

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder
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. 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. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

**Die „DFB-Affäre“ – Korruption, Steuerhinterziehung oder bloß
strafloser Makel des Sommermärchens?** 54

Robert Wilkens, Leipzig

**Aktuelle Praxisprobleme bei der Geldwäscheprävention
im Nichtfinanzsektor** 71

Rechtsanwalt Dr. Thomas Helck, München/Köln

**Beschlagnahmeschutz für Unterlagen aus
internen Ermittlungen** 83

Rechtsanwalt Patrick Müller-Sartori, Köln

**Die Reform der Vermögensabschöpfung
aus Sicht des Verletzten** 87

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitik

Rechtsanwälte Dr. Tobias Eggers, Dortmund, Dr. Philipp Gehrman, Berlin und Dr. André-M.
Szesny, LL.M., Düsseldorf

**Stellungnahme des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht
der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) zum Ent-
wurf eines Ersten Gesetzes zur Novellierung von
Finanzmarktvorschriften auf Grund
europäischer Rechtsakte – 1. FiMaNoG** 123

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., zweite Ausgabe 2016

Das hohe verfassungsmäßige Gut der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hat in den letzten Wochen durch das „Schmähgedicht“ des Kabarettisten Böhmermann die Diskussionen hierzulande beherrscht, wobei insbesondere die Frage der Grenzziehung einer intensiven Erörterung unterlag. Diese Diskussion wird nun um eine Facette reicher, nämlich durch die klaren Ausführungen der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichtes im Beschluss vom 10.03.2016 zur „Causa Kachelmann“ (Az: 1 BvR 2844/13, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/03/rk20160310_1bvr284413.html).

Mit dieser Entscheidung wurde der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin stattgegeben, die sich gegen eine zivilgerichtliche Unterlassungsverurteilung des damaligen Klägers Kachelmann gewandt hatte. Nach dem Freispruch des Herrn Kachelmann wegen des Vorwurfes der Vergewaltigung hatten sich seine Rechtsanwälte und er in den Medien geäußert, u.a. auch über die Beschwerdeführerin. Daraufhin gab auch diese ein Interview, das eine Woche nach der Veröffentlichung des Interviews mit Herrn Kachelmann erschien. Kachelmann reagierte darauf mit einer Klage gegen die Beschwerdeführerin auf Unterlassung mehrerer Äußerungen, die sie im Rahmen dieses Interviews getätigt hatte. Das Landgericht verurteilte die Beschwerdeführerin antragsgemäß; die Berufung zum Oberlandesgericht und die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof blieben ohne Erfolg.

Der Senat hat nunmehr sehr deutlich klargestellt, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch die Freiheit umfasst, ein Geschehen subjektiv und sogar emotionalisiert darzustellen, und zwar insbesondere dann, wenn die Erwiderung auf einen unmittelbar vorangegangenen Angriff auf die Ehre folgt, der gleichfalls in emotionalisierender Weise vorgetragen worden war. Einer Person, die in der Öffentlichkeit verbal angegriffen wurde, wird damit ein „Recht auf Gegenschlag“ zugebilligt. Wenn der vorangegangene Angriff bereits die sachliche Ebene verlassen hat, dann muss auch die Erwiderung nicht auf sachliche Erwägungen beschränkt sein; getreu dem Motto: „Wie man in den Wald hereinruft, so schallt es auch heraus“. Inwieweit diese Argumentation von Kabarettisten aufgegriffen werden wird, bleibt abzuwarten.

Mit einem anderen, nicht weniger in der Öffentlichkeit heiß diskutierten, Thema befasst sich der Aufsatz von Dr. Markus Rübenstahl Die „DFB-Affäre“ – Korruption, Steuerhinterziehung oder bloß strafloser Makel des „Sommermärchens“?

Der Arbeitskreis Kapitalmarktstrafrecht der WisteV nimmt zum Entwurf des Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften (1. FiMaNoG) kritisch Stellung. Es bleibt abzuwarten, ob die Politik auf diese höchst bedenkenswerte Kritik eingehen wird.

Ferner freuen wir uns, in dieser Ausgabe der WiJ den Aufsatz von Robert Wilkens Aktuelle Praxisprobleme bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor veröffentlichen zu können, einem unserer Preisträger des diesjährigen Aufsatzwettbewerbes. Wir gratulieren dem Gewinner ganz herzlich und hoffen, dass unseren Lesern dieser Aufsatz ebenso gut gefällt wie uns.

Viel Spaß beim Lesen und Diskutieren wünscht

Ihre Kathie Schröder

Impressum

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

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.
Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, 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. 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

Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	54
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln Die „DFB-Affäre“ – Korruption, Steuerhinterziehung oder bloß strafloser Makel des „Sommermärchens“?	54
Robert Wilkens, Leipzig Aktuelle Praxisprobleme bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor	71
Rechtsanwalt Dr. Thomas Helck, München/Köln Beschlagnahmeschutz für Unterlagen aus internen Ermittlungen	83
Rechtsanwalt Patrick Müller-Sartori, Köln Die Reform der Vermögensabschöpfung aus Sicht des Verletzten	87
Einführung und Schulung	93
Rechtsanwalt Dirk Petri, Köln Vortrag: Arbeitgeberstrafrecht anlässlich der WisteV Neujahrstagung	93
Entscheidungskommentare	102
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	102
Rechtsanwalt Birger Schütte, Essen OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15	104
Internationales	108
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, Rechtsanwalt Dr. Lukas Kollmann, Rechtsanwalt Mag. Philipp Wolm, alle Wien Länderbericht Österreich	108
Veranstaltungen und politische Diskussion	123
RA Dr. Tobias Eggers, RA Dr. Philipp Gehrmann, RA Dr. André-M. Szesny, LL.M. Stellungnahme des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte – 1. FiMaNoG	123
Anna Mandera, Frankfurt Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2016 am 15./16.01.2016 in Frankfurt am Main	130
Rezensionen	134
Dr. Christian Brand, Konstanz Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis April 2016	134
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg Hans-Heiner Kühne: Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts	138

Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruption / Steuerstrafrecht

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

Die „DFB-Affäre“ – Korruption, Steuerhinterziehung oder bloß strafloser Makel des „Sommermärchens“?

I. Einleitung

Wie öffentlich bekannt ist ermittelt die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main seit dem Herbst 2015 wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall gegen (aktuelle und ehemalige) Spitzenfunktionäre des Deutschen Fußballbundes e.V. („DFB“), was Anfang November zur Durchsuchung der Vereinszentrale führte¹. Dieses knüpft ausweislich der Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft daran an, dass die Beschuldigten im Rahmen ihrer damaligen Verantwortlichkeiten die Einreichung inhaltlich unrichtiger Steuererklärungen veranlasst und hierdurch Körperschafts- und Gewerbesteuer sowie Solidaritätszuschläge des DFB für das Jahr 2006 in erheblicher Höhe verkürzt haben sollen. Eine durch das Organisationskomitee der WM 2006 („OK WM 2006“) im Frühjahr 2005 geleistete Zahlung sei als Betriebsausgabe steuermindernd in Ansatz gebracht worden, obwohl ihr nach Einschätzung der Staatsanwaltschaft tatsächlich „ein anderer Zweck zugrunde lag“ und „die Zahlung daher nicht als abzugsfähige Betriebsausgabe hätte geltend gemacht werden dürfen“².

Der DFB hat sodann diesen Sachverhalt durch seine Rechtsanwälte – die Sozietät *Freshfields Bruckhaus Deringer* – untersuchen lassen. Diese hat am 4. März 2016 im Auftrag des DFB einen umfangreichen Bericht zum Sachverhalt veröffentlicht, der sich einer strafrechtlichen Würdigung enthält. Auch wenn die bisherigen – ggü. der Pressemitteilung vom 3. November 2015 sicherlich weiterreichenden – Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft nicht bekannt geworden sind und durchaus abweichen können, soll der Bericht hier einer ersten – und im Hinblick auf Sachverhaltslücken und -unsicherheiten³ naturgemäß vorläufigen – steuerlichen und steuerstrafrechtlichen Würdigung des Vorgangs zugrunde gelegt werden⁴.

II. Sachverhalt

Stark verkürzt soll – im Wesentlichen basierend auf dem o.g. Bericht – von folgendem Sachverhalt ausgegangen werden. Soweit ausweislich des Berichts und der untenstehenden Zusammenfassung Sachverhaltsunklarheiten bestehen, werden diese im Rahmen der rechtlichen Würdigung aufgelöst bzw. alternativ bewertet.

1. Bewerbung Deutschlands und Abstimmung zur Vergabe der FIFA WM 2006

Die Bewerbungsphase Deutschlands für die Fußballweltmeisterschaft 2006 („FIFA WM 2006“) begann Ende 1992 und endete mit ihrer Vergabe am 6. Juli 2000 in Zürich. Neben Deutschland bewarben sich zahlreiche weitere Länder, so dass sich die deutsche Bewerbung im Wettbewerb behaupten musste⁵.

¹ Beschuldigte waren zu diesem Zeitpunkt der Präsident des DFB und einstige Vizepräsident des OKs der WM 2006, der im Jahr 2006 amtierende DFB-Präsident und damalige Schatzmeister des OKs sowie der frühere DFB-Generalsekretär, Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Frankfurt vom 03.11.2015, https://sta-frankfurt-ju.stiz.hessen.de/iri/STA_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMdJ_15/STA_Frankfurt_am_Main_Internet/su/b/a711/a715b305-ce8b-051f-012f-312b417c0cf4...11111111-2222-3333-4444-100000005003%26overview=true.htm

² Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Frankfurt vom 03.11.2015, a.a.O.

³ Vgl. dazu die Anmerkungen im Bericht.

⁴ Abweichungen in den Sachverhaltsannahmen werden mitgeteilt.

⁵ Bericht, S. 32.

Während eines Aufenthaltes der DFB-Spitze in Katar im Februar 2000 teilten die Gastgeber – darunter der katarische Fußballfunktionär H, Mitglied des FIFA-Exekutivkomitees als auch der FIFA-Finanzkommission – mit, dass der DFB derzeit mit drei der vier asiatischen Stimmen im FIFA-Exekutivkomitee rechnen könne. Diese Einschätzung wurde auch in einer Sitzung des DFB-Präsidiums am 18.02.2000 thematisiert. Das FIFA-Exekutivkomitee vergab im Sommer 2000 die FIFA WM 2006 mit einer Mehrheit von 12 zu 11 Stimmen⁶ an Deutschland. In der entscheidenden Abstimmung am 06.07.2000 dürften – so der Bericht – „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ sowohl die acht europäischen als auch alle vier asiatischen Vertreter im Komitee – darunter auch der katarische Vertreter H – für Deutschland gestimmt haben. Einen Stimmenkauf bzw. eine entsprechende Vereinbarung zwischen deutschen Fußballfunktionären auf der einen und H auf der anderen Seite – ggf. unter Einschaltung von Mittelsleuten – konnte der Bericht weder bestätigen noch ausschließen; der Verdacht des Stimmenkaufs steht ausweislich des Berichts ersichtlich weiter im Raum. Dem liegt primär⁷ nachfolgender Sachverhalt zu Grunde.

2. Zahlung von August 2002 an ein Unternehmen in Katar

Ausweislich von Kontoauszügen wurde auf schweizerische Konten der Rechtsanwaltskanzlei des Rechtsanwalts A in Obwalden (CH) zwischen dem 29.05.2002 und dem 08.07.2002 in vier Tranchen insgesamt ein Betrag von 6,0 Mio. CHF (Schweizer Franken) überwiesen. Die Überweisung wurde von einem Konto angewiesen, als dessen Inhaber – scheinbar alternativ – der OK WM 2006-Vorsitzende B oder sein Vertrauter S angegeben werden. Sämtliche Tranchen waren mit dem Verwendungszweck „*Erwerb von TV und Marketing Rechten Asien Spiele 2006*“ gekennzeichnet. A hat hierzu erklärt, dass die Zahlungen wohl auf Veranlassung von S, der fünf Tage nach Abwicklung der vierten Tranche verstarb, erfolgt seien.

A überwies diese tranchenweise eingegangenen Beträge von insgesamt ca. 6 Mio. CHF jeweils unmittelbar nach deren jeweiligen Eingang an ein Unternehmen K in Katar. Nach Presseinformationen soll Alleingesellschafter dieses Unternehmens seit 1985 der katarische Fußballfunktionär H gewesen sein⁸.

Der Sportmanager L ließ sodann am 11.08.2002 ein Konto bei der BNP Paribas in Zürich neu eröffnen und am 16.08.2002 von dort 10 Mio. CHF auf das Konto der A überweisen. Die Abbuchung erfolgte bei L am 20.08.2002. Das Konto von L stand sodann in dieser Höhe im Soll. Am 03.09.2002 – nachdem die 10 Mio. CHF des L bei A eingegangen waren – wurden von Konten der A etwas weniger als 6,0 Mio. CHF auf ein Konto des B überwiesen, so dass dessen Zahlungen aus Mai – Juli 2002 an A damit rückerstattet worden waren.

A überwies sodann an das Unternehmen K in Katar die letzte Tranche von 4 Mio. CHF am 05.09.2002 mit dem Betreff „*Asian Games 2006 Schlusszahlung*“. Insgesamt hat das Unternehmen K somit von A 10 Mio. CHF erhalten.

Aussagegemäß – das Gegenteil konnte laut Bericht nicht festgestellt werden – war der Vorsitzende des OK WM 2006 – B – nicht Begünstigter bzw. wirtschaftlich Berechtigter der verwandten Konten der A⁹.

Der Bericht lässt offen, ob die Zahlung der 10 Mio. CHF über A an K der Sicherung eines Finanzierungszuschusses der FIFA an das OK WM 2006 in Höhe von 250 Mio. CHF dienen sollte oder ob zumindest auch ein weiterer, dahinterliegender Zweck mit der Zahlung verfolgt wurde. Im Raum steht die Möglichkeit, dass Grund für die Zahlung insbesondere die Erfüllung einer vor der Abstimmung am 06.07.2000 gegebenen Zusage einer entsprechenden

⁶ Unterlegener Mitbewerber in der Endrunde war Südafrika.

⁷ Grds. gäbe es einen weiteren denkbaren Anknüpfungspunkt: Laut dem Bericht ungeklärt ist die Funktion einer Vereinbarung, die für den DFB und für den nordamerikanischen Fußballverband CONCACAF durch deren Präsidenten W am 02.07.2000 und damit vier Tage vor der Entscheidung über die WM-Vergabe unterzeichnet wurde. In der Vereinbarung sagte der DFB der CONCACAF und W insgesamt 64 verschiedene geldwerte Leistungen zu, darunter die Entsendung von Trainern und die Stellung von Fußballausrüstung für die CONCACAF sowie das Drucken von Nationalflaggen und Tickets für Qualifikationsspiele von Trinidad & Tobago – dem Heimatland des W – einschließlich Kosten für Flugtickets erster Klasse zu deren Abholung. Außerdem wurden W persönlich 1.000 Tickets der Kategorie A für Spiele der Endrunde der WM 2006 versprochen. Teile der versprochenen Leistungen wurden seitens des DFB gewährt, auch wenn der Vertrag formal nicht wirksam wurde. Eine Gegenleistung von W oder CONCACAF ist nicht ersichtlich. Da die zeitlichen Gegebenheiten – soweit ersichtlich – denen der hier dargestellten Konstellation entsprechen, liegt es nicht fern, dass die rechtliche Bewertung zu denselben Ergebnissen bzgl. § 299 StGB und § 370 AO führen würde.

⁸ Bericht, S. 16 f.

⁹ Bericht, S. 17.

Zuwendung als Gegenleistung für die Stimmabgabe insbesondere eines oder mehrerer asiatischer Mitglieder des FIFA-Exekutivkomitees zu Gunsten Deutschlands als Veranstaltungsort der WM 2006, ggf. mittelbar über H, gewesen sein könnte.

3. Zahlung vom 27.04.2005 an die FIFA und Weiterleitung an L

Die Zahlung des DFB an die FIFA vom 27.04.2005 in Höhe von 6,7 Mio. € stellte nach den Feststellungen des Berichts – entgegen der Verbuchung – nach den Ermittlungsergebnissen jedenfalls *keinen* Beitrag zur FIFA-Eröffnungsgala der WM 2006 dar¹⁰. Sie wurde vom damaligen Präsidenten und vom damaligen Generalsekretär des DFB freigegeben und sollte im Ergebnis dem Sportmanager L wegen seiner Überweisung an A im August 2002 zugutekommen, was bereits 2004 beim DFB besprochen wurde. Dieser wahre Zahlungszweck wurde bewusst verschleiert. Zunächst wurde beim DFB eine Direktüberweisung an L angedacht.

Die FIFA leitete den Betrag mit dem Betreff „FIFA Fussball-Weltmeisterschaft Deutschland 2006“ noch am selben Tag auf ein Konto von L in Zürich (BNP Paribas) weiter. Die 6,7 Mio. € tilgten das durch Sollzinsen erhöhte negative Saldo des BNP Paribas-Kontos des L¹¹. Dieses im Übrigen nicht verwendete Konto wurde im Folgenden geschlossen. Die Transaktionen zwischen dem DFB und L (über die FIFA) im Zusammenhang mit den vorhergehenden Zahlungen von L an A (und von dort evtl. an H) wird ausweislich des Berichts von den Beteiligten insgesamt gelegentlich als ein „Darlehen“ des L bezeichnet. Der Bericht selbst trifft eine solche rechtliche Bewertung wohl eher nicht eigenständig und rechtlich reflektiert, sondern unter Bezugnahme auf die Einordnung durch die Beteiligten¹².

4. Steuerliche Abwicklung und steuerliche Folgen

Dem Bericht zufolge hatte das OK WM 2006 die Zahlung in Höhe von 6,7 Mio. €, die am 27.4.2005 zugunsten der FIFA mit dem Verwendungszweck „Kostenbeteiligung OK an FIFA Football Gala“ vorgenommen wurde, „bewusst falsch deklariert“,¹³ da tatsächlich eine von L am 16.8.2002 gewährte Zahlung¹⁴ von 10 Mio. CHF nebst Sollzinsen ausgeglichen werden sollte. Der DFB gab für das Jahr 2006 sowohl eine Körperschaftssteuererklärung als auch eine Erklärung zur Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer von Körperschaften, die gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen, ab, in denen die im Vorjahr überwiesenen 6,7 Mio. € – entsprechend der handelsrechtlichen Erfassung im Jahresabschluss 2006 wegen des Bezuges zur WM 2006 – gewinnmindernd berücksichtigt wurden¹⁵. In Anlage 1 zur Körperschaftssteuererklärung wurden „Sachkosten OK WM 2006“ als Betriebsausgaben angesetzt. Hierzu zählte, wie den Erläuterungen zur Gewinn- und Verlustrechnung zu entnehmen ist, eine Ausgabe in Höhe von 6,7 Mio. € mit der Bezeichnung „FIFA Kosten Gala“, die bei den „Event-, Werbe- und Reisekosten“ ausgewiesen wurde. Die Körperschaftssteuererklärung 2006 wurde am 31.10.2007 durch den damaligen DFB-Generalsekretär N unterzeichnet¹⁶.

5. Strafrechtlicher Vorwurf

Nach dem Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Frankfurt am Main (betreffend unter anderem die Geschäftsräume des DFB) vom November 2015, den der Bericht¹⁷ skizziert, besteht aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden der Anfangsverdacht, dass Verantwortliche des DFB für das Jahr 2006 zu dessen Gunsten Körperschafts- und Gewerbesteuern sowie Solidaritätszuschläge in Höhe von 2.567.125 € hinterzogen haben (Körperschaftsteuer 1.675.000 €; Gewerbesteuer 800.000 €; Solidaritätszuschlag 92.125 €). Der Verdacht der Steuerhinterziehung wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass die vom DFB geleistete

¹⁰ Die FIFA-Eröffnungsgala wurde ausweislich des Berichts am 12. Januar 2006 abgesagt. Eine Rückforderung des Betrags durch das OK WM 2006 erfolgte nicht.

¹¹ Dies entsprach in etwa 10 Mio. CHF zzgl. Sollzinsen seit dem August 2002.

¹² Vgl. etwa die Zusammenfassung der Ergebnisse des Berichts S. 10-25 und andererseits S. 290 ff. Anderer Auffassung dazu wohl Hoven/Kubiciel/Waßmer NZWiSt 2016, 121 (121).

¹³ Bericht, S. 15.

¹⁴ Bericht, S. 295.

¹⁵ Bericht, S. 216 f.

¹⁶ Bericht, S. 217; gemeint ist mit dem Begriff „Körperschaftsteuererklärung 2006“ in Anlehnung an die Terminologie des Berichts sowohl die eigentliche Körperschaftsteuererklärung als auch die Erklärung zur Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer von Körperschaften, die gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen.

¹⁷ Bericht, S. 220.

Zahlung in Höhe von 6,7 Mio. € nicht als Betriebsausgabe steuermindernd hätte geltend gemacht werden dürfen, weil sie tatsächlich für einen anderen als den angegebenen Zweck verwandt worden war. Unabhängig davon, an wen und für welchen Zweck der Betrag tatsächlich gezahlt worden sei, stehe dem das Kompensationsverbot gemäß § 370 Abs. 4 S. 3 AO entgegen¹⁸. Zunächst war in den Medien ergänzend auch von einem Korruptionsverdacht die Rede. Von einer erklärungsgemäßen Veranlagung nach 2007 wird hier ausgegangen.

III. Strafrechtliche Bewertung

Im Mittelpunkt des (praktischen) Interesses steht – schon im Hinblick auf die im Übrigen sicher eingetretene Verfolgungsverjährung (dazu s. näher unten 3.) – naturgemäß der oben näher dargelegte Vorwurf der Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall (nachfolgend 3.). Die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main hatte im Ausgangspunkt allerdings auch wegen Korruptionsstraftaten ermittelt. Für Korruptionsstraftaten mutmaßlich zu Gunsten nicht-deutscher Empfänger aus dem Bereich der FIFA-Gremien – insbesondere des Exekutivkomitees in dem Zeitraum zwischen Sommer 2000 und Frühjahr 2005 – käme grundsätzlich eine Straftat nach dem IntBestG (nachfolgend 1.) bzw. sofern dessen Vorschriften nicht einschlägig sind, nach § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a. F. (nachfolgend 2.) in Betracht.

1. Keine Strafbarkeit nach § 334 StGB i. V. m. Art. 2 § 1 IntBestG

Das Gesetz zum Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG) ist am 15.02.1999 in Kraft getreten und wurde am 26.11.2015 durch § 335a StGB abgelöst, wäre also grundsätzlich im Tatzeitraum auf Fälle der Auslandsbestechung anwendbar gewesen¹⁹. Wegen Bestechung von Amtsträgern internationaler Organisationen (§ 334 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. c IntBestG) machte sich während des Geltungszeitraums des IntBestG strafbar, wer einem Amtsträger einer internationalen Organisation, einem sonstigen Bediensteten einer internationalen Organisation oder einer mit der Wahrnehmung ihrer Aufgaben beauftragten Person einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser eine Diensthandlung künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzen würde und die begangen wird, um sich oder einem Dritten einen Auftrag oder einen unbilligen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen oder zu sichern.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften wäre jedoch, dass es sich bei den gegebenenfalls als Vorteilsempfängern in Betracht kommenden FIFA-Funktionären um Amtsträger einer internationalen Organisation gehandelt hätte. Zugrunde zu legen ist grundsätzlich der Amtsträgerbegriff des Art. 1 Abs. 4 des OECD-Übereinkommens gegen die Bestechung im internationalen geschäftlichen Verkehr²⁰. Gleichwohl handelt es sich bei den Mitgliedern des für die WM-Vergabe zuständigen Exekutivkomitees der FIFA nicht um Amtsträger im Sinne des IntBestG, da das OECD-Übereinkommen sie nicht erfasst: Internationale Organisationen im Sinne des Abkommens sind danach nur „*public international organizations*“²¹. Dies trifft für die FIFA (Fédération Internationale de Football Association) unstreitig nicht zu. Bei ihr handelt es sich um einen privatrechtlichen Verein im Sinne der Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) mit Sitz in Zürich. Die FIFA ist im dortigen Handelsregister eingetragen²². Trotz der weiten Auslegung des zu Grunde liegenden OECD-Übereinkommens ist hier nicht etwa von einem lediglich organisationsprivatisierten Rechtssubjekt auszugehen, welches bei Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben unter das OECD-Übereinkommen fallen kann, sondern von einer rein privatistisch geprägten Rechtspersönlichkeit ohne durchgreifende staatliche Steuerungsmöglichkeiten. Die FIFA setzt sich näm-

¹⁸ Bericht, S. 220.

¹⁹ Dazu näher Jäger/Graf/Wittig-Rotsch, Wirtschafts- und SteuerstrafR, Vor § 3 StGB Rn. 18. Zu § 335a StGB Kubiciel, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 13 ff., 45 ff.; Rink, German L. Journal 17 (2016), 1 ff.; Rübenstahl/Dust, JR 2016, 106 ff.

²⁰ BGHSt 52, 323, 345 f. S. zuletzt BGH 1 StR 336/13 v. 13. Februar 2014, HRRS 2014 Nr. 471.

²¹ OECD, Commentaries on Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in Internationale Business Transactions, DAFFE/IME/BR(97)17/REV1, Rn. 16.

²² <https://de.wikipedia.org/wiki/FIFA>

lich aus 209 (Mitglieds-)Nationalverbänden²³ zusammen, die ihrerseits – wie etwa der DFB – privatrechtlich organisiert sind und hinter denen nicht etwa Gebietskörperschaften oder die staatlichen Institutionen der jeweiligen Staaten stehen²⁴. Vor diesem Hintergrund fallen Funktionsträger der FIFA nicht unter das auf den öffentlichen Sektor anwendbare IntBestG²⁵ bzw. die insofern gleichlaufende Nachfolgeregelung des § 335 a StGB.

2. Keine Strafbarkeit (mehr) nach § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F.

Denkbar ist daher allenfalls, dass der Stimmenkauf bezüglich eines FIFA-Funktionärs unter den Tatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB a.F.²⁶) fällt, wobei gegebenenfalls von entscheidender Bedeutung sein könnte, ob § 299 Abs. 3 StGB a. F., der Handlungen im ausländischen Wettbewerb in den Anwendungsbereich einbezog, im Tatzeitraum bereits anwendbar war bzw. ob sachverhaltsbezogen vom ausländischen Wettbewerb im Sinne des § 299 StGB auszugehen ist.

Eine Anwendbarkeit des § 299 Abs. 2 StGB a. F. kommt in Betracht, wenn jemand im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.

a) FIFA-Funktionäre als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass § 299 StGB keine Anwendung auf den Stimmenkauf bei der Vergabe von Sportveranstaltungen finden könne²⁷.

Nach der entgegengesetzten Auffassung sollen FIFA-Funktionäre als *Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes* angesehen werden können, denn insbesondere der Begriff des „Beauftragten“ sei nach herrschender Auffassung weit auszulegen²⁸. Auch ein Verein wie die FIFA oder der DFB²⁹ – für den entsprechendes gelten müsste – könne zudem als geschäftlicher Betrieb angesehen werden, wenn er wirtschaftlich tätig und damit wesensmäßig dem Wirtschaftsleben zuzuordnen sei³⁰. Dies lasse sich angesichts des Umfangs der wirtschaftlichen Aktivitäten der FIFA schwerlich in Abrede stellen, zumal die FIFA mit anderen Sportverbänden um Milliarden Dollar um Sponsorengelder konkurriere³¹. Dem wird man grundsätzlich beitreten können, da hier im Bereich des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs des DFB wie wohl auch der FIFA – wozu die Veranstaltung der FIFA WM 2006 zu rechnen sein dürfte – wirtschaftliche Aktivitäten nicht nur entfaltet werden, sondern ganz im Vordergrund stehen (s.o.). Damit sind grundsätzlich die Voraussetzungen dafür gegeben, dass nicht nur öffentliche Unternehmungen, sondern auch gemeinnützige, kulturelle und soziale Einrichtungen als geschäftlicher Betrieb angesehen werden können³².

b) Unlautere Beeinflussung des Wettbewerbs um die Vergabe der WM

Hätte Deutschland den Zuschlag für die Austragung der WM 2006 durch die Beeinflussung von Entscheidungsträgern der FIFA erhalten, erscheint es nicht abwegig, von *einer unlauteren Beeinflussung des Wettbewerbs* zu sprechen, da die Durchführung einer WeltmeisterGz-

²³ Gegliedert in die 6 Kontinentalverbände AFC (Asian Football Confederation), gegründet 1954 CAF (Confédération Africaine de Football), gegründet 1957, CONMEBOL (Confederação Sul-Americana de Futebol), gegründet 1916, CONCACAF (Confederation of North, Central America and Caribbean Association Football), gegründet 1961 (Vorgänger CCCF 1938 bzw. NAFC 1946 gegründet), OFC (Oceania Football Confederation), gegründet 1966 und UEFA (Union of European Football Associations), gegründet 1954, vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/FIFA>

²⁴ <https://de.wikipedia.org/wiki/FIFA>

²⁵ Vgl. Pieth, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, S. 574.

²⁶ Die Vorschrift wurde zum 26.11.2015 durch G v. 20. 11. 2015 (BGBl. I S. 2025) neu gefasst.

²⁷ So ohne Begründung Bannenberg, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und SteuerstrafR, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 109; a. A. Hoven/Kubiciel/Wassmer NZWiSt 4/2016 im Erscheinen; Reinhart, in: Fritzsche/Pfister/Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sport, 3. Aufl. 2014, 6. Kap. Rn. 202.

²⁸ Hoven/Kubiciel/Wassmer NZWiSt 2016, 121 (122), unter Verweis auf BGH NStZ 2012, 505, 506; Rönau, in: Achenbach/Ransiek/Rönau (Hrsg.), Handbuch WirtschaftsstrafR, 4. Aufl. 2015, Kap. 3 Rn. 12.

²⁹ Vgl. BGH GRUR 1962, 255.

³⁰ BGHSt 2, 396, 402; Hoven/Kubiciel/Wassmer NZWiSt 2016, 121 (122), mit weiteren Nachweisen.

³¹ Hoven/Kubiciel/Wassmer NZWiSt 2016, 121 (122).

³² Vgl. u.a. BGHSt 2, 396, 402; BGHSt 10, 359, 365; BGH NStZ 1991, 367, 370; 1994, 277; BGHSt 43, 96, 105 mit Bespr. Schramm JuS 1999, 333; BGH HRRS 2011, Nr. 800 Rn. 72 (gesetzliche Krankenkassen); MüKo-StGB/Krick § 299 Rn. 7; Fischer § 299 Rn. 4.

schaft eine Großveranstaltung ist, die gewerblichen Charakter aufweist und dem DFB und der Deutschen Fußballliga 2006 56 Mio. € Gewinn einbrachte³³.

c) Vergabe der WM als Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen?

Es stellt sich allerdings die Frage, ob es sich auch um eine unlautere Bevorzugung „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“ handelt, wie es § 299 StGB voraussetzt. Dem Begriff „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“ soll, wie den Merkmalen in den §§ 331 ff. StGB „für die Dienstaussübung“ bzw. „Diensthandlung“, die den von der Vorteilsgewährung intendierten Handlungsbereich des Amtsträgers kennzeichnen, in erster Linie eine den Wettbewerbsgegenstand in sachlicher („Waren“ und „gewerbliche Leistungen“) und zeitlicher („bei dem Bezug“) Hinsicht näher umschreibende Funktion zukommen³⁴. Der Begriff der Waren und gewerblichen Leistungen ergibt sich in § 299 StGB aus dem Wettbewerbsrecht und nicht aus dem Handelsrecht; daher sind beide Begriffe wirtschaftlich weit zu verstehen; umfasst sind alle geldwerten Leistungen des gewerblichen oder geschäftlichen Lebens³⁵.

Dennoch fällt es dem Wortlaut nach schwer, den DFB (im Wettbewerb mit den Mitbewerbern, nationalen Fußballverbänden) als unlauter mit der „Ware“ bzw. „gewerblichen Leistung“ der Vergabe der Veranstaltung der FIFA WM 2006 bevorzugt anzusehen. Man wird zwar (s.o.) argumentieren können, dass die Veranstaltung der FIFA WM 2006 durch den DFB an sich gewerblichen Charakter haben könnte,³⁶ fraglich muss dies jedoch hinsichtlich der Vergabehandlungen bzw. des WM-Vergabeverfahrens der FIFA bzgl. der Zuweisung der Veranstalterereignisse an einen nationalen Fußballverband sein. Der Bezug von Waren und Leistungen, für die eine Bevorzugung erfolgen soll oder gewährt wird, muss allerdings eine *geschäftliche Angelegenheit des Betriebes sein, dem der Angestellte angehört* oder für den der Beauftragte tätig wird³⁷. Dies würde hier voraussetzen, dass die WM-Vergabe selbst für die FIFA eine geschäftliche, nach Wettbewerbsgrundsätzen zu behandelnde Angelegenheit ist. Tatsächlich erfolgt aber eine im Wesentlichen völlig freie Abstimmung im FIFA-Exekutivkomitee, bei der die Mitglieder gerade nicht an geschäftliche Kriterien gebunden sind, sondern jedenfalls in der Vergangenheit teilweise dem *Rotationsprinzip* Rechnung tragen mussten; dies spricht gegen einen echten Wettbewerb. Die FIFA-Statuten enthalten zur Auswahl des Austragungsorts kaum inhaltliche Vorgaben, diese knüpfen aber jedenfalls nicht an den wirtschaftlichen Vorteil der FIFA als Geschäftsherr an und rekurren nicht auf Grundsätze des wirtschaftlichen Wettbewerbs³⁸. Vor diesem Hintergrund kann eine Anwendbarkeit des § 299 Abs. 2 StGB aus ganz grundsätzlichen Überlegungen heraus bezweifelt werden.

d) (Bestechungs-)Handlungen und Unrechtsvereinbarung hinsichtlich eines Stimmenkaufs bzgl. der WM-Vergabe oder der Erlangung des FIFA-Zuschusses zur Ausrichtung

Nähme man an, dass die oben genannten Tatbestandsmerkmale keine unüberwindlichen Hindernisse darstellten, kann jedenfalls die Konstruktion einer strafrechtlich relevanten *Unrechtsvereinbarung* nach dem Ergebnis des Berichts kaum gelingen:

Zunächst ist festzuhalten, dass der Bericht weder von einer Vereinbarung über einen Stimmenkauf im Vorfeld der Entscheidung des Exekutivkomitees – durch den DFB bzw. nahestehende Personen mit H – ausgeht, noch unterstellt, dass die Zahlungen 2002 bzw. 2005 als Gegenleistung dafür geflossen seien, dass die FIFA einen Zuschuss zur Veranstaltung leisten soll. Beide Möglichkeiten werden allerdings auch nicht ausgeschlossen (s.o.). Zum Zwecke der Prüfung einer möglichen Verwirklichung werden beide Sachverhaltsvarianten in der Folge hypothetisch unterstellt.

³³ Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (122) unter Verweis auf Zwanziger für das OK am 14.9.2006, abrufbar unter <http://www.dfb.de/news/detail/fifa-wm-2006-auch-wirtschaftlich-ein-grosser-erfolg-4838>.

³⁴ MüKo-StGB/Krick § 299 Rn. 26.

³⁵ LK/Tiedemann § 299 Rn. 30 m. w. N.

³⁶ Hoven/Kubiciel/Wassmer NZWiSt 2016, 121 (122).

³⁷ RGSt 47, 183 (185); RGSt 66, 81 (83); RGSt 72, 132 (133); OLG Nürnberg WRP 1981, 603 (603); MüKo-StGB/Krick § 299 Rn. 26; NK/Dannecker § 299 Rn. 55; Schuhr NSTZ 2012, 11 (14 f.); Krick A&R 2011, 3 (12).

³⁸ http://de.fifa.com/mm/document/affederation/generic/01/29/85/71/fifastatuten2010_d.pdf; siehe in den Statuten 2010, die ähnlich schon 2000 galten, § 76, der lediglich festhält, dass das Exekutivkomitee den Austragungsort der FIFA-Weltmeisterschaft bestimmt und diese in der Regel nicht zweimal hintereinander auf demselben Kontinent stattfinden darf.

aa) 1. Sachverhaltsvariante: WM-Vergabe

Geht man davon aus, dass vor der Entscheidung im Juli 2000 durch oder im Auftrag der DFB-Führung mit oder über H ein Stimmenkauf vereinbart worden ist, ist darauf hinzuweisen, dass Angebot oder Vereinbarung zum damaligen Zeitpunkt straflos waren. Die WM-Vergabe ist für den Wettbewerb in Deutschland nicht relevant, da neben dem DFB zwangsläufig keine dt. Wettbewerber vorhanden sein konnten. Eine Anwendbarkeit des § 299 StGB in der Fassung bis zum 30. August 2002 auf Sachverhaltskonstellationen, in denen auf europäischer Ebene Wettbewerb besteht – hier wäre an europäische Mitbewerber in Gestalt der nationalen Fußballverbände anderer EU-Staaten zu denken³⁹ – scheidet aus, weil der BGH bereits grundsätzlich geklärt hat, dass für Taten vor dem 30. August 2002 – der Einführung des § 299 Abs. 3 StGB a.F., der auch den ausländischen Wettbewerb einbezog⁴⁰ – § 299 Abs. 2 StGB aus historischen und systematischen Überlegungen heraus auch bzgl. europäischer Mitbewerber unanwendbar ist⁴¹.

Somit müsste man auf die Zahlungen im Frühjahr und Sommer 2002 abstellen. Sofern man davon ausgeht, dass diesen eine Absprache über den Stimmenkauf von vor Juli 2000 zugrunde liegt, ist prima facie möglich, dass hierin die Gewährung eines Vorteils an H liegt, die ihrerseits gem. § 299 Abs. 2 StGB strafbar sein kann. Zumindest die Überweisung der letzten Tranche von 4 Mio. CHF am 5. September 2002 durch A an das Unternehmen K in Katar, mutmaßlich dem H zuzurechnen, mit dem Betreff „Asian Games 2006 Schlusszahlung“ würde in den zeitlichen Anwendungsbereich des § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F. ab dem 30. August 2002 fallen, wenn sie wiederum den DFB-Verantwortlichen zuzurechnen wäre. Erst recht würde dies für die Zahlung des DFB in 2005 gelten⁴².

Hier stellt sich jedoch die Frage, ob der DFB H zu diesem Zeitpunkt noch „zu Zwecken des [ausländischen] Wettbewerbs ... einen Vorteil...gewährt“ hat, „daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzugen“ (§ 299 Abs. 2 StGB). Nach h. M. muss sich nämlich die Vorteilsgewährung auf eine *zukünftige* Bevorzugung *im Wettbewerb* richten⁴³. Die nachträgliche Honorierung einer bereits in der Vergangenheit liegenden Bevorzugung – der Vergabe der WM 2006 im Juli 2000 – die nicht Gegenstand einer (strafbaren) Unrechtsvereinbarung war, reicht hierzu nicht aus. Erforderlich ist, dass sich die Zuwendung zusätzlich auf eine künftige Bevorzugung bezieht⁴⁴. Es stellt sich die Frage, ob eine derartige zukunftsbezogene und wettbewerbsbezogene Zwecksetzung nach der Vergabe der WM 2006 an Deutschland – d.h. nach dem 6. Juli 2000 und insbesondere nach dem 30. August 2002 – noch denkbar war, d.h. inwieweit hier noch ein (hypothetischer) Wettbewerb bestand. Insofern scheint der öffentlich bekannt gewordene Sachverhalt eine *nachträgliche* Zahlung auf eine im Vorhinein vereinbarte (zum Tatzeitpunkt vor dem 6. Juli 2000 straflose) „Unrechtsvereinbarung“ nahezulegen, die für sich genommen nicht unter § 299 StGB fällt. Bei zukunftsbezogen-wettbewerblichen Zwecksetzungen der Zahlungen vom September 2002 oder April 2005 könnte dies zwar anders zu beurteilen sein. Es ist allerdings nicht ersichtlich, wie Zahlungen zu diesem Zeitpunkt *im Hinblick auf die WM-Vergabe* noch tatbestandlich relevant sein könnten. Dies wäre grds. der Fall, wenn die Zahlung nachträglich – d.h. nach formaler Entscheidung am 6. Juli 2000 – noch den Wettbewerb um die Vergabe beeinflussen sollte, etwa indem das Unterlassen der Rücknahme einer regelwidrig – etwa aufgrund eines Vorteilsversprechens – zustande gekommenen Vergabe der WM-Ausrichtung an Deutschland „abgesichert“ worden wäre⁴⁵. Denkbar wäre dies etwa, falls die Vergabeentscheidung des FIFA-Exekutivkomitees auf Initiative von dessen Mitgliedern reversibel wäre, bzw. wenn deren nachträgliche Meinungsänderung noch relevant wäre. Dafür gibt es in den Statuten der FIFA keine Anhaltspunkte, so dass dies als fernliegend, wenn auch nicht als völlig ausgeschlossen anzusehen ist.

³⁹ In der Endrunde jedenfalls war der Mitbewerber allerdings nur die Republik Südafrika.

⁴⁰ § 299 Abs. 3 StGB wurde angefügt mit Wirkung vom 30. 8. 2002 durch Gesetz vom 22. 8. 2002, BGBl. I S. 3387 und trat zum 26.11.2015 außer Kraft, da das Gesetz vom 20. 11. 2015, BGBl. I S. 2025, seinen Inhalt in die Abs. 1 und 2 übernahm.

⁴¹ BGHSt 52, 323 ff. (Siemens/ENEL) = BGH NJW 2009, 89 = wistra 2009, 61 = NSTz 2009, 151; vgl. dazu *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201, 205 f.; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 65 f.

⁴² Für beide Varianten wären allerdings noch erhebliche Beweisanforderungen im Hinblick auf die objektive bzw. subjektive Zurechnung (Vorsatz) zu bewältigen, da die Zahlungen 2002 unmittelbar von A veranlasst wurden und bzgl. der Zahlungen 2005 die FIFA und L zwischengeschaltet waren.

⁴³ BGH v. 14.7.2010 – 2 StR 200/10, wistra 2010, 447 (448) m. Anm. *Tsambikakis/Corsten* StRR 2011, 454 (461).

⁴⁴ BGH v. 14.7.2010 – 2 StR 200/10, wistra 2010, 447 (449) m. Anm. *Tsambikakis/Corsten* StRR 2011, 454 (461); *LK/Tiedemann* § 299 Rn. 29; *Lackner/Kühl* § 299 Rn. 5; *HK-GS/Bannenberg* § 299 Rn. 12 f.

⁴⁵ Strukturell ähnlich RGSt 63, 4526, 429 – „Samenhandel“; RGSt 66, 16 ff – „Papierlieferung“.

bb) 2. Sachverhaltsvariante: Zuschuss der FIFA

Sollte Gegenstand einer korruptiven Absprache bei den Zahlungen 2002 bzw. 2005 – hypothetisch unterstellt, diese sollten FIFA-Funktionären, etwa H⁴⁶ zu Gute kommen – gerade nicht die Ausrichtung, sondern die Zuwendung von Beihilfen der FIFA zur WM-Ausrichtung zugunsten des DFB gewesen sein, würde sich im Hinblick auf § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a. F. ebenfalls die Frage stellen, ob diese Zahlungen (s.o.) neben dem DFB bzw. seinem OK WM 2006 auch anderen Bewerbern zukommen konnten. Andernfalls wird man nicht von einem (zumindest hypothetischen bzw. zukünftigen) Wettbewerbsverhältnis sprechen können⁴⁷. Es ist allerdings wohl eher nicht anzunehmen, dass die Zuschüsse nach ihrer Zwecksetzung anderen nationalen Fußballverbänden als dem *Ausrichter der FIFA WM 2006* (dem DFB bzw. dem OK WM 2006) oder sonstigen Dritten offenstanden.

Insgesamt erscheint daher – trotz der eingangs getroffenen hypothetischen Sachverhaltsannahmen – die Verwirklichung eines aktiven Bestechungsdelikts sehr unwahrscheinlich, wobei die Wahl der konkreten Sachverhaltsvariante und der möglichen Tatzeitpunkte – 2000, 2002 oder 2005 – unerheblich ist.

e) Verjährung

Die Verfolgungsverjährung bei § 299 StGB – der mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bestraft wird – beträgt nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre ab Tatbeendigung (§§ 78, 78a StGB). Letztere liegt nach h. Rspr. typischerweise in der letzten vereinbarungsgemäßen Vorteilsgewährung bzw., falls diese später erfolgt, in der letzten Wettbewerbsbeeinflussung auf Basis der Unrechtsvereinbarung⁴⁸. Daran würde hier auch die Annahme eines besonders schweren Falles gem. § 300 Abs. 1 Nr. 1 StGB – die Annahme des Regelbeispiels eines Vorteils großen Ausmaßes wäre angesichts der Höhe der Zahlungen zwingend – nichts ändern. Die Erhöhung des Strafrahmens im besonders schweren Fall auf bis zu fünf Jahre wirkt sich gem. § 78 Abs. 4 StGB nicht auf die Frist aus; zudem wäre ohnehin weiter § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB einschlägig. Selbst wenn man von der Verwirklichung eines Korruptionsdelikts im Sinne des § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F. ausgehen wollte, wäre dieses daher heute verjährt, wenn die letzten (hypothetisch unterstellten) Zahlungen an die (End-)Empfänger vor dem Herbst 2010⁴⁹ vorgenommen worden ist. Dies ist nach allen praktisch möglich erscheinenden Sachverhaltsvarianten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Fall.

3. Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall (§ 370 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO)?

Die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main geht von einem Anfangsverdacht bzgl. einer noch verfolgbaren Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall (§ 370 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO) aus (s.o.), was dem Durchsuchungsbeschluss vom November 2015, der im Bericht⁵⁰ skizziert wird, zu entnehmen ist. Für das Jahr 2006 seien Körperschaft- und Gewerbesteuern sowie Solidaritätszuschläge in Höhe von insgesamt über 2,5 Mio. € verkürzt worden. Die vom DFB an die FIFA geleistete Zahlung in Höhe von 6,7 Mio. € habe im Oktober 2007 (im Rahmen der Steuererklärungen 2006) nicht als Betriebsausgabe steuermindernd geltend gemacht werden dürfen, weil sie tatsächlich für einen anderen als den angegebenen Zweck („FIFA Football Gala“) verwandt worden war; wofür die Zahlung tatsächlich erfolgt sei, sei aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf das Kompensationsverbot (§ 370 Abs. 4 S. 3 AO) irrelevant⁵¹.

⁴⁶ Dies liegt vor dem Hintergrund nicht völlig fern, dass H im Tatzeitraum auch Mitglied des Finanzausschusses der FIFA war.

⁴⁷ Vgl. zur h.M. BGHSt 49, 214 (219); Fischer § 299 Rn. 15a; strengere Anforderungen bei Krehl StV 2005, 325; Klengel/Rübenstahl HRRS 2007, 52 (59 ff.); vgl. zusammenfassend MüKo-StGB/Krick § 299 Rn. 27 m. w. N.

⁴⁸ BGHSt 52, 300 = NJW 2008, 3076 (3077); BGH NSTZ 2012, 511 (513) m. Anm. Neiseke NZWiSt 2012, 233 u. krit. Anm. Rübenstahl wistra 2012, 117; vgl. auch MüKo-StGB/Krick § 299 Rn. 38 m. w. N.

⁴⁹ Unterstellt wird hier, dass das Ermittlungsverfahren nicht vor dem Herbst 2015 eingeleitet wurde bzw. die erste verjährungsunterbrechende Handlung im Herbst 2015 vorgenommen wurde (Anordnung der Durchsuchungsmaßnahmen, vgl. § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB).

⁵⁰ Bericht, S. 220.

⁵¹ So jedenfalls der Bericht, S. 220: „...unabhängig davon, an wen und für welchen Zweck der Betrag tatsächlich gezahlt worden sei...“

a) Tathandlung: Unzutreffende steuerlich relevante Angaben in den Steuererklärungen

Dem Bericht nach hat das OK WM 2006 die Zahlung in Höhe von 6,7 Mio. €, die am 27. April 2005 zugunsten der FIFA mit dem Verwendungszweck „Kostenbeteiligung OK an FIFA Football Gala“ vorgenommen wurde, „bewusst falsch deklariert“⁵². Maßgeblich ist dabei, dass die 6,7 Mio. € gewinnmindernd berücksichtigt und in Anlage 1 zur Körperschaftsteuererklärung als „Sachkosten OK WM 2006“ als Betriebsausgaben angesetzt wurden⁵³. Den Erläuterungen des DFB zur Gewinn- und Verlustrechnung ist konkretisierend zu entnehmen, dass eine Ausgabe in Höhe von 6,7 Mio. € mit der Bezeichnung „FIFA Kosten Gala“ bei den „Event-, Werbe- und Reisekosten“ ausgewiesen wurde. Dies entspricