaluso/Gabarski* äussern sich erstaunt, dass der Entscheid nicht zur Publikation vorgesehen war (vgl. *dieslb.*, Nr. 56 Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre Ministère public central du canton de Vaud – 6B_7/2014, forumpoenale 6/2014 S. 322, S. 324).

¹⁰ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150316_6B_20-2015.html (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde des Beschuldigten ab. Es hielt fest, dass der Beschuldigte als einziger Verwaltungsrat für die Vermögensverwaltung bzw. die Aufsicht über die Vermögensverwaltung zuständig war und qualifizierte diesen daher als Geschäftsführer i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB. Die Einwilligung des Alleinaktionärs in eine Schädigungshandlung sei irrelevant, da auch eine Einpersonen-AG ein eigenständiges Rechtssubjekt sei. Für Handlungen der Gesellschaftsorgane hafte gegenüber Dritten grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen, weshalb das Aktienrecht diverse zwingende Bestimmungen enthalte, die das Gesellschaftsvermögen schützen würden. Verletzte der Geschäftsführer diese Bestimmungen und werde dadurch das Gesellschaftsvermögen geschädigt, handle er pflichtwidrig und erfülle somit den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung. Die Interessen der Gläubiger würden folglich nicht nur durch die Konkursdelikte, sondern auch durch Art. 158 StGB geschützt.

Das Bundesgericht begrenzt die Anwendbarkeit von Art. 158 StGB zum Schutz der Gläubiger aber insoweit, als eine Vermögensdisposition im Lichte von Art. 158 StGB nur dann relevant sei, wenn sie das Reinvermögen der Aktiengesellschaft im Umfang des Aktienkapitals und der gebundenen (gesetzlichen) Reserven betreffe.

c) Bemerkung

Das Bundesgericht bestätigte die in BGE 117 IV 259¹¹ entwickelte Rechtsprechung, wonach der Geschäftsführer aufgrund aktienrechtlicher Bestimmungen gehalten ist, das Vermögen der Gesellschaft in einem gewissen Grad zu erhalten. Der mittelbare Schaden der Gläubiger ist zwar kein i.S.v. Art. 158 StGB relevanter Vermögensschaden, das Bundesgericht entschied aber, dass auf den Schaden der Aktiengesellschaft abgestellt werden kann und dass eine Einwilligung des Alleinaktionärs in eine Handlung, die gegen aktienrechtliche Kapitalschutzbestimmungen verstösst, irrelevant ist, sofern das Gesellschaftsvermögen, das sich aus dem Aktienkapital und den gebundenen Reserven zusammensetzt, betroffen ist. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Solche Handlungen sind zwar pflichtwidrig, eine Einwilligung aller Aktionäre, welche das Willensbildungsorgan der geschädigten Aktiengesellschaft bilden, muss aber rechtfertigend sein. Art. 158 Ziff. 1 StGB bezweckt den Schutz des Treueverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn. Liegt eine Einwilligung des Geschäftsherrn vor, handelt der Geschäftsführer nicht treuwidrig. Ein Treueverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gläubigern des Geschäftsherrn besteht nicht, deren Interessen werden durch die Konkursdelikte geschützt, weshalb sich eine Einschränkung der Einwilligungsfähigkeit bezüglich Art. 158 Ziff. 1 StGB nicht rechtfertigt.¹²

3. Entscheid des Obergerichts Zürich vom 2. Februar 2015 UE140091¹³ (Strafrechtliche Relevanz der Nichtausführung einer Zahlungsanweisung)**a) Sachverhalt**

Ein Kunde wies seine Bank an, sein Kontoguthaben auf ein auf ihn lautendes Konto bei einer russischen Bank zu überweisen. Die Bank machte hierfür zur Bedingung, dass der Bankkunde einen US-Steueranwalt beizieht, der bestätigt, dass er in den USA nicht steuerpflichtig ist bzw. seinen Steuerpflichten nachgekommen ist. Da der Bankkunde eine solche Bestätigung nicht beibrachte, weigerte sich die Bank, die Überweisung durchzuführen, worauf der Bankkunde Anzeige gegen unbekanntes Bankmitarbeiter wegen Nötigung (Art. 181 StGB) einreichte.

Die zuständige Staatsanwaltschaft erliess eine Nichtanhandnahmeverfügung, gegen welche der Bankkunde Beschwerde führte. Er machte geltend, dass sowohl die Nichtausgabe seiner Gelder gegen seinen Willen, als auch die Aufforderung, einen US-Steueranwalt beizuziehen, eine Nötigung darstellen würden.

¹¹ Abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4117259.html> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

¹² Vgl. zum Ganzen die Urteilsbesprechung von Graf, Einmangengesellschaften und ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Jusletter v. 20. April 2015.

¹³ Abrufbar unter: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/UE140091-06.pdf (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

b) Urteil

Die Beschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Zürich abgewiesen. Es erwog zwar, dass keine öffentlich-rechtlichen Bestimmungen in Kraft seien, die eine Sperrung der Gelder rechtfertigen würden, folgte aber dem Argument des Rechtsvertreters des unbekanntes Bankmitarbeiters, dass sich die Bank gemäss ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Pfand- und Verrechnungsrecht ausbedungen habe und dass die Bank aus einer ihr allenfalls auferlegten Busse des amerikanischen Justizdepartements eine Forderung gegen den Bankkunden habe, da dieser ihr gegenüber unwahre Angaben über seinen Aufenthalt und Wohnsitz sowie seine Steuerpflicht in den USA gemacht habe. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein vertraglich vereinbartes Pfandrecht an einer Sache die Strafbarkeit der Nichterausgabe der Sache ausschliesst (BGE 115 IV 207, E. 2b), kam das Obergericht zum Schluss, dass bereits die Möglichkeit des Bestehens einer Gegenforderung den Tatbestand der Nötigung ausschliesst.

c) Bemerkung

Der Entscheid des Obergerichts erging in einer rechtlich angespannten Situation. Der Steuerstreit zwischen der Schweiz bzw. den Schweizer Banken und den USA und anderen Ländern hat dazu geführt, dass Schweizer Banken sicherstellen wollen, dass man ihnen keinen Vorwurf machen kann, dass sie Personen bei der Hinterziehung von Steuern unterstützt würden. Aus diesem Grund verlangen Banken von ihren Kunden, ohne dass hierfür eine gültige gesetzliche Grundlage bestehen würde, den Nachweis der Steuerehrlichkeit. Erbringt der Kunde den Beweis hierfür nicht, wird die Kundenbeziehung aufgelöst und zudem weigern sich die Banken, gewisse Zahlungsanweisungen zu befolgen.

Das Obergericht hat nun zwar nicht darüber entschieden, ob der mit der Verweigerung der Zahlungsanweisung verfolgte Zweck, das Mittel oder die Zweck-Mittel-Relation per se rechtmässig ist¹⁴, was von der Staatsanwaltschaft bejaht wurde, sondern nur, dass Kontosperrungen gerechtfertigt sind, sofern sich die Bank auf eine vertragliche Vereinbarung berufen und behaupten kann, gegen den Kunden eine Forderung aus einer ihr auferlegten bzw. drohenden Busse zu haben.¹⁵

Abschliessend ist auf die oben vorgestellten Änderungen im Geldwäschereigesetz hinzuweisen¹⁶, wobei sich auch in den neuen Bestimmungen keine Norm findet, welche Finanzintermediäre zur eigenmächtigen Anordnung einer Vermögenssperre wegen Steuerdelikten berechtigen würde.

¹⁴ Zur positiven Begründung der Rechtswidrigkeit der Nötigung vgl. BGE 137 IV 326, E. 3.3.1. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4137326.html> (zuletzt besucht am 6. Juli 2015).

¹⁵ Vgl. zum Ganzen die Urteilsbesprechung von *Baumann/Stengel*, Kontosperrung durch die Bank bei Verdacht auf Steuerdelikt im Ausland, in: Jusletter v. 11. Mai 2015.

¹⁶ Vgl. dazu bereits ausführlich oben II. 1. (Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière).

Österreich

Rechtsanwalt MMag. Dr. Andreas Pollak

Strafrechtsreform in Österreich

Das österreichische Strafgesetzbuch 1975 (öStGB) steht vor umfassenden Änderungen. Basierend auf den Empfehlungen einer im Februar 2013 vom Bundesministerium für Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe wurde im März diesen Jahres ein Ministerialentwurf¹ des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015², eine Novelle des Strafgesetzbuches vorgelegt. Auf Basis dieses Ministerialentwurfs wurde von der Bundesregierung am 16. Juni 2015 die Regierungsvorlage des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015³ beschlossen. Geplantes Datum des Inkrafttretens ist der 01.01.2016.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind zahlreich und nicht nur auf Bestimmungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz beschränkt. So sollen etwa die Körperverletzungsdelikte im Bereich der Fahrlässigkeit weitreichend neu gestaltet werden. Medial mit besonderer Aufmerksamkeit wird die Erweiterung des Tatbestands der Sexuellen Belästigung und öffentlichen geschlechtlichen Handlung (§ 218 öStGB)⁴ diskutiert. Ferner wurde der Ministerialentwurf von Abgeordneten des Nationalrates der beiden Regierungsparteien zum Anlass genommen, einen Initiativantrag⁵ zur Änderung der Untreue einzubringen.

Aus wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht scheinen die nachfolgend angeführten Neuerungen besonders wichtig:

I. Erhöhung der Wertgrenzen von 3.000 € auf 5.000 € und von 50.000 € auf 300.000 €

Die österreichischen Vermögensdelikte sehen im Wesentlichen zwei fixe Wertgrenzen vor, bei deren Überschreitung ein höherer Strafsatz zur Anwendung gelangt. Andere Wertqualifikationen, wie etwa der Vermögensverlust großen Ausmaßes wie bei schweren Betrug nach § 263 Abs 3 Z 2 des deutschen Strafgesetzbuches („dStGB“) vorgesehen, bestehen im Bereich der Vermögensdelikte des öStGB nicht. Die erste Wertgrenze liegt derzeit bei 3.000 € und ist in der Regel mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe verknüpft. Die zweite Wertgrenze liegt aktuell in den meisten Fällen bei 50.000 €. Wird diese zweite Wertgrenze überschritten, droht in der Regel eine bis zu zehnjährige Freiheitsstrafe.

Diese Wertgrenzen wurden seit über zehn Jahren nicht geändert. Das Bundesministerium für Justiz ist nunmehr bestrebt, durch eine substantielle Erhöhung der Wertgrenzen eine deutliche Reduktion der in der Praxis anzuwendenden Strafdrohungen zu erreichen. Daher wird in der Regierungsvorlage die Erhöhung der ersten Wertgrenze auf 5.000 € und der zweiten auf 300.000 € vorgeschlagen.⁶ Die Erhöhung der ersten Wertgrenze auf 5.000 € entspricht dem Vorschlag der Arbeitsgruppe und dem Ministerialentwurf. Die zweite Wertgrenze sollte laut Ministerialentwurf noch auf 500.000 € erhöht werden, wohingegen die Regierungsvorlage nunmehr eine Erhöhung auf 300.000 € vorsieht. Die im Ministerialentwurf vorgeschlagene Erhöhung war von zahlreichen Seiten als überschießend kritisiert worden,⁷ weshalb der nunmehrige Betrag von 300.000 € offenbar die politisch durchsetzbare Kompromisslösung darstellt und auch dem ursprünglichen Vorschlag der Arbeitsgruppe⁸ entspricht.

Die Erhöhung der Wertgrenzen wurde in die vom Nationalrat beschlossene Fassung übernommen

¹ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden, 98/ME 25. GP.

² Die Strafrechtsreform wurde kurz vor dem Erscheinen der aktuellen Ausgabe der Wij im österreichischen Nationalrat beschlossen, weshalb eine umfassende Einarbeitung nicht mehr möglich war. Die beschlossene Fassung entspricht weitgehend der hier dargestellten Regierungsvorlage.

³ 689 BlgNR 25. GP.

⁴ In den Medien häufig als „Po-Grapsch Paragraph“ titliert, so etwa Kurier vom 03.04.2015 und Die Presse vom 12.06.2015.

⁵ IA 1110/A 25. GP.

⁶ Die Erhöhung der Wertgrenzen wurde in die vom Nationalrat beschlossene Fassung übernommen.

⁷ So etwa 167/SN-98/ME 25. GP 5 (Arbeiterkammer); 172/SN-98/ME 25. GP 2 (Oberstaatsanwaltschaft Wien); 117/SN-98/ME 25. GP, 5 (Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption).

⁸ III 104 BlgNR 25. GP, 5.

Nicht angepasst werden hingegen die Wertgrenzen bei Korruptionsdelikten und Umweltdelikten, die somit bei 3.000 € bzw. 50.000 € verbleiben. Ab einem Wert von über 50.000 € des dem Amtsträger zukommenden Vorteils besteht bei den Korruptionsdelikten daher weiterhin, je nach Delikt, eine Strafdrohung von bis zu fünf bzw. zehn Jahren Freiheitsstrafe.

Neben einer Reduktion der Strafdrohungen wird die vorgeschlagene Erhöhung der Wertgrenzen auch zu einer deutlichen Verschiebung der gerichtlichen Zuständigkeiten bei Vermögensdelikten führen. Die österreichische Strafprozessordnung 1975 („öStPO“) sieht als erstinstanzliche Gerichte in Strafsachen die Bezirksgerichte und Landesgerichte vor. Die bezirksgerichtliche Zuständigkeit besteht im Wesentlichen für strafbare Handlungen, die mit nicht mehr als bis zu einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind (§ 30 öStPO). In den übrigen Fällen ist das Landesgericht für das Hauptverfahren zuständig. Dieses entscheidet in Form von Einzelrichtern bei Straftaten mit bis zu fünfjähriger Strafdrohung und in Form von Schöffensenaten bei Vermögensdelikten, wenn die Strafdrohung fünf Jahre übersteigt. Vor allem durch die Erhöhung der zweiten Wertgrenze auf 300.000 € ist eine erhebliche Verschiebung des Anfalls weg von den Schöffensenaten, hin zu den Einzelrichtern der Landesgerichte zu erwarten.⁹

Aus Verteidigersicht besonders erwähnenswert sind die damit einhergehenden Veränderungen im Rechtsmittelverfahren. Denn anders als gegen Urteile von Schöffensenaten kann gegen bezirksgerichtliche Urteile und einzelrichterliche Urteile des Landesgerichtes auch die Berufung wegen der Schuld ergriffen und somit auch die Beweiswürdigung umfassend bekämpft werden. Fällt das Landesgericht hingegen das Urteil durch einen Schöffensenat, ist das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes erforderlich. Durch die Reduktion der Zuständigkeit des Schöffensenates zugunsten der Einzelrichter wird es daher zukünftig möglich werden, die richterliche Beweiswürdigung bei einer größeren Anzahl an Urteilen wegen Vermögensdelikten einer umfassenden Prüfung im Rechtsmittelverfahren zu unterziehen.

II. Reform der Bilanzdelikte

1. Allgemeines

Im Bereich der Bilanzdelikte herrscht in Österreich derzeit (noch) Rechtszersplitterung. Die Bilanzdelikte sind auf verschiedene in den gesellschaftsrechtlichen Materiengesetzen enthaltene Tatbestände verstreut.¹⁰ Ein einheitlicher Tatbestand, vergleichbar der unrichtigen Darstellung nach § 331 des deutschen Handelsgesetzbuches („dHGB“), existiert bislang nicht.

Bereits der Ministerialentwurf enthielt begrüßenswerter Weise einen Vorschlag für zwei Bilanzdelikte. Dieser war im Begutachtungsverfahren auf zahlreiche Kritik¹¹ gestoßen, sodass es zu substantiellen Anpassungen des Vorschlags kam. Mit der nun in der Regierungsvorlage vorgeschlagenen Neugestaltung sollen nach den Vorstellungen des Bundesministeriums für Justiz die Tatbestände (endlich) vereinheitlicht,¹² die bisher als zu unbestimmt kritisierten Tatbestände konkretisiert bzw. auf das wirklich Strafwürdige eingegrenzt und Wertungswidersprüche beendet werden. Vorgeschlagen wird die Einführung von zwei einheitlichen Straftatbeständen, nämlich „Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände“ (§ 163a öStGB) und „Unvertretbare Berichte von Prüfern bestimmter Verbände“ (§ 163b öStGB). Die beiden Tatbestände sind zu großen Teilen identisch, wobei durch die Schaffung eines eigenen Delikts für Prüfer deren spezifischen Pflichten berücksichtigt werden sollen.¹³

Beide Delikte sind als Sonderdelikte konzipiert und unterscheiden sich vor allem durch deren Täterkreis. Unmittelbare Täter des neu zu schaffenden § 163a öStGB sollen Entscheidungsträger von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften und Genossenschaften sowie bestimmter anderer Verbände sein.¹⁴ Zur Definition des Entscheidungsträgers bedient sich der Entwurf eines Verweises auf die bereits in § 2 des österreichi-

⁹ Vgl. 98/ME 25. GP, 9.

¹⁰ So etwa § 122 GmbHG, § 255 AktG.

¹¹ Siehe etwa Pollak, Reform der Bilanzdelikte – Ministerialentwurf zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015. Ist die Beschränkung auf das wirklich Strafwürdige erreicht?, VWT 2015, 116.

¹² § 15 KMG, § 189 InvFG 2011 und § 37 ImmoInvG bleiben unberührt.

¹³ 689 BlgNR 25. GP, 29.

¹⁴ § 163c öStGB soll künftig eine Aufzählung der Verbände enthalten.

schen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes („öVbVG“) bestehende gesetzliche Definition, wonach Entscheidungsträger ist, wer:

- I. Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Prokurist ist oder aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu befugt ist, den Verband nach außen zu vertreten,
- II. Mitglied des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates ist oder sonst Kontrollbefugnisse in leitender Stellung ausübt, oder
- III. sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt.

Zusätzlich zu Entscheidungsträgern sollen auch Personen, die von einem Entscheidungsträger mit der Informationsdarstellung beauftragt sind, als unmittelbare Täter des neuen § 163a öStGB in Betracht kommen. Ein zivilrechtliches Auftragsverhältnis zwischen Entscheidungsträger und Beauftragten ist nicht erforderlich.¹⁵

Unmittelbare Täter des neuen § 163b öStGB sollen hingegen aufgrund verbandsrechtlicher Vorschriften bestellte Prüfer sein. Der vorgeschlagene Gesetzestext enthält eine demonstrative Auflistung der in Betracht kommenden Prüfer, darunter etwa Abschluss-, Gründungs- und Verschmelzungsprüfer.

Im Wesentlichen soll nach dem in der Regierungsvorlage enthaltenen Vorschlag eine nach § 163a öStGB strafbare Handlung begehen, wer als Entscheidungsträger (oder Beauftragter eines Entscheidungsträgers) eine wesentliche Information über die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage eines Verbandes in bestimmten Medien (wie dem Jahresabschluss, etc.) auf unvertretbare Weise falsch darstellt, wenn dadurch ein schwerwiegender Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder, Gläubiger oder Anleger droht. Der eigens für Prüfer vorgeschlagene § 163b öStGB sieht eine mit § 163a öStGB weitgehend identische Tathandlung vor. Kurz zusammengefasst soll demnach eine mit Strafe bedrohte Handlung vorliegen, wenn ein Prüfer in seinem Prüfbericht oder in einem Vortrag vor einer Gesellschafterversammlung in unvertretbare Weise wesentliche Informationen falsch darstellt oder seiner Redepflicht nicht entspricht oder einen unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt.

Die beiden neuen Tatbestände sehen eine Strafdrohung von bis zu zweijähriger Freiheitsstrafe vor. Wird eine Straftat in Bezug auf einen Verband begangen, dessen Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, soll diese sogar mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht sein.

2. Eingrenzung des Tatbestandes durch Erfordernis eines schwerwiegenden Schadens

Ebenso wie bei den (noch) geltenden Tatbeständen wird es sich bei den §§ 163a f öStGB in der Fassung der Regierungsvorlage um Gefährungsdelikte handeln. Im Begutachtungsverfahren wurde daher von verschiedenen Seiten vorgeschlagen, eine Eingrenzung auf Fälle, die geeignet sind, schwerwiegende Schäden zu verursachen, vorzusehen. Diesem Wunsch wurde in der Regierungsvorlage entsprochen.¹⁶ In der Fassung der Regierungsvorlage ist daher in § 163a öStGB und auch § 163b öStGB jeweils vorgesehen, dass die unvertretbare Darstellung dazu geeignet sein muss, einen schwerwiegenden Schaden für den Verband, dessen Mitglieder, Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen.¹⁷

3. Anforderungen an die falsche oder unvollständige Darstellung

Derzeit wird in den Bilanzdelikten – ähnlich wie in § 331 dHGB – auf die falsche Darstellung der „Verhältnisse“ der betroffenen Gesellschaft abgestellt. Der Begriff der „Verhältnisse“ wurde vielfach als zu unbestimmt empfunden und soll daher nach der Regierungsvorlage durch eine *„die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage betreffende oder für die Beurteilung der künftigen Entwicklung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage bedeutsame wesentliche Informati-*

¹⁵ 689 BlgNR 25. GP, 27.

¹⁶ Der Ministerialentwurf hatte eine derart weitgehende Eingrenzung noch nicht enthalten. Ebenda war noch vorgesehen, dass eine mit Strafe bedrohte erhebliche unrichtige Darstellung (bereits) dann vorliegt, „wenn nach der Bedeutung der davon betroffenen Information und dem konkreten Ausmaß der Unrichtigkeit vernünftigerweise zu erwarten ist, dass sie Entscheidungen beeinflussen kann, die Empfänger auf der Grundlage der Darstellung treffen.“

¹⁷ Im beschlossenen Gesetzestext wird auf einen „erheblichen“ Schaden abgestellt.

*Im beschlossenen
Gesetzestext wird auf
einen „erheblichen“
Schaden abgestellt*

on“ ersetzt werden. Die Wesentlichkeit einer Information soll sich aufgrund eines Verweises auf § 189a Z 10 des österreichischen Unternehmensgesetzbuches („öUGB“) idF des Rechnungslegungs-Änderungsgesetzes 2014¹⁸ bestimmen. Demnach ist eine Fehldarstellung dann wesentlich, wenn vernünftigerweise zu erwarten ist, dass die Auslassung oder fehlerhafte Angabe der Information Entscheidungen beeinflusst, die Nutzer auf der Grundlage des Jahres- oder Konzernabschlusses treffen. Die Wesentlichkeit ist von der Größe oder der spezifischen Eigenschaft des Postens oder der Fehlerhaftigkeit der Angabe abhängig. Selbst wenn ein einzelner Posten für sich genommen als unwesentlich angesehen werden kann, können mehrere unwesentliche gleichartige Posten zusammen als wesentlich gelten.

Über die Wesentlichkeit hinaus muss die falsche oder unvollständige Darstellung auch nach beiden neu zu schaffenden Delikten in der Fassung der Regierungsvorlage in „unvertretbarer Weise“ erfolgen. Damit soll klargestellt werden, dass die Ausnutzung zulässiger Ermessensspielräume im Bereich der Rechnungslegung gerade keine strafbare Handlung darstellt.¹⁹

4. Darstellungsmedien

Ähnlich § 331 dHGB soll § 163a öStGB eine Aufzählung bestimmter Medien enthalten, in denen eine falsche Darstellung mit Strafe bedroht ist. Dies entspricht auch der derzeitigen Rechtslage. Konkret werden u.a. Jahres- und Konzernabschlüsse, öffentliche Aufforderungen zur Beteiligung am Verband oder Auskünfte an einen Prüfer aufgezählt.

5. Eventualvorsatz weiterhin ausreichend

Kritisch anzumerken ist freilich, dass der bereits mehrfach in der Wissenschaft und Praxis geäußerte Wunsch, die subjektive Tatseite auf Wissentlichkeit einzugrenzen, weiterhin unerfüllt geblieben ist.²⁰ Daher bleibt Eventualvorsatz ausreichend. Allerdings enthält die Regierungsvorlage den kryptischen Hinweis, dass der im Tatbestand verwendete Begriff „unvertretbar“ auch eine Vorsatzkomponente darstellen soll, welche der Wissentlichkeit nahe komme. Dass sich aus dieser Ausführung in den Materialien eine erhöhte Rechtssicherheit für die Praxis ableiten lässt, scheint aber zumindest fraglich.

Darüber hinaus haben zahlreiche kapitalmarktorientierte Unternehmen, deren Abschlüsse der Prüfung durch die österreichische Prüfstelle für Rechnungslegung unterliegen, im Begutachtungsverfahren zutreffende Bedenken geäußert. Nach § 5 des österreichischen Rechnungslegungs-Kontrollgesetzes („öRL-KG“) ist die Finanzmarktaufsicht berechtigt, die öffentliche Bekanntmachung von durch die Prüfstelle im Einvernehmen mit dem Unternehmen festgestellten Rechnungslegungsfehlern anzuordnen. In den letzten Jahren ist ein konsequentes Ansteigen von Strafanzeigen und Einleitungen von Ermittlungsverfahren wegen des Verdachtes der Begehung eines Bilanzdeliktes zu beobachten. Vor diesem Hintergrund ist seitens kapitalmarktorientierter Unternehmen zu befürchten, dass die einvernehmliche Feststellung eines Rechnungslegungsfehlers durch das Unternehmen mit einem strafrechtlichen Schuldeingeständnis gleichgesetzt werden könnte. Zahlreiche kapitalmarktorientierte Unternehmen fordern daher, dass mit einer Veröffentlichung gemäß § 5 öRL-KG eine strafaufhebende Wirkung verbunden sein sollte. Diesem Anliegen wurde jedoch bislang nicht entsprochen.

III. Änderungen bei der gewerbsmäßigen Begehung

Wie auch von der Arbeitsgruppe²¹ empfohlen, soll die Gewerbsmäßigkeit eingeschränkt werden. Derzeit wird eine Handlung gemäß § 70 öStGB gewerbsmäßig begangen, wenn der Täter die Handlung in der Absicht vornimmt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Ist das Vorsatzerfordernis erfüllt, kann eine einzige, allenfalls bloß versuchte Tat ausreichen, um die gewerbsmäßige Begehung des Deliktes zu erfüllen.²² Auch geringfügige Einkünfte reichen aus, sofern diese in ihrer Gesamtheit die nach der Rechtsprechung bei ca. 100 € liegende Bagatelldgrenze überschreiten.²³ Liegt Ge-

¹⁸ BGBl I 22/2015.

¹⁹ 689 BlgNR 25. GP, 28.

²⁰ So bereits gefordert beispielsweise von Lewisch/Altenberger, RdW 2010, 611; Brandstetter, Bilanzdelikte aus der Sicht der Verteidigung, in Keppert/Brandstetter (Hrsg.), Bilanzdelikte (2009), 65 f.

²¹ III 104 BlgNR 25. GP, 8.

²² Vgl. Kirchbacher, in WK² StGB, § 148, Rz 2; Jerabek, in WK² StGB, § 70, Rz 6.

²³ Siehe die Verweise in Jerabek, in WK² StGB, § 70, Rz 12.

Die Änderung der Bezeichnung auf „erwerbsmäßig“ wurde durch den Nationalrat nicht übernommen

werbsmäßigkeit vor, führt dies bei zahlreichen Delikten zu einer wesentlich höheren Strafandrohung als das Grunddelikt.

Im Ministerialentwurf wurde, den Empfehlungen der Arbeitsgruppe folgend, vorgeschlagen, zusätzlich zu der subjektiven Tatseite, die Begehung von zwei Vortaten innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr zu verlangen. Dieser Vorschlag hatte jedoch zu intensiver Kritik vor allem seitens der Staatsanwaltschaften geführt. Beispielsweise wurde befürchtet, dass die Verhängung der Untersuchungshaft über auf frischer Tat betretene Täter aus dem Ausland häufig nicht mehr zulässig sein würde, sodass sich diese der Strafverfolgung entziehen könnten.²⁴ Andererseits wurde die seitens der Strafverteidigung geforderte Streichung der Gewerbsmäßigkeit²⁵ ebenso nicht erreicht.

Vor dem Hintergrund dieser Kritik ist nunmehr die Einführung mehrerer zusätzlicher objektiver Kriterien geplant, die lediglich alternativ²⁶ erfüllt sein müssen. Ebenso wird vorgeschlagen, die Bezeichnung der Qualifikation auf „erwerbsmäßig“ zu ändern.²⁷ Demnach soll eine Tat zukünftig dann erwerbsmäßig begangen worden sein, wenn der Täter die Tat in der Absicht ausführt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen und

- I. unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel handelt, die eine wiederkehrende Begehung nahelegen, oder
- II. zwei weitere solche Taten schon im Einzelnen geplant hat, oder
- III. bereits zwei solcher Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist.

Ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen ist nach dem neu zu schaffenden § 70 Abs 2 öStGB ein solches, das nach einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung monatlich den Betrag von Euro 400 € übersteigt. Es ist aber nicht erforderlich, dass der Wert der Beute aus einer Einzeltat zum Erreichen dieser Schwelle führt. Vielmehr soll es bereits ausreichen, wenn der Täter bei einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung 400 € einnimmt bzw. einnehmen möchte.²⁸ Weiters soll ausdrücklich vorgesehen werden, dass eine frühere Tat oder Verurteilung außer Betracht bleibt, wenn seit ihrer Begehung oder Rechtskraft bis zur folgenden Tat mehr als ein Jahr vergangen ist. In diese Frist werden Zeiten, in denen der Täter auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, nicht eingerechnet.

Aus wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht scheint vor allem die Einführung der zusätzlichen objektiven Kriterien von Bedeutung. Es ist davon auszugehen, dass vor allem in jenen Betrugsfällen, in denen eine einzelne Tat begangen wurde und die Höhe des durch den Betrug verursachten Schadens 300.000 € nicht übersteigt, zukünftig ein geringerer Strafsatz zur Anwendung gelangen wird.

IV. Opportunitätsprinzip bei der Verfahrenseinstellung zu Beginn des Ermittlungsverfahrens

Derzeit kann die Staatsanwaltschaft einzelne Vorwürfe gegen Beschuldigte aus Opportunitätsgründen bei einem ausschließlich inländischen Strafverfahren im Wesentlichen nur dann einstellen, wenn die Einstellung dieser Vorwürfe voraussichtlich weder auf die Strafen oder vorbeugenden Maßnahmen, auf die mit der Verurteilung verbundenen Rechtsfolgen, noch auf diversionelle Maßnahmen wesentlichen Einfluss hat (§ 192 Abs 1 Z 1 öStPO). Dafür ist erforderlich, dass der Sachverhalt bereits weitreichend ermittelt wurde. Um die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden zu entlasten, soll künftig eine Einstellung einzelner Fakten bereits dann zulässig sein, wenn dieser Vorwurf keinen Einfluss auf den anzuwendenden Strafrahmen hätte und dessen Aufklärung mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden wäre und die Erledigung in der Hauptsache verzögern würde (§ 192 Abs 1 Z 1a öStPO idF der Regierungsvorlage). Es muss daher zukünftig nicht mehr der konkrete Einfluss auf die zu verhängende Strafe,²⁹ sondern lediglich der gesetzmäßig anzuwendende Strafrahmen ge-

²⁴ Anstelle vieler 172/SN-98/ME 25. GP 4 (Oberstaatsanwaltschaft Wien).

²⁵ Vgl. 70/SN-98/ME 25. GP, 3 (Österreichischen, Rechtsanwaltskammertag).

²⁶ 689 BlgNR 25. GP, 14.

²⁷ Die Änderung der Bezeichnung auf „erwerbsmäßig“ wurde durch den Nationalrat nicht übernommen.

²⁸ Vgl. 689 BlgNR 25. GP, 15.

²⁹ Vgl. Schroll, WK-StPO, § 192, Rz 52.

prüft werden. Es ist daher gerade in Wirtschaftsstrafsachen zu hoffen, dass langwierige Ermittlungen zur Aufklärung von untergeordneten Vorwürfen künftig vermieden werden können.

V. Novellierung der Untreue

Nach § 153 öStGB (Untreue) begeht eine strafbare Handlung, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt. Einen § 266 Abs 1 2. Fall dStGB vergleichbaren Treuebruchtatbestand enthält das öStGB nicht.

Vor allem die jüngere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes³⁰ zur Untreue hat in Praxis und Wissenschaft zu Verunsicherungen über die Reichweite des Untreuetatbestandes geführt.³¹ Beispielsweise hat der Oberste Gerichtshof – entgegen der von der Generalprokuratorin in ihrem Croquis vertretenen Auffassung – ausgesprochen, dass bei der Aktiengesellschaft auch die Zustimmung der Alleingesellschafterin zu einer Rückgewähr der Einlagen kein tatbestandsausschließendes Einverständnis darstellt.³² Diese Auffassung scheint im Widerspruch zu der sonst vom Obersten Gerichtshof vertretenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der „Einmann GmbH“ zu stehen. Denn bei der „Einmann-GmbH“ wird die Strafbarkeit verneint, da der Täter mit der Gesellschaft wirtschaftlich identisch ist und daher kein „anderer“ geschädigt wird.³³ Schwierigkeiten bereiten in der Praxis auch die Abgrenzung zwischen einer strafbaren effektiven Vermögensminderung und einer nach der herrschenden Rechtsprechung nicht strafbaren bloßen Vermögensgefährdung³⁴ (wobei bei der Vermögensgefährdung strafbarer Versuch in Betracht kommt). Weitere Unschärfen des Tatbestandes liegen beispielsweise im Bereich der Zulässigkeit von nützlichen Gesetzesverletzungen.³⁵

Die Erstattung eines Reformvorschlags wurde von der Arbeitsgruppe diskutiert, jedoch die Beibehaltung des aktuellen Tatbestandes mehrheitlich empfohlen.³⁶ Dieser Umstand wurde von den Justizsprechern der Regierungsparteien zum Anlass genommen, im Zuge der Begutachtung des Ministerialentwurfes zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015 einen Initiativantrag³⁷ mit einem Vorschlag zur Reform des österreichischen Untreuetatbestandes einzubringen. Laut den Antragstellern ist Ziel des Initiativantrages, den Tatbestand der Untreue nach § 153 Abs 1 öStGB zu präzisieren. Daher wird die Ergänzung des § 153 öStGB um nachfolgenden zweiten Absatz vorgeschlagen:

„Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.“³⁸

Weiters sieht der Initiativantrag die Ergänzungen des § 84 Abs 1a des österreichischen Aktiengesetzes um folgende Ausführung zur Business Judgment Rule vor:

„Ein Vorstandsmitglied handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“³⁹

Auch diese Ergänzungen fanden in die vom Nationalrat beschlossene Fassung Eingang

³⁰ Siehe beispielsweise OGH vom 30.01.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p); OGH vom 29.10.2013, 11 Os 101/13g (11 Os 139/13w); OGH vom 23.12.2010, 14 Os 143/09z.

³¹ Siehe dazu beispielsweise Fuchs, Das Libro-Urteil des OGH: Analyse und Implikationen, in Lewisch (Hrsg) Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 9; Harreiter, Probleme des „Befugnismissbrauchs“ bei Ermessensentscheidungen, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue, 2015, 3; Lewisch, Aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Praxisfragen, in Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, 2011, 15.

³² OGH vom 30.01.2014, 12 Os 117/12s.

³³ Vgl. OGH vom 30.04.2003, 13 Os 110/02; OGH vom 28.06.2000, 14 Os 107/99; Kirchbacher/Presslauer in WK² StGB § 153 Rz 37.

³⁴ OGH vom 19.11.1996, 14 Os 166/96.

³⁵ Anstelle vieler Rauter, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung. Oder: Ist die Gesellschaft zwingend „gut“, ecolex 2012, 944.

³⁶ III 104 BlgNR 25. GP, 37.

³⁷ IA 1110/A 25. GP.

³⁸ Der erste Satz des vorgeschlagenen § 153 Abs. 2 öStGB wurde in die vom Nationalrat beschlossene Fassung übernommen.

³⁹ Auch diese Ergänzungen fanden in die vom Nationalrat beschlossene Fassung Eingang.

Eine nahezu gleichlautende Ergänzung soll in den die Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers regelnden § 25 des österreichischen GmbH-Gesetzes aufgenommen werden.

Die Reaktionen auf den Initiativantrag fielen unterschiedlich aus. Vertreter der Justiz argumentieren beispielsweise, dass die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zum Befugnismissbrauch keiner weiteren Konkretisierung bedürfe⁴⁰ bzw. die Änderung des Tatbestandes gar nicht erforderlich sei.⁴¹ Andererseits wurde aus Verteidigersicht zutreffend angeführt, dass es sich nur um eine vermeintliche Konkretisierung handle, da für die angestrebte Präzisierung erst recht unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet würden.⁴²

Die im Initiativantrag vorgeschlagenen Reformen wurden nicht in die Regierungsvorlage übernommen. Es bleibt abzuwarten, ob und inwiefern der Initiativantrag letztendlich in das Gesetz Eingang findet.

VI. Zusammenfassung:

Das österreichische Strafbuch steht vor einer umfassenden Novellierung. Wichtige Punkte sind:

- I. Die Erhöhung der Wertgrenzen bei Vermögensdelikten. Im Wesentlichen wird der höchste Strafsatz von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe erst ab einem Schaden ab 300.000 € anzuwenden sein. Dadurch wird es zu einer Verlagerung weg von den Schöffengerichten, hin zu den Einzelrichtern der Landesgerichte geben, gegen deren Urteile die volle Berufung, also auch die Bekämpfung der Beweiswürdigung, zulässig ist.
- II. Die Bilanzdelikte sollen in einem einheitlichen Tatbestand geregelt werden. Dieser weist trotz Konkretisierungsbemühungen zahlreiche Unschärfen auf.
- III. Bei der erwerbsmäßigen Begehung kommt es zu einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs durch objektive Kriterien.
- IV. Ein Initiativantrag liegt zur Novellierung des Untreuetatbestandes vor. Die vorgeschlagenen Änderungen betreffen im Wesentlichen die Definition des Befugnismissbrauchs.

⁴⁰ Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes vom 12.05.2015, online abgerufen am 01.06.2015 unter www.ogh.gv.at.

⁴¹ 96/SN-98/ME 25. GP, 5 (Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte).

⁴² 70/SN-98/ME 25. GP, 15 (Österreichischer Rechtsanwaltskammertag); Plöckinger, Untreue: Neue Begriffe sind zu unklar, Die Presse vom 19.04.2013.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Arztstrafrecht

LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Markus Rübenstahl, Kathie Schröder, Dr. Michael Tsambikakis

WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – § 299a StGB-E

I. Vorbemerkung

Ungeachtet der politischen Vorgaben, welche Anlass für den Entwurf waren, und unabhängig von beruflichen Prioritäten vermissen wir in der Gesetzesbegründung Ausführungen zur

Notwendigkeit der Neuregelung, wenn nicht insgesamt, so doch zumindest zu den konkreten Vorschlägen. Wir vermögen auch nicht zu erkennen, dass und wie sich die neue Vorschrift harmonisch in die bestehenden sozial- und berufsrechtlichen Regelungen einfügen würde.

1. Zweck berufsrechtlicher Regelungen

Die Sicherung des Vertrauens der Bevölkerung in den eigenen Berufsstand ist originäre Verpflichtung der jeweiligen Berufskammern selbst. Bei der Berufsaufsicht handelt es sich um ein tragendes Element der Selbstverwaltung. Die Kammern haben die gesetzliche Pflicht, für das Einhalten beruflicher Grundsätze zu sorgen. Es ist Aufgabe der Berufskammern, die Erfüllung der Berufspflichten der Kammerangehörigen zu überwachen sowie die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung berufsrechtswidriger Zustände zu treffen (vgl. z.B. § 6 Abs. 1 Nr. 6 Heilberufsgesetz NRW, Art. 2 Heilberufe-Kammergesetz Bayern). Zur Durchsetzung dieser Aufgaben steht die Berufsgerichtsbarkeit zur Verfügung. Mögliche berufsrechtliche Sanktionen sind: Warnung, Verweis, Entziehung des passiven Berufswahlrechtes, Geldbuße bis zu 50.000 Euro, Feststellung der Unwürdigkeit zur Ausübung des Berufs. Weitere mögliche, z.T. existenzgefährdende Maßnahmen sind bei Verstößen gegen die Berufspflicht überdies u.a. die Aberkennung der Approbation durch die zuständige Aufsichtsbehörde sowie der Entzug der Zulassung als Vertragsarzt durch die kassenärztliche Vereinigung.

2. Vorhandene berufsrechtliche Regelungen

Die bestehenden standesrechtlichen Regelungen in den jeweiligen Berufsordnungen enthalten bereits – dem spezifischen Aufgabenbereich der Berufsgruppe entsprechende – Verbots- und Sanktionsnormen für die gemäß dem Entwurf zukünftig strafbewehrten Handlungen i.S.d. § 299a StGB-E. Dazu im Einzelnen:

- § 31 MBO-Ä (Musterberufsordnung für in Deutschland tätige Ärztinnen und Ärzte) verbietet Ärztinnen und Ärzten unter der Überschrift „Unerlaubte Zuweisung“ (quasi) all jene Handlungen, die auch vom neuen § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E umfasst sind. Der Wortlaut des § 31 MBO-Ä ist insoweit nahezu identisch mit § 299a Abs. 1 StGB-E.
- § 13 BO-A (Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker) verbietet alle Vereinbarungen, Absprachen und schlüssige Handlungen, die darauf abzielen, bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben bzw. die Auswahl der abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller zu beschränken. Darüber hinaus verbietet § 19 Nr. 5 BO-A unangemessene Zuwendungen und Geschenke an Angehörige anderer Heilberufe sowie an sonstige Institutionen im Gesundheitswesen.
- § 2 Abs. 7, Abs. 8 MBO-ZÄ (Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer) verbietet die Vorteilsannahme für die Verordnung, die Empfehlung oder den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln und Medizinprodukten sowie für die Zuweisung oder Vermittlung von Patienten.
- § 5 Abs. 7 MBO-P (Musterberufsordnung der Psychotherapeuten) verbietet die Zuweisung oder Überweisung von Patienten gegen Entgelt oder sonstige Vorteile.

Neben den standesrechtlichen Regelungen bestehen überdies zur Sicherung des Ansehens und der Zuverlässigkeit heilberuflicher Betätigung insbesondere folgende weitergehende berufs-, sozial- und ordnungsrechtliche Regelungen:

- Nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 4a HWG handelt ordnungswidrig, wer als Angehöriger eines Fachkreises i.S.d. § 2 HWG (insb. Angehörige der Heilberufe) Zuwendungen oder sonstige Werbegaben annimmt.
- § 128 SGB V sanktioniert die Abgabe von Hilfsmitteln durch Vertragsärzte an Versicherte gegen Vorteilsgewährung (§ 128 Abs. 1 SGB V) sowie die Beteiligung der Vertragsärzte an der Versorgung von Patienten mit Hilfsmitteln (§ 128 Abs. 2 S. 1 1. Alt.) bzw. die Annahme oder Gewährung von Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung solcher Hilfsmittel (§ 128 Abs. 2 S. 1 2. Alt.).
- § 95 Abs. 6 SGB i.V.m. der Zulassungsverordnung ermöglicht es, dem Vertragsarzt die kassenärztliche Zulassung zu entziehen, wenn die Voraussetzungen zur Erteilung der

Zulassung nicht (mehr) vorliegen oder der Berufsträger seine Berufspflichten gröblich verletzt hat.

- § 5 BÄO i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO (bzw. entsprechende Berufsordnungen der anderen akademischen Heilberufe) ermöglicht den Widerruf der Approbation, wenn sich der Berufsträger eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung seines Berufes ergibt.

3. Verhältnis zu § 299a StGB-E

Die berufs-, sozial- und ordnungsrechtlichen Regelungen greifen die berufstypischen Risiken auf und sanktionieren die Verletzung von Berufsausübungspflichten. § 299a StGB-E erfasst keine weitergehenden Verstöße, sondern knüpft an sie lediglich zusätzlich noch strafrechtliche Rechtsfolgen. Mit dem pauschalen Verweis auf die Berufsordnungen nimmt der neue § 299a StGB-E aber auch keinerlei Differenzierung zwischen solchen Verstößen vor, die mit den bisherigen Instrumenten ausreichend sanktioniert werden können, und anderen, die zudem als strafwürdig erscheinen. Dies ist bereits insoweit bedenklich, als eine derartige Trennung überhaupt nicht erwogen wurde. Das hat zur Folge, dass einerseits möglicherweise gar nicht strafwürdiges Verhalten unter Strafdrohung stünde, und andererseits die Reichweite fürderhin strafbarer Handlungen an deren Rändern nur für Fachkundige des Berufsrechts überhaupt erkennbar wäre. Für alle anderen bliebe der Anwendungsbereich in möglicherweise nennenswertem Umfang im Dunkel.

4. Regelungsgehalt des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E

Tatbestandsmerkmal des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E ist die Verletzung von Berufsausübungspflichten (in sonstiger Weise). Es bleibt unklar, wie sich diese Berufsausübungspflichten bundesweit definieren. Nach dem Referentenentwurf ist auf die jeweils geltenden Berufsordnungen abzustellen. Für die Strafbarkeit käme es dann gem. § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E darauf an, welchen landes- oder kammerrechtlichen Regelungen der jeweilige Täter unterfällt. Es könnte daher – je nach Ansässigkeitsort – zu voneinander abweichenden strafrechtlichen Beurteilungen vergleichbarer Handlungen kommen, so dass ein- und dieselbe Tat im Bezirk einer Kammer einen Verstoß gegen Berufsausübungspflichten darstellt, wohingegen die Berufsordnung des Nachbarbezirks eine entsprechende Regelung nicht enthält und die Tat daher nicht § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E unterfällt. Zwar mag die o.g. Fallkonstellation nur Randbereiche der Strafbarkeit des § 299a StGB-E erfassen, sie zeigt aber, dass strafrechtlich nicht pauschal die Verletzung von Berufsausübungspflichten sanktioniert werden kann.

Im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, ist überdies zu prüfen, ob es mit dem Prinzip der Allgemeinheit des Gesetzes vereinbar ist, mit § 299a StGB-E allein Angehörige von Heilberufen für Handlungen bestrafen zu wollen, die bei anderen Angehörigen freier Berufe und sonstigen Selbständigen, die – wie Ärzte – im Auftrag einer Privatperson tätig sind, weiterhin straflos bleiben sollen (zur Thematik vgl. Schneider, in: HRRS 2013, S. 473 m.w.N.).

5. Verhältnis des § 299a StGB-E zu den berufsrechtlichen Verfahren

Probleme bestehen überdies hinsichtlich der Auswirkungen der Neuregelung des § 299a StGB-E auf die bestehenden berufsrechtlichen Verfahren. Soweit § 299a StGB-E (neben dem Schutz des Wettbewerbs) auch dem Schutz des Vertrauens der Patienten in eine von unlaunteren Zuwendungen unbeeinflusste Gesundheitsvorsorge dient, liegt eine Identität mit dem Schutzzweck der berufs- und standesrechtlichen Regelungen vor. Es stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen die Schaffung des § 299a StGB-E auf die bestehenden sozial- und berufsrechtlichen Parallelverfahren haben würde.

a) Verstöße gegen standesrechtliche Berufspflichten

Bei einem Verstoß gegen standesrechtliche Berufspflichten sehen die Kammer- und Heilberufsgesetze der Bundesländer die Verhängung berufsspezifischer Sanktionen vor, die den Charakter von Disziplinarmaßnahmen haben (s.o.). Eine Sanktionierung durch Heilberufsgenichte kann jedoch – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – nur erfolgen, wenn ein berufsrechtlicher Überhang verbleibt, der ein über die strafrechtliche Sanktionierung hinausgehendes Ahndungsbedürfnis rechtfertigt (vgl. BVerfG, NJW 1970, 507; BVerfG, NJW 2010, 2901 ff.). Ein berufsrechtlicher Überhang besteht generell nur dort,

wo die speziellen berufsrechtlichen Gesichtspunkte der Ansehens- und Vertrauenswahrung der Patienten durch den strafrechtlichen Ausspruch nicht hinreichend berücksichtigt werden. Erforderlich ist insoweit, dass – auch bei einem typischen Arzt- oder Apothekerdelikt – eine Notwendigkeit besteht, „über die in der Strafe liegende allgemeine Missbilligung der Verletzung des Rechtsgutes hinaus, die besondere Missbilligung wegen der Verletzung der Berufspflicht zum Ausdruck zu bringen“ (BVerfG a.a.O.). Es obliegt daher den berufsständischen Organen, im Einzelfall zu prüfen, ob eine zusätzliche Disziplinarmaßnahme notwendig erscheint.

Die tatbestandliche Annahme von Vorteilen i.S.d. § 299a StGB-E verstößt aufgrund der Verweisung im Tatbestand zugleich gegen entsprechende standesrechtliche Berufsausübungspflichten (s.o.). Über den Strafausspruch hinausgehende berufsrechtliche Pflichtverstöße sind daher nur ersichtlich, wenn der Täter über die Vorteilsannahme hinausgehende standesrechtliche Pflichtverletzungen begangen hat (z.B. die Verordnung ungeeigneter Medikamente oder die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterialien in Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Tätigkeit des Empfängers). Die Vorteilsannahme selbst ist für die Annahme eines berufsrechtlichen Überhangs nicht ausreichend, da diese bereits – aufgrund der Identität der straf- und berufsrechtlich tatbestandlichen Handlung – durch das Strafverfahren ausreichend sanktioniert wird. Da die Verletzung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts in der Verletzung einer Berufsausübungspflicht besteht, bringt die strafrechtliche Bewertung dieser Handlung als Straftat aufgrund des in dieser Bewertung liegenden Unwerturteils gerade die besondere Missbilligung der Verletzung der Berufsausübungspflicht zum Ausdruck. Für berufsrechtliche Maßnahmen besteht daher im Anwendungsbereich des § 299a StGB-E in Ermangelung eines berufsrechtlichen Überhangs – von Ausnahmefällen abgesehen – kein Platz mehr. Durch die Schaffung des § 299a StGB-E werden die berufsrechtlichen Regelungen im Bereich der Vorteilsannahme daher nahezu obsolet.

b) Auswirkungen auf die Kassenzulassung

Straftaten mit Berufsbezug führen gem. § 95 Abs. 6 SGB V i.V.m. der Zulassungsverordnung (auch ohne Rücknahme oder Widerruf der Approbation) zum Entzug der kassenärztlichen Zulassung, wenn die Voraussetzungen zur Erteilung der Zulassung nicht (mehr) vorliegen oder der Berufsträger seine Berufspflicht gröblich verletzt hat. Eine gröbliche Verletzung der Berufspflichten liegt insbesondere vor, wenn das Vertrauensverhältnis zur kassenärztlichen Vereinigung oder zu den Krankenkassen in spezifischer Weise durch die Begehung einer Straftat berührt wird (vgl. Bracher, in: MAH Strafverteidigung, 2. Aufl., § 33 Rn. 51 m.w.N.).

Die Voraussetzungen zum Entzug der kassenärztlichen Zulassung dürften bei einer Tatbegehung i.S.d. § 299a StGB-E regelmäßig vorliegen. Die Krankenkassen bzw. die kassenärztlichen Vereinigungen sind als Träger möglicher Mehrkosten unmittelbar durch die in § 299a StGB-E sanktionierten Tathandlungen betroffen. Strafrechtlichen Entscheidungen kommt bei der Zulassungsentscheidung zwar keine Bindungswirkung zu, die Annahme einer gröblichen Pflichtverletzung kann sich aber auf die Tatsachenfeststellungen in bestandskräftigen Entscheidungen stützen (vgl. BSG, Beschluss vom 05.05.2010 – B 6 KA 32/09 B –, juris m.w.N.). Die Sozialgerichte dürfen die Beweisergebnisse aus anderen Verfahren ihrer Entscheidung ohne eigene Ermittlungen zugrunde legen (BSG a.a.O.).

c) Entzug der Approbation

Die Approbation ist zu widerrufen, wenn sich der Berufsträger nach Erteilung der Approbation eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergibt (vgl. z.B. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 5 Abs. 2 BÄO).

aa) Widerruf der Approbation wegen Unwürdigkeit

Unwürdigkeit liegt vor, wenn der Berufsträger aufgrund seines schwerwiegenden Fehlverhaltens nicht mehr das Ansehen und das Vertrauen besitzt, das für die Ausübung seines Berufs unabdingbar nötig ist (vgl. Bracher, in MAH Strafverteidigung, 2. Aufl., § 33 Rn. 44). Das Regelungsziel intendiert keine Sanktionierung des Fehlverhaltens, sondern den Schutz des Ansehens der jeweiligen Berufsgruppe und des Berufsbilds in den Augen der Öffentlichkeit (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 09.12.2003 – 13 B 1944/03). Generell wird angenommen, dass aufgrund der abweichenden Zweckrichtungen von straf- und verwaltungsrechtlichen

Verfahren keine Doppelbestrafung i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG vorliegen kann (VG München a.a.O. m.w.N.).

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Unterschiedlichkeit der Zweckrichtungen auch bei einer Kriminalisierung des Verstoßes gegen Berufsausübungspflichten i.S.d. § 299a StGB-E noch vorliegt. Schutzzweck des § 299a StGB-E ist – zumindest für die Tatbestandsvariante des Abs. 1 Nr. 2 – dem Wortlaut des Referentenentwurfes nach „das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“. § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E bezweckt daher – ebenso wie der Widerruf der Approbation wegen Unwürdigkeit – den Schutz des Ansehens der Berufsgruppe sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in deren berufliche Tätigkeit. Soweit aber sowohl das verwaltungs- als auch das strafrechtliche Verfahren einen vergleichbaren Zweck verfolgen, bestehen zumindest Zweifel daran, ob eine Verurteilung wegen § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E bei gleichzeitigem Widerruf der Approbation im verwaltungsbehördlichen Verfahren verfassungsrechtlich zulässig wäre. Die Bedenken speisen sich nicht aus dem Verbot der Doppelbestrafung, bezieht sich doch Art. 103 Abs. 3 GG nur auf strafrechtliche Entscheidungen, wohl aber aus dem Übermaßverbot.

bb) Widerruf der Approbation wegen Unzuverlässigkeit

Ein Berufsträger ist als unzuverlässig zu bewerten, wenn er aufgrund seines bisherigen Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er seinen Beruf zukünftig ordnungsgemäß ausüben und den in den Berufsordnungen (vgl. z.B. § 1 BÄO) zum Ausdruck kommenden Berufspflichten genügen wird. Das Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit erfordert daher eine prognostische Bewertung. Für die Prognoseentscheidung genügt die begründete Besorgnis, dass der Berufsträger den genannten Berufspflichten und Anforderungen in Zukunft nicht mehr gerecht werde (vgl. VG München, Urteil vom 31.03.2009 – M 16 K 08.4603 – , juris m.w.N.).

Hinsichtlich des Widerrufs der Approbation wegen Unzuverlässigkeit des Berufsträgers besteht regelmäßig ein berufsrechtlicher Überhang, da die präventiven Zwecke des Approbationsentzugs nicht vom strafrechtlichen Verfahren erfasst werden. Etwas anderes gilt nur, wenn zeitgleich mit der Verurteilung nach § 299a StGB-E ein Berufsverbot i.S.d. § 70 StGB angeordnet wird. Die Zielsetzung des Berufsverbots ist die Verhinderung der Begehung weiterer erheblicher rechtswidriger Taten im Zusammenhang mit der Berufsausübung (vgl. Fischer, StGB, § 70 Rn. 9). Eine vergleichbare Zweckrichtung verfolgt auch der Entzug der Approbation wegen Unzuverlässigkeit (s.o., vgl. VG München a.a.O.). Ein berufsrechtlicher Überhang besteht daher nur, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Täter auch außerhalb des Geltungsbereichs des § 299a StGB-E gegen seine ärztlichen Pflichten verstoßen hat. Im Übrigen wäre die verwaltungsbehördliche Maßnahme des Widerrufs der Approbation durch die Verhängung der berufsrechtlichen Maßnahme i.S.d. § 70 StGB durch das Strafgericht gesperrt (vgl. VG München a.a.O. m.w.N.).

cc) Bestimmungen zur Verfahrensdurchführung und Mitteilungspflichten

Durch § 299a Abs. 1 S. 2 StGB-E werden Verstöße gegen Berufsausübungspflichten strafrechtlich sanktioniert. Die rechtliche Bewertung von Verstößen gegen Berufsausübungspflichten war bisher ausdrücklich den Heilberufsgerichten und Aufsichtsbehörden vorbehalten. Es stellt sich daher die Frage, ob sich § 299a StGB-E mit den bestehenden berufsrechtlichen Verfahren in Einklang bringen lässt.

dd) Verhältnis des Strafverfahrens zum berufsrechtlichen Verfahren

Die bestehende verfahrensrechtliche Systematik sieht vor, dass die berufs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren im Anschluss an ein etwaiges Strafverfahren durchgeführt werden, um die Berufsbezogenheit der strafrechtlichen Pflichtverletzung auf der Grundlage des strafrechtlich ermittelten Sachverhalts zu beurteilen und erforderlichenfalls berufsrechtliche Sanktionen zu beschließen.

Dazu im Einzelnen:

- Berufsgerichtliche Verfahren sind bis zur Beendigung strafgerichtlicher Verfahren auszusetzen. Soweit im Strafverfahren ein Freispruch erfolgt, kann das berufsgerichtliche Verfahren hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts nur dann eröffnet oder fortgesetzt werden, wenn dieser Sachverhalt – ohne den Tatbestand eines Straf-

gesetzes zu erfüllen – ein Berufsvergehen enthält. Die tatsächlichen Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils sind für die Entscheidung im berufsgerichtlichen Verfahren generell bindend (vgl. z.B. § 76 HeilBerG NW, Art. 67 HKaG Bayern).

- Im verwaltungsrechtlichen Verfahren zum Widerruf der Approbation können die strafrechtlichen Feststellungen regelmäßig zur Grundlage der verwaltungsrechtlichen Beurteilung gemacht werden (BVerwG, Beschluss vom 18. August 2011 – 3 B 6/11 –, juris). Die Verwaltungsbehörden und -gerichte unterziehen die Erkenntnisse und Beweismittel aus den staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren einer eigenständigen Überprüfung daraufhin, ob sich aus diesen Erkenntnissen und Beweismitteln hinreichende Schlussfolgerungen für das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Widerruf der Approbation ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.01.1991 - 1 BvR 1326/90, NJW 1991, 1530).

Die tatsächliche bzw. faktische Bindung an die Feststellungen aus dem strafgerichtlichen Verfahren zeigt die Intention des Gesetzgebers, die berufsrechtliche Bewertung einer strafrechtlichen Handlung, quasi als Annex zum strafrechtlichen Verfahren, durch die Heilberufsgerichte und Aufsichtsbehörde vornehmen zu lassen. Zu diesem Zweck bestehen für die Staatsanwaltschaft bereits zum jetzigen Zeitpunkt gegenüber den zuständigen Berufskammern und Aufsichtsbehörden Mitteilungspflichten, wenn der Tatvorwurf in einem Verfahren auf die Verletzung von Pflichten schließen lässt, die bei der Berufsausübung zu beachten sind oder in anderer Weise geeignet erscheinen, Zweifel an der Eignung, Zuverlässigkeit oder Befähigung hervorzurufen, vgl. Nr. 26 MiStra. Die Mitteilungspflicht umfasst alle Entscheidungen, durch die ein vorläufiges Berufsverbot angeordnet (oder aufgehoben), die öffentlichen Klage erhoben oder ein Haft- oder Unterbringungsbeehl erlassen bzw. vollzogen wird. Die Übermittlung der verfahrensgegenständlichen personenbezogenen Daten ist zulässig gem. §§ 13 Abs. 2, 14 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 EGGVG.

ee) Auswirkungen des § 299a StGB-E auf die berufsrechtlichen Verfahren

Die dargestellte Abhängigkeit des berufsrechtlichen Verfahrens vom Strafverfahren zeigt, dass die abschließende Entscheidungsbefugnis für die Bewertung der berufsrechtlichen Relevanz einer Straftat dem berufsrechtlichen Verfahren überlassen sein sollte. Die Prüfung und Sanktionierung berufsbezogener Pflichtverletzung ist nach der Intention des Gesetzgebers ureigene Zuständigkeit der Heilberufsgerichte und Aufsichtsbehörden. Durch die staatsanwaltschaftlichen Mitteilungspflichten soll insoweit sichergestellt werden, dass die entscheidungsbefugten Stellen von den relevanten Sachverhalten Kenntnis erlangen. § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E steht im Widerspruch zu dieser Systematik, da er die bisherige Trennung zwischen der strafrechtlichen Sanktionierung auf der einen, und der berufsrechtlichen Folgebewertung einer Handlung auf der anderen Seite faktisch aufhebt. Aufgaben der Kammern würden damit in erheblichem Umfang auf die Staatsanwaltschaften verlagert, ohne die Berufsgerichte wirklich zu entlasten, weil sie akribisch einen etwaigen berufsrechtlichen Überhang prüfen müssten.

ff) Folgewirkungen für die berufsrechtlichen Verfahren

Eine weitere Entwertung würden die berufsrechtlichen Verfahren dadurch erfahren, dass sich die einschlägigen Ermittlungs- und Strafverfahren häufig sehr lange hinziehen und nicht selten 5 oder mehr Jahre vom Aufgreifen eines Anfangsverdachts bis zum rechtskräftigen Urteil verstreichen. Der Ablauf einer derart langen Zeit erschwert nicht nur das Führen eines nachfolgenden berufsrechtlichen Verfahrens, sondern es entbehrt damit auch weitgehend seines eigentlichen Kerns, der Wahrung des allgemeinen Ansehens des Berufsstandes.

II. Taugliche Täter

Die Frage nach dem erfassten Kreis tauglicher Täter stellt sich sowohl in rechtssystematischer Hinsicht als auch mit Blick auf die konkret betroffenen Personen.

1. Personenkreis

a) Kammerberufe und Angehörige eines Heilberufs mit staatlicher Ausbildungsordnung

Im Gegensatz zu dem Entwurf des Freistaats Bayern, der sich auf Kammerberufe beschränkt, wählt der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz einen breiteren Ansatz. Er erstreckt sich auf alle Angehörige eines Heilberufs mit staatlicher Ausbildungsordnung und erfasst damit auch die nicht-akademischen Heilberufe, die regelmäßig nicht verkammert sind. Obwohl die Tathandlungen typischerweise von selbständigen Anbietern (und auf der Gegenseite von deren Kunden) begangen werden, lassen sich unschwer Bestellungen und Abgaben vorstellen, über welche das Pflegepersonal (zumindest: faktisch) selbst entscheidet – und sich dafür bereits de lege lata gemäß § 299 StGB strafbar macht. Hinsichtlich der keiner Kammer angehörenden Anbieter hebt die Bayerische Begründung (BR-Drs. 16/15, S. 17 f.) zutreffend hervor, dass sie weitgehend auf Geberseite stehen und sich mit der Zuwendung bereits wegen aktiver Bestechung strafbar machen. Das mindere das Bedürfnis nach Gleichsetzung mit den sog. akademischen Anbietern.

b) Zweifel an der Notwendigkeit, den Täterkreis näher zu beschreiben

aa) Zweifel an Ausdehnung über die Kammerberufe hinaus

Die Notwendigkeit für eine Ausweitung des Täterkreises über die akademischen, verkammerten Berufe hinaus ist nicht ersichtlich. Untersuchungen, die etwas anderes nahelegen, sind nicht bekannt und der Entwurf beruft sich darauf auch nicht. Während die Gesetzesbegründung sonst nicht mit Beispielen geizt, fehlt es hier völlig an einer Plausibilisierung des Strafbedürfnisses. In dieser Hinsicht erweist sich die Begründung des Referentenentwurfs (in gewissem Gegensatz zu derjenigen des Freistaats Bayern, a.a.O., Vorbemerkung S. 1 f. und Gesetzesbegründung S. 4 – 10) als wenig aussagekräftig, weil sie den Bedarf für eine Neuregelung nur allgemein äußert und insbesondere nicht darlegt, welche konkreten Berufe im einzelnen erfasst werden sollen.

bb) Identifikation tauglicher Täter über einschlägige Tathandlungen

Weil die beschriebenen Tathandlungen von vorn herein nur von einem begrenzten Personenkreis begangen werden können, erschließt sich die Notwendigkeit, daneben auch noch den Kreis der tauglichen Täter näher zu beschreiben, jedenfalls nicht anhand der Begründung des Referentenentwurfs. Das bedeutet, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren entweder auf der Basis einer noch ausstehenden Analyse der Korruptionsgeneigtheit der jeweiligen beruflichen Funktion detailliert dargelegt und geprüft werden muss, welcher genaue Personenkreis auf welche Art und in welchem Umfang in die Neuregelung einbezogen werden soll, oder dass auf dessen Beschränkung vollkommen verzichtet wird.

Unabhängig davon bedarf es der Abgrenzung zwischen illegitimen und wünschenswerten Zuwendungen (Stichworte: Honorarärzte, Kooperation mit niedergelassenen Praxen, Zuweisung gegen Entgelt, Anwendungsbeobachtung, Berufsausübungsgemeinschaft von Ärzten, Bonuszahlungen). Dieser Aspekt berührt zwar vor allem die Frage nach dem jeweils unter Strafe gestellten (empfangenen oder gewährten) Vorteil. Er hat aber auch bereits Auswirkungen auf den der in Aussicht genommenen Norm unterfallenden Personenkreis. Es darf nicht jeder Geldverkehr in allen eingangs dieses Absatzes angeführten Konstellationen unter Strafe stehen. Aus Gründen der Rechtsklarheit muss sich die Differenzierung zwischen legalem und illegalem, ggf. strafbarem Verhalten aus dem Gesetz ergeben oder jedenfalls im Gesetz angelegt sein. Dies könnte etwa in der Weise geschehen, dass für bestimmte Verhaltensweisen entweder der Erlass von Musterordnungen oder die Notwendigkeit von Einzelfallgenehmigungen vorgeschrieben und die dafür jeweils zuständige Institution bestimmt werden würde. Ausführungen in der Gesetzesbegründung, wie sie sich für Anwendungsbeobachtungen (S. 17, Bayern: S. 8) und Berufsausübungsgemeinschaften (S. 18), nicht aber z.B. für die Abgabe von Medikamentenproben, finden, dürften dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nur schwerlich genügen.

2. Verbale Beschreibung des Personenkreises

Der Entwurf stellt (ebenso wie der bayerische) in § 299a StGB-E auf Angehörige eines Heilberufs ab und pönalisiert allein Handlungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Berufs stehen. Damit nimmt er nicht nur zu Recht Handlungen im privaten Bereich aus dem Bereich der Strafbarkeit aus, sondern wirft zudem die Frage auf, ob es genügt, dass die Tathandlung einen Berührungspunkt zu irgendeinem, vielleicht gar nur verwaltungsbezogenen Aspekt der Berufsausübung aufweist, oder ob ein spezifischer Zusammenhang dergestalt erforderlich sein soll, dass sich die konkrete Tat unmittelbar auf eine heilende Tätigkeit (oder zumindest auf die Berufsausübung selbst) beziehen muss. Problematisch wäre es, den Bezug zu heilender Tätigkeit zu verneinen, wo allein die Pflege in Rede steht, eine Heilung z.B. aus medizinischen Gründen ausgeschlossen ist (z.B. nach Amputation und erfolgreichem Wundverschluss) und entweder nur eine Verschlechterung des Krankheitsbildes vermieden (etwa nach HIV-Infektion) oder ein Überleben mit der Krankheit (Hepatitis C) gesichert bzw. das Vermeiden unnötigen Leidens (Palliativmedizin) erreicht werden soll. Beim Erfordernis eines derartigen Unrechtszusammenhangs fielen ganze Berufsgruppen ebenso wie reine Hilfsmittel aus dem intendiert weitgehenden Anwendungsbereich heraus. Jedenfalls wäre in jedem die Strafverfolgungsbehörden beschäftigenden Fall eine genaue Betrachtung des geförderten Zwecks und dessen Subsumtion unter den Begriff der Heilung erforderlich. Eine umfassende Regelung für korruptive Praktiken auf dem Gesundheitssektor wäre auf diese Weise nicht erreicht.

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bedarf es deshalb der Klarstellung, welcher Art und Intensität der Zusammenhang zwischen Berufstätigkeit und Tathandlung gemeint ist. Es ist kaum anzunehmen, dass dies allein mit dem im Entwurf verwendeten Begriff des Heilberufs gelingen kann.

3. Systematik

Von der Antwort auf die Fragen sowohl nach dem einzubeziehenden Personenkreis als auch nach dem erforderlichen Grad des Unrechtszusammenhangs hängt auch ab, welche Regelungstechnik als die sachgerechteste erscheint.

Der Entwurf sieht die Schaffung eines eigenen Tatbestands vor. Eine ernsthafte Alternative könnte darin bestehen, eine oder mehrere der bestehenden Korruptionsnormen auch für den Gesundheitssektor (oder Teile davon) für anwendbar zu erklären. Dies könnte den Vorteil einer Vereinfachung der Anwendung mit sich bringen: neu hinzu käme nur ein zusätzlicher Personenkreis, auf den die weiteren Tatbestandsmerkmale aber in bekannter Weise Anwendung finden könnten.

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs bisheriger Regeln könnte auf verschiedene Weise erfolgen.

a) Nähe zur Amtsträgerkorruption?

Zwar ist die abstrakte Strafdrohung in den §§ 299, 331, 333 StGB und 299a StGB gleich. Da aber § 299a StGB eine Pflichtverletzung voraussetzt, weist die neue Vorschrift eine größere Nähe zu den mit höherem Strafraum versehenen §§ 332 und 334 StGB auf. Eine pauschale Zuordnung des Gesundheitssektors zu einer der bereits bestehenden Korruptionsnormen scheidet daher aus.

Bei Bejahung eines etwaig gemilderten Strafbedürfnisses für einen Teil des neu zu erfassenden Täterkreises könnte entweder ein minder schwerer Fall oder die Anwendung von § 49 StGB vorgesehen werden. Dies erscheint allerdings als entbehrlich, weil die Rechtsprechung bewiesen hat, dass sie bei Anwendung der bisherigen Korruptionsvorschriften in der Lage ist, die jeweilige Funktion des Täters sachgerecht zu würdigen und nichts dafür spricht, dass sich dies auf Fälle aus dem Gesundheitssektor nicht übertragen ließe.

b) Nähe zu § 299 StGB?

Ein Blick auf die jeweilige Tatbestandsstruktur scheint mit dem Abstellen auf die Beeinflussung des Wettbewerbs sowohl im Referentenentwurf als auch im bayerischen Vorschlag eine Nähe zu den Fällen des § 299 StGB zu zeigen. Bei genauer Betrachtung besteht sie tatsächlich jedoch nicht. Die für § 299 StGB de lege ferenda vorgesehene und in § 299a Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 2 Nr. 2 StGB-E vorweggenommene Erweiterung um das Geschäftsherrenmo-

dell führt dazu, dass, wie in den Begründungen beider Gesetzesentwürfe zutreffend ausgeführt wird, die Verletzung von Berufsausübungspflichten den Grundtatbestand darstellt. Das führt aber auch dazu, dass der Wettbewerbsverstoß, § 299a Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 StGB-E, lediglich einen Ausschnitt aus dem Anwendungsbereich der jeweiligen Nr. 2 darstellt. Strafbarkeitsbegründende Funktion kommt deshalb der jeweiligen Nr. 1 nicht zu (ebenso wie auch der Missbrauchstatbestand in § 266 StGB angesichts des herrschenden monistischen Verständnisses des Untreuetatbestands folgenlos entfallen könnte). Damit ist nicht nur die systematische Einordnung als Straftat gegen den Wettbewerb fragwürdig, sondern es fehlt auch ein die § 299 StGB und § 299a StGB-E verbindendes Element.

Die Abweichungen im Tatbestand beider Bestimmungen werden noch deutlicher bei Betrachtung der unterschiedlichen Tathandlungen. Damit erweist sich der Zusammenhang zwischen beiden Vorschriften als ein im Kern lediglich äußerer. Demnach bietet es sich nicht an, die Fälle des § 299a StGB als Unterfall von § 299 StGB zu normieren.

c) **Alternative: Modifizierte Anwendung von Vorschriften der Amtsträgerkorruption**

Das für § 299a StGB (auch) vorgesehene und auf eine Rechtsverletzung abstellende Geschäftsherrenmodell rückt die neue Vorschrift in die Nähe der §§ 332 und 334 StGB. Die wesentlichen Unterschiede bestehen in der Strafdrohung und bezüglich vergangener Pflichtverletzungen. Sie ließen sich jedoch gesetzestechnisch leicht erfassen.

Das bedeutet:

Es genügt vorzuschreiben (prinzipiell gleichwertig in einem gesonderten Absatz des § 332 StGB oder in einer eigenständigen Ausweitungsnorm), dass § 332 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB mit einer Strafdrohung von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe auch auf denjenigen (ggf. eingegrenzt auf bestimmte Berufsgruppen) Anwendung findet, der im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs eine der in § 299a Abs. 1 StGB-E näher beschriebenen Tathandlungen begeht. Da sowieso nur pflichtwidriges Handeln erfaßt wäre, bedürfte es der Eingrenzung gemäß § 299a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB nicht mehr. Gleiches gälte spiegelbildlich für § 334 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB.

III. Unrechtsvereinbarung

Die Begründung des Gesetzesentwurfs weist ausdrücklich (S. 17) darauf hin, dass auch § 299a StGB-E eine „Unrechtsvereinbarung“ vergleichbar denen der übrigen Korruptionstatbestände (§§ 299, 331 ff. StGB) voraussetzt, d.h. „der Täter... den Vorteil... als Gegenleistung für eine zumindest intendiert unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine Verletzung von Berufsausübungspflichten...fordern, sich versprechen lassen oder annehmen“ muss, d.h. „eine inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung, die gemeinhin als Unrechtsvereinbarung bezeichnet wird“, erfordert.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die explizite Klarstellung in der Begründung, dass es an dem erforderlichen Leistungsverhältnis zwischen Vorteil und Pflichtverletzung fehlt, wenn sich die Pflichtverletzung des Nehmers in der Annahme des Vorteils erschöpft (S. 21). Der Verstoß gegen das berufsrechtliche Verbot von unerlaubten Zuwendungen – bei Ärzten in § 32 MBO-Ä bzw. entsprechend in den jeweils konkret anwendbaren Vorschriften der Landesärzteordnungen geregelt – stellt daher für sich genommen gerade keine Straftat nach der vorgeschlagenen Vorschrift dar. Ein Vorteil, dessen Annahme eine Pflichtwidrigkeit darstellt, ist zudem nicht als Gegenleistung für diese – in dessen Annahme liegende – Pflichtverletzung anzusehen (S. 21).

Die Unrechtsvereinbarung des § 299a StGB-E ist ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 15) zudem grundsätzlich an die Struktur des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) und nicht an die der Amtsträgerbestechungsdelikte angelehnt. Die Unrechtsvereinbarung des § 299a StGB-E wird jedoch gegenüber der relativ schlanken Formulierung des § 299 StGB – auch der des § 299 StGB unter Einbeziehung der Pflichtverletzung (Geschäftsherrenmodell) – durch spezifische Bezugnahme auf einen bestimmten heilberuflichen Kontext angereichert und hierdurch auch deutlich komplexer. Der Angehörige eines Heilberufs (s.o. II.) muss „bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“ (1.) sowie „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Be-

rufs“ (2.) im Hinblick auf den Vorteil (s. u. V.) einen anderen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen (s.u. IV.) oder in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletzen (s.u. IV.). Der Vorteil (s.u. V.) muss final für diese (zukünftige, gedachte) Bevorzugungs- oder Pflichtverletzungshandlung (Gegenleistung) bestimmt sein (3.).

Dennoch kann man sowohl unter dem Gesichtspunkt des Ultima Ratio-Gedankens als auch der Unterschiedlichkeit des einbezogenen Personenkreises die Frage aufwerfen, ob es nicht einer noch ausgeprägteren Präzisierung, Differenzierung und Beschränkung der Unrechtsvereinbarung im Hinblick auf eindeutig strafwürdiges Verhalten bedarf (etwa umsatzbezogene Rückvergütungen beim Bezug von Arzneimitteln oder Medizinprodukten, „kick backs“, vgl. § 266 StGB; und andere Fallgruppen, die der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung spezifisch im Auge hat, vgl. Geiger NK 2013, 136 ff.) Wenig hilfreich wäre hingegen die Einführung von Regelbeispielen, die letzten Endes den Anwendungsbereich der Strafnorm nicht konkretisieren können (so aber Ramb/Reich Compliance-Berater 2015, 72, 75) und damit unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots auch nicht zu optimieren vermögen.

1. In Bezug genommene Gegenleistung - unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder Pflichtverletzung bei bestimmten Vergabehandlungen

In Abgrenzung zu § 299 StGB sind die Handlungen, bei denen eine tatbestandsrelevante Bevorzugung im Wettbewerb oder eine Pflichtverletzung möglich ist, bei § 299a StGB-E verhältnismäßig genau beschrieben und durch implizite Bezugnahme auf die in Spezialgesetzen enthaltenen Definitionen in verhältnismäßig ausgeprägter Weise bestimmt. Insofern kann festgehalten werden, dass jedenfalls im Verhältnis zur Vorschrift des § 299 StGB – oder auch derjenigen der §§ 331 ff. StGB – die (pflichtwidrigen bzw. wettbewerbswidrigen) Gegenleistungshandlungen durch die Bezugnahme auf den Kontext, in denen sie auftreten müssen („bei...“), dem Grunde nach hinreichend bestimmt (Art. 103 Abs. 2 GG) sein dürften. Dieser Eindruck wandelt sich jedoch bei näherer Betrachtung.

Angesichts dessen, dass die berufsrechtlichen Regelungen der §§ 31, 32 der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä) und die geltenden – inhaltlich weitestgehend entsprechenden – Normen der Berufsordnungen auf Landesebene jedenfalls Ärzten bereits mehr oder weniger ähnliche „Unrechtsvereinbarungen“ verbieten, erscheint ein Vergleich der Unrechtsvereinbarung der geplanten Strafvorschrift mit dem berufsrechtswidrigen Verhalten geboten.

§ 31 Abs. 1 MBO-Ä (Unerlaubte Zuweisung) lautet wie folgt:

„Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“

Im Vergleich mit der Regelung des geplanten Straftatbestands ergibt sich dessen Inkongruenz mit dieser berufsrechtlichen Vorgabe, insofern als der Straftatbestand weitergehend zu sein scheint, als das berufsrechtliche Verbot. Das berufsrechtliche Verbot bezieht sich in der Person des Arztes auf die Vorteilsannahme „für“ die Zuweisung bzw. Verordnung oder den Bezug. Der Straftatbestand hingegen erfasst (u.a.) in der Person des Arztes die Vorteilsannahme für die unlautere Bevorzugung im Wettbewerb bzw. die Pflichtverletzung „bei“ Zuweisung bzw. Verordnung oder Bezug, d.h., der Vorteil muss sich nicht final auf die letztgenannten Handlungen beziehen. Es soll vielmehr ausreichend sein, das „hierbei“ (final angestrebte) Pflichtverletzungen oder unlautere Bevorzugung im Wettbewerb begangen werden. Es lässt sich nicht erkennen, weshalb in der Person eines Arztes ein Verhalten nach § 299a StGB-E strafbar sein soll, welches nach der gedanklich zweifellos zu Grunde gelegten berufsrechtlichen Vorschrift des § 31 Abs. 1 MBO-Ä nicht verboten ist (s.a. dessen Inbezugnahme in der Begründung, S. 20). Dies legt nahe, die Formulierung des Gesetzentwurfs § 31 Abs. 1 MBO-Ä weitgehend anzupassen (d.h. auf die umständliche Formulierung mit „bei...“ zu verzichten), wobei allerdings klarzustellen wäre, dass in der (angestrebten) Zuweisung (etc.) zugleich eine pflichtwidrige Bevorzugung im Wettbewerb bzw. eine Pflichtverletzung liegen muss, um den Gleichlauf mit § 299 StGB-E zu wahren.

Auslegungs- und Bestimmtheitsprobleme der Unrechtsvereinbarung des §§ 299a StGB-E könnten sich daraus ergeben, dass sozialrechtlich inzwischen zulässige Kooperationsver-

hältnisse, die der Sache nach auch die Gewährung von Vorteilen an Angehörige eines Heilberufs „bei“ bzw. im Zusammenhang mit den im Gesetz genannten Bezugs- o. Zuweisungshandlungen (ausdrücklich oder implizit) vorsehen oder jedenfalls erlauben, das strafrechtliche Verbot möglicherweise durch spezielle (sozialrechtliche) Normen dergestalt einschränken, dass nur der gezielt als Gegenleistung für die Bevorzugung im Wettbewerb oder für eine Pflichtverletzung gewährte Vorteil strafbewehrt ist. Dies würde jedenfalls zur Folge haben, dass allein die Gewährung eines Vorteils bei Gelegenheit der oder im sachlichen Zusammenhang mit den in der Folge genannten Bezugshandlungen bzw. Zuführungshandlungen (a. – c.) oder auch als Gegenleistung für diese nicht von vornherein als tatbestandsmäßig angesehen werden dürfte.

Da eine solche Konnexität aber erst nach Durchführung von Ermittlungen (oder gar nach einer umfassenden Hauptverhandlung) verneint werden kann und der Strafjustiz das sozialrechtliche Spezialwissen über zulässige Kooperationen kaum stets geläufig sein kann, besteht die absehbare Folge in einer Vielzahl aufwendiger Ermittlungs- und ggf. auch Strafverfahren, die allein schon deswegen zu einem sehr, jedenfalls zu hohem Anteil ohne Bestrafung enden werden, aber nicht nur die knappen Kapazitäten der Justiz kontraproduktiv noch stärker als bislang belasten, sondern vor allem auch (nachgerade aufgrund der damit typischerweise einhergehenden Zwangsmaßnahmen, insbesondere Durchsuchungen) die berufliche und soziale Reputation der betroffenen Angehörigen der Heilberufe stark belasten oder gar trotz Einstellung bzw. Freispruchs zerstören werden. Die Problematik besteht aber nicht nur im unbekanntem Grad der Vertrautheit der Strafjustiz mit sozialgesetzlich erlaubten Kooperationsverhältnissen, sondern auch in der rechtlichen Unklarheit, ob das sozialrechtlich Erlaubte die Strafbarkeit beschränkt oder umgekehrt die Strafbarkeit das sozialrechtlich Gestattete begrenzt. Letzteres liegt angesichts der Abhängigkeit der Strafbarkeit von zugrundeliegenden subjektiven Tendenzen durchaus nicht fern. Auf der Basis des vorliegenden Entwurfs ist jedenfalls zu befürchten, dass eine Vielzahl von wichtigen und legitimen Kooperation mit Heilberuflern zunächst einmal in den Fokus der Ermittlungsbehörden geraten können (vgl. auch Ramb/Reich Compliance-Berater 2015, 72, 76).

Wie begründet die Sorgen sowohl bezüglich einer hinreichenden Bestimmtheit des Tatbestands als auch des Anwendungsbereichs der vorgesehenen Vorschriften sind, zeigt sich bereits daran, dass sich das BMJV genötigt sah, auf 2 Absätzen zu begründen (S. 20), weshalb das Aushandeln und Annehmen von Preisvorteilen (Rabatten) – d.h. (Dritt-)Vorteilen - im Interesse der Krankenkassen, kassenärztlichen Vereinigungen etc. durch Heilberufsträger keine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb i.S.d. § 299a StGB-E darstelle, um dieses positive Verdikt wiederum (unter Bezugnahme auf OLG Hamm, Urteil vom 22.12.2004 – 3 Ss 431/04; BVerwG, Urteil vom 23.5.2009 – 8 C 1.09) dadurch einzuschränken, dass Preisnachlässe, die gezielt in verdeckter Form gewährt werden, durchaus doch unter § 299a StGB-E fallen. Hieran erscheint schon problematisch, dass sich die Unlauterkeit im Einzelfall aus der bloßen äußerlichen Gestaltung der Vorteilsgewährung ableiten lassen soll, während in der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen anerkannt ist, dass es sich hierbei lediglich um ein Indiz handelt. Im Übrigen zeigt das Beispiel, dass die Einbeziehung des Dritt Vorteils hier wie auch bei § 299 StGB in zahlreichen Konstellationen Probleme aufwirft. Das legt die Prüfung nahe, zur Vermeidung ungewollter, schuldunangemessener oder unverhältnismäßiger Folgen – eine gesetzliche oder in der justitiellen Praxis zu entwickelnde teleologische Reduktion des Tatbestands vorzunehmen.

Dem betroffenen Personenkreis und der überlasteten Justiz kommt zupass, dass die Tatbestandsmäßigkeit einer Lockerung der Unrechtsvereinbarung im Sinne des §§ 331, 333 StGB – der Vorteilsgewährung bzw. -annahme für ein bloßes allgemeines Wohlwollen des Nehmers – durch die klare Bezugnahme des Wortlauts auf einen bestimmten Gegenleistungskontext („bei...“) und bestimmte Gegenleistungshandlungen (Pflichtverletzung/unlautere Bevorzugung im Wettbewerb) ausgeschlossen ist (vgl. S. 17).

a) Bei Bezug, Abgabe o. Verordnung von Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten

Dem Tatbestandsmerkmal der Bevorzugung „beim Bezug, bei der Abgabe oder der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten“ kommt unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zu Gute, dass die Begrifflichkeiten „Verordnung“ und „Bezug“ aus der ärztlichen Berufsordnung (§ 31 MBO-Ä) stammt und „Arzneimittel“ im Arzneimittelgesetz (AMG) und „Medizinprodukte“ im Medizinproduktegesetz (MPG) definiert sind (§ 2 AMG, § 3

MPG), sowie die Begriffe „Heil- und Hilfsmittel“ den §§ 32 und 33 SGB V entnommen sind, weshalb auf die entsprechenden – richterlich konkretisierten – Begriffsbestimmungen auch im Rahmen der Auslegung des § 299a StGB-E zurückgegriffen werden kann (S. 19).

Eine völlig trennscharfe Unterscheidung, was hier im Zusammenhang mit der Vergütung von Prüfärzten im Rahmen klinischer (insbesondere Medikamenten-)Studien, wissenschaftlichen Entwicklungsverträgen erlaubt und was verboten ist, lässt sich auf der Basis des vorgeschlagenen Gesetzestextes und unter Berücksichtigung der Entwurfsbegründung allerdings nicht treffen (vgl. Ramb/Reich Compliance-Berater 2015, 72, 76).

Immerhin ist nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen, dass Bonuszahlungen an Vertragsärzte im Sinne des § 84 Abs. 4 SGB V für die Verordnung des preisgünstigen Präparats in den Tatbestand fallen: Sie dienen schließlich sowohl dem wirtschaftlichen Wettbewerb als auch den Interessen des Patienten bzw. der gesetzlichen Krankenversicherung und werden deshalb nicht etwa für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine sonstige Pflichtverletzung gewährt (S. 18). Nach dem Wortlaut der Vorschrift hätte man hieran bereits Zweifel haben können.

Dass die vergütete Anwendungsbeobachtung (§ 67 Abs. 6 AMG) grundsätzlich nicht den Tatbestand erfüllen soll (S. 17) wenn die Entschädigung, die an Ärzte für die Beteiligung geleistet werden, nach ihrer Art und Höhe so bemessen sind, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht (§ 67 Abs. 6 S. 3 AMG), ist zwar systematisch wegen des Einklangs mit dem Sozialrecht konsequent. Dass es aber nach § 299a StGB-E strafbar sein soll, wenn die Anwendungsbeobachtung Bestandteil einer Unrechtsvereinbarung ist und die vorgesehene Vergütung den teilnehmenden Arzt nicht für seinen zusätzlichen Aufwand, sondern für die unlautere Bevorzugung bestimmter Präparate entschädigen soll (S. 18), verstärkt die bereits mehrfach erwähnten Bedenken im Hinblick auf Bestimmtheit, Praxisgerechtigkeit und Nebenwirkungsträchtigkeit der vorgesehenen Regelung. Zwar handelt es sich hier um schwierige Abgrenzungsfragen auch nach der inneren Willensrichtung (Zwecksetzung der Anwendungsbeobachtung/Vergütung), die für das Korruptionsstrafrecht nicht untypisch sind. Es ist jedoch kaum zu gewährleisten, dass zumindest der Anfangsverdacht nicht allein aus der i.S.d. § 67 Abs. 6 S. 3 AMG überhöhten Vergütung die Existenz einer Unrechtsvereinbarung abgeleitet wird.

b) Bei Zuführung von Patienten und von Untersuchungsmaterialien

Dass die derzeitige Entwurfsfassung des Tatbestands riskiert, legitime Formen der Kooperation von Leistungserbringern des Gesundheitswesens unter Strafe zu stellen oder jedenfalls die beteiligten Personen (unnötigen) strafprozessualen Ermittlungen auszusetzen, soll hier beispielhaft anhand der im SGB V vorgesehenen – überdies legitimen und notwendigen – Kooperation zwischen Krankenhausträgern und – freiberuflichen, niedergelassenen – so genannten Honorarärzten unter dem Gesichtspunkt der Zuführung von Patienten dargelegt werden.

Als Fallbeispiel mag die Zusammenarbeit zwischen einem Krankenhaus und einem niedergelassenen Facharzt dienen, bei dem dieser für seine (freiberufliche) Erbringung von Dienstleistungen bzw. Werkleistungen im Krankenhaus – stationäre Operationen von Patienten aus dem eigenen Patientenstamm bei Abrechnung durch das Krankenhaus im Rahmen der Fallpauschalen (DRG) gegenüber den Krankenkassen – seitens des Krankenhauses einen bestimmten Betrag (u.U. auch einen bestimmten Prozentsatz der einschlägigen DRG) als Vergütung erhält. Nimmt man in dem konkreten Fall an, dass ein regionales Überangebot an Krankenhausbetten/konkurrierenden Krankenhäusern und ein regionales Unterangebot an entsprechenden (externen und krankenhausesinternen) Fachärzten besteht, könnte die Vergütung des Honorararztes u.U. als Vorteil für eine unlautere Bevorzugung des Krankenhauses im Wettbewerb bei der Zuführung von Patienten charakterisiert werden. Nach dem Wortlaut des § 299a StGB-E käme es wohl allein darauf an, ob die Vergütung tatsächlich nicht als Gegenleistung für die Dienstleistung/Werkleistung (Operation), sondern als Gegenleistung für die Zuführung der Patienten des niedergelassenen Facharztes zu dem Krankenhaus X (und nicht zu dem benachbarten Krankenhaus Y eines anderen Trägers) angesehen wird. Dies dürfte beweisrechtlich schwierige Fragen aufwerfen, zumal die vertragliche Regelung zwischen Krankenhaus und Arzt selbstverständlich die Vergütung als Gegenleistung für die Operation definieren wird; maßgeblich dürfte es auf kaum ermittelbare Vorstellungen und Willensrichtungen des Arztes und der Entscheidungsträger des Krankenhau-

ses ankommen. Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Staatsanwaltschaft bei der Frage, ob Ermittlungen einzuleiten sind – folgt man der Begründung des Gesetzesentwurfs – wohl gerade nicht zu Gunsten der Beteiligten maßgeblich darauf abstellen darf, dass der Vorteilsgewährung ein Vertrag zwischen Arzt und Krankenhaus zu Grunde liegt, bei der das Entgelt des Arztes seinen Leistungen wirtschaftlich angemessen ist, etwa eine übliche prozentuale Quote der jeweiligen DRG ausmacht. Der Entwurf (S. 17) bezieht sich nämlich ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BGH, wonach ein Vorteil auch in dem (nicht geschuldeten) Abschluss eines Vertrages liegen kann, der Leistungen an den Täter (Arzt) zur Folge hat und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm – hier dem Arzt – selbst aufgrund des Vertrages geschuldeten Leistungen sind (vgl. BGH, Urteil vom 10.3.1983 – 4 StR 375 75/82). In diesem Zusammenhang gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die berufsrechtliche Rechtsprechung regelmäßig bei Zuwendungen auf vertraglicher Grundlage, die im Wert der Gegenleistung des Arztes entsprachen bzw. diese im Wert nicht nachweislich überschritten gerade nicht von einer Zuweisung gegen Entgelt ausgegangen sein dürfte (vgl. BGH NJW 2002, 962 = GRUR 2002, 271, 272; BGH NJW 2011, 2211, 2217). Es erscheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob die Anknüpfung der strafrechtlichen Vorschrift (Vorteil auch bei vertraglicher Grundlage und wirtschaftliche Angemessenheit des Vorteils im Verhältnis zur Gegenleistung) an § 31 Abs. 1 MBO-Ä stimmig zur Deckung zu bringen ist, jedenfalls wenn man die herkömmliche Auslegung der berufsrechtlichen Vorschrift heranzieht. Auf der Basis des Entwurfs wäre hingegen die Angemessenheit und Üblichkeit der Vergütung wohl allenfalls ein Indiz unter vielen. Bei der oben geschilderten Konkurrenzsituation der Krankenhäuser wird man nicht ohne weiteres ausschließen können, dass das Entgelt zumindest auch im Hinblick auf die Patientenzuführung gezahlt wird. Dass das Auslösen von Ermittlungen auf Basis eines derart vagen Verdachts nicht sachgerecht ist, dürfte auf der Hand liegen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist nicht sicher, ob man eine teleologische Reduktion des vorgeschlagenen Tatbestands erreichen kann, indem man auf einschlägige sozialrechtliche Normen rekurriert, die bestimmte Kooperationsformen grundsätzlich legalisieren. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass sich die Begründung des Entwurfs (wie dieser selbst) einer Klarstellung des Verhältnisses zwischen Straf-, Sozial- und Berufsrecht enthält. Der tatbestandliche Begriff der Zuführung soll sämtliche berufsrechtlich verbotenen Verhaltensweisen der Zuweisung gegen Entgelt (vgl. § 31 Abs. 1 MBO-Ä; vgl. § 73 Abs. 7 SGB V) umfassen (S. 19), sich aber auch auf vertragliche Kooperationen wie Berufsausübungsgemeinschaften beziehen (ebd.). Derartige Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern sind aber sozialrechtlich erlaubt. Soll es in Zukunft strafbar sein, einem Patienten das Nutzen der eigenen Belegbetten nahezu legen, weil der vom empfehlenden Arzt zu tragende Anteil an allgemeinen Betriebskosten mit jedem in das entsprechende Krankenhaus eingewiesenen Patienten sinkt, der Arzt also auf diese Weise einen Vorteil annimmt? Auf welche Normen können sich die Beteiligten für die Erlaubtheit ihres Handelns stützen? Rechtssicher vorhersehbar ist dies auf der Basis des vorliegenden Entwurfs nicht. Das ist mit strafrechtlichen Prinzipien nicht in Einklang zu bringen. Es ist zwar anzunehmen, dass der Entwurf nicht beabsichtigt, sachrechtlich zulässiges Verhalten unter Strafe zu stellen. Das aber kommt weder klar zum Ausdruck noch gibt es eine verlässliche Hürde gegen eine ausdehnende Interpretation.

Besonders bedenklich ist, dass der strafrechtlich vorgesehene Begriff der Zuführung weitergefasst ist als der berufsrechtliche der Zuweisung (Zuweisungen, Überweisungen, Verweisungen und Empfehlungen), weil er sich z.B. auch auf „mündliche und unverbindliche Empfehlungen“ erstrecken soll. Jedenfalls soweit der Wortlaut der Strafvorschrift einen weitergehenden Anwendungsbereich als der berufsrechtliche § 31 Abs. 1 MBO-Ä eröffnete, wäre dies weder inhaltlich sachgerecht noch systematisch stimmig, ist doch das Strafrecht das letzte und nicht das erste (oder gar einzige) Mittel. Schon deshalb und auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sollte daher klargestellt werden, daß die vorgeschlagene Vorschrift keinen weitergehenden Begriffs der Zuführung verwendet als den der Zuweisung i.S.d. § 31 Abs. 1 MBO-Ä.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Frage der tatbestandsmäßigen Bestimmtheit des Zuweisungsverbots gegen Entgelt – die im Rahmen des § 31 Abs. 1 MBO-Ä nie thematisiert wurde – deshalb im Rahmen einer Strafvorschrift nicht ohne Weiteres unproblematisch ist, da naturgemäß die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nur für den zukünftigen § 299a StGB-E gelten würden. Hinzu kommt, dass diese oder sogar strengere Vorgaben nun-

mehr nicht nur für eine homogene „verkammerte“ Berufsgruppe wie Ärzte gelten würden, sondern auch für alle „Geber“ sowie für Heilberufsträger, die ein weniger gefestigtes Berufs- und (Selbst-)Bild haben und denen die Verrechtlichung der Berufsausübung schon angesichts ihrer geringeren (Aus-)Bildungsvoraussetzungen weniger klar sein dürfte. Hier zeigt sich deutlich, wie problematisch der Verzicht auf eine nähere Konturierung der Unrechtsvereinbarung (z.B. Gewährung eines „Bonus“ an den Arzt in Abhängigkeit von der Anzahl der vorgenommenen Operationen/zugeführten Patienten) gerade deshalb ist, weil der Täterkreis geöffnet wird. Bleibt es bei Letzterem (oder verzichtet man noch weitergehend auf jede Einschränkung, s. dazu oben II 1 b), so ist es aufgrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zwingend erforderlich, die Unrechtsvereinbarungen, die unter den Tatbestand fallen, zumindest im Hinblick auf das Verhältnis zum Berufs- und Sozialrecht zu spezifizieren und zudem die Notwendigkeit einer Abstufung im Strafraum nach den verschiedenen Tätergruppen (etwa Kammerangehörige und sonstige Angehörige von Heilberufen, ggf. auch noch Sonstige) zu prüfen.

2. Zusammenhang mit der heilberuflichen Berufsausübung

Zu Recht ist in der Literatur bereits im Hinblick auf den Gesetzesentwurf des bayerischen Staatsministeriums der Justiz darauf hingewiesen worden, dass die Erfassung aller (oben beschriebenen Gegenleistungs-)Tathandlungen des Heilberufsträgers, die im „Zusammenhang mit der Ausübung“ seines (Heil-)„Berufs“ stehen, unnötig unbestimmt ist, da der Begriff des – mittelbaren oder unmittelbaren? – Zusammenhangs im strafrechtlichen Kontext vielfach kontroversen und disparaten Auslegungen unterworfen wurde (Kubicel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 14). Es erscheint zwecks Präzisierung des Tatbestands naheliegend und wünschenswert, lediglich Gegenleistungshandlungen der Heilberufsträger „in Ausübung dieses Berufs“ (d.h. des Heilberufs) als tatbestandsmäßig vorzusehen (Kubicel/Tsambikakis medstra 2015, 11, 14). Angesichts dessen, dass es bei der (vorgestellten) Gegenleistungshandlung des Heilberufsträgers erkennbar um die Zuführung von Patienten, die Zuführung von Untersuchungsmaterial oder Bezug, Abgabe oder Verordnung von Heilmitteln, Hilfsmitteln oder Medikamenten bzw. Medizinprodukten in der jeweiligen heilberuflichen Funktion gehen soll, ist sowieso anzunehmen, dass nur Handlungen in Ausübung und nicht solche bei Gelegenheit der Ausübung des Heilberufs vom Straftatbestand erfasst sein sollten. Dies erscheint auch im Hinblick darauf geboten, dass § 299a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB-E ausdrücklich auf die Verletzung der Berufsausübungspflichten durch die Gegenleistungshandlung abstellt und somit für diese Alternative implizit klarmacht, dass die vorgestellte Gegenleistung durch die Verletzung von Berufspflichten gekennzeichnet sein muss. Im Rahmen von § 299a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB-E sollte zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen derselbe Maßstab gelten, was am Leichtesten durch die hier nahe gelegte Klarstellung erfolgen kann. Im Übrigen weist auch der Entwurf (S. 16) zusammenfassend darauf hin, dass (nur) „heilberufliche Entscheidungen“ vor unzulässiger Einflussnahme durch Vorteile geschützt werden sollen; dies können nach dem Wortsinn kaum Entscheidungen bloß bei Gelegenheit der Berufsausübung sein, zumal im Entwurf (Seite 21) die Tatbestandsvariante der Nr. 2 als Grundtatbestand gegenüber der Nr. 1 angesehen wird, da „es sich auch bei den von Nr. 1 erfassten wettbewerbsrechtlichen Pflichten um Berufsausübungspflichten handelt“. Da sowohl die Fortbildung als auch die ärztlichen Verordnungen und sonstigen Entscheidungen zur Berufsausübung gehören, fielen auch bei derartiger Beschränkung des Tatbestands weder Schein-Kongresse noch unternehmensfinanzierte Lustreisen aus dem Tatbestand. Zudem erleichterte diese Konkretisierung auch den Weg, auf eine Beschränkung des Täterkreises im Tatbestand zu verzichten, weil die danach erfassten Unrechtsvereinbarungen sowieso nur von dem Täterkreis getroffen werden könnten, auf den sich auch der Entwurf erstreckt.

Auch unter den verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten des Schuldgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips erschiene es wenig überzeugend, wenn die Vorteilsgewährung für eine Zuführung von Patienten lediglich bei Gelegenheit (und nicht in Ausübung) der ärztlichen Berufsausübung – etwa für die Empfehlung eines nicht behandelnden und auch sonst nicht zuständigen Arztes – unter die nicht unerhebliche Strafdrohung der neuen Vorschrift gestellt wird.

3. Finalitätszusammenhang (zukünftige Gegenleistungshandlung)

§ 299a StGB-E bezieht – entsprechend der Vorschrift des § 299 StGB (S. 18; Fischer, StGB, 62. Auflage, § 299 Rn. 13) – keine Zuwendungen für eine in der Vergangenheit liegende Bevorzugung bzw. Pflichtverletzung (Gegenleistungshandlung) in den Tatbestand ein. Weil einer solchen nachträglichen Zuwendung aber ihrerseits eine vorausgegangene Unrechtsvereinbarung zu Grunde liegen kann, drohen hier dieselben Beweisschwierigkeiten, die insofern auch die Anwendung des Straftatbestands der Bestechung im geschäftlichen Verkehr kennzeichnen und diesbezüglich auch bereits zu Forderungen geführt haben, die Vorteilsgewährung für vergangene Handlungen einzubeziehen oder gar eine Lockerung der Unrechtsvereinbarung vergleichbar mit §§ 331, 333 StGB vorzunehmen. Unterhalb der Schwelle erneuter gesetzgeberischer Intervention stünden mit Inkrafttreten des § 299a StGB-E Staatsanwaltschaften (ggf. nachfolgend auch die Gerichte) vor der Aufgabe zu entscheiden, wann, wieweit und mit welchen Mitteln sie versuchen müssten aufzuklären, ob es vor der Zuwendung eine in die Zukunft weisende Vereinbarung darüber gab: soll etwa die Gewährung bzw. Entgegennahme erheblicher Vorteile genügen, auch ohne das Vorliegen zusätzlicher tragfähiger Anhaltspunkte auf eine vorgelagerte zukunftsgerichtete und damit tatbestandsmäßige Vereinbarung zur Gewährung künftiger Gegenleistungen für Handlungen des Heilberufsträgers zu schließen? Selbst wenn man dies verneint, wird die Justiz vielfach um aufwendige und nebenwirkungsträchtige Ermittlungen zu diesem Aspekt (gerade auch angesichts der breiten und scharfen gesellschaftlichen und medialen Verurteilung von unberechtigten Vorteilsannahmen durch Heilberufsträger) nicht herumkommen. Dies verstärkt die bereits erwähnten Befürchtungen kontraproduktiver Effekte (dazu oben III 1).

IV. Rechtsgut

Ziel des Gesetzes ist, dass heilberufliche Entscheidungen frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden. Um dies zu gewährleisten, ist der Straftatbestand so ausgestaltet, dass er direkt einen doppelten Rechtsgüterschutz verfolgt, nämlich einerseits der Sicherung eines Wettbewerbs und andererseits dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen. Zudem wird erwartet, dass mittelbar die Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen sowie der Patienten und der gesetzlichen Krankenversicherungen geschützt werden (Seite 11 des Referentenentwurfes).

Der Wettbewerbsschutz ergibt sich aus § 299a Abs. 1, Ziffer 1 bzw. Abs. 2, Ziffer 1 StGB-E (wie § 299 StGB in der aktuellen Fassung). Der Vertrauensschutz in die Integrität der heilberuflichen Entscheidungen soll durch § 299a Abs. 1 Ziffer 2 bzw. Abs. 2 Ziffer 2 StGB-E (vermutlich in Anlehnung an das „Geschäftsherrenmodell“ des geplanten § 299 StGB B-E) erfolgen, indem die Verletzung von Berufsausübungspflichten unter bestimmten Voraussetzungen als Gegenleistung einer Unrechtsvereinbarung sanktioniert wird.

Die Hoffnung auf einen (mittelbaren) vermögensrechtlichen Schutz fußt wohl darauf, dass ärztliche Leistungen nicht mehr in der bisherigen Form erbracht, ggf. günstigere Arzneimittel oder Medizinprodukte verordnet (da vermeintlich die Entscheidung über das konkrete Arzneimittel bzw. Medizinprodukt auf sachfremden Erwägungen beruht habe) oder etwaige Vergünstigungen nicht mehr in der bisherigen Form ausgereicht bzw. an den Patienten/die Krankenkassen weiter gegeben werden. Insofern könnte das Gesundheitswesen finanziell entlastet bzw. Aufwendungen erspart werden.

Bemerkenswert ist, dass in dem Referentenentwurf auf Seite 11 nur von den Vermögensinteressen der Wettbewerber, Patienten und gesetzlichen Krankenkassen die Rede ist und die privaten Krankenversicherungen keine Erwähnung finden, die aber ebenfalls z.B. an einer Änderung einer Ordnungspraxis von Ärzten wirtschaftlich partizipieren könnten (die nach der Einleitung des Entwurfes auf Seite 1 auch ausdrücklich in den Schutz des Gesetzes einbezogen werden sollen). Dies wirft die Frage auf, ob der (indirekte) Vermögensschutz der gesetzlichen Krankenkassen nicht einen wesentlicheren Grund für die Einführung des Gesetzes darstellt, als die Begründung des Referentenentwurfes darlegt.

1. Schutz des Wettbewerbes

a) Entsprechung zu § 299 StGB

Zu den Voraussetzungen und Grenzen des Wettbewerbsschutzes kann in einigen Konstellationen auf die Rechtsprechung zum § 299 StGB zurückgegriffen werden, was auch in dem

Referentenentwurf ausdrücklich als Erwartung formuliert wird (Seite 20 des Referentenentwurfes). Es wird davon ausgegangen, dass die bislang entwickelten Auslegungsgrundsätze übertragbar sind.

b) Modifizierungen

Ob sich diese Erwartung tatsächlich bestätigen wird, ist allerdings fraglich. Zum einen zielt diese Norm auf eine neue und sehr inhomogene „Tätergruppe“ (dazu näher oben II) und Handlungsweisen ab, die bislang noch nicht in dieser Form pönalisiert sind. Zum anderen stellen sich die Fragen zur Sozialadäquanz, Gegenleistung/Unrechtsvereinbarung und unlauteren Bevorzugung in Berufsumfeldern, die sich sehr von den bisherigen klassischen korruptionsanfälligen Bereichen, wie beispielsweise Hoch-, Tief- und Anlagenbau unterscheiden.

Unter dem Begriff der unlauteren Bevorzugung ist dabei eine sachfremde Entscheidung zwischen zwei Bewerbern zu verstehen und setzt damit einen Wettbewerb und eine Benachteiligung eines Konkurrenten voraus (Seite 20 des Referentenentwurfes). Wie eine solche sachfremde Entscheidung zum Beispiel bei einem Apotheker zu verstehen ist, ist derzeit nicht eindeutig. Dieser kann Arzneimittel oder sonstige Waren teilweise vom Hersteller, teilweise von Großhändlern beziehen, wobei es in Deutschland nur wenige Arzneimittelgroßhändler gibt, die teilweise auch unterschiedliche Arzneimittel im Programm haben. Es wird zukünftig in Strafverfahren wohl diskutiert werden, ob es sich hier insofern um eine Wettbewerbssituation handelt, woran die Sachgemäßheit festzumachen ist sowie ob und ggf. ab wann die Entscheidung über den Bezug eines Arzneimittels von dem einen anstelle von dem anderen Großhändler nicht (mehr) als sachgemäß zu bewerten ist.

Gleiches gilt für die Verschreibung eines bestimmten Arznei- oder Hilfsmittels für einen Patienten. Einem Arzt wird zukünftig anzuraten sein, genau zu dokumentieren, warum er nicht nur einen Wirkstoff oder warum er ein konkretes Präparat, Hilfsmittel, etc. verordnet hat. Es stellt sich zudem die Frage, ob die – naheliegende – Begründung „es wirkt am besten“ bzw. „es ist am verträglichsten“ dann ausreichend sein wird. Zum einen ist dies schwer nachzuweisen und es kann zum anderen von den Ermittlungsbehörden auch als Schutzbehauptung aufgefasst werden.

Zukünftig wird sich der Organisationsaufwand bei den betroffenen Berufsgruppen erhöhen, um im Falle eines Falles die Sachgemäßheit einer Entscheidung nachweisen zu können. Doch auch durch eine verstärkte Dokumentation tritt keine Rechtssicherheit in punkto „Sachgemäßheit“ einer Entscheidung bei den betroffenen Berufsträgern ein.

Die Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen (s.a. unter dem Gesichtspunkt des Vorteils unten V) ist ebenso ein sehr berufsspezifischer Bereich. Diese Anwendungsbeobachtungen werden in dem Referentenentwurf als notwendig erkannt, da sie „forschungs- und gesundheitspolitisch wünschenswert sind“ (Seite 17 des Referentenentwurfes). Daher sollen sie per se nicht unter den Tatbestand fallen, es sei denn sie dienen reinen Marketingzwecken, die Ergebnisse sollen nicht öffentlich zugänglich gemacht werden oder die Aufwandsentschädigung ist nach Art und Höhe in einem Bereich, der einen Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel bietet (§ 67 Abs. 6 Satz 3 AMG). Ob eine Anwendungsbeobachtung tatsächlich nur zu reinen Marketingzwecken erfolgt und ob die Erkenntnisse letztlich auch veröffentlicht werden, liegt nicht im Einflussbereich eines Arztes und kann daher zum Zeitpunkt der Teilnahme an der Anwendungsbeobachtung gar nicht überblickt werden. Dies als ein strafrechtlich relevantes Kriterium eines Korruptionstatbestandes heranzuziehen, ist daher für den Arzt schwer nachzuvollziehen. Eine Gewährleistung, dass heilberufliche Entscheidungen frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden, kann mit der so konzipierten Norm in diesem Berufsfeld nicht erbracht werden.

2. Verletzung der Berufsausübungspflicht

Mit Einführung dieser Alternative soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass durch korruptive Verhaltensweisen nicht nur der Wettbewerb, sondern auch Patienten- und Gemeinwohlinteressen betroffen sein können.

a) Verletzung von Berufsausübungspflichten

Für diese Tatbestandsalternative der Verletzung von Berufsausübungspflichten gibt es keine Entsprechung in den aktuellen Normen der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Begründet wird die Notwendigkeit der Einführung in dem Referentenentwurf damit, dass Pflichtverletzungen außerhalb von Wettbewerbslagen ebenfalls einer strafrechtlichen Sanktion unterworfen werden und insbesondere bei der Monopolisierung eines etwaigen Vorteilsgebers, sowie in Fällen von medizinisch nicht indizierter Verschreibungen zum Tragen kommen sollen.

Möglicherweise wird mit der Einführung einer solchen Tatbestandsalternative schlicht der Erfahrung Rechnung getragen, dass eine Wettbewerbsverletzung tatsächlich schwer und nur unter enormen Ermittlungsaufwand nachgewiesen werden kann.

Mit dieser Regelung wird hinsichtlich der Sanktionierung von korruptiven Verhaltensweisen Neuland betreten. Das sogenannte „Geschäftsherrenmodell“, das mit dem geplanten Gesetz zur Bekämpfung der Korruption in den § 299 StGB B-E eingeführt werden soll, hat eine andere Zielrichtung – nämlich die Vermögensinteressen der Geschäftsinhaber – und es gibt auch keine Erfahrungswerte oder Rechtsprechung, die als Auslegungshilfe (zu Korruptionsgesichtspunkten) herangezogen werden könnten.

b) Feststellungsprobleme

Es stellt sich zudem die Frage, wie Feststellungen und Bewertungen vermeintlich medizinisch nicht indizierter Verordnung oder Vergabe von Arzneimittel, Behandlungen, Hilfsmittel, etc. getroffen werden sollen. Hier werden verschiedene Nichtberufsträger, wie z.B. Ermittlungsbeamte, Mitarbeiter von Krankenkassen, der Kassenärztlichen Vereinigungen, Patienten oder letztlich Richter zu „Prüforganen“ berufen, ob diese Verschreibungen (ggf. gerade noch) medizinisch indiziert waren oder nicht. Ob zum Beispiel ein Präparat die Genesung gefördert hat, kann – insbesondere im Nachhinein – nur eingeschränkt beurteilt werden.

Dies bedeutet für die Praxis, dass die Gefahr von regelmäßigen „Gutachterschlachten“ an diesem Punkt sehr hoch ist und der hinter der Einführung stehende Zweck sodann nur schwer erreicht wird. Zudem wird vermutlich auch die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege auf eine harte Probe gestellt.

c) Außenwirkung

Ein verbesserter Schutz der Rechtsgüter der Patienten- und Gemeinwohlinteressen wird mit diesen geplanten strafrechtlichen Mitteln wahrscheinlich nicht gewährleistet werden können. Das Vertrauen der Patienten in die Integrität von ärztlichen (Einzel-)Entscheidungen wird nicht dadurch gestärkt werden, dass ein Strafverfahren gegen einen Arzt wegen des Vorwurfes der Korruption geführt wird. Ein berufsrechtliches Verfahren, das ggf. durch eine Beschwerde von Patienten angestoßen wurde, ist für die Patienten greifbarer, wird schneller durchgeführt und ist eher geeignet, das Vertrauen in die Integrität der Heilberufe zu stärken.

d) Fiskalinteressen

Mit dieser Tatbestandsalternative soll eine (missbräuchliche) Ordnungspraxis aufgrund sachfremder Motive sanktioniert werden. Die Eindämmung ggf. unnötiger Kosten durch nicht benötigte Arznei-, Hilfs- oder Heilmittel kommt den Krankenkassen und mittelbar den Patienten zu Gute, wenn Krankenkassenbeiträge reduziert werden können. Insofern werden mit dieser Tatbestandsalternative primär Fiskalinteressen verfolgt und geschützt, was in der Begründung des Referentenentwurfes allerdings als ein mittelbarer, reflexhafter Schutz dargestellt wird.

e) Mangelnde Konkretetheit

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich aus der Regelung des § 299a StGB-E und der Begründung des Referentenentwurfes nur ein grobes Raster ergibt, das in der Anwendung der Norm erst verdichtet werden müsste. Konkrete Ausführungen zu den Tatbestandsgrenzen oder eine konkret bezifferte Bagatellgrenze finden sich nicht. Daher steht zu vermuten, dass eine ähnliche Kasuistik (mit z.T. widersprüchliche Entscheidungen) in der Rechtsprechung entstehen wird, wie dies bei § 299 StGB der Fall ist. Eine Übertragbarkeit

der bisherigen Grundsätze und Grenzen auf diesen Berufszweig ist hinsichtlich des avisierten Wettbewerbsschutzes voraussichtlich nur ansatzweise möglich.

Eine strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung von Berufsausübungspflichten unter Korruptionsgesichtspunkten ist in der vorliegenden Form vermutlich wenig geeignet, die Rechtsgüter der Patienten- und Gemeinwohlintressen zu schützen. Die Konzeption der Norm zielt eher darauf ab, einen Angriffspunkt zu haben, um Vermögensinteressen von gesetzlichen Krankenkassen zu wahren, indem ggf. missbräuchlichen Verschreibungspraxen eingedämmt und die Kosten gespart werden. Hierzu ist die Verortung der Norm in den Gesetzen zum Schutz des Wettbewerbs nicht sachgerecht.

V. Vorteilsbegriff

Nach dem Referentenentwurf entspricht der Vorteilsbegriff i.S.d. § 299a StGB-E dem Vorteilsbegriff i.S.d. §§ 299, 331 ff. StGB, der „jede Zuwendung [erfasst], auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert“ (vgl. BGH, Urteil vom 11.04.2001, 3 StR 503/00). Der Begriff umfasst sämtliche materiellen und immateriellen Zuwendungen. Die Vorteilsgewährung ist sowohl gegenüber dem Täter als auch gegenüber einem Dritten möglich.

Zur Bestimmung des Vorteilsbegriffs i.S.d. §§ 299, 331 ff. StGB gibt es eine umfassende Kasuistik. So hat die Rechtsprechung den Begriff des Vorteils in mehreren Entscheidungen zu § 299 StGB und §§ 331 ff. StGB fortentwickelt. Die bestehenden Probleme rund um die Konkretisierung des Vorteilsbegriffs, insbesondere bei der Zuwendung immaterieller Vorteile, sind daher bekannt.

Der Vorteilsbegriff i.S.d. § 299 StGB ist jedoch nicht geeignet, die erforderliche Eingrenzung des § 299a StGB hinsichtlich der berufstypischen Besonderheiten (Geschenke von Patienten, Vergütungen bei Anwendungsbeobachtungen etc.) rechtssicher vorzunehmen. Besonders problematisch erscheint dabei, dass § 299a StGB B-E weder eine Bagatellgrenze enthält, bei deren Unterschreitung eine Strafbarkeit ausgeschlossen ist, noch die Möglichkeit einer Genehmigung sozialadäquater Zuwendungen vorsieht. Dies ist insbesondere deshalb relevant, weil auch Amtsträger (Chefärzte etc.) als Täter i.S.d. § 299a StGB-E in Betracht kommen. Da angesichts der unterschiedlichen Rechtsgüter nicht auszuschließen ist, dass in einschlägigen Fällen tatbestandlich Tateinheit vorliegt, wird es wohl auch für § 299a StGB-E die Möglichkeit der Genehmigung der Annahme eines (maßvollen) Vorteils geben müssen, weil andernfalls die für § 331 Abs. 3 StGB als dem schwereren Delikt, allerdings nur bei im Übrigen zu bejahender Rechtmäßigkeit, ausreichende Genehmigung dem Amtsträger eventuell keine Straffreiheit verschaffen würde.

Die Einführung einer Bagatellgrenze bzw. die Möglichkeit der Genehmigung sozialadäquater Zuwendungen ist auch deshalb erforderlich, weil durch die angedachte, pauschalisierende Regelung des § 299a StGB-E eine Vielzahl berufsordnungsrechtlich erlaubter Verhaltensweisen vom Anwendungsbereich umfasst werden (zur Notwendigkeit näherer Bestimmung pönalisierter Vorteile unter dem Gesichtspunkt des Kreises tauglicher Täter s. bereits oben II 1 c und unter dem Aspekt der Unrechtsvereinbarung oben III). Neben der oben angesprochenen Problematik des Nichtbestehens einer Bagatellgrenze – insbesondere für Geschenke von Patienten (vgl. § 12 S. 2 BO-Ä – Berufsordnung der Apotheker; § 32 Abs. 1 MBO-Ä – Musterberufsordnung der Ärzte) sei der Konflikt zwischen (notwendiger) berufsrechtlicher Zulässigkeit und strafrechtlicher Sanktionierung durch § 299a StGB-E anhand folgender Beispiele verdeutlicht:

- Ärzten ist es gestattet, sich für (freiwillige) Leistungen an Hersteller von Arznei- und Hilfsmitteln bzw. Medizinprodukten (z.B. Anwendungsbeobachtungen, Versuchsreihendurchführung etc.; dazu unter dem Gesichtspunkt des Rechtsguts bereits oben IV 1 b) angemessen vergüten zu lassen. Entsprechende Verträge sind der Ärztekammer vorzulegen (vgl. § 33 MBO-Ä). Die Durchführung entsprechender Anwendungsbeobachtungen und Versuchsreihen ist regelmäßig mit erhöhten Kosten und Aufwendungen für die teilnehmenden Ärzte verbunden. Sie ist jedoch erforderlich, um wirksame Medikamente überhaupt erst entwickeln und erproben zu können. Die Durchführung solcher Maßnahmen leistet daher einen elementaren Beitrag zur Fortentwicklung der Medikation. Der Vertragsabschluss kann trotz alledem – auch bei Angemessenheit des Entgelts – einen Vorteil i.S.d. §§ 299, 331 ff. StGB darstellen, da kein Rechtsanspruch auf

den Abschluss eines entsprechenden Vertrages besteht (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 331 Rn. 12 m.w.N.).

- Die Annahme von Beiträgen Dritter zur Finanzierung wissenschaftlicher Fortbildungsveranstaltungen (sog. Sponsoring) ist nach den berufsrechtlichen Vorschriften im angemessenen Umfang erlaubt, soweit Bedingungen und Umfang des Sponsorings offen gelegt werden (§ 32 Abs. 3 MBO-Ä). Dasselbe gilt für die Teilnahmekosten an ausschließlich berufsbezogenen Fortbildungen, soweit die Kostenübernahme auf die notwendigen Reisekosten und die reinen Tagungsgebühren begrenzt ist (§ 32 Abs. 2 MBO-Ä). Ärzte sind berufsrechtlich verpflichtet, sich in dem Umfang beruflich fortzubilden, wie es zur Erhaltung und Entwicklung der zu ihrer Berufsausübung erforderlichen Fachkenntnisse notwendig ist (vgl. § 4 MBO-Ä). Durch die Kostenübernahme wird die fachliche Qualifikation von Ärzten sichergestellt. Dies betrifft insbesondere Vertragsärzte in kleineren Praxen, denen ansonsten eine regelmäßige Teilnahme an entsprechenden Veranstaltungen aufgrund der damit verbundenen Kosten (An- und Abreise, Teilnahmegebühren, Unterbringungsgebühren, Verdienstausschluss) schlicht nicht möglich wäre. Durch die Begrenzung auf die Reisekosten und Tagungsgebühren wird insoweit sichergestellt, dass keine Bereicherung der Ärzte vorliegt. Trotz der fehlenden Bereicherung unterfällt die Kostenübernahme dem Vorteilsbegriff der §§ 299, 331 ff. StGB (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 331 Rn. 11c).

Die Tatbestandsmäßigkeit berufsordnungsrechtlich erlaubter Verhaltensweisen widerspricht der Zweckrichtung des § 299a StGB-E, allein korruptive Verhaltensweisen zu sanktionieren. Die erforderliche Eingrenzung des Geltungsbereichs des § 299a StGB-E kann – auch vor dem Hintergrund des ungeklärten Konkurrenzverhältnisses zu § 331 ff. StGB – nicht allein im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Unrechtsvereinbarung vorgenommen werden, da ansonsten hinsichtlich der Annahme (vermeintlich) sozialadäquater Zuwendungen eine erhebliche, nicht zu beseitigende Rechtsunsicherheit bestehen würde. Insoweit ist auch zu beachten, dass sozialadäquate Zuwendungen nach dem Referentenentwurf ausdrücklich nicht vom Tatbestand des § 299a StGB-E erfasst sein sollen. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, die Besonderheiten der Berufsstände bei der Schaffung des § 299a StGB-E zu berücksichtigen und den Vorteilsbegriff auf diese Besonderheiten hin anzupassen.

VI. Strafrechtliche Folgeänderungen

1. Strafschärfung für besonders schwere Fälle, § 300 StGB-E

a) Regelbeispiele

Während der Referentenentwurf lediglich zwei Regelbeispiele aufführt (großes Ausmaß bzw. gewerbs- oder bandenmäßige Begehungsweise) sieht der Entwurf des Freistaats Bayern als 3. Regelbeispiel die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung vor. Wiewohl bei einer derartigen Folge auch auf der Basis des Referentenentwurfs ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen werden könnte, wäre der forensische Begründungsaufwand dafür größer. Aus Gründen der Rechtsklarheit und der Praktikabilität sollte daher erwogen werden, insoweit dem Vorschlag Bayerns zu folgen.

b) Schärfung bei Anfall von Vorteilen beim Anstellungsunternehmen?

Nach der Rechtsprechung verlangt gewerbsmäßiges Handeln das Streben nach einem eigenen Vorteil. Dieser muss zwar nicht als unmittelbarer erstrebt werden, wohl aber als Handlungsziel. Damit fallen solche Konstellationen unter den Begriff, in welchen ein monetärer Vorteil über verschiedene vorübergehend berührte Vermögenskreise beim Täter anlangt. Nicht erfasst sind hingegen Fälle, in denen der wiederkehrende Vorteil beim Anstellungsunternehmen verbleibt, dieses also gewerbsmäßig begünstigt wird. Es ist eine in der Begründung des Entwurfs nicht gestellte Frage, ob es einen Bedarf für die Einbeziehung derartiger Gestaltungen in § 300 StGB-E (und für eine demgemäße Folgeregelung in § 302 StGB, dazu unten 3.) gibt oder nicht. Ihre Aufnahme würde jedoch die Anwendbarkeit auch dann erleichtern, wenn diese Konstruktionen über Provisionen oder umsatz- bzw. gewinnabhängige Entlohnungssysteme als (auch) eigennützig anzusehen wären.

c) Konsequenzen im Alternativ-Fall der Angleichung an die Amtsträgerkorruption

Sollte, anstatt einen eigenen Tatbestand zu schaffen, bestimmt werden, dass bestehende Korruptionsvorschriften (ganz oder partiell) auch auf (ggf.: Teile der) Akteure des Gesundheitswesens Anwendung zu finden haben, so könnte das zur Folge haben, dass (je nach Gestaltung: auch oder nur) § 335 StGB mit erweitert werden müsste.

2. Strafantrag, § 301 StGB-E

a) Fragliche Sinnhaftigkeit der Ausgestaltung als Antrags- und Privatklagedelikt

Ob es rechtstatsächlich bedeutsam ist, dass § 299 StGB als relatives Antragsdelikt ausgestaltet und selbiges auch für § 299a StGB-E vorgesehen ist, darf bezweifelt werden. Die antragsbefugten Verbände dürfen auch Amtsdelikte anzeigen. Bagatellen lassen sich von den Staatsanwaltschaften über die Opportunitätsregeln der Strafprozessordnung erledigen. Der wesentliche Unterschied besteht in der Frage der Zulässigkeit einer Privatklage. Sie kann allerdings auch für ein Nicht-Antragsdelikt bereitgestellt werden (Beispiel: Bedrohung, § 374 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. StPO). Es ist jedoch nicht bekannt, dass von der Möglichkeit des § 374 Abs. 1 Nr. 5a StPO, der Privatklage in einem Fall des § 299 StGB, jemals Gebrauch gemacht wurde. Angesichts der Ermittlungsnotwendigkeiten ist das nicht eben wahrscheinlich.

Ob aus diesem Grunde oder doch eher unbewusst im Entwurf auf den Vorschlag verzichtet wurde, § 299a StGB-E in den Kreis der Privatklagedelikte aufzunehmen, ist offen. Es dürfte jedoch einer Überlegung wert sein, sowohl für § 299 StGB als auch für § 299a StGB-E kumulativ auf das Strafantragserfordernis einerseits und die Privatklagefähigkeit andererseits zu verzichten.

b) Abstimmungsbedarf zwischen (etwaigem) Antragsrecht und Täterkreis

Sieht man für § 299a StGB-E weiterhin das relative Strafantragserfordernis vor, so bedarf es jedoch einer Änderung des § 301 Abs. 2 Nr. 2 lit. a StGB-E. Nach dem Referentenentwurf soll danach das Recht, Strafantrag zu stellen, der berufsständischen Kammer zustehen, in der der Täter zum Tatzeitpunkt Mitglied war. Abgesehen davon, dass der Referentenentwurf gerade keine Beschränkung auf verkammerte Berufe enthält, erfasst der Wortlaut des § 301 Abs. 2 Nr. 2 lit. a StGB-E nur die Fälle des § 299a Abs. 1 StGB-E, also die Empfängerseite. Das aber ist in sich nicht stimmig. Plausibilität erlangte die Regelung nur dadurch, dass für die nach dem Eingangswortlaut des § 301 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E miterfassten Fälle des § 299a Abs. 2 StGB auf die Kammerzugehörigkeit des Empfängers (und nicht auf die des Zuwendenden) abgestellt würde. Insgesamt erscheint es fragwürdig, einen Straftatbestand zu schaffen, weil man den Selbstreinigungskräften der berufsständischen Selbstverwaltung nicht mehr traut, um dann aber gleichzeitig das Antragserfordernis in deren Hände zu legen.

3. Erweiterter Verfall, § 302 StGB-E

Die sich bereits im Hinblick auf § 300 Nr. 2 StGB-E (dazu oben 1 b) stellende Thematik des gewerbsmäßig begünstigten Anstellungsunternehmens kehrt auch im Anwendungsbereich des § 302 StGB-E wieder. Die bisherige Wortfassung erstreckt sich nicht auf das begünstigte Unternehmen. Es hat die Anordnung des erweiterten Verfalls nur dann zu gewärtigen, wenn dies gemäß § 73d StGB möglich sein sollte. Falls insoweit Regelungsbedarf bestehen sollte, dürfte es sich anbieten, diesen nicht bereichsspezifisch allein für die Fälle des § 299 StGB und des § 299a StGB-E zu erfüllen.

VII. Sozialrechtliche Folgeregelungen, Änderungen des SGB V

Die vorgesehenen Änderungen des SGB V erweitern die Verpflichtungen der Krankenkassen und der kassenärztlichen Vereinigungen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen. Die kassenärztliche Bundesvereinigung wird, ebenso wie der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, zur Organisation und Durchführung eines regelmäßigen Erfahrungsaustauschs verpflichtet. Die vorgesehenen Treffen sollen „den direkten fachlichen Austausch der verantwortlichen Personen und die gemeinsame Abstimmung über das Vorgehen bei streitigen oder unklaren Fragestellungen“ ermöglichen. An dem Erfahrungsaustausch sind die berufsständischen Kammern und die Staatsanwaltschaften „in geeigneter

Form“ zu beteiligen. Die zuständigen Aufsichtsbehörden sind über die Ergebnisse zu informieren. In den Berichten sind Anzahl, Art und Schwere des vermuteten und festgestellten Fehlverhaltens und die dagegen getroffenen Maßnahmen zu benennen (§ 81a Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 2 f. SGB V; § 197a Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 2 f.).

Die Novellierung der §§ 81a, 197a SGB V und die sich daraus ergebende Berichtspflicht stehen in keinem (erkennbaren) unmittelbaren Zusammenhang zur Einführung des § 299a StGB-E. Der Referentenentwurf führt zum Zweck der Novellierung der §§ 81a, 197a SGB V aus, dass die Berichte erforderlich seien, um „die im Berichtszeitraum aufgetretene Zahl der bekannt gewordenen Fälle, deren Art, Schwere und Ahndung zu dokumentieren“ und den jeweiligen „Gesamtschaden für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung zu beziffern, der durch die Prüfung vermieden werden konnte und der nicht vermieden werden konnte. Dadurch soll auch das tatsächlich weitgehend unklare Ausmaß des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen erhellt werden“ (vgl. Bl. 23 des Referentenentwurfs).

Aufgrund der genannten Zielrichtung besteht die Vermutung, dass durch die Berichtspflichten eine nachträgliche Legitimation der strafrechtlichen Sanktionierung des § 299a StGB-E ermöglicht werden soll. Es wäre jedoch Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, vor der strafrechtlichen Normierung – und nicht erst danach – zu eruieren, ob aufgrund des Ausmaßes des Fehlverhaltens eine strafrechtliche Sanktionierung tatsächlich erforderlich ist, und wenn ja, in welcher spezifischen Form. Soweit das bestehende Ausmaß des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen tatsächlich – wie im Referentenentwurf dargestellt – weitgehend unklar ist, stellt sich daher die Frage, wieso eine (noch dazu pauschalierende) strafrechtliche Sanktionierung trotzdem als notwendig und erforderlich erachtet wurde.

Die Ausführungen im Referentenentwurf legen überdies die Vermutung nahe, dass – auch nach Ansicht des Gesetzgebers – von den nicht akademischen Heilberufsgruppen (zu den Bedenken, sie in den Kreis der tauglichen Täter aufzunehmen, s. bereits oben II 1) keine erheblichen Korruptionsrisiken ausgehen, da die Berufsvereinigungen nichtakademischer Heilberufe – anders als die Berufskammern – nicht am Erfahrungsaustausch zu beteiligen sind, vgl. §§ 81a Abs. 3, 197a Abs. 3 SGB V. Die Notwendigkeit strafrechtlicher Sanktionierung im Sinne des § 299a StGB-E erscheint für Angehörige nichtakademischer Heilberufe auch vor diesem Hintergrund fraglich.

Überdies ist ein sich ergebender Mehrwert aus der Verpflichtung zum Erfahrungsaustausch nicht ersichtlich. Die bestehenden Organisationseinheiten zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen sollen bereits zum jetzigen Zeitpunkt gem. §§ 81a Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V bei einem sich ergebenden Anfangsverdacht auf eine strafbare Handlung mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung unverzüglich die zuständige Staatsanwaltschaft unterrichten. Ein entsprechender Austausch findet daher bereits statt. Auch bestehen bereits zum jetzigen Zeitpunkt Berichtspflichten an die zuständigen Aufsichtsbehörden, vgl. §§ 81a Abs. 5, 197a Abs. 5 SGB V. Es ist nicht ersichtlich, wie der durchzuführende, regelmäßige Erfahrungsaustausch unter Beteiligung der berufsständischen Kammern und der Staatsanwaltschaften den Zweck der §§ 81a Abs. 1, 197a Abs. 1 SGB V weiter fördern können soll. Insbesondere für die Staatsanwaltschaften stellt sich überdies (vor dem Hintergrund der bestehenden Arbeitsbelastung) die Frage der Notwendigkeit einer Teilnahme an entsprechende Veranstaltungen

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger, LOStA Folker Bittmann

WisteV bei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Hearing zum Unternehmensstrafrecht

Die Sprecher von WisteV, Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger und LOStA Folker Bittmann, folgten am 06.06.2015 einer Einladung der Bundesarbeitsgemeinschaft Demokratie und Recht (BAG) von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Sie diskutierten im Abgeordnetenhaus von Berlin unter Moderation von Rechtsanwalt Torsten Mahncke (GRÜNE) über die Sinnhaftigkeit der

Einführung eines Unternehmensstrafrechts mit Frau MdB Renate Künast, Vorsitzende des Ausschusses für Justiz und Verbraucherschutz, Frau MdB Katja Keul und Frau RAin Yvonne Veith vom European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) sowie rund 30 weiteren Mitgliedern aus Partei und Fraktionen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in Europa, Bund und Ländern.

Nachdem die Prüfung eines Unternehmensstrafrechts für multinationale Konzerne Bestandteil des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD für die laufende Legislaturperiode ist, war es der BAG ein Anliegen, sich über den Diskussionsstand in der Bundestagsfraktion der eigenen Partei zu informieren und diesen durch sachverständige Impulse aus der Praxis zu illustrieren.

Als Vermittler von Praxiserfahrungen war WisteV dabei exklusiv angefragt worden, da sich die Ausrichter des Treffens aufgrund des Zuschnitts des Vereins die Vermittlung eines repräsentativen und ausgewogenen Meinungsbildes versprochen. Da es Satzung und Selbstverständnis von WisteV entspricht, die Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht durch die gesammelten Erfahrungen der Mitglieder von WisteV zu unterstützen, haben wir diese Einladung gerne angenommen. Dabei konnte auf diverse WisteV-Veranstaltungen zum Themenkomplex des Unternehmensstrafrechts zurückgegriffen werden (etwa auf die Veranstaltung „Compliance-Standards – Alternative oder doch nur Vorstufe zum Unternehmensstrafrecht?“ vom 04.12.2014 in Frankfurt oder die Behandlung des Themas im Rahmen der letzten WisteV-wistra-Neujahrstagung) welche bereits in die Formulierung von WisteV-Standards mündeten (vgl. WiJ 2015, 123 ff). Zudem wurde anlässlich der Einladung noch einmal eine Umfrage bei den Funktionsträgern des Vereins zur Abrundung des internen Meinungsbildes durchgeführt.

Im Rahmen der Diskussion referierte zunächst Frau MdB Katja Keul über die bestehenden Möglichkeiten einer Bebußung von Unternehmen nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz sowie deren – den einschlägigen Fachartikeln zu entnehmenden – Vor- und Nachteile. Sie berichtete zudem von einer kleinen Anfrage, die sie im Sommer vergangenen Jahres zusammen mit anderen Abgeordneten an die Bundesregierung zu den Erfahrungen mit dieser Norm in der Praxis gestellt hatte. Dabei stellte sich heraus, dass zur tatsächlichen Anwendungspraxis von §§ 30, 130 OWiG kaum empirisches Material vorhanden ist.

Frau MdB Renate Künast plädierte für eine weitergehende Sanktionierung von Unternehmen, die in der globalisierten Wirtschaft agieren und insbesondere Produkte vermarkten, die unter Verletzung von Menschenrechten in Ländern außerhalb Europas hergestellt worden sind. Frau Veith von ECCHR ergänzte insbesondere letzten Vortrag durch Beispiele aus ihrer praktischen Tätigkeit.

Als konkretes Fallbeispiel, dass die Diskussion um ein Unternehmensstrafrecht nahelege, wurde dabei auf die Waffenlieferungen von Heckler & Koch nach Mexico hingewiesen, aufgrund derer es mittlerweile zur Anklage gegen fünf ausgeschiedene Vorstandsmitglieder des Unternehmens gekommen ist.

Herr Bittmann und Herr Dr. Nuzinger gaben in ihrem gemeinsamen Impulsreferat zunächst einen Überblick über den wirtschaftsstrafrechtlichen Alltag in der Praxis und schilderten dabei insbesondere typische Fallgestaltungen mit Unternehmensbezug, die nach den Beobachtungen der WisteV-Mitglieder in Ermittlungsverfahren immer wieder aufgegriffen werden. Sie arbeiteten dabei vor allem die phänomenologische Spannweite des Feldes auf, das von Ermittlungsverfahren in Zusammenhang mit kleinen Ein-Mann-GmbHs, die von vornherein als Zweckgesellschaften nur für einen bestimmten Zeitraum gegründet werden, über regional agierende mittelständische Traditionsunternehmen bis hin zu multinational agierenden Konzernen reicht, denen allen ein abstrakt-generell formuliertes Unternehmensstrafrecht gerecht werden müsste. Sie legten sodann das rechtliche Instrumentarium dar, mit dem die Rechtsprechung die Zumessung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auch und gerade in ausdifferenzierten arbeitsteiligen Prozessen vornimmt. Dabei wurde berichtet, dass Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO aufgrund einer „organisierten Unverantwortlichkeit“ keinesfalls die Regel, sondern allenfalls die große Ausnahme seien, wenngleich durchaus häufig sowohl bei Verteidigern als auch Strafverfolgern der Eindruck zurück bliebe, mit den konkret strafrechtlich zur Verantwortung gezogenen natürlichen Personen nur besonders exponierte „Sündenböcke“ erfasst zu haben, während eine größere, evtl. auch systemische Verantwortung kaum zu greifen sei.

Dargelegt wurden dann aber auch die durchaus weitreichenden und unmittelbar auf Unternehmen bezogenen Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten des § 73 Abs. 3 (ergänzt durch § 76a) StGB, ergänzende Details zum Bußgeldverfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz und die diversen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, die durch strafprozessuale Mitteilungspflichten angestoßen werden können und von einzelnen Auflagen über den Entzug von Genehmigungen bereits jetzt bis hin zur Auflösung bestimmter Verbände reichen. Anhand des konkreten Vorschlags für ein Verbandsstrafgesetz aus Nordrhein-Westfalen wurden sodann die Schwierigkeiten erläutert, welche die Schaffung eines zusätzlichen und neuen rechtlichen Instrumentariums mit sich bringt und dabei insbesondere die Friktionen beschrieben, die sich zum Individualstrafrecht ergeben könnten.

Im Rahmen der anschließenden Debatte war für die Diskussionsteilnehmer insbesondere von Interesse, wie oft oder in welchen Fällen Staatsanwaltschaften tatsächlich Bußgelder nach den §§ 30, 130 OWiG anstreben würden und was die Gründe für ein hin und wieder beklagtes Umsetzungsdefizit seien. Beide WisteV-Vertreter berichteten dazu aus der Praxis, die Verhängung eines Bußgeldes sei umso wahrscheinlicher, je größer das betroffene Unternehmen ist.

Mehrfach thematisiert wurde auch die Frage, ob die Einführung eines Unternehmensstrafrechts nicht im Sinne einer effektiven negativen Generalprävention erforderlich sei. Die Sprecher von WisteV gaben hierzu zu bedenken, dass eine entsprechende generalpräventive Wirkung bereits von der Verfolgung verantwortlich handelnder Individuen ausgehe und dass für das Unternehmen als Ganzes nicht nur die bereits jetzt schon gegebenen Gewinnabschöpfungs- und Bebußungsmöglichkeiten präventiv wirken würden, sondern schon schlicht die Führung eines Ermittlungsverfahrens als extreme Belastung empfunden werde, insbesondere wenn dies mit Presseöffentlichkeit verbunden sei und die Erfahrung eines solchen jahrelangen Ermittlungsverfahrens bei Unternehmen handlungswirksam sein könne.

Gegenstand längerer Diskussionen war weiter, dass zentrale Aufgabe jedes eigenständigen Verbandsstrafrechts sein müsse, das originäre Verbandsunrecht materiell zu beschreiben, wenn nicht eine lediglich akzessorische Haftung befürwortet werden soll (der etwa die Annahme einer „Betriebsgefahr“ eines jeden wirtschaftlich tätigen Unternehmens zugrunde liegt). Dabei wurde alsbald konsentiert, dass generalklauselartige Beschreibungen – wie das Unterlassen zumutbarer Maßnahmen, welche die Begehung einer Tat durch einen Unternehmensmitarbeiter voraussichtlich erschwert hätten – weder für Unternehmen als Orientierungsmaßstab zur Vermeidung eigener Strafbarkeit, noch für eine dem Legalitätsprinzip verpflichtete Staatsanwaltschaft ohne weiteres praktikabel sein dürften, von extremen Ausnahmefällen (dem in der Diskussion erwähnten nur halbtags tätigen Chief Compliance Officer für einen weltweit agierenden Konzern) abgesehen.

Die WisteV-Sprecher wiesen auf die insbesondere im Fall der Schaffung einer Verbandsstrafbarkeit bestehende Notwendigkeit hin, die inhaltlichen Anforderungen an die Organisation eines Unternehmens und dessen Compliance-Bemühungen im Sachrecht zu definieren, bevor auf einen Verstoß repressiv reagiert werden dürfe. Auf die Gefahr mangelhafter Bestimmtheit bei Schaffung einer generalklauselartigen Strafnorm hatte der Leiter des WisteV-AK-Compliance, Dr. Christian Wagemann, im Rahmen der vereinsinternen Vorabstimmung vor der Veranstaltung in Berlin zu Recht und nachdrücklich aufmerksam gemacht.

Angesprochen wurden auch prozessuale Probleme, insbesondere in Anbetracht der Schwierigkeit der Materie naheliegende Verlagerungen von Darlegungs- und Beweislast auf die strafbedrohten Unternehmen, ferner:

- die unproduktive Zusatzbelastung von Betrieben und Justiz im Fall nach dem Legalitätsprinzip vermehrter, aber vielfach kaum mit einem dem Aufwand angemessenen Ergebnis endender Verfahren gegen Unternehmen;
- Schwierigkeiten bei der Vertretung des Unternehmens, wenn Organmitglieder individuell Beschuldigte sind;
- mangelnde Praktikabilität und Gefahr der Unverhältnismäßigkeit bei einer Höhe der Strafe von bis zu 10 % des weltweiten Umsatzes.

Demgegenüber böte die Fortentwicklung des geltenden Rechts verschiedene Vorteile:

- die größere Rechtsfolgenflexibilität des OWiG;

- die Möglichkeit, die Verbindung von Verfahren gegen natürliche Personen und gegen den Verband zu lösen, § 30 Abs. 4 OWiG;
- die Sachgerechtigkeit, im Tenor zwischen Ahndungs- und Abschöpfungskomponente zu differenzieren; und
- die Bestimmung der Wirtschaftsstrafkammer als zuständiges Gericht.

Einigkeit bestand, dass Rückwirkungen auf das Individualstrafrecht im Sinne einer Erosion etablierter Garantien auf jeden Fall vermieden werden müssten.

Die Mitglieder der BAG interessierte schließlich, ob Compliancemaßnahmen sich zur Reduzierung von Strafbarkeitsrisiken bewähren würden bzw. welche solcher Maßnahmen sich als so effektiv erwiesen hätten, dass sie ggf. in einem Unternehmensstrafrecht als denkbare Anordnung für den Fall einer Zuwiderhandlung aufgenommen werden könnten. Hier berichteten die WisteV-Sprecher von verschiedenen Ansatzpunkten, insbesondere der Installation eines externen Compliance-Monitors, also eines mentalen externen Kontrolleurs der Einrichtung und der Effizienz von ergriffenen Compliance-Maßnahmen.

Die Diskussion wurde auf hohem fachlichen Niveau geführt, was neben dem Umstand, dass sich in den Reihen der Arbeitsgemeinschaft viele praktisch tätige Rechtsanwälte, aber auch ein einschlägig erfahrener Kriminalbeamter befand, auch durch das erkennbar hohe Interesse aller Beteiligten an der Thematik begründet gewesen sein dürfte.

Dass Bündnis90/DieGrünen die WisteV-Argumente für eine Alternative zum Verbandsstrafrecht mittels Weiterentwicklung des OWiG ernst nahmen, zeigte sich nicht nur an der sehr nachdenklichen Bemerkung, wir hätten ja viele schwerwiegende Argumente für unsere Position vorgebracht, sondern vor allem auch an der Entwicklung der Äußerungen derjenigen, die sich aus den Reihen der Grünen zu Beginn für ein Verbandsstrafrecht ausgesprochen hatten: mit zunehmender Dauer der Diskussion konzentrierten sie sich auf ihr inhaltliches Anliegen und konzedierten, dass es auch im Rahmen einer OWi-Novelle erreicht werden könne.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Dennis Reschke, Bonn

Veranstaltungsbericht zum 2. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 21. Mai 2015

I. Einleitung

Am 21. Mai 2015 fand in Köln bereits zum zweiten Mal der vom WisteV-Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht und der ZInsO ausgerichtete Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt, der nicht nur aufgrund der regen Teilnahme von mehr als 70 interessierten Gästen ein voller Erfolg war, sondern der vor allem wegen der exzellenten Vorträge durch hochkarätige Referenten als Glanzstunde der noch jungen Vortragsreihe bezeichnet werden kann. Diesen Glanz einzufangen soll mit den folgenden Zeilen versucht und dazu der Fokus auf zentrale Thesen der Referenten gerichtet werden.

II. Marie Luise Graf-Schlicker: Insolvenz(straf)recht – wohin?

Graf-Schlicker, Ministerialdirektorin im BMJV, leitete ihr Referat mit einem Überblick über die aktuellen gesetzgeberischen Bestrebungen im Insolvenzrecht ein – Bestrebungen, die auch Auswirkungen auf das Strafrecht zeitigen werden. Dabei hat das BMJV Großes vor: Das Insolvenzrecht, das sich in einer „Insolvenzrechtsreform in Permanenz“ befinde, soll in seiner Neugestaltung auch Maßstäbe für die geplante Europäische Insolvenzverordnung setzen. Ein entscheidender Schritt in diese Richtung sei bereits zurückgelegt worden: Der Entwurf zum Konzerninsolvenzrecht liege dem Bundestag zur Beratung vor.

Aus strafrechtlicher Perspektive von Bedeutung sei vor allem die Klärung der Problematik hinsichtlich des Verhältnisses des Insolvenzrechts zur Rückgewinnungshilfe. Man wolle einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Geschädigten einer Straftat auf

der einen und dem Gleichbehandlungsinteresse der Insolvenzgläubiger auf der anderen Seite sicherstellen. Um dies gesetzgeberisch zu gewährleisten, habe man jüngst eine eigene Projektgruppe im Ministerium installiert.

Der Schwerpunkt der gesetzgeberischen Vorhaben liege indes in der Reform des Anfechtungsrechts – insbesondere der Vorsatzanfechtung. Ein Referentenentwurf vom 16. März 2015 sei den Verbänden bereits zur Stellungnahme vorgelegt worden. Hintergrund für das Einschreiten des Gesetzgebers seien Klagen aus der wirtschaftlichen Praxis und von Arbeitnehmern gewesen, die mit der derzeitigen komplexen Regelungsmaterie nicht mehr hinreichend zurechtkämen. So stelle es eine schwere Belastung für die Wirtschaft dar, nicht zu wissen, ob sich ein Gläubiger auf Zahlungserleichterungen einlassen darf, oder ob das Nachsuchen um Erleichterung ein Indiz für Vorsatzkenntnis des Anfechtungsgegners sei. Künftig solle das Ersuchen von Zahlungserleichterungen i. d. R. keinen Anfechtungsgrund mehr begründen. Dazu werde mit § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E ein sog. „safe harbour“ geschaffen, indem der Gesetzgeber die gesetzliche Vermutungsregel des Absatzes 1 Satz 3 präzisiert. Ferner sei für Arbeitnehmer bislang nicht geklärt, ob sie verspätet erhaltene Löhne behalten dürfen. Mit der geplanten Neuregelung des Bargeschäftsprivilegs schade es nicht, wenn Arbeitsentgelt innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Erbringung der Arbeit geleistet werde. Darüber hinaus soll im Zuge der Reform die Zwangsvollstreckungsbefriedigung zugunsten derjenigen Gläubiger privilegiert werden, die zur Durchsetzung ihrer Forderung bereits gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen haben. Eine Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Titel sei dann keine inkongruente Deckung mehr und eine Anfechtung nur nach Maßgabe des insoweit strengeren § 130 InsO möglich. Schließlich soll künftig die Verzinsung des Rückgewähranspruchs zum Schutz des Anfechtungsgegners vor übermäßiger Zinsbelastung nach Maßgabe der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften erfolgen.

Abschließend hat *Graf-Schlicker* auf die europäische Bestrebung zur Errichtung eines vorinsolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens hingewiesen, das mit dem gerade erst durch das ESUG geschaffenen Schutzschirmverfahren nicht in Einklang gebracht werden könne, weil es gerade kein gerichtliches Verfahren vorsieht. Zudem werde auf europäischer Ebene angestrebt, die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens europaweit einheitlich auf drei Jahre zu begrenzen.

III. Prof. Dr. Georg Bitter: Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Insolvenzreife – Grundlagen, aktuelle Entwicklungen und ein Ausblick auf die Strafbarkeit des nicht richtig gestellten Insolvenzantrages

Prof. Dr. *Bitter*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Insolvenzrecht an der Universität Mannheim, referierte zunächst einführend über die zivilrechtlichen Haftungstatbestände, bevor er sodann die Innenhaftung des Geschäftsführers gemäß § 64 GmbHG für „Zahlungen“ nach Insolvenzreife in den Fokus rückte. Dabei wies er auf eine erst kürzlich für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gem. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO relevante Entscheidung des BGH hin (ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*), wozu ein sog. qualifizierter Rangrücktritt erforderlich sei. Dieser könne aber nicht frei aufgehoben werden, da es sich um einen Vertrag zugunsten der Gläubiger i. S. v. § 328 BGB handle. Ausgehend von einem Hinweis *Karsten Schmidts* in der ZIP 2015, 901, 905 f. kreiste die anschließende Diskussion um die Frage, ob durch diesen „unauflösbaren“ Rangrücktritt eine „verbundene Vermögensmasse“ entstanden sei – ähnlich wie das Stammkapital –, die auch im Rahmen des § 266 StGB relevant werden könnte, wenn z. B. subordinierte Kredite einverständlich, aber verfrüht zurückgezahlt würden. Aus dem Publikum wurde dagegen vorgetragen, dass es sich um einen bloße vertragliche Bindung handle, die für sich genommen keine Vermögensbetreuungspflicht begründen dürfte.

Darüber hinaus sei bislang ungeklärt, ob auch der Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft Haftungsadressat des § 64 GmbHG sei. Bezüglich eines Direktors einer private company limited by shares englischen oder walisischen Rechts gebe es diesbezüglich eine Vorlage an den EuGH (BGH ZInsO 2015, 92). Dieser habe sich insbesondere mit einem möglichen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu beschäftigen, wobei *Bitter* selbst im Einklang mit dem BGH in der bloßen Anwendung des § 64 GmbHG keine Verletzung erkenne.

Ferner widmete sich *Bitter* im Schwerpunkt der komplizierten und bislang immer noch nicht hinreichend geklärten Problematik, ob und ggf. inwieweit ein Spannungsfeld zwischen § 64

GmbHG und § 266a StGB besteht. Dabei sieht *Bitter* eine mögliche Pflichtenkollision nur dann gegeben, wenn Beiträge i. S. v. § 266a StGB nach dem Insolvenzantrag nicht abgeführt worden sind. Im Ergebnis hält er das Verbot des § 64 GmbHG aber für vorrangig, weil es in der insolvenzrechtlichen Wertung durch die Regeln zum Eröffnungsverfahren und die nahezu zwingende Anfechtbarkeit eventuell geleisteter Zahlungen gestützt werde.

Abschließend befasste sich *Bitter* mit der Problematik des „unrichtig“ gestellten Insolvenzantrags. Vor dem Hintergrund, dass praktisch 90 % aller Anträge fehlerhaft seien, warf er die These auf, dass trotz der unbefriedigenden Verknüpfung von § 13 InsO mit § 15a Abs. 4 InsO – danach werden auch Verstöße gegen § 13 InsO strafbewehrt – eine teleologische Reduktion der Vorschrift auch in Extremfällen nicht möglich sei. Denn der Gesetzgeber habe ausweislich seiner Begründung (BT-Drucks. 17/5712, S. 22 f.) die Problematik gesehen. Somit bliebe – überspritzt ausgedrückt – nur noch die Möglichkeit, die Vorschrift wegen „evidenter Unverhältnismäßigkeit“ als verfassungswidrig zu verwerfen. Interessant war diesbezüglich die anschließende Diskussion, in der *Graf-Schlicker* den Hinweis erteilte, dass diese Problematik vom Gesetzgebers – entgegen *Bitters* Annahme – nicht erkannt worden sei. Der Weg einer teleologischen Reduktion ist also doch nicht von vorneherein versperrt!

IV. Dr. Michael Harz: Das Sachverständigengutachten zur Krise

Als „Exot“ unter den Teilnehmern – wie sich der Mathematiker und Betriebswirt *Harz* selbst (zutreffend) bezeichnet hat – erläuterte er neben den Grundlagen der gutachterlichen Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung die von ihm entwickelte und selbstlernende „BilMan-Software“, mit deren Hilfe es möglich sei, manipulierte Bilanzen im Bruchteil einer Sekunde aufzudecken. Die Richtigkeit der in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Daten und Zahlen sowie die Angaben in der Buchhaltung sei Voraussetzung für die zutreffende Begutachtung der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens. Die vermeintliche Richtigkeit werde in der Praxis oftmals als selbstverständlich angenommen. Jedoch stelle die Validierung von Buchhaltung und Bilanz eigentlich den notwendigen ersten Schritt einer gutachterlichen Prüfung dar, der bislang jedoch sehr zeitintensiv gewesen sei und der in über 90 % der Fälle Unregelmäßigkeiten aufdecke. Daher könne eine solche Überprüfung nicht unterbleiben.

In der Praxis sehr häufig vorkommende „Bilanzschönungen“, wie der Ausweis überhöhter Erträge und Forderungen, die oft auf fingierte Rechnungen zwischen nahestehenden Unternehmen oder Personen zurückzuführen seien, könnten nun schnell und zuverlässig aufgedeckt werden. Die BilMan-Software basiere auf zwei Säulen. Eine Säule bilde die sog. Benford-Verteilung, die die erwartete Verteilung der Anfangsziffern der in einer Zahlensammlung auftretenden Werte beschreibe. Die zweite Säule bilde die künstliche Intelligenz, welche typische Fälschungsmuster, die in der Vergangenheit von der Software bereits einmal erkannt wurden, wieder erkenne.

Im Ergebnis erleichtere die Software die Erstellung von Gutachten erheblich. Sofern sie eine Manipulation anzeigt, werde auf manuelle Weise die Art der Manipulation untersucht. So ersetze die Software letztendlich nicht den Sachverständigen an sich, sondern liefere ihm die für die weitere Begutachtung erforderlichen entscheidenden Hinweise. Gutachten auf Grundlage falscher Daten seien damit ausgeschlossen.

V. Podiumsdiskussion: Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO

Zum Abschluss der Veranstaltung diskutierten RA *Christof Püschel*, OStA *Raimund Weyand* und Prof. Dr. *Hans Haarmeyer* unter Moderation von LOStA *Folker Bittmann* über das in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO normierte Verwendungsverbot für Auskünfte im Strafverfahren, die der Schuldner auf Grund § 97 Abs. 1 S. 1 InsO geben musste. *Püschel* sieht darin einen gesetzgeberisch normierten „Deal“: Die zwangsweise durchsetzbare Auskunft zugunsten der Insolvenzgläubiger gegen die Zusicherung, dass die Auskünfte strafrechtlich keine Relevanz erlangen können. Da es sich bei der Vorschrift um ein „Kind des Datenschutzes“ handle, sei die ein Verwendungsverbot statuierende Vorschrift weit auszulegen. Deswegen sei in der anwaltlichen Beratung zu überlegen, ob nicht von vorneherein umfassende Angaben gemacht werden sollten. Anders hinsichtlich der Reichweite sah das freilich *Weyand*, der jedoch konstatierte, dass seiner Erfahrung nach die Vorschrift in der Praxis keine Rolle spiele und selbst in Verteidigerkreisen kaum bekannt sei. Schließlich wies er darauf hin, dass § 97 Abs. 1 S. 3

InsO kein Erhebungsverbot statuieren. Aber auch *Haarmeyer* pflichtete bei, dass hinsichtlich dieses Verwendungsverbots kein hinreichendes Bewusstsein in der Praxis bestehe. Es finde vor allem keine Belehrung darüber im klassischen Sinne statt. Schließlich plädierte auch er wegen der mit dem ESUG verfolgten Anreizfunktion dafür, den Schutzbereich der Norm weit zu verstehen, um die Anreizfunktion für insolvente Schuldner zur frühzeitigen Antragstellung letztlich nicht zu konterkarieren.

VI. Ausblick

Bereits im Vorfeld des diesjährigen Insolvenzstrafrechtstags hat sich der WisteV-Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht getroffen, um die weiteren Aktivitäten zu besprechen. Trotz erheblicher zeitlicher Belastung erwägt der Arbeitskreis, sich im Halbjahresrhythmus zusammensetzen und sich vertieft mit einer Thematik zu befassen, die etwa Gegenstand des kommenden Insolvenzstrafrechtstags sein wird.

Der 3. Kölner Insolvenzstrafrechtstag – gemeinsam veranstaltet mit der ZInsO – findet voraussichtlich am 5. Mai 2016 statt und wird sich der in der Praxis höchst problematischen und bislang in Einzelheiten ungeklärten Frage widmen: „Wann ist ein Eröffnungsantrag ‚nicht richtig‘ gestellt i. S. v. § 15a Abs. 4, 2. Var. InsO?“. Geplant ist es, als Referenten Herrn Oberstaatsanwalt Hans Richter aus Stuttgart zu gewinnen.

Interessenten sind herzlich eingeladen, aktiv an den vorbereitenden Treffen mitzuwirken, auf andere Weise – etwa durch Beiträge im WiJ – die Thematik zu befruchten und bzw. oder im nächsten Jahr am 3. Insolvenzstrafrechtstag in Köln teilzunehmen. Als Ansprechpartner steht Ihnen der Sprecher des AK-Insolvenz-Strafrechts, Herr Rechtsanwalt *Christof Püschel*, unter insolvenzstrafrecht@wistev.de zur Verfügung.

Standards

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

WisteV – Standards Nr. 15: Verhältnis zwischen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis

In der WiJ werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von *Folker Bittmann*, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt, in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sie versuchen, den innerhalb von WisteV erzielten Diskussionsstand repräsentativ widerzuspiegeln, können aber nicht durchweg Ergebnis eines vereinsweiten Diskussionsprozesses sein. Sie stellen schon deshalb nie unverrückbare Endpunkte dar.

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits benannten oder auch zusätzlichen Aspekten zu positionieren. Im besten Falle findet so eine permanente Qualifizierung statt, die allen Interessierten eine verlässliche Orientierung bietet.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: standards@wi-j.de.¹

Die vorliegenden Thesen beruhen auf einem Vortrag, den Prof. Dr. Jens Bülte auf der wistra-WisteV-Neujahrstagung 2015 in Frankfurt am Main gehalten hat und der außerordentlich wohlwollend diskutiert wurde. Da er ohne Widerspruch blieb, fehlt es an kontroversen Thesen.

¹ Weiter Hinweise zu den WisteV-Standards unter www.wi-j.de.

I. Grundlegendes

1. Die Wissenschaft unterliegt keiner Obhutspflicht gegenüber der Justiz.
2. a) Es ist demnach völlig in Ordnung, wenn sich ein Wissenschaftler in seinen Elfenbeinturm zurückzieht und sich (frei nach Rudolf von Jhering) selbst einen Kranz aus gespaltenen Haaren flicht.
b) Solcherart Wissenschaft ist allerdings nicht mit dem Anspruch vereinbar, Gehör in der Praxis finden zu wollen, sondern wird (in der Formulierung Miguel de Unamuno y Yugos) zu einem „Friedhof toter Ideen“.
3. Nicht der einzelne Wissenschaftler, aber die Hochschul-Wissenschaft als solche ist denselben Zielen verpflichtet wie die Justiz, nämlich der Fortentwicklung und Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen, effektiven, am Verfassungsrecht im Allgemeinen und dem Grundrechtsschutz im Besonderen orientierten Strafrecht und einer ebensolchen Strafrechtspflege.

II. Anforderungen an Wissenschaft und Praxis

1. Die Übereinstimmung im Ziel verlangt nach einer vertrauensvollen und effizienten Zusammenarbeit.
2. Trotz der Ausrichtung von Wissenschaft und Praxis auf ein Ziel stellen sich beiden unterschiedliche Aufgaben und beschreiten voneinander abweichende Wege.
3. Selbst ein noch so intensiver Gedankenaustausch ändert nichts an der institutionellen Selbständigkeit von Wissenschaft und Justiz.
4. Ebenso wie der einzelne Strafrechtspraktiker sich nicht ausschließlich an einer bestimmten Lehrmeinung orientieren darf, ist es dem konkreten Wissenschaftler verwehrt, sich als solcher in den Dienst eines konkreten justitiellen Ziels zu stellen.
5. Der Gedankenaustausch ist von beiden Seiten intellektuell in dem Sinne redlich zu führen, dass
 - a) nicht von vorn herein die eigene Fehlsamkeit ausgeschlossen wird,
 - b) sachliche Differenzen nicht als persönliche Vorwürfe diskreditiert werden,
 - c) das Klärungspotential einer schrittweise Auseinandersetzung anerkannt wird,
 - d) die Berufung auf Autoritäten ebensowenig wie
 - e) die Verwendung von sog. Totschlagargumenten (Neid; gesunder Menschenverstand; Populismus; Alternativlosigkeit oder inflationäre Berufung auf nur partiell Zutreffendes, z.B. Widersprüchlichkeit, Verfassungswidrigkeit oder Verschleifungsverbot) fehlende sachliche Argumente ersetzt,
 - f) wahrhaftig argumentiert wird,
 - g) die subjektive Wahrheit ausgesprochen werden darf und soll, und
 - h) gemäß der Einsicht Karl Poppers dem Hinweis auf einen Fehler mit Dankbarkeit zu begegnen ist.

III. Anforderungen an die Wissenschaft

1. Es ist legitim, sich auf die Kritik an der von der Praxis gefundenen Lösung zu beschränken.
2. a) Weil die Justiz aber im Gegensatz zur Wissenschaft im konkreten Fall zu einer Entscheidung verpflichtet ist, ist ihr nur dann wirklich weitergeholfen, wenn der Ablehnung ein konstruktiver, d.h. praxistauglicher Vorschlag folgt.
b) Um der Justizpraxis zu ermöglichen, vorhersehbare Entscheidungen auf der Basis dem Gebot der Bestimmtheit weitestmöglich Rechnung tragender Vorschriften zu treffen, hat sich die Wissenschaft zu bemühen, praxistaugliche, in sich systematisch schlüssige dogmatische Lösungen zu entwickeln.

- c) Das ist insbesondere für die Gebiete wichtig, die noch nicht ausreichend erschlossen sind (z.B. neutrale Teilnahme; Geschäftsherrenhaftung; Rechtsgutslehre, Unterlassungsdogmatik).
3. Das berechnigte Verlangen, Alternativlösungen zu entwerfen, lässt sich dort nicht einlösen, wo die Verfassung entweder der Auslegung einer konkreten Norm (Art. 103 Abs. 2 GG) oder der Rechtssetzungsbefugnis des (Straf-)Gesetzgebers nicht zu überwindende Grenzen setzt. Hier ist die Straffreiheit zwingende Folge.
4. Weil die Wissenschaft im Sinne Tucholskys tolerant zu sein und daher den Verdacht zu hegen hat, auch der andere könne Recht haben, muss sie anerkennen, dass
- a) die Praxis eine dem Einzelfall gerecht werdende Entscheidung treffen muss, und
- b) dass ein Strafrechtssystem auf Normakzeptanz angewiesen ist,
- c) dies zwar nicht für Einzelfälle gilt, aber generell, so dass die Wissenschaft die Justizpraxis in der Erklärung der Rechtssätze und ihrer Folgen gegenüber Politik, Presse und Bevölkerung unterstützen muss.
5. Wissenschaft ist mit Interessenvertretung nicht prinzipiell unvereinbar.
- a) Interessenvertretung ist jedoch offenzulegen,
- b) damit der Leser (nach Thomas Fischer) nicht stets den Verdacht hegen muss, die Aussagen schwämmen auf einer Pfütze von Geld statt auf einer Woge der Gelehrsamkeit.
6. a) Wissenschaftssprache hat sich am Empfängerhorizont auszurichten.
- b) Dies kann jedoch nur eine Anforderung an das Schreiben und Vortragen des Wissenschaftlers sein, die nicht durchweg erfüllt zu werden vermag,
- (1) wenn die Sachmaterie schwierig und komplex ist,
- (2) und weil Vereinfachung nicht zur Verfälschung führen darf.

IV. Anforderungen an die Strafrechtspraxis

1. Auch die Praxis hat sich um eine verlässliche Strafrechtsdogmatik zu bemühen, weil nur sie in für den Adressaten vorhersehbarer Weise hinreichend bestimmte Strafen ermöglicht.
2. Das Beklagen fehlender Unterstützung seitens der Wissenschaft ist nur dann redlich, wenn wissenschaftliche Bemühungen um sowohl systematisch stimmige als auch praxistaugliche Lösungen nicht
- (a) ignoriert und/oder
- (b) als Abwehr aufgedrängter Nothilfe zugunsten eines bestimmtes Ergebnisses, das erzielt werden soll, abgelehnt oder zurückgewiesen werden.
3. a) Dogmatische Stimmigkeit und Einzelfallgerechtigkeit stehen nicht in einem prinzipiellen Gegensatz.
- b) Löst die Praxis das in einem konkreten Sachverhalt zwischen beidem zutage tretende Spannungsfeld jedoch zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit auf, so hat sie die dafür sprechenden Gründe zu offenbaren.

WisteV-Moot-Court

stud. iur. Marcel Behrendt und stud. iur. Bastian Schmack, beide Frankfurt a.M.

Vom Schwimmen im kalten Wasser – Erfahrungen aus einem wirtschaftsstrafrechtlich-/strafprozessualen Moot Court

Unter der Leitung von Prof. Dr. Matthias Jahn (Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung an der Goethe-Universität) sowie dem Rechtsanwalt und wissenschaftlichen Mitarbeiter am Lehrstuhl, Fabian Meinecke, hatten Frankfurter Studenten durch Unterstützung der WisteV erstmals die Gelegenheit, selbst in die Robe eines Staatsanwalts oder Strafverteidigers zu schlüpfen – und das ist wörtlich zu verstehen.

I. Die Veranstaltung

Zu Beginn des Wintersemesters 2014/15 wurden wir auf die Ankündigung des Lehrstuhls aufmerksam, dass ein zweisemestriger wirtschaftsstrafrechtlicher Moot Court stattfinden würde. Die Chance, bereits im Studium diese seltene Möglichkeit zu bekommen, unter einer professionellen Leitung praktische Erfahrungen zu sammeln, wollten wir uns nicht entgehen lassen. Durch die Vorbesprechung, in der uns geschildert wurde, was uns alles erwarten würde, hat sich dieser positive Eindruck nochmals verstärkt. Wir wollten unbedingt dabei sein. Nach einer Bewerbungsphase, in der Motivationsschreiben, bisherige Studienleistungen und praktische Erfahrungen den Ausschlag für eine Teilnahme geben sollten, konnten sich letztendlich neun Studenten glücklich schätzen, am ersten wirtschaftsstrafrechtlichen-/strafprozessualen Moot Court der Goethe Universität in Kooperation mit der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und Unterstützung von ElSa Frankfurt teilnehmen zu können. Und wir waren tatsächlich unter den Auserwählten!

Alle Teilnehmer wurden in vier Gruppen unterteilt, je zwei Teams der Staatsanwaltschaft sowie zwei Teams der Strafverteidigung. Jede Gruppe bekam einen erfahrenen Mentor mit Renommee aus dem wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich zur persönlichen Unterstützung zugeteilt. Die Teams der Staatsanwaltschaft wurden durch Herrn Rechtsanwalt *Björn Krug*, Mainz, die Verteidiger durch Herrn Rechtsanwalt *Ulf Reuker*, LL.M., Dortmund, in den für alle Teilnehmer neuen praktischen Aspekten der juristischen Arbeit im Strafrecht beraten. Für die WisteV stand vor allem Rechtsanwältin *Kathie Schröder* aus Frankfurt mit Rat und Tat zur Seite.

Die Teams der Staatsanwaltschaft bekamen zuerst das Aktenstück eines (nur leicht abgeänderten) realen Falles aus der Praxis und durften zuerst mit der Erstellung der Anklageschrift loslegen. Das erste große Highlight, auf das hingearbeitet wurde, war eine Pressekonferenz im Februar, in der die Staatsanwaltschaft ihre gewonnenen Erkenntnisse vorstellen konnte. Für die Verteidigung folgte darauf eine lange Nacht, in der die Strategie für die am Tag darauf folgende Pressekonferenz der Verteidigung vorbereitet werden sollte. Die Teams der Verteidigung bekamen auch erst an diesem Tag Akteneinsicht gewährt, um die teilweise bereits vorab zwischen den Teams gerungen worden war. Die Pressekonferenz war professionell organisiert. Sowohl ein Kamerateam als auch Vertreter der Presse waren anwesend und stellten die Teams vor die Herausforderung, ihre Fragen möglichst zu ihren Gunsten zu beantworten. Nach anfänglicher Nervosität wich unsere Anspannung immer mehr dem Spaß an dieser Erfahrung. In Folge der Pressekonferenz war es an der Strafverteidigung, eine möglichst umfassende Schutzschrift für ihren Mandanten zu erstellen und bei der zuständigen Wirtschaftsstrafkammer einzureichen.

Dann kam der Moment, auf den alle hingefiebert hatten: In einem der großen Gerichtssäle des Landgerichts Frankfurt stellte uns Prof. *Jahn* die Richter vor, die er für eine Teilnahme hatte begeistern können. Es wurde zwar vorher angekündigt, dass es sich um namhafte Personen aus der Justiz handelt, doch dass wir tatsächlich unter dem Vorsitz eines Richters des

2. Strafsenats des BGH – Prof. Dr. *Christoph Krehl*, zugleich Honorarprofessor an der Goethe-Universität – verhandeln würden, hätten wir uns vorher nicht erträumen lassen. Auch die anderen beiden Berufsrichter (Prof. Dr. *Jürgen Taschke*, ebenfalls Frankfurter Honorarprofessor, und der frühere hessische Justizstaatssekretär Rechtsanwalt Dr. *Rudolf Kriszeleit*) sowie die beiden Schöffinnen (Rechtsanwältin Dr. *Anette Hartung* und die amtierende Frankfurter Elßa-Präsidentin *Natascha Wombacher*) standen dem in nichts nach, so dass unsere Aufregung nicht weniger wurde, als wir wussten, vor wem wir verhandeln sollten. Als Zeugen traten vorher von den Veranstaltern gecoachte Kommilitoninnen auf, die ihren Teil zu der realitätsnahen Atmosphäre beitragen konnten. Die Hauptverhandlung war insgesamt eine große Herausforderung, da gerade die unvorhergesehenen, von den Veranstaltern vorbereiteten Probleme für uns Studenten die meisten Schwierigkeiten, aber auch den meisten Lerneffekt brachten. Dank der „Werbung“, die Prof. *Jahn* in seinen Vorlesungen gemacht hatte, fanden zahlreiche Zuschauer einschließlich eines Gerichtsreporters der *Frankfurter Rundschau* den Weg in den Gerichtssaal – und das trotz sonnigen Badewetters. Bis zum Plädoyer als gefühltem Höhepunkt der Veranstaltung kämpften alle Teams darum, die Richter von ihrem gewünschten Ergebnis (Freispruch oder Verurteilung) zu überzeugen. Die im Anschluss an die Urteile folgenden positiven Reaktionen der Richter entschädigten uns für die viele Arbeit und zeigte deutlich, dass sich der große Einsatz sowohl in der Vorbereitung als auch in der Hauptverhandlung für alle Teilnehmer bezahlt gemacht hat.

II. Einige Überlegungen zum strafrechtsdidaktischen Mehrwert eines Moot Courts

Abschließend blicken wir auf das vergangene Jahr zurück und möchten dabei didaktische Aspekte des Formates Moot Court, insbesondere im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts, aus studentischer Sicht in den Vordergrund stellen. Dabei möchten wir reflektieren, was uns besonders motivierte an einer Teilnahme, welche Lerneffekte uns am meisten überraschten und wie die tägliche Teamarbeit an einem praxisorientierten Fall aussah. Außerdem möchten wir aufzeigen, warum es sich für jeden Studenten lohnt, an einer solchen Veranstaltung teilzunehmen.

Zunächst können wir mit Überzeugung sagen, dass sich die Teilnahme am wirtschaftsstrafrechtlichen Moot Court als eine der besten Entscheidungen unseres Studiums herausstellte. Wir hatten zwar bereits an zivilprozessualen Moot Courts teilgenommen, versprochen uns im Strafrecht aber noch mehr Potential für dieses Format. Im Strafverfahren sahen wir einen größeren Verhandlungsspielraum und mehr taktische Möglichkeiten als in einem zivilrechtlichen Prozess, der in der Regel auf den vorherigen Schriftsätzen aufbaut und – jedenfalls für uns – weniger Dynamik und Spannung verspricht. Diese Erwartungen wurden voll bestätigt. Gerade das vom Verteidiger verlangte ausgeprägte Reaktionsvermögen in der Hauptverhandlung hat uns besonders beeindruckt. Gleichermäßen konnten wir erfahren, was die Rede vom „Verfahrensklima“ bedeutet – ein Erlebnis unter geschützten Bedingungen, das wir unseren zukünftigen Referendariatskollegen gewiss voraus haben. Hierbei empfanden wir es als besondere Herausforderung, dass im Strafrecht aller Reformen zum Trotz die Person des Angeklagten im Mittelpunkt steht. Nicht nur, dass man sich durch die intensive Auseinandersetzung mit den Personen besser in den Fall hineinversetzen konnte, es fiel auch leichter sich für „seinen“ Mandanten so richtig ins Zeug zu legen und im Zweifel bis tief in die Nacht für den Erfolg vor Gericht an der Vorbereitung eines Schriftsatzes zu arbeiten.

Gerade auf der Seite des Strafverteidigers lernten wir bereits zu Beginn der Veranstaltung, wie viel Raum es einnehmen sollte, sich intensiv mit der Persönlichkeit unseres Mandanten zu beschäftigen und diese von Anfang an gezielt einzusetzen. Aus unserer Sicht sollte es bei der teilweise unklaren Beweislage für den Schuldspruch, aber auch bei der Rechtsfolge entscheidend auf die Täterpersönlichkeit ankommen.

Besonders deutlich wurde dies in der Vorbereitungsphase auf die eigene Pressekonferenz, als wir nach der Pressekonferenz der Staatsanwaltschaft schnellstmöglich einer Vorverurteilung durch die Presse – und damit auch der Öffentlichkeit – vorbeugen mussten. Die folgende Nacht nutzten wir daher ausgiebig dazu, verschiedene Strategien zu erörtern, die unseren Mandanten entlasten und eine andere Deutung des Sachverhalts zulassen sollten. Am folgenden Tag gingen wir ganz bewusst ein Risiko ein und entschieden uns gegen eine detaillierte juristische Aufarbeitung des Sachverhalts. Wir wollten vielmehr die Persönlichkeit

unseres Mandanten in den Vordergrund rücken und der Presse einen Blick in das Leben des Menschen und Familienvaters geben. Mit Erfolg konnten wir auf diesem Wege nicht nur einer Vorverurteilung durch die Presse entgegenwirken, sondern bereits zu diesem frühen Zeitpunkt erste Sympathiepunkte für unseren Mandanten sammeln. Aufgrund der positiven Wirkung behielten wir diese Strategie kontinuierlich bis zum Plädoyer in der Hauptverhandlung bei, die wir schließlich auch mit einem Freispruch zu unseren Gunsten entscheiden konnten.

Die vielen Herausforderungen konnten uns in jeder Hinsicht optimal auf die zukünftige Praxis vorbereiten. Nicht nur einmal fanden wir uns im kalten Wasser wieder und mussten plötzlich schwimmen, ohne zu wissen, wie es eigentlich geht. Dass dies den größten Lerneffekt mit sich bringt, ist bekannt. Dass es dazu auch noch sehr viel Spaß machen kann, war jedenfalls für uns neu und daher umso erfreulicher. Spontan auf Fragen von neugierigen Journalisten in der Pressekonferenz zu reagieren, erforderte neben präzisen Antworten vor allem Schlagfertigkeit ohne dabei abgehoben zu wirken, aber auch ein hohes Maß an Authentizität. In der Hauptverhandlung konnten wir schließlich unsere rhetorischen Erkenntnisse erstmals praktisch einsetzen. Sich in einem Wortgefecht mit einem Richter des BGH wiederzufinden, ist eine Erfahrung, die man so schnell nicht vergessen wird. Nachdem wir eine solche Aufgabe erfolgreich meistern konnten, wird uns in der fachlichen Diskussion so schnell kein Kommilitone mehr aus der Ruhe bringen. Neben einem selbstbewussten Auftreten hatten wir uns für die Hauptverhandlung in Absprache mit unserem Mentor vorgenommen, keine Angst vor Fehlern zu haben und jede Gelegenheit, die sich uns bietet, für einen Freispruch für unseren Mandanten zu nutzen.

Die tägliche Arbeit im Team war eine tolle Erfahrung und stellt eine gelungene Abwechslung zum normalen Studienalltag dar, den man in der Regel alleine bewältigt. Die Weiterentwicklung der eigenen Kommunikations- und Teamfähigkeit wird dabei in unseren Augen im Studienalltag etwas vernachlässigt, wohingegen diese Komponenten im Moot Court im Mittelpunkt stehen und deshalb intensiv geschult werden können. Insbesondere das Zusammenspiel verschiedener Stärken und Lösungsansätze brachte oftmals die entscheidenden Ideen und Fortschritte, die nur durch die Zusammenarbeit im Team erreicht werden konnte. Auch in der Hauptverhandlung war es von Vorteil, sich zu jeder Zeit auf den anderen verlassen zu können. Ungeachtet dessen, dass eine Verteidigung im Team in der Praxis nicht der Regelfall ist, wurden die vielen Vorteile einer solchen gegenseitigen Unterstützung deutlich. Obwohl zwischen allen Teams durchweg eine kollegiale Stimmung herrschte, wurde der Wettkampfgedanke nicht vernachlässigt. Denn jedes Team wollte sich mit seiner individuellen Herangehensweise an den Prozess und einer sorgfältig entwickelten Strategien gegen die Kommilitonen der anderen Teams behaupten. Zwar war die intensive Vorbereitung der Hauptverhandlung und die Ausarbeitung der Schriftstücke sehr umfangreich, der Spaßfaktor und die praktische Erfahrung ließen diesen Aufwand aber mehr als vergessen. Die Gruppengröße von neun Teilnehmern war optimal, so dass jeder ausreichend Gelegenheit hatte, sich einbringen zu können.

In unserer beruflichen Zukunft werden wir auf diese Erfahrungen zurückgreifen und sie unabhängig davon, ob wir später als Rechtsanwalt, Staatsanwalt oder Richter tätig sind, gewinnbringend einsetzen können. Ein solch reibungslos organisierter Moot Court bringt daher aus unserer Sicht deutlich mehr praktische Erkenntnisse als so manches mehrmonatiges Praktikum. Nicht nur einmal hätten wir gerne andere Pflichten hintenangestellt, um weiter an einem Schriftsatz oder an der Strategie für eine erfolgreiche Pressekonferenz oder Hauptverhandlung zu tüfteln. Dennoch war es zu jeder Zeit möglich, noch für Examen und/oder den Schwerpunktbereich zu lernen. Die ganze Veranstaltung stellte sich als hervorragende Möglichkeit dar, neben dem eher theoretisch ausgerichteten Studium, über den Tellerrand des Unialltags hinaus zu schauen.

III. Fazit

Wir können eine Moot Court-Teilnahme deshalb jedem nur empfehlen, um einen ersten Eindruck in die zukünftige Arbeitswelt zu erhalten, insbesondere für diejenigen, die Interesse am (Wirtschafts-)Strafrecht mitbringen. Die Veranstaltung war eine hervorragende Gelegenheit, um echte Praxis in Zusammenarbeit mit etablierten Wirtschaftsstrafrechtlern zu erleben und sich auf das Referendariat oder eine spätere Tätigkeit als Staatsanwalt oder Strafverteidiger vorzubereiten. An dieser Stelle deshalb nochmals vielen Dank an Prof. *Jahn* und Herrn Rechtsanwalt *Meinecke* für die professionelle Organisation über das ganze vergange-

ne Jahr. Die Veranstaltung war stets derart realitätsnah, dass man bisweilen vergaß, nur einen fiktiven Mandanten zu vertreten. Wir beide möchten uns auch besonders bei unserem persönlichen Mentor, Rechtsanwalt *Ulf Reuter*, bedanken, der uns von Anfang an mit vielen praktischen Tipps zur Seite stand und uns interessante Einblicke in die tägliche Arbeit des Strafverteidigers eröffnet hat.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis Mai 2015

I. Aufsatzliteratur

Karsten Schmidt: Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 19/2015, S. 901-911.

Vor kurzem hat der IX. Zivilsenat des BGH entschieden, dass einen qualifizierten Rangrücktritt erklären muss, wer eine bestimmte Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus nicht passivieren will. Charakteristikum dieses qualifizierten Rangrücktritts ist eine Vereinbarung zwischen Schuldner und (Gesellschafter-)Gläubiger, der zufolge auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der (Gesellschafter-)Gläubiger Befriedigung seiner Forderung nur aus dem Aktivvermögen des Schuldners verlangen kann, das dessen sonstige Verbindlichkeiten übersteigt (BGH, GmbHR 2015, 472, 473 ff.). Diese Abrede qualifiziert der IX. Zivilsenat als einen Vertrag zugunsten der übrigen Gläubiger und damit als einen dinglich wirkenden Schuldänderungsvertrag (BGH, GmbHR 2015, 472, 476), den Schuldner und (Gesellschafter-)Gläubiger einseitig nicht verändern oder gar aufheben können (BGH, GmbHR 2015, 472, 477). Damit kreiert der IX. Zivilsenat ein vertraglich vereinbartes Zahlungsverbot. Befriedigt der Schuldner die mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehene Forderung, obschon sein Aktivvermögen nicht sämtliche anderen Verbindlichkeiten deckt, erfolgt die Zahlung nach Ansicht des IX. Zivilsenats rechtsgrundlos und kann – etwa vom Insolvenzverwalter – nach Bereicherungsrecht (vgl. §§ 812 ff. BGB) kondiziert werden (BGH, GmbHR 2015, 472, 475 f.). Unabhängig davon, ob man dieser hier nur kurz skizzierten Entscheidung zustimmt oder aber wie der Verf. der Konstruktion eines Vertrags zugunsten Dritter skeptisch gegenübersteht und stattdessen den „überschuldungsrelevanten Rangrücktritt“ als *pactum de non petendo* einstuft (ZIP 2015, 901, 910), hat Verf. auf eine interessante mögliche strafrechtliche Konsequenz der Entscheidung aufmerksam gemacht: Weil das vom IX. Zivilsenat geschaffene Zahlungsverbot eine große Nähe zu § 30 GmbHG aufweist (ZIP 2015, 901, 905), wirft Verf. die Frage auf, ob ein Geschäftsführer, der eine subordinierte Verbindlichkeit vorzeitig zurückführt, gem. § 266 StGB haftet (ZIP 2015, 901, 906). Angesichts der praktischen Bedeutung und weiten Verbreitung von qualifizierten Rangrückritten, ist die Strafrechtswissenschaft dazu aufgerufen, hierauf schnellstmöglich eine Antwort zu geben.

II. Kommentare/Handbücher

1. Andreas Schmidt (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, Carl Heymanns Verlag, 179,00 €, ISBN 978-3-452-28062-6.

Ein Markenzeichen des von *Andreas Schmidt* herausgegebenen und mittlerweile in der fünften Auflage vorliegenden Hamburger Kommentars zum Insolvenzrecht, das ihn von anderen insolvenzrechtlichen Kommentaren unterscheidet und für Insolvenzstrafrechtler besonders geeignet macht, sind die insolvenzstrafrechtlichen Ausführungen von *Peter-Alexander Borchardt*. Auf den letzten knapp 70 Seiten des insolvenzrechtlichen Kommentars kommentiert *Borchardt* neben § 15a Abs. 4, 5 InsO die §§ 283 ff., 263, 266 und 266a StGB. Diese insolvenzstrafrechtliche Kommentierung steht mit Blick auf den Zweck dieser Übersicht – i.e. neu erschienene insolvenzstrafrechtliche Literatur vorzustellen – deshalb im Zentrum der nachfolgenden Rezension.

a) *Borchardt* beginnt den mit Insolvenzstrafrecht überschriebenen Abschnitt mit der Kommentierung der insolvenzstrafrechtlichen Zentralvorschriften, den §§ 283 ff. StGB. Hierbei widmet er der für den Praktiker wichtigen Frage nach der richtigen Interpretation der Krisenmerkmale breiten Raum (Rn. 5 ff.), wohingegen er bspw. die Frage, welches Rechtsgut die §§ 283 ff. StGB schützen, nur kurz streift (vgl. Rn. 1). Dass *Borchardt* nicht erörtert, ob der durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz v. 17.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 1982) eingeführte modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff auch Altfällen zugrunde zu legen ist – richtigerweise zwingt § 2 Abs. 3 StGB den Rechtsanwender dazu, den § 19 InsO in seiner aktuell geltenden Fassung anzuwenden (s. nur *BGH*, wistra 2010, 219, 220; *Schmitz*, wistra 2009, 369 ff.; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 283 Rn. 51) –, erscheint verschmerzbar, da solche Altfälle mit zunehmendem Zeitablauf seltener werden und der Überschuldungstatbestand – wie verschiedene Untersuchungen gezeigt haben (vgl. jüngst *Bitter/Hommerich/Reiß* ZIP 2012, 1201 ff.) – in *praxi* ohnehin keine nennenswerte Rolle spielt (zu diesem Befund exemplarisch *Braun/Bußhardt*, InsO, 6. Aufl. 2014, § 19 Rn. 2, 33). Im Anschluss an die Ausführungen zu den Krisenmerkmalen behandelt *Borchardt* die einzelnen von § 283 Abs. 1 StGB genannten Tatmodalitäten (Rn. 9 ff.). Dabei untersucht er unter anderem, was man unter einem den Anforderungen ordnungsgemäßen Wirtschaftens (grob) widersprechendem Verhalten zu verstehen hat (Rn. 12). Leider beschränkt er sich darauf, die Ansicht wiederzugeben, die dieses Merkmal mithilfe der handelsrechtlichen Vorgaben an ein ordentliches kaufmännisches Gebaren bestimmt (grdl. dazu *LK-StGB/Tiedemann*, 12. Aufl. 2009, Vor § 283 Rn. 111 f.), ohne die Kritik, die Teile des Schrifttums hieran üben (ausf. Kritik bei *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko, Diss. 1994, S. 84 ff.; ihm im Erg. zust. *Habetha*, Bankrott und strafrechtliche Organhaftung, Diss. 2014, S. 185 f.), zu erwähnen. Das ist umso bedauerlicher, als die höchstrichterliche Rspr. bislang noch nicht abschließend entschieden hat, anhand welchen Maßstabs sie das ordnungsgemäße Wirtschaften widersprechende Verhalten konturieren will, sich hier also einige Chancen für die Strafverteidigung eröffnen. Unter den Rn. 22 ff. finden sich konzise und weiterführende Ausführungen zu den Nrn. 5-7 des § 283 Abs. 1 StGB, die den Strafverfolgungsalltag auf bankrottstrafrechtlichem Terrain bekanntlich beherrschen (zu diesem Befund s. exemplarisch *Park/Sorgenfrei*, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2013, Teil 3, Kap. 5 Rn. 1, 9). Insbesondere dem schwierigen Problem, ab wann der Täter rechtlich oder faktisch nicht in der Lage ist, seiner Buch- bzw. Bilanzführungspflicht nachzukommen, widmet *Borchardt* einen eigenen Abschnitt (vgl. Rn. 29), worin er die Rspr. benennt, der zufolge der Schuldner noch vorhandene Mittel vorrangig dazu verwenden muss, um seiner Buch-/Bilanzführungspflicht sachgerecht nachzukommen (s. *BGH*, NJW 2011, 3733, 3734 m. zust. Anm. *Floeth*, EWIR 2012, 221, 222 und *Weyand*, ZInsO 2011, 2228, 2229 sowie *BGH*, NSTZ 2012, 511). Ob ihn diese Rspr. überzeugt oder ob nicht die Gegner dieser Rechtsprechungslinie (s. etwa *Park/Sorgenfrei*, aaO, Teil 3, Kap. 5 Rn. 52; *Renzikowski*, in: Festschr. f. Weber, 2004, S. 333, 345 f.; äußerst skept. gegenüber einem Vorrang der Buch-/Bilanzführungspflichten gegenüber anderen [Zahlungs-]Pflichten ferner *Holzappel*, in: Festschr. f. Wahle, 2008, S. 16, 25 ff.) den Vorzug verdienen, sagt er jedoch nicht. Ausführlich erörtert *Borchardt* im Rahmen seiner Kommentierung des § 283 StGB des Weiteren die Probleme, die aufkommen, sobald eine juristische Person oder eine Personengesellschaft die Position des Gemeinschuldners bekleiden (Rn. 42 f., 49 ff.). Dabei streift er auch den Themenkomplex, der mit „EU-Auslandsgesellschaften und Bankrottstrafrecht“ überschrieben ist und schließt sich für die Buchführungsdelikte (§ 283 Abs. 1 Nrn. 5, 7 StGB) der Ansicht an, die den Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft gemäß diesen Vorschriften nur dann bestrafen will, wenn er weder nach dem Recht des Gründungs- noch nach dem Recht des Sitzstaates ordnungsgemäß buchgeführt bzw. bilanziert hat (vgl. Rn. 53b; dafür auch *Radtke/Hoffmann*, EuZW 2009, 404, 407; zust. *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, aaO, Vorbem. §§ 283 ff. Rn. 1c und § 283 Rn. 29). Den Abschluss der Kommentierung des § 283 StGB bilden instruktive Überlegungen zur bankrottstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und des (vorläufigen) Sachwalters (Rn. 54 ff.). Hervorgehoben zu werden verdient schließlich die Ansicht, wonach sich der Geschäftsführer, der einem Gesellschafter während der Gesellschaftskrise ein Darlehen zurückbezahlt, das dieser der Gesellschaft gewährt hatte, wegen des von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordneten Nachrangs nicht nur gemäß § 283c StGB, sondern gemäß § 283 StGB strafbar macht (vgl. § 283c Rn. 3; so auch *NK-StGB/Kindhäuser*, 4. Aufl. 2013, § 283c Rn. 3; *Matt/Renzikowski/Altenhain*, StGB, 2013, § 283c Rn. 5).

b) Im Rahmen seiner Kommentierung des § 15a Abs. 4, 5 InsO widmet sich *Borchardt* unter anderem der momentan streitig diskutierten Frage, was man unter einem „nicht richtigen“

Insolvenzantrag zu verstehen hat (Rn. 7). Eingangs seiner Überlegungen statuiert er die These, wonach „nicht richtig“ nur solche Anträge sein können, die den Anforderungen an einen zulässigen Antrag nicht genügen. Ob eine solche Lesart des Merkmals „nicht richtig“ dieser Tatvariante allerdings noch einen eigenen Anwendungsbereich belässt – der unzulässige Antrag ist eben kein Antrag und kann somit auch der Variante „nicht“ subsumiert werden – bezweifelt *Borchardt* freilich mit Recht. Überzeugend plädiert *Borchardt* im Weiteren für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der strafbewehrten Insolvenzantragspflicht und ermöglicht somit, auch die Vertretungsorgane von EU-Auslandsgesellschaften gemäß § 15a Abs. 4, 5 InsO strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen (Rn. 22, 43). Umfangreiche Ausführungen widmet *Borchardt* schließlich den sonstigen tauglichen Tätern des § 15a Abs. 4, 5 InsO (Rn. 23 ff.) und schließt sich dabei der zutreffenden Ansicht an, der zufolge der Geschäftsführer eines Vor-Verbands kein tauglicher Täter der Insolvenzverschleppung sein kann (Rn. 42).

c) Den Abschluss des insolvenzstrafrechtlichen Kapitels bilden Ausführungen zu den §§ 263, 266, 266a StGB. Dabei geht es *Borchardt* nicht darum, diese Vorschriften umfassend zu kommentieren. Vielmehr arbeitet er in den jeweiligen Abschnitten die insolvenzstrafrechtlichen Besonderheiten dieser Delikte heraus. So erörtert er bspw. im Rahmen des § 266 StGB unter welchen Voraussetzungen ein Einverständnis der Gesellschafter mit der Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch den Geschäftsführer die damit einhergehende Pflichtverletzung entfallen lässt (Rn. 6 ff.) oder welche Untreuerisiken dem (vorläufigen) Sach-/Insolvenzverwalter bei seiner Arbeit drohen (Rn. 9 ff.). Die Kommentierung des § 266a StGB widmet schließlich der Frage einen ausführlichen Abschnitt, ab wann die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung dem Geschäftsleiter unmöglich ist (Rn. 16 ff.).

d) Die zahlreichen vorstehend erwähnten Punkte, die *Borchardt* in seiner Kommentierung des Insolvenzstrafrechts anspricht, belegen – trotz der gelegentlich geübten Kritik an einzelnen Positionen – die insolvenzstrafrechtliche Nützlichkeit dieses Werks. In Verbindung mit den von *Borchardt* gegebenen Hinweisen und den tabellarisch zusammengefassten Problemübersichten (vgl. etwa § 266a StGB Rn. 28) erweist sich das Werk für den auf insolvenzstrafrechtlichem Gebiet tätigen Praktiker als gut geeignet.

2. Jan Bockemühl (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Strafrecht*, 6. Aufl. 2015, Carl Heymanns Verlag, 149,00 €, ISBN 978-3-452-28064-0.

Im sechsten Teil des von *Jan Bockemühl* herausgegebenen und mittlerweile in sechster Auflage vorliegenden Handbuchs des Fachanwalts Strafrecht bearbeiten *Dietrich Quedenfeld* und *Hans Richter* das mit „Wirtschaftsstrafverfahren“ überschriebene fünfte Kapitel. Darin enthalten sind unter Gliederungspunkt „C“ Ausführungen zum Insolvenzstrafrecht, die Gegenstand der nachfolgenden Rezension sein werden.

a) An den Beginn ihrer insolvenzstrafrechtlichen Erörterungen stellen *Verf.* den § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Ihnen zufolge ergreift das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO solche Auskünfte nicht, die der Schuldner gegenüber einem Gutachter oder aber bspw. im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO macht (Rn. 98; aA etwa *Brand/Kanzler*, *wistra* 2014, 334, 337 ff.). Allerdings melden *Verf.* mit Blick auf den novellierten § 13 InsO und eine Praxis, die dem Schuldner umfangreiche Fragebögen bei der Antragsstellung anbietet, berechnigte Zweifel an der Freiwilligkeit der so gemachten Auskünfte an.

b) Ausführlich erörtern *Verf.* unter welchen Voraussetzungen der Schuldner zahlungsunfähig, drohend zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Dazu skizzieren *Verf.* zunächst kurz die Rechtslage wie sie zur Zeit der Konkursordnung galt, bevor sie sich der Interpretation der §§ 17 ff. InsO zuwenden. Zu Recht plädieren sie dafür, die Krisenmerkmale der §§ 283 ff. StGB insolvenzrechtsakzessorisch zu bestimmen, ihnen also im Wesentlichen die auf insolvenzrechtlichem Terrain gefundenen Auslegungsergebnisse zugrunde zu legen. Wenn sie allerdings den *BGH* als „Kronzeugen“ dieser insolvenzrechtsakzessorischen Lesart benennen (Rn. 111), überzeugt das nur bedingt, weil der *BGH* bislang nur zur Interpretation des Krisenmerkmals „Zahlungsunfähigkeit“ und zu § 15a Abs. 4, 5 InsO entschieden hat (s. exemplarisch *BGH*, *NStZ* 2007, 643; vgl. auch *OLG Köln*, *NStZ-RR* 2005, 378). Ungeachtet dessen erweisen sich die Ausführungen der *Verf.* zu den Krisenmerkmalen als eine wahre Fundgrube an Stellungnahmen zu sämtlichen Problemen, die in diesem Kontext aufkommen können. Selbst zu eher am Rande liegenden Fragen wie der Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zahlungsunfähigkeitsstatus (Rn. 107; s. dazu ausf. *Ressmann*, *Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten*, *Diss.* 2015) oder der Er-

mittlung des Liquidationswertes bei negativer Fortführungsprognose (Rn. 123) finden sich umfassende und äußerst hilfreiche Erörterungen.

c) Spannend sind des Weiteren die Ausführungen, die *Verf.* zum Thema „eigenkapitalersetzende Darlehen und Rangrücktritt“ machen. Zunächst skizzieren sie kurz die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG und weisen zutreffend auf die damals drohende Untreuestrafbarkeit hin, falls der Geschäftsführer im Krisenstadium kapitalersetzende Darlehen zurückführte (Rn. 148; zu dieser damals h.M. s. nur *Wauschkuhn*, Das Merkmal „Gläubiger“ im objektiven Tatbestand des § 283c StGB, Diss. 1990, S. 111 ff.; *Thilow*, Die Gläubigerbegünstigung im System des Insolvenzrechts, Diss. 2001, S. 100 f.; *Mohr*, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, Diss. 1993, S. 55 f.). Eher zweifelhaft erscheint hingegen die These, Altfälle, die sich vor Inkrafttreten des MoMiG ereigneten, jedoch nach seinem Inkrafttreten zur Aburteilung anstehen, nach dem alten für den Täter ungünstigeren Recht zu behandeln (Rn. 149a). Das MoMiG hat bekanntlich mit § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG dem alten Eigenkapitalersatzrecht, wie es die Rspr. entwickelt hat, den Todesstoß versetzt. An die Stelle der Rechtsprechungs- und Novellenregeln (§§ 32a, b GmbHG) sind die §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO getreten, die die Gesellschafterdarlehen unabhängig davon, ob sie inner- oder außerhalb einer Krisensituation gewährt wurden, einem insolvenzrechtlichen Nachrang (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und ihre Rückzahlung bis zu einem Jahr vor Insolvenzverfahrenseröffnung der Insolvenzanfechtung unterwerfen (§ 135 InsO). Aus dieser geänderten Gesetzeslage folgern *Verf.*, dass der Geschäftsführer, der Gesellschafterdarlehen zurückführt, nur noch dann gemäß § 266 StGB haftet, wenn er hierbei entweder gegen den – ebenfalls durch das MoMiG neu geschaffenen – § 64 Satz 3 GmbHG verstößt (Rn. 150a) oder aber den Darlehensrückzahlungsanspruch trotz sich abzeichnender Insolvenzreife befriedigt und damit einen absehbar wertlosen Anspruch erfüllt (Rn. 150c). Keinesfalls sei der Geschäftsführer gemäß § 283c StGB privilegiert, da er durch die Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen die Verteilungsmasse schmälere und nicht lediglich die Gleichmäßigkeit der Vermögensverteilung unter den Gläubigern beeinträchtigt (Rn. 166; aA, eine Privilegierung gem. § 283c StGB befürwortend, die wohl h.M.; s. nur *OLG Celle*, BeckRS 2014, 14248 = NStZ-RR 2014, 278 (Ls.); *LK-StGB/Tiedemann*, aaO, § 283c Rn. 10; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, aaO, § 283c Rn. 12; *AnwK-StGB/Püschel*, 2. Aufl. 2015, § 283c Rn. 7; *Graf/Jäger/Wittig/Reinhart*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 283c StGB Rn. 3).

d) Hieran anschließend wenden sich *Verf.* den Insolvenzstraftaten im engeren Sinne zu und legen dabei den Fokus ihrer Ausführungen auf die besonders praxisrelevanten Buch- und Bilanzführungsverstöße (§ 283 Abs. 1 Nrn. 5, 7 StGB; vgl. Rn. 183 ff.). In diesem Zusammenhang stehen sie wie der *BGH* auf dem – anfechtbaren (s.o.) – Standpunkt, der Schuldner habe die ihm verbliebenen Mittel vorrangig einzusetzen, um die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen und seiner Buch- und Bilanzführungspflicht ordnungsgemäß nachzukommen (Rn. 194). Welche von beiden Pflichten freilich den Vorrang genießt, wenn die übrig gebliebenen Mittel nicht genügen, um beide Pflichten zu erfüllen, sagen *Verf.* nicht.

e) Trotz der gelegentlich vom *Rezensenten* geübten Kritik und obschon im Rahmen einer Rezension nur einzelne Aspekte besonders herausgegriffen werden können, haben *Verf.* eine beeindruckende Kommentierung des Insolvenzstrafrechts im engeren und weiteren Sinne vorgelegt, der eine umfassende Verbreitung zu wünschen und deren Lektüre durch jeden im Insolvenzstrafrecht Tätigen uneingeschränkt zu empfehlen ist!

3. Hans Achenbach/Andreas Ransiek/Thomas Rönau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, C. F. Müller Verlag, 159,99 €, ISBN 978-3-8114-6019-5.

Im „Achenbach/Ransiek“, dessen Herausgeberkreis seit der vierten Auflage um *Thomas Rönau* erweitert worden ist, bearbeitet das Insolvenzstrafrecht wie bereits in den Voraufgaben *Carsten Wegner*. Obwohl *Wegner* schon in den Voraufgaben die Materie des Insolvenzstrafrechts kenntnisreich und äußerst solide kommentiert und sich an diesem positiven Gesamteindruck auch in der vierten Auflage nichts geändert hat, seien einige kritische Punkte besonders hervorgehoben:

a) Gleich zu Beginn seiner Kommentierung wendet sich *Verf.* den Problemen zu, die aufkommen, sofern eine juristische Person oder eine Personengesellschaft die Gemeinschaftschuldnerposition bekleiden. Da diese Entitäten des Wirtschaftslebens strafrechtlich (noch) nicht

haften, den für sie handelnden Organwaltern jedoch die Tätertauglichkeit ermangelt, hat der Gesetzgeber den § 14 StGB geschaffen, um bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen die Gemeinschuldneigenschaft des Personenverbands auf dessen handelnde Organwalter zu „überwälzen“. Dreh- und Angelpunkt dieser gesetzlich angeordneten Zu-rechnungsoperation ist die Interpretation der von § 14 StGB verwendeten Partikel „als“ Organ etc. Die sich hierum rankenden Streitfragen streift *Verf.* nur sehr kurz (Rn. 15) und benennt leider auch nicht den zwischenzeitlich erreichten Stand der Rechtsprechung, der zufolge „als Organ“ etc. handelt, wer entweder den Schuldner rechtsgeschäftlich wirksam verpflichtet oder aber mit dem Einverständnis des Schuldners die als Bankrott zu qualifizierende Schädigungshandlung vornimmt (BGHSt 57, 229, 237 f. = NJW 2012, 2366, 2368 f. m. Anm. C. Brand und Wessing, EWIR 2012, 609 = ZWH 2012, 357 ff. m. Anm. Kudlich). Freilich hat der BGH bislang noch offen gelassen, welchen Anforderungen dieses Schuldneinverständnis genügen muss.

b) Ausführlich und höchst instruktiv (beachte etwa die detailreiche Erörterung der einzelnen Bilanzpositionen eines Überschuldungsstatus unter Rn. 28 ff.) behandelt *Verf.* sodann die Krisenmerkmale der §§ 283 ff. StGB und legt ihrer Interpretation eine akzessorische Betrachtungsweise zugrunde (Rn. 17). Wenn dies freilich geschieht, weil der BGH diese Betrachtungsweise ausdrücklich anerkannt habe, so verwundert diese Resignation vor der Macht des Faktischen gerade aus Verteidigermund ein wenig (vgl. aber auch Rn. 65 f.), hat doch der BGH sein akzessorisches Verständnis der Krisenmerkmale ausdrücklich bislang nur bei dem Merkmal der Zahlungsunfähigkeit und im Rahmen der strafbaren Insolvenzverschleppung praktiziert. Allerdings – und deshalb dürfte *Verf.* Recht behalten – steht nicht zu erwarten, dass der BGH bei den §§ 283 ff. StGB anders entscheiden wird.

c) Im Anschluss hieran widmet sich *Verf.* den einzelnen Bankrotthandlungen (Rn. 107 ff.) und legt dabei – der praktischen Relevanz entsprechend – einen Schwerpunkt auf die Buchführungs- und Bilanzmodalitäten (§ 283 Abs. 1 Nrn. 5, 7 StGB; vgl. Rn. 145 ff., 161 ff.). Etwas zu knapp gerät nach Einschätzung des *Rezensenten* der Abschnitt, der der Frage nachgeht, wann sich der Schuldner darauf berufen kann, ihm sei die Erfüllung seiner Buch- bzw. Bilanzführungspflichten unmöglich gewesen (Rn. 155). Hier hätte man sich eine Stellungnahme des *Verf.* zu der These, der Schuldner habe seine noch vorhandenen Mittel vorrangig für die Erfüllung seiner Buchführungs-/Bilanzierungspflichten einzusetzen, gewünscht. Ebenfalls etwas knapp fallen die Ausführungen zu § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB aus (vgl. Rn. 177 ff.). Wie der *Verf.* zu dem von der Rspr. erwogenen Unternehmen steht, dem immer noch grassierenden „Firmenbestattungsunwesen“ mithilfe des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB einen Riegel vorzuschieben (dazu s. BGH, NJW 2013, 1892 m. Anm. Köllner, NZI 2013, 368, Bittmann, ZWH 2013, 320 und Brand, NZG 2013, 400; BGH, NStZ 2009, 635 = wistra 2009, 273 m. Anm. Hagemeier, StV 2010, 26), bleibt leider unklar. Bedauerlicherweise unterlässt *Verf.* auch eine Stellungnahme zu der Frage, wie die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in der Gesellschaftskrise künftig unter insolvenzstrafrechtlichen Vorzeichen behandelt werden soll. *Verf.* beschränkt sich vielmehr darauf, die Entscheidung des OLG Celle (ZInsO 2014, 1668) zu referieren, dem zufolge solches Verhalten mit Inkrafttreten des MoMiG nur noch den Tatbestand der Gläubigerbegünstigung erfüllt (vgl. Rn. 222).

d) Im zweiten Kapitel des siebten Teils des „Achenbach/Ransiek/Rönnau“ widmet sich *Verf.* unter den Rn. 24 ff. dem Tatbestand der Insolvenzverschleppung. Dabei ist *Verf.* bei der Umschreibung des Täterkreises entgangen, dass der Gesetzgeber die von ihm gewünschte Klarstellung (vgl. Rn. 25) mittlerweile als § 15a Abs. 6 InsO geschaffen und darin ausgesprochen hat, dass Vereinsvorstände nicht dem Gebot des § 15a Abs. 1 InsO und somit auch nicht der Strafandrohung des § 15a Abs. 4, 5 InsO unterfallen. Im Ergebnis überzeugend und entgegen einer kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH (Beschl. v. 18.12.2014 – 4 StR 323/14 und 4 StR 324/14) plädiert *Verf.* sodann für die Ansicht, die den faktischen Geschäftsleiter, der nicht einmal einen unwirksamen Bestellsakt vorweisen kann, von der Täterliste des § 15a Abs. 4, 5 InsO streicht (Rn. 32). Nur knappe Ausführungen räumt *Verf.* der Frage ein, was unter einem „nicht richtigen“ Antrag zu verstehen ist (Rn. 45 f.). Angesichts der darüber im jüngeren Schrifttum entbrannten Debatte und der Vermutung, dass diese Tatvariante künftig auch die Praxis stärker beschäftigen wird, hätte sich der *Rezensent* an dieser Stelle vertiefere Überlegungen gewünscht.

e) Trotz der vom *Rezensenten* vereinzelt geübten Kritik, kann als Fazit festgehalten werden: Der „Achenbach/Ransiek/Rönnau“ ist nach wie vor ein wichtiges und hilfreiches Standardwerk für den im Insolvenzstrafrecht Tätigen!

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Chowdhury, Tobias, Geschäftsleiteruntreue vor dem Hinter- grund von subprime-Investments im Vorfeld der Finanzkrise – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Aufsichts- rechts für die Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltsmaß- stäbe, Berlin 2014

(Dissertation Wintersemester 2012/2013), 311 S., 79,90 €

I. Eine Dissertation für die Praxis: schon das ist verdienstvoll. Eine fächerübergreifende Dissertation, geschrieben auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, aber mit Blick auf die Untreue: Einer der seltenen Ausbrüche aus dem Ghetto des eigenen Fachs! Dank gebührt daher auch den Göttinger Professoren *Spindler* als Doktorvater und *Murmann* als nur formaler Zweitgutachter, wie ihn *Chowdhury* im Vorwort aufgrund seiner inhaltlichen Verdienste als strafrechtlicher quasi-Alleingutachter selbst bezeichnet. Da der Leser schnell erkennt, daß *Chowdhurys* Heimat das Zivilrecht ist, muß der vom strafrechtlichen Blick geprägte Rezensent allerdings sogleich um Nachsicht bitten, weil dieser unterschiedliche background die Ursache dafür sein könnte, dass ihm sowohl das Verständnis für manche Argumentation *Chowdhurys* verschlossen blieb, als auch er so etwas wie einen roten Faden erst bei der abschließenden Lektüre des zusammenfassenden 6. Teils (S. 282 – 287) entdeckte. Der unterschiedliche berufliche Hintergrund verlangt vom Rezensenten Zurückhaltung bei der Bewertung und die Konzentration auf die Dokumentation.

Teil 1 befaßt sich mit der *Unternehmerischen Entscheidung des Geschäftsleiters* (S. 27 - 61). Es folgt Teil 2 mit der Überschrift *Geschäftsleiterhandeln im akzessorischen Untreuetatbestand* (S. 62 - 103). Der schwerpunktmäßig gesellschaftsrechtliche Teil 3 sucht nach *Anknüpfungspunkten pflichtverletzenden Verhaltens beim Investment in subprime-Papiere* (S. 104 - 191), während der hauptsächlich strafrechtliche Teil 4 *Weiteren Aspekten der Untreuestrafbarkeit aufgrund des Erwerbs von subprime – Wertpapieren* gewidmet ist (S. 192 – 256). In Teil 5 versucht sich der Autor in einer Art Außenblick auf *Subprime-Investments und Untreuetatbestand vor kriminalpolitischem Hintergrund* (S. 257 – 281).

II. *Chowdhurys* Überlegungen setzen beim unternehmerischen Handeln eines Organs (S. 27 – 57) und damit bei § 76 Abs. 1 AktG bzw. 37 Abs. 1 GmbHG an. Die damit normierte Verantwortlichkeit finde allein im *safe harbour* des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, im GmbH-Recht entsprechend anwendbar, eine Ausnahme (S. 29). Das gesetzliche Mittel bestehe darin, dass innerhalb des unternehmerischen Handelns (einschließlich Rechtsunsicherheiten, S. 35 – 45) lediglich bestimmte verfahrensrechtliche Kautelen einzuhalten seien: jede auf solcher Basis getroffene Entscheidung sei, unabhängig von ihrem Inhalt, gesellschaftsrechtlich in Ordnung. Bereits vor dem Inkrafttreten des UMAG und damit der Einfügung des jetzigen § 93 AktG in das geschriebene Recht (S. 28) habe die Diskussion über die strafrechtliche Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen unter dem Stichwort des Risikogeschäfts eingesetzt (S. 57 – 61). Nunmehr sei streitig, ob es strafrechtlich ebenso ausschließlich auf die Einhaltung formeller Schritte ankomme, oder ob eine unter Einhaltung aller verfahrensrechtlicher Erfordernisse getroffene Entscheidung auch allein aufgrund ihres unvertretbaren Inhalts als Untreue bestraft werden könne.

1. Für das Unternehmerische als Teilbereich des Geschäftsleiterhandelns bestimmen nach *Chowdhury* allein und damit abschließend die Sorgfaltsgeneralklauseln des § 93 AktG den

rechtlichen Rahmen. Demgemäß bleibe insoweit für § 266 StGB und damit für ein originär strafrechtlich begründetes allgemeines Schädigungsverbot kein Raum (S. 64 – 91, insbes. 74 f., 83, 86 und 88, für § 266 StGB im Verhältnis zu § 25a KWG und den MaRisk S. 205 f.). Der Ausgangspunkt ist fraglos sachgerecht: was zivilrechtlich zulässig ist, kann vom Strafrecht nicht sanktioniert werden. Dementsprechend kommt es tatsächlich darauf an, wie weit das Primärrecht abschließenden Charakter aufweist oder nicht (S. 68).

a) Sehr feinsinnig betrachtet *Chowdhury* die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB als Teil-Schnittmenge der gesellschaftsrechtlichen (ergänzt von den allgemeinen, S. 85 f.) Sorgfaltsanforderungen, ohne dass allerdings Letztere beide geschaffen worden wären, um § 266 StGB zu konkretisieren (S. 74 f.). Handeln, das die formellen Erfordernisse des Zivilrechts wahre, falle damit aus dem Anwendungsbereich der Untreue heraus, ohne daß die bloße Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften umgekehrt strafbarkeitsausweitend wirke (S. 85 f.). Wolle man dies anders sehen, so führte dies zu unauflösbaren Widersprüchen (S. 213 – 220): Die Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen wäre dann nicht zu verhindern. Ferner müßte notwendigerweise auf Risikoerhöhung abgestellt werden, während § 266 StGB angesichts des Rechtsguts auf Vermeidung einer Verletzung ziele. Damit würde lediglich eine Gefährdung sanktioniert. Zudem fände ein Austausch des Rechtsgutsträgers statt: nicht mehr die Notwendigkeit der Wahrung des Rechtsguts, das betreute Vermögen, stünde inmitten, sondern die Einhaltung staatlich gesetzter formeller Regeln.

So zutreffend es im Ergebnis ist, daß § 266 StGB nicht die Verletzung allein von Formalia pönalisiert, so zweifelhaft fällt *Chowdhurys* Begründung aus. Seine Befürchtungen sind nämlich strafrechtlich weder durchweg überzeugend noch zwingend. Letzteres träfe nur zu, stellte man fälschlicherweise tatsächlich allein auf den Formalverstoß ab: ein lukratives Geschäft wird aber nicht dadurch ungetreu, dass es unter Verstoß gegen innergesellschaftsrechtliche Zeichnungsbefugnisse verstieß. Ersteres träfe hingegen nur dann zu, hätte ein Risiko keinen Einfluß auf den Wert. Das aber behauptet auch *Chowdhury* nicht, der für die zulässige Risikobereitschaft zutreffend auf das Innenverhältnis abstellt (S. 178 f.).

b) Daß die alleinige Verletzung verfahrensrechtlicher Erfordernisse des Zivilrechts keine Untreue sein kann, ist daher angesichts des Rechtsguts des § 266 StGB zwingend. Dagegen hindert bei nicht determiniertem Handeln die Einhaltung sämtlicher formeller Gebote des Sachrechts eine Bestrafung nur auf Basis der Prämisse von dessen abschließendem Charakter. Eben diese ist jedoch angesichts des vermögensschützenden Charakters des § 266 StGB sehr fraglich, zumindest begründungsbedürftig – und lässt sich bereits zivilrechtlich nicht durchhalten. Auch *Chowdhury* benötigt im Fall verletzter Verfahrensvorschriften inhaltliche Beurteilungskriterien. Natürlich übersieht er das nicht, siedelt sie jedoch jenseits des *safe harbour* unternehmerischer Entscheidungen an (z.B. S. 226 zum existenzvernichtenden Eingriff und S. 214 mit Fn. 115 und S. 231 – 234 zum Fall eines nicht im Interesse des betreuten Vermögens liegenden Handelns). Voneinander abweichende strafrechtliche Ergebnisse wurzeln aber wohl kaum in der Verortung inhaltlicher Kriterien innerhalb oder außerhalb des Bereichs unternehmerischer Entscheidungen i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Bei Übereinstimmung in der Notwendigkeit, Geschäftsleiterverhalten überhaupt (und zunächst unbeschadet des Umfangs) nach inhaltlichen Kriterien rechtlich einordnen zu müssen, wäre es interessant, der Frage nachzugehen, ob Zivil- und Strafrecht auf ihren je eigenen Wegen überhaupt zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Nur dann bestünde nämlich ein Lösungsbedürftiger Konflikt. Diesem Thema widmet sich *Chowdhury* mit seinem wissenschaftlich-systematischen Interesse jedoch leider nur am Rande, so, wenn er völlig zu Recht konstatiert, dass bereits das Zivilrecht der Einhaltung der Form keine Erlaubnis zum Ausplündern zumesse (S. 214 m. Fn. 115 und S. 231 – 234) und (zu Unrecht: ausschließlich) das Gesellschafts- und Aufsichtsrecht strafrechtliche Pflichten zu konkretisieren geeignet sei (S. 225).

Auch beim sicher notwendigen Anerkennen des Prä des Zivilrechts bleibt Raum für spezifisch strafrechtliche Wertungen. Nur dort, wo das Zivilrecht eine verbindliche Entscheidung enthält, ist sie auch strafrechtlich anzuerkennen. Ist das jedoch nicht der Fall, bedeutet das allerdings keineswegs zwingend das Vorhandensein eines rechtsfreien Raums. Vielmehr besteht insoweit die Möglichkeit des Setzens von Maßstäben mit strafrechtlichen Mitteln. Eine generelle Normenhierarchie, die den Strafbestimmungen allein ihres Charakters wegen den bereichsspezifischen Nachrang gegenüber zivilrechtlichen Vorschriften zuweisen würde, existiert nicht. Strafvorschriften können daher dort, wo sie nicht im Widerspruch zu zivilrechtlichen Regeln stehen, neben diesen anwendbar sein – und damit auf diese Weise zu-

gleich auch das zivilrechtliche Pflichtenprogramm ergänzend beeinflussen, d.h. erweitern. Originär strafrechtliche Grenzen werden auf diese Weise in das Zivilrecht inkorporiert, so dass dadurch die Einheit der Rechtsordnung nicht in Frage steht. Mit der Bindung an die Erfordernisse der Wahrung des Rechtsguts entfällt zudem in der Folge die Notwendigkeit, sich interessenwidrig an die Formerfordernisse des Zivilrechts und des Aufsichtsrechts anzulehnen (v.a. S. 104 – 221, dazu insbes. unten III 1).

2. Unter dem rechtlichen Aspekt des Bestimmtheitsgebots, Art. 103 Abs. 2 GG, bemerkenswert ist die Auffassung *Chowdhury*s, der Strafrichter habe zwar auch außerstrafrechtliche Gesetze auszulegen, wie es § 262 Abs. 1 StPO ausdrücklich bestimmt, sei dabei aber an die h.M. im Sachrecht gebunden. Dagegen habe der 3. Strafsenat in seiner Mannesmann-Entscheidung (BGHSt 50, 331 ff.) verstoßen. *Chowdhury* nimmt damit einen Gedanken auf, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Untreueentscheidung vom 23.6.2010 (BVerfGE 126, 170 ff., Rn. 110) fruchtbar machte: Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für Änderungen der Rechtsprechung. Einzelheiten dazu sind zwar noch weitgehend ungeklärt. Eine Pauschalierung verbietet sich allerdings. Das fängt bereits bei der Frage an, wie sich denn die h.M. feststellen lassen soll. Hat die Literatur darauf Einfluß? Oder ist nur die Rechtsprechung maßgeblich? Kommt es bei ihr nur auf höchstrichterliche Entscheidungen an? Und wie steht es, wenn sich zwar nicht das (Straf-)Gesetz, wohl aber das normative Umfeld gegenüber einer älteren Entscheidung geändert hat? Und wie hat sich ein Strafgericht zu verhalten, das erstmals mit einer bestimmten Rechtsfrage befaßt ist – noch bevor ein für das Sachrecht zuständiges Gericht sich positionieren konnte? *Chowdhury* ist sicherlich insoweit zuzustimmen, als man ohne gefestigte Rechtsprechung niemandem einen Vorwurf machen kann, stellt er sich auf einen vertretbaren Standpunkt. Eine weiterreichende Zurückhaltung ist jedoch nicht geboten.

3. In strafrechtlicher Hinsicht verneint *Chowdhury* eine lediglich limitierte Akzessorietät der äußersten zivilrechtlichen Grenzen rechtmäßigen Verhaltens (S. 92 – 97 und 211 – 213). Damit spricht er sich dagegen aus, zwischen zivil- und strafrechtlicher Unzulässigkeit einen Filter einzubauen, demzufolge nur *gravierende* (zivilistische) Verstöße repressiver Ahndung zugänglich seien. Mit dieser Auffassung geht *Chowdhury* weit über die Rechtsprechung hinaus. Er dürfte damit deren berechtigtes Interesse verkennen: Nicht etwa sollen die äußersten Grenzen zivilrechtlich zulässigen Ermessens hinausgeschoben werden. Enthält das Sachrecht selbst aber bereits die Höhenmarke der Vertretbarkeit, so bedarf es nicht noch zusätzlich der Überwindung einer vom Strafrecht aufgestellten Hürde. Im Ergebnis nicht anders liegt es bei strikten Verboten. Sind jedoch vor einer Entscheidung verschiedene verfahrensrechtliche Schritte einzuhalten, zum Teil in liebevoller bürokratischer Kleinteiligkeit normiert, so kann und darf nicht bereits jede Missachtung einer solchen (durchaus vermögensbezogenen) Pflicht die Basis für eine Bestrafung bilden. Es wäre allerdings unfair, *Chowdhury* zu unterstellen, die Strafbarkeit in diesem Sinne ausweiten zu wollen. Die Notwendigkeit eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs und des Gebots der Eliminierung der Verletzung solcher Pflichten aus dem Untreuetatbestand, die nicht spezifisch (zumindest auch) auf die Vermögenssicherung ausgelegt sind, machen es jedoch m.E. nicht überflüssig, Lässlichkeiten aus dem Tatbestand fernzuhalten, wenn und soweit nicht bereits das Sachrecht zwischen schwerpunktmäßig formellen und unverzichtbaren Pflichten unterscheidet. Es läßt sich zwar jeder einzelne, auch der bloße Formalverstoß vermeiden. Im Drange der Geschäfte und der damit erforderlichen Bildung von Schwerpunkten ist aber völlige Fehlerfreiheit nicht zu erreichen. Die Missachtung unrealistischer Sollensanforderungen darf jedoch schon diesseits der Unmöglichkeit nicht allein für sich und damit unterschiedslos pönalisiert werden.

III.

1. Im Hinblick auf seine Ansicht von der Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeitsschwelle im Zivil- und im Strafrecht *konsequent* plädiert *Chowdhury* auch im Hinblick auf den Erwerb von subprime-Papieren für einen gemeinsamen Maßstab (S. 104 – 120). Bis zur Finanzkrise habe die Anlage in solche Titel nicht gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben verstoßen (S. 120). Die heutigen §§ 18a und b KWG (dazu S. 187 – 191) gab es seinerzeit noch nicht.

Chowdhury wendet sich anschließend der Frage zu, ob sich aufsichtsrechtliche Maßstäbe überhaupt auf das Zivilrecht und damit in der Folge auch auf das Strafrecht übertragen ließen. Er vertritt dazu die pfiffige Auffassung, dass der regelnde Staat den Handelnden nicht allein lassen dürfe, dieser also auf die Rechtmäßigkeit seines Handelns vertrauen können

müsse, wenn er einschlägige Regeln, soweit sie reichen, einhalte. So verständlich diese Position aus der Sicht des Handelnden ist, so einseitig ist sie aber gerade auch deswegen. Was im Verhältnis zur Aufsicht, also zum Staat, genügt, muss allein deshalb aber noch lange nicht zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Gleichgeordneten – und das sind de jure Geldinstitute und Anleger – führen. Es ist sogar noch weiter zu differenzieren: was verwaltungsrechtlich genügt, muss strafrechtlich keineswegs ausreichen, weil hier nicht das Allgemeininteresse, sondern der Rechtsgüterschutz maßgeblich ist. Dieser wird jedoch weitgehend vom Zivil-, und nicht vom Aufsichtsrecht gestaltet und geprägt.

Demgegenüber befürwortet *Chowdhury* – trotz ausgeführter Zweifel – die direkte Übertragung des § 25a KWG nebst MaRisk in aktueller Fassung auf das Strafrecht (S. 205 f.). Dem stehen die genannten systematischen Bedenken entgegen, nicht aber *Chowdhurys* Ansatz von der Maßstabgleichheit: Die Zivilgerichte betrachteten die Einhaltung der Vorschriften der §§ 18 und 25a KWG (anders als im Falle der §§ 10 ff., 11 und 13 ff. KWG) als gesellschaftsrechtlich haftungsbefreiend (S. 153 – 159). Wiewohl ihm dies zu weit geht, will er für den Bereich des Risikomanagements der Einhaltung der öffentlich – rechtlichen Vorgaben starke Bedeutung für den subjektiv definierten *safe harbour*, übertragbar auch auf das Strafrecht, beimessen. Ein derart eng verflochtenes Zivil- und Gesellschaftsrecht dürfte dann aber wohl konsequenterweise auch (und damit deutlich über die bisherige Rechtsprechung hinaus) den Anlegern als Haftungstatbestand bei Verletzung originär aufsichtsrechtlicher Pflichten dienen.

2. Als Ersatz für das vor der Finanzkrise unterbestimmte Aufsichtsrecht befürwortet *Chowdhury* den Maßstab der Üblichkeit (S. 169 und 179). Das führt ihn zu der (m.E. äußerst zweifelhaften) Feststellung, dass man sich seinerzeit habe auf externe Ratings verlassen dürfen (S. 184 – 187 und 191). Klumpenrisiken seien (auch jetzt noch?) nicht generell verboten (S. 165 f., 171 f. und 174 – 176). Und auch im Fall existentieller Risiken sei zu differenzieren (S. 169 – 180) und zwar zwischen Risikoerkenntnis und Risikobereitschaft (z.B. S. 178 f.). Letzteres zumindest ist sicherlich zutreffend, ebenso wie die Einsicht, dass die Grenzen der Zulässigkeit des Eingehens von Risiken vom Binnenverhältnis zum betreuten Vermögen konstituiert werden. Diese dürfen legal nur mit individueller Zustimmung des Vermögensinhabers überschritten werden.

3. Untreue in der Finanzkrise hält *Chowdhury* nur im Wege des existenzvernichtenden Eingriffs oder der Verletzung proceduraler Vorschriften für möglich (S. 226) – und verneint beides! Dem zu widersprechen ist nur möglich, verwirft man die Lehre sowohl von der reinen Akzessorietät des Strafrechts als auch der Irrelevanz des Inhalts der getroffenen Entscheidung. Darin liegt zwar keine Bestätigung für die Notwendigkeit dieses Verwerfens, belegt aber nicht nur die Bedeutung der dogmatischen Differenzen, sondern immerhin auch die Plausibilität dieser von *Chowdhury* abgelehnten Ansätze.

4. Im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand vertritt *Chowdhury* die Auffassung, das Eingeständnis, das Konstrukt der subprime-Investments nicht durchschaut zu haben, führe noch nicht einmal zum Vorliegen des kognitiven Vorsatzelements (S. 238). Das erscheint zumindest erklärungsbedürftig: Der procedurale Ansatz führt auch innerhalb des von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG beschriebenen Rahmens nur dann wirklich in einen *safe harbour*, wenn Entscheidungen auf ausreichender Informationsbasis getroffen wurden. Bereits zivilrechtlich ist es sicher nicht rechtmäßig, Investitionsentscheidungen in nennenswertem Umfang trotz verbliebenen Unverständnisses zu treffen, und zwar auch dann, wenn man die existentiellen und/oder Milliardenrisiken nicht einmal erahnte (aktuell: Sal. Oppenheim). Zutreffend ist es hingegen, das voluntative Vorsatzelement nicht allein aufgrund erkannter Notwendigkeit von Absicherungsgeschäften als bewiesen anzusehen (S. 240 f.). Sie sollten ja gerade verhindern, dass sich das den Gewinnerwartungen gegenüberstehende Verlustrisiko realisierte. Sie müssen demgemäß als Einheit mit der Investitionsentscheidung betrachtet werden.

Nachdem *Chowdhury* es auch noch abgelehnt hat, aus der Anreizfunktion der Boni für kurzfristige Erfolge auf die Inkaufnahme langfristiger Nachteile zu schließen (S. 241 – 248), was zumindest insoweit plausibel ist, dass allein ein solch abstrakter Anreiz nun keineswegs genügen kann, wandte er sich möglichen Irrtumsfragen zu (S. 248 – 256). Im Gegensatz zur Mannesmann-Entscheidung (BGHSt 50, 331 ff.) gelangte er durchweg zur Anwendbarkeit des § 16 StGB, dem Tatbestandsirrtum, der mangels Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zur Straflosgkeit führt.

IV. Äußerst sympatisch ist, dass *Chowdhury* seine moralischen Skrupel über das von ihm gefundene Ergebnis offenlegte. Das ist unter Juristen alles andere als verbreitet. Allerdings verfügt er über ausreichend Argumentationsstärke, um diese Zweifel hinter die Rationalität des von ihm für richtig gefundenen strafrechtlichen Ergebnisses zurücktreten zu lassen (S. 257 – 281). In Abgrenzung zum Strafrecht befürwortet er den Weg verstärkter Aufsicht.

Die Arbeit ist eine beispielhafte Bestätigung, wie berechtigt die Warnung ist, doch bitte vor lauter Bäumen den Wald nicht zu übersehen! Zahlreiche Argumente für ins strafrechtliche Visier geratene Verantwortliche von Geldinstituten, von sehr abstrakt bis in Verästelungen konkret, verfasst von einem systematisch denkenden, hochintelligenten und dazu erfreulicherweise auch noch skrupulösen Autor: Hätte er doch nur auch noch den Mut aufgebracht, eigene Plausibilitätsüberlegungen anzustellen: Papiere, die auf Sand gebaut sind, müssen irgendwann ‚platzen‘. Das zu erkennen, braucht man weder ein Jura- noch ein betriebswirtschaftliches Studium. Sollte beides dazu führen, einfache Weißheiten zu verkennen, so wäre das schlimm, stellte aber keinen Rechtfertigungsgrund dar: weder für die genannten Professionen noch für die (englisch ausgesprochenen) Banker, die sich nicht als (deutsch ausgesprochene) Banker verhielten. Behaupte niemand, er hätte nichts gewusst: Dem Rezensenten wurde seit Aufkommen der verbrieften Subprime – Kredite immer wieder vom Erwerb entsprechender Papiere abgeraten, und zwar unter Hinweis auf die schlichte Wahrheit ihrer realen Wertlosigkeit! Natürlich könnte man das unter Hinweis darauf abtun, man habe den Gewinn selbst machen und nicht mit Kunden teilen wollen: glaubhaft wäre das nicht – nicht bei gegebener völlig richtiger Begründung!

Rechtsanwalt Dr. Arne Schmidt, Hamburg

Schmidt, Mathias, Die Inanspruchnahme der Organgesellschaft für Steuerschulden des Organträgers gemäß § 73 AO

Sachgerechte Besteuerung des Organkreises oder Haftung im Übermaß?

Duncker & Humblot, Berlin 2014, 216 Seiten

I.

Eine Haftungsinanspruchnahme nach § 73 AO droht insbesondere in Krisenzeiten und kann insbesondere bei der Umsatzsteuer schnell einen enormen Umfang erreichen. In seiner im Sommersemester 2013 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommenen Arbeit beantwortet Mathias Schmidt die Frage, ob es sich bei der Inanspruchnahme der Organgesellschaft noch um eine sachgerechte Besteuerung des Organkreises handelt, differenziert:

Im Fall einer umsatzsteuerlichen Organschaft sieht er die Inanspruchnahme einer Organgesellschaft für die gesamte Umsatzsteuerschuld des Organkreises grundsätzlich als Ausdruck der sachgerechten Besteuerung an, ein Übermaß der Haftung sei auf Ermessensebene am Maßstab der Durchsetzbarkeit von Regressansprüchen zu vermeiden. Bei der körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft sieht der Autor eine Haftung nach § 73 AO hingegen nicht als Teil einer sachgerechten Besteuerung an. Eine Haftungsinanspruchnahme der Organgesellschaft sei jedoch gerechtfertigt, solange sie sich auf deren Verursachungsbeitrag beschränke.

II.

Mathias Schmidt hat in der laufenden Diskussion über den Haftungsumfang des § 73 AO eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Zusammenspiel zwischen materiellen Organschaftsrecht und Haftungsrecht insbesondere unter Berücksichtigung der historischen und dogmatischen Grundlagen vermisst. Diese Lücke schließt er mit der vorliegenden Arbeit.

Nach einer kurzen Einführung zur steuerlichen Haftung im Allgemeinen und dem Verhältnis von Steuer- und Haftungsschuld zueinander (Teil A), bildet die Darstellung der historischen Grundlagen der Organshaftung den ersten großen Schwerpunkt der Arbeit (Teil B). Für das Gesamtverständnis ist diese gut lesbare Darstellung hilfreich. Besonders die Darstellung der Entwicklung der Kodifizierung der Organschaftsregelungen (Teil C) bildet die rechtshistorische und dogmatische Grundlage für die spätere Auseinandersetzung mit dem heutigen Haftungsregime. Eindrucksvoll schildert Mathias Schmidt die integrale Funktion der Haftungsregelung des § 114 RAO in der damaligen, von dem Gedanken der sog. Einheitstheorie geleiteten Besteuerungssystematik der umsatz- und gewerbsteuerlichen Organschaft. Dass sich in der Folge die gewerbsteuerliche Organschaft weg von der Einheitstheorie hin zu der bei der seinerzeit nicht kodifizierten körperschaftsteuerlichen Organschaft vertretenen Zurechnungstheorie entwickelte, die Haftungsregelung des § 114 RAO und in der Folge des § 73 AO dennoch gleichermaßen Anwendung fand, mag zunächst erstaunen. Nachdem noch in diesem Teil der Arbeit die Ansichten der finanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur zu dem angemessenen Haftungsumfang des § 73 AO dargestellt werden, begründet der Autor aber überzeugend, dass eine einheitliche Beurteilung des Haftungsumfangs nach § 73 AO für alle drei Steuerarten aufgrund der beiden zugrundeliegenden Theorien nicht möglich ist. Die weitere Gliederung der Arbeit ist daher zwingend, umsatzsteuerliche Organschaft einerseits und gewerbe- und körperschaftsteuerliche Organschaft andererseits werden getrennt behandelt.

Zunächst (Teil D) werden die aufgrund der seit Mitte 2013 ergangenen BFH-Rechtsprechung leider nicht mehr ganz aktuellen Grundlagen der umsatzsteuerlichen Organschaft dargestellt. Die Besteuerung folgt auch heute noch der Einheitstheorie, der Organkreis bildet ein einheitliches Unternehmen, nur der Organträger ist Steuerschuldner. Die Haftung der Organgesellschaft kompensiert ihren Wegfall als Steuerschuldnerin und eröffnet den Gesamtschuldnerausgleich im Innenverhältnis. Konsequenter im Sinne der Einheitstheorie wäre es nach Auffassung des Autors gewesen, die Organgesellschaft als weitere Steuerschuldnerin neben dem Organträger anzusehen, wie es bei dem von ihm gerne bemühten Vergleich der zusammenveranlagten Ehegatten der Fall ist. In konsequenter Anwendung der Einheitstheorie stört sich der Autor zunächst nicht daran, dass eine Organgesellschaft für die Umsatzsteuerschuld des gesamten Organkreises in Anspruch genommen werden können soll. Der gesamtschuldnerische Ausgleich im Innenverhältnis mache eine tatbestandliche Reduktion des Haftungsumfangs des § 73 AO im Außenverhältnis entbehrlich. Da gerade in Krisenzeiten, in denen dieser Regressanspruch der Organgesellschaft im Innenverhältnis oft wirtschaftlich wertlos ist, Minderheitsgesellschafter und Drittgläubiger durch diese gesetzliche Verlagerung des Insolvenzzrisikos benachteiligt würden, lässt den Autor am Ende jedoch für eine Haftungsbeschränkung auf Ermessensebene plädieren. Wenn die fehlende Realisierbarkeit der Regressforderungen der Organgesellschaft dazu führen würde, dass sie über ihren eigenen Verursachungsbeitrag hinaus in Anspruch genommen würde, sei die Haftungssumme im Rahmen der Ermessensausübung durch das Finanzamt herab zu setzen. Bestehen keine Zweifel an der Durchsetzbarkeit der Regressansprüche im Innenverhältnis, bestünden hingegen auch keine Bedenken, eine Organgesellschaft für sämtliche Umsatzsteuerschulden des Organkreises in Anspruch zu nehmen.

Während der Autor den § 73 AO aufgrund der Einheitstheorie als stimmigen Bestandteil der Besteuerung der umsatzsteuerlichen Organschaft ansieht, arbeitet er anschließend (Teil E) überzeugend heraus, dass die Haftungsnorm im System der körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaft einen Fremdkörper darstellt. Die Zurechnung des Einkommens der Organgesellschaft zu dem Organträger ist nicht nur fiktiv, sondern wird auf Grundlage des Gewinnabführungsvertrags tatsächlich durchgeführt. Dies lässt zunächst die berechtigte Frage aufkommen, ob es bei der ertragsteuerlichen Organschaft überhaupt einer Haftungsinanspruchnahme der Organgesellschaft bedarf – die Besteuerung des Organträgers entspricht dessen tatsächlicher Leistungsfähigkeit. Die Haftungsinanspruchnahme der Organgesellschaft führt also tatsächlich zu einem Eingriff in deren Vermögenssubstanz. Da dem Fiskus aber nicht das konsolidierte Vermögen der Organgesellschaft als „natürliche Sicherheit“ zur Verfügung stehe, sei die Haftungsinanspruchnahme gerechtfertigt. Bei der ertragsteuerlichen Organschaft darf der Haftungsumfang aber auch nach Auffassung von Mathias Schmidt stets nur die von der Organgesellschaft selbst verursachten Steuerschulden umfassen. Leider bleibt der Autor hier eine ausdrückliche Aussage schuldig, ob diese Begrenzung des Haftungsumfangs seiner Meinung nach auch nur auf Ermessensebene zu berücksichtigen sei.

III.

Die gut lesbare Arbeit von Mathias Schmidt liefert die von ihm vermisste dogmatisch fundierte Auseinandersetzung mit der Haftungsregelung des § 73 AO. Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung ist sie eine hilfreiche und fundiert recherchierte Zusammenfassung des aktuellen Diskussionstands. Auch für den Praktiker lohnt sich der Blick in die Dissertation, wenn in einer Auseinandersetzung mit der Finanzverwaltung die bekannten Argumente für eine Begrenzung des Haftungsumfangs mit Substanz untermauert werden sollen oder die aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswerte Klärung durch den Bundesfinanzhof vorbereitet werden soll.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Rigopoulou, Maria, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 364 S., 84,90 €

I. Ob es einem nun aufgrund eigener Dummheit, charakterlicher Schwäche oder sonstiger Exentrität schlecht geht, soll dem Strafrecht grundsätzlich gleichgültig sein. Es ist nicht Aufgabe eines liberalen Strafrechtssystems, dem Bürger Verhaltensweisen vorzuschreiben, die ihm zu einem „besseren“ Leben verhelfen oder ihn zu einem „guten“ Menschen machen. Der liberale Rechtsstaat darf nicht bestimmte Motive und Inhalte privilegieren und andere als unvernünftig verwerfen, sondern lediglich die autonome Basis der Ausübung von Handlungsfreiheit sichern: dem Einzelnen ist es vorbehalten, seine Vorstellung der Glückseligkeit zu verfolgen (S. 117). Soll Autonomie ein Bollwerk gegen einen eudämonistischen Polizeistaat anbieten, der seine Bürger zu einem glücklichen Leben zwingen will, dann muß die Autonomie auch das Recht umfassen, sich gegen das Vernünftige oder Vorteilhafte zu entscheiden (S. 322).

Mit der Wucht einer Abrissbirne nach dem Lösen der Ketten – doch zugleich in der Präzision des chirurgischen Laserstrahls zerstört *Rigopoulou* konsequente Logik jedes nicht zu Ende gedachte, schiefe oder Scheinargument. Sie schont nichts und niemanden und scheut auch nicht davor zurück, erforderlichenfalls ihrem Doktorvater zu widersprechen. Mit ihm und ihr haben sich die Richtigen gefunden: der wortgewaltige Prof. Dr. Schünemann und seine ihm selbst als Nicht-Muttersprachlerin in ihrer auf Deutsch verfassten Dissertation kaum nachstehende Schülerin! Ein Lesegenuss, der an den harten, aber strikt sachorientierten Stil so mancher alter Entscheidung des Reichsgerichts erinnert, dem der Leser heutiger Gerichtsentscheidungen wie aktueller literarischer Veröffentlichungen weitgehend entwöhnt ist. Welche Einbuße an Klarheit des Blicks und an Gewinn neuer Erkenntnisse damit verbunden ist, führt einem ein Werk vor Augen, das in bewunderswert knapper Sprache vorführt, wie es eben auch gehen kann! Genauso der Inhalt: der konsequente Gegenpol zum ach so modernen, aber mit Überwachung und „Entmündigung“ erkaufte überfürsorglichen Sozialstaat.

Rigopoulou hält sich gar nicht erst mit der Entwicklung ihres Standpunktes auf: Man ist autonom oder nicht (S. 42). Sie ist es. Aber wer sagt denn, dass sie deshalb die Denker, welche die (rechts-)philosophischen Grundlagen ihrer Einstellung entwickelten oder sich damit vor ihr befassten, gering schätzen würde? Sie hat sie verstanden – das genügt (und verstanden zu haben lässt sich nicht von jedem behaupten, der Ideengeschichte repetiert). Ihre Dissertation ist in 6 Teile aufgegliedert. Der *Einleitung* (S. 19 – 26) folgt der 1. Teil: *Rechtsphilosophische Grundlagen* (S. 27 – 46), dem sich als Teil 2 die Befassung mit *Verfassungsrechtlichen Grundlagen* anschließt (S. 47 – 114). In Teil 3 steht *Direkter strafrechtlicher Paternalismus* im Fokus ihrer Überlegungen (S. 115 – 193), während Teil 4 *Typologien des indirekten Paternalismus im Strafrecht* gewidmet ist (S. 194 – 315). Der 5. Teil fasst die Ergebnisse in 12 Punkten und einem abschließenden Ausblick zusammen (S. 316 – 323).

II.

1. Bereits in ihrer Einleitung macht *Rigopoulou* deutlich, wo und wofür sie steht: Paternalismus sei nur als *weicher* (und damit in Wirklichkeit nur *uneigentlicher*, S. 32 f. <eigentlich also gar nicht?>) in Ordnung, weil und wenn er die Autonomie des Einzelnen sichert, ihn z.B. als

Übereilungsschutz vor defizitären Entscheidungen bewahrt. Aus dieser Perspektive, der Sicherung autonomen Handelns des Individuums, erscheint es unvermeidlich als widersprüchlich und bedarf deshalb einer Legitimierung durch deutlich gewichtigere Gründe, auf eigenverantwortliches Handeln mit *Strafrecht* zu reagieren. Nicht anzuerkennen seien schon aus diesem Grunde sämtliche Eingriffe in das Präferenzsystem des konkreten Menschen (S. 22 f.). Da die Ahndung eigenschädigenden Verhaltens nur die Vermeidung zukünftiger Wiederholung bezwecken könne (S. 130), sei das als Reaktion auf Vergangenes konzipierte Strafrecht von vorn herein kein dafür geeignetes Mittel. Deshalb dürfe der sich selbst Schädigende allein dafür nie bestraft werden. Das schließe allerdings etwaige gegen Dritte gerichtete strafrechtliche Reaktionen darauf nicht aus (S. 26).

Besonders verdienstvoll ist der kurze Abschnitt über *Begriffliche Vorfragen* (S. 23 – 26), der wie ein Kompass gerade solchen Lesern dient und ihnen bei der Lektüre hilft, die sich zuvor noch nicht analytisch mit dem Paternalismus und seinen Facetten beschäftigt hatten. Paternalismus wird demnach von zwei Elementen konstituiert (S. 24 f.). Er liegt vor bei Zwangseingriffen gegen den aktuellen Willen des Betroffenen, ist aber ausgerichtet auf dessen langfristiges Wohl, ohne dass es auf das Erreichen dieses Ziels ankäme. Er gliedert sich in eine negative und in eine positive Komponente. Erstere erfasst Handlungsverbote, zweitere auferlegte Handlungspflichten. Indirekter Paternalismus besteht in der Begrenzung unterstützenden Handelns Dritter im Dienste des Betroffenen (z.B. Verbot der Tötung auf Verlangen, § 216 StGB) und ist abzugrenzen gegen unter dem Gesichtspunkt des Paternalismus unproblematische drittschützende Vorschriften (z.B. Werbeverbote für Zigaretten).

2. Angesichts der Überschrift *Rechtsphilosophische Grundlagen* erwartungswidrig befasst sich *Rigopoulou* im 1. Teil nicht mit alten Griechen, Kant oder sonstigen anerkannten Geistesgrößen, sondern mit den Autoren, die sich bereits mit dem Thema *Paternalismus* befasst haben. Schlag auf Schlag entreißt sie allen Vertretern des von ihr sog. *konsequentialistischen Ansatzes* die Überzeugungskraft der von ihnen angeführten Argumente und ordnet sie letztlich den Befürwortern eines kommunitaristischen Staatsverständnisses zu, das den Einzelnen (in verschiedenen Spielarten und unterschiedlicher Intensität) in den Dienst der Gemeinschaft stellt: wer Paternalismus mit Blick auf die Folgen zu rechtfertigen bereit sei, müsse angeben, nach welchem Maßstab er sie für erträglich oder umgekehrt für inakzeptabel hält. Dieser Maßstab könne nur ein überindividueller sein und verfehle schon damit die jedem Menschen qua Geburt zukommende Autonomie. Er sei zudem zwangsläufig missbrauchsanfällig, weil durch Definition von vorgetäuschten oder Scheinrechtsgütern (wie Volksgesundheit oder Pietät) leicht auszuhebeln (S. 131), so dass die Ergebnisse nur rein zufällig ausfallen könnten (S. 29) – ein Vorwurf, der sich allerdings von jedem als unverrückbar erklärten (nicht nur ideologischen) Standpunkt gegen jede Abwägung erheben lässt. Notwendig sei daher keine utilitaristische Betrachtung (S. 29), sondern eine prinzipielle, eine deontologische (S. 32), die *Rigopoulou* selbst als absolutierend (S. 42 m. Fn. 79) und apriorisch, also dem staatlichen Recht vorgeben (S. 125), beschreibt.

Die Verfassung anerkenne die Autonomie jedes Individuums (so der Exzerpt der S. 47 – 114). Dies stehe irgendeiner Zweckbindung ihres Gebrauchs und der Auferlegung von Pflichten gegen sich selbst entgegen (S. 35 – 37). Der Staat habe daher eigenverantwortlich getroffene Entscheidungen zu respektieren und dürfe sich nicht als Wächter betätigen, den Einzelnen nicht einmal zum Zwecke der Erhaltung der Fähigkeit zukünftiger Entscheidungsfreiheit instrumentalisieren (S. 29 – 32).

3. Das wesentliche praktische Problem, das (ausgesprochen oder konkludent) sämtliche weiteren Überlegungen durchzieht, besteht darin, dass im Grunde nur wirklich autonom getroffene Entscheidungen staatlicherseits hinzunehmen sind, ihnen aber nicht ohne weiteres anzusehen ist, ob sie tatsächlich in freier Verantwortung getroffen wurden. Diese Prüfung sei in nicht paternalistischer Weise vorzunehmen. Die Vernunft scheidet daher, weil heteronom, als Maßstab aus. Das stehe zwar nicht der Frage nach der Vernünftigkeit der Entscheidung entgegen. Allerdings biete allein schon dieser Zweifel ein Einfallstor für harten und damit unzulässigen Paternalismus (S. 34). Entscheidungen komme notwendigerweise immer nur eine begrenzte Rationalität zu. Sie fielen in der Realität nie auf der Basis höchstmöglichen prognoserelevanten Wissens, dem *Maßstab des Allwissenden* (S. 38). Autonomie schließe vielmehr auch die Bereitschaft zu Fehlentscheidungen ein, so dass kein *Autonomieperfektionismus* verlangt werden könne (S. 39). Eine konsistente Präferenzordnung gäbe es weder allgemein noch für das Individuum (S. 40). Ansatzpunkt sei daher nicht die konkrete Entscheidung. Maßgeblich sei vielmehr allein, ob sie (nach dem Maßstab der Durchschnitt-

lichkeit < S. 42: paternalistische Bewertung?>) von einem zur Autonomie Fähigen stamme (S. 40 und 78). Dem nachzugehen sei legitim, aber nur anhand von Indizien möglich (z.B. betroffenes Rechtsgut, Abweichung von sonstigen eigenen Maßstäben <näher S. 78 – 81>, Mittel ungeeignet oder nicht das mildeste, z.B. Ziehen aller Zähne zur Behebung von Kopfschmerzen, vgl. BGH, NJW 1978, 1206). Die Delegation der Ausführungshandlung an einen Dritten könne auf Unsicherheit des Betroffenen deuten, nicht aber dann, wenn Letzterer zur Vornahme physisch nicht in der Lage sei, z.B. aufgrund von Lähmung (S. 42 – 45).

a) Der Gesetzgeber stehe vor der Schwierigkeit, einen generellen Maßstab anlegen zu müssen. Er könne daher nur auf *Risiken* abstellen und müsse dabei in Kauf nehmen, dass seine Regelung auch Entscheidungen erfasse und damit verbiete, die nicht autonomie-defizitär getroffen wurden (S. 45 f.). Das ist allerdings nicht die ganze Wahrheit, schließlich ist eine Gesetzestechnik möglich, die den konkreten Entscheider auf eine individuelle Prüfung festlegt. *Rigopoulou* wendet sich anschließend den verfassungsrechtlichen Befugnissen zu, die es der Legislative erlauben, die Anerkennung autonomen Verhaltens einzuschränken. Das Sozialstaatsprinzip stelle eine Gefahr für die von der Menschenwürde, Art. 1 GG (S. 54), und dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht, Art. 2 Abs. 1 GG (S. 53, nicht jedoch in dessen Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 56 f.), geschützte Autonomie dar. Mit ihr verträglich sei Hilfe durchaus, nicht jedoch aufgedrängte (S. 66 f.). In Betracht komme z.B. Schutz gegen zu große Komplexität der Entscheidungsparameter (S. 49). Alle Eingriffe müssten nicht nur dem Übermaßverbot genügen. Vielmehr stelle sich vorgelagert die Frage nach der generellen Erlaubnis des Gesetzgebers (S. 57 f.). Sie liege weder im objektiven Gehalt (S. 60 f.) noch in der Schutzfunktion der Grundrechte, die zugunsten desselben Trägers zur Abwehrfunktion hinzutreten, sie aber nicht einschränkten, sich deshalb nur gegen Dritte wenden ließen (S. 59 f.). Demnach enthalte das GG keine ausdrückliche Norm, die dem Gesetzgeber als Grundlage dienen könnte, autonome Entscheidungen nur eingeschränkt zu respektieren. Er sei aber in der Wahl seiner Ziele frei, solange er damit kein im GG enthaltenes Verbot verletze. Weil *Rigopoulou* es (ohne nähere Begründung) ablehnt, mit der Verfassungsgarantie der Autonomie eine Grenze zu ziehen, die nur überschritten werden dürfte, wenn sich dafür eine verfassungsunmittelbare Grundlage feststellen ließe, begnügt sie sich mit der Forderung staatlicher Neutralität in dem Sinne, daß die Obrigkeit keine Bewertung eigenverantwortlich verfolgter Motive vornehmen dürfe. Erlaubt sei daher ein Tätigwerden nur zum Schutze Dritter oder der Allgemeinheit (S. 67 – 73). Das Sittengesetz (Art. 2 Abs. 1 GG) hingegen rechtfertige keine paternalistischen Regelungen, stelle es doch bereits keine Eigenschranke für das Handeln des Grundrechtsträgers dar, soweit ihn die Auswirkungen seines Handelns selbst trafen (S. 98 – 100). Es könne auch von niemandem verlangt werden, Mitglied der Gesellschaft zu bleiben (S. 89 – 93). Demgegenüber stelle zwar die Vermeidung sozialer Folgekosten ein legitimes Ziel dar, rechtfertige aber keine Verbote, sondern nur die Verweigerung von Sozialleistungen oder die präventive Besteuerung eigengefährdenden Verhaltens (S. 93 – 98). Ähnlich verhalte es sich mit dem Schutz Dritter vor für sie unangenehmen Erlebnissen und damit verbundener Unlustgefühle. Sie rechtfertigten allerdings örtliche Beschränkungen (S. 85 – 89). Bei Aufstellung verfahrensrechtlicher Hürden müsse zudem immer die Einbuße an Autonomie berücksichtigt werden, sowohl aufgrund der monetären Kosten als auch des Zeitaufwands sowie der psychische Belastung mit der aufgezungenen Befassung (S. 83). Wer, liebe Leserin und lieber Leser, muß dabei nicht unwillkürlich an seine Steuererklärung denken?

b) Weil Autonomiedefizitäre (Minderjährige, Minderbemittelte) nicht ihre Personalität verlieren, stünden sie nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG. Soweit sie trotz Einschränkungen zur Selbstbestimmung in der Lage seien, habe daher der Staat auf solcher Grundlage getroffene Entscheidungen anzuerkennen. Unterstützung im Bereich der Defizite müsse hingegen das Ziel verfolgen, diese auszugleichen, also die Voraussetzungen selbstverantwortlichen Handelns soweit wie möglich zu schaffen (S. 73).

c) Die Analyse der Rechtsprechung des BVerfG ergab kein die Verfasserin befriedigendes Bild, weil das Gericht nicht direkt zur Zulässigkeit paternalistischer Maßnahmen und deren Grenzen Stellung nahm, sondern sich auf andere Begründungselemente kaprizierte (S. 100 – 114). Strafrechtsdogmatische Gründe sprächen eher deutlich gegen als für paternalistische Strafnormen (S. 117 – 130). Die den Konsum unter Strafe stellenden Vorschriften des BtMG (S. 132 – 157) – ein Highlight, unabhängig von Beifall für oder Widerspruch gegen ein bestimmtes Ergebnis – finden ebensowenig Gnade unter *Rigopoulous* scharfem Blick wie das Verbot des Organhandels nach § 18 Abs. 1 TPG (S. 157 – 188). Legitimierbar sei nur wucheri-

scher Vertriebs bei Straffreiheit für Spender und Empfänger (S. 187 f.). Trotz aller Sympathie für Meinungstärke und klartextlichen Ausdruck stören hier allerdings emotionale Bewertungen (Beruhigung schlechten Gewissens, S. 183; Scheinheiligkeit, S. 184). Es hätte der Autorin besser gestanden und zudem vollauf genügt, auch hier auf die Überzeugungskraft ihrer Sachargumente zu vertrauen. Erfreulich ist hingegen wiederum, dass *Rigopoulou* auch einen Blick auf die *Hypertrophie der Ordnungswidrigkeiten* (so Seebode bereits im Jahre 1986!) warf (S. 188). So hält sie z.B. die Bußgeldbewehrung der Gurtpflicht für unverhältnismäßig (S. 188 – 192).

4. Im 4. Teil befaßt sich *Rigopoulou* schwerpunktmäßig mit dem indirekten Paternalismus und gelangt – dogmatisch bewundernswert rigoros – zu dem Ergebnis, dass es keiner Unterscheidung gemäß der h.M. zwischen einvernehmlicher Fremdschädigung und unterstützter (= interaktiver, S. 194) Selbstschädigung bedürfe. Strafbares und erlaubtes Handeln scheide sich allein nach dem Prinzip der Selbstverantwortung (S. 195 – 198 und 259). Einvernehmlich-fremdschädigendes Verhalten sei solange nicht strafwürdig, wie dem Betroffenen auch noch nach dem Handeln des Dritten die Möglichkeit zu freier Entscheidung und wirksamer Einwirkung zur Vermeidung des Eintritts der Folgen verbleibe (S. 227 f.) und der Dritte keinen übergewichtigen Einfluss ausübe (S. 229). Die Ergebnisse decken sich allerdings – was *Rigopoulou* ebenso unumwunden wie souverän selbst einräumt und die Überzeugungskraft ihrer Systematik keineswegs schmälert – weitgehend mit denen der Rechtsprechung, die darauf abstellt, wer im entscheidenden Moment, dem letzten, zu dem eine Umkehr möglich ist, die Tatherrschaft innehat. Dabei komme es, *Murmann* folgend, nicht darauf an, ob der Dritte mehr wisse als der Betroffene, sondern allein maßgebend sei, ob Letzterer genügend wisse, um das Risiko zu kennen und seine Entscheidung wie sein Verhalten darauf eigenverantwortlich zu stützen (S. 290).

5. Abschließend wendet sich *Rigopoulou* den §§ 216 und 228 StGB zu (S. 294 – 315). Sie fasst beide Bestimmungen als (enge) Ausnahmen vom Prinzip der Straffreiheit der Verfügung über eigene Rechtsgüter auf, die sich jedoch weich paternalistisch rechtfertigen ließen. Die Folgen etwaiger Tathandlungen (Körperverletzung, erst recht der Tod) seien so gravierend, dass ein Dritter nie sicher wissen könne, ob der Betroffene tatsächlich über seine Einwilligung autonom entschieden habe. Daher sei es angemessen, von Gesetzes wegen klarzustellen, dass kein Außenstehender dem Betroffenen die Letztentscheidung abnehmen dürfe, widrigenfalls er seine Bestrafung riskiere. Das gelte auch in Ansehung des Paradoxons, dass dem Dritten die Privilegierung gegenüber §§ 212 oder gar 211 StGB bei in Wahrheit gar nicht ernstlichem Tötungsverlangen zu Unrecht zu Gute komme und er umgekehrt bei tatsächlich ernsthaftem Tötungsverlangen materiell zu Unrecht bestraft werde, § 216 StGB also nie den angemessenen Strafraum zur Verfügung stelle (S. 308 unter Berufung auf *Frank Müller*). Es beschleichen einen allerdings leise Zweifel, ob diese Begründung wirklich der inneren Logik der Argumentationskette *Rigopoulous* gemäß ist und nach diesen Maßstäben die Ausnahmslosigkeit der Strafdrohung in allen von §§ 216 und 228 StGB erfaßten Fällen tatsächlich rechtfertigen kann, also auch dann, wenn es an der Eigenverantwortlichkeit der Entscheidung nach menschlichem Ermessen keinen Zweifel gibt. Sollten diese leisen Zweifel gerechtfertigt sein, so würden sie immerhin belegen, dass die Klarheit der Gedanken sich durchaus mit pragmatischem Handeln verträgt, ja einen sachlichen Kompromiss vielleicht sogar erst möglich macht. Zweifelsfrei ist *Rigopoulou* in der Feststellung zuzustimmen, dass niemand Drittes hundertprozentig wissen kann, wie es im Innern eines anderen wirklich aussieht. Anerkennung verdient ihr Maßstab aber zumindest deshalb, weil er mit dem Abstellen auf die Freiheit der Selbstbestimmung Pflöcke gegen paternalistische Ausweitungstendenzen (z.B. durch Übertragung des Rechtsgedankens auf andere Situationen in der Wirksamkeit bezweifelnder Einwilligungsfähigkeit) einschlägt.

III. Schade, dass es zu Ende, das Buch ausgelesen ist. Es ist zu hoffen, daß *Rigopoulou* sowohl ihren Stil beibehält als auch in Deutschland noch Vieles publiziert. Der Extrakt für die Wirtschaftskriminalität?

1. Dem Strafrecht vorgelagert ist das jeweilige Sachrecht. Es wäre wünschenswert, nähme sich der Gesetzgeber schon insoweit ihre Warnung vor paternalistischem Gehabe zu Herzen. Die Belehrungspflichten der Banken gegenüber Anlagewilligen, die zum Versand üppiger Formulare führten, die kein Verbraucher in ihrer ganzen Tragweite wirklich verstehen kann, wenn er sich die Lektüre denn wirklich antut, die ihm aber seine Chancen nehmen, die Anlagegesellschaft oder die vermittelnden Geldinstitute für erlittene Verluste haftbar zu machen (cross-border-Verträge mit US-Unternehmen füllten Papiere mit vierstelligen Seiten-

zahlen und bewahrten die verkaufenden Kommunen trotzdem nicht vor Verlusten in Millionenhöhe – Beleg für *Rigopoulos* Warnung vor Autonomieperfektionismus nach dem Maßstab des Allwissenden, S. 38 f.), das faktische Arbeitsverbot für Leistungsgeminderte, vulgo: Mindestlohn, und die ausnahmslose Verpflichtung Selbständiger, sich trotz nicht vorhandener Mittel gegen z.B. Krankheit zu versichern, die zum nachträglichen (teilweisen) Erlass der horrend angewachsenen Beitragsschulden führten, beleuchten schlaglichtartig, wie die Grundeinstellung *Rigopoulos* dem aktuellen Mainstream entgegensteht. Bedenkt man, dass in den Verträgen ausgeführte Risiken das strafrechtliche Risiko für die Verantwortlichen der Kommunen nur erhöhen und finanzschwache Arbeitgeber aufgeben müssen, wollen sie weder Buße für die ressourcenbedingte Unterschreitung des Mindestlohns als solchen noch für die unterlassenen Abgaben auf die Phantomlöhne riskieren – ja, beides ist juristisch vermeidbar, aber welcher ums wirtschaftliche Überleben bemühte Arbeitgeber kann sich den dafür erforderlichen qualifizierten Rechtsrat schon leisten? – so klingt einem *Rigopoulos* Warnung vor selbst weich paternalistischen strafrechtlichen Mitteln in den Ohren.

So fraglos Solidarität mit Bedürftigen geboten ist: Besteht sie nicht, soweit möglich, in Hilfe zur Selbsthilfe, sondern in (durchaus vorrangig: außerstrafrechtlichem) Paternalismus, so ist sie ein zweischneidiges Schwert. Nicht nur, dass diesem die Tendenz zu Überforderung des *Paters* innewohnt – um wieviel Alltägliches, das ihn originär gar nichts angeht, soll sich der Staat denn noch kümmern? – er zwingt ihn geradezu zur Kontrolle von allem und jedem und verlangt dafür eine Bürokratie, wie sie nicht nur die Staaten des früheren Warschauer Pakts lähmten. Auf der Seite der Umsorgten nimmt zwangsläufig nicht nur mit zunehmender Gewöhnung die Freude an der gewährten Hilfe ab, weicht steigender Unzufriedenheit und zunehmendem Anspruchsdenken, sondern läßt auch die bei jedem vorhandenen Talente verkümmern. Kurz: Paternalismus schwächt, was es zu stärken gilt! Schon dies sollte ausreichen, vor einschlägigen Regelungen wenn nicht zurückzuschrecken, so doch jedenfalls nur zurückhaltend, ausnahmsweise und nur bei Vorhandensein sehr guter Gründe Gebrauch zu machen. Schaut man sich die Ergebnisse an, so drängt sich allerdings noch eine ganz andere Frage auf: Woher haben denn die Paternalisten eigentlich ihre Weisheit? Können sie überhaupt wissen, was für andere richtig ist? Können sie das besser wissen als die Umhegten? Oder legen sie vielleicht nur ihre eigenen Maßstäbe an und Interessen zugrunde? Scheinbar Gutes für andere zu tun, fördert zumindest das eigene Ansehen.

2. Die exakten Analysen der Autorin stehen aber auch vorschnell gezogenen Parallelen entgegen. Führt sie aus, dass die Kehrseite des Prinzips der Selbstverantwortung darin bestehe, nicht für frei verantwortete Entscheidungen Dritter eintreten zu müssen (S. 199), so assoziiert derjenige, der schon einmal mit der Verantwortlichkeit in hierarchisch gegliederten Einheiten zu tun hatte, unvermeidlich das Stichwort *Geschäftsherrenhaftung*. Danach steht das verschuldete Handeln des unmittelbaren Täters der täterschaftlichen Haftung des Hintermannes nicht entgegen. Der zweite Blick zeigt jedoch, dass dies kein Problem des Paternalismus darstellt, denn der Hintermann soll dem unmittelbaren Täter weder dessen Verantwortung ab-, noch sie übernehmen, sondern nur sein eigenes Verhalten verantworten. Das aber ist ein völlig legitimes Anliegen der Rechtsgemeinschaft. Wie ihm rechtstechnisch Rechnung getragen werden soll, steht sicherlich der Diskussion offen. Kritikern der aktuellen Ausgestaltung liefert *Rigopoulos* jedoch keine Argumente.

3. Demnach ist gerade auch für mit dem Wirtschaftsstrafrecht Befasste die Lektüre des Werks von *Rigopoulos* nichts als gewinnbringend!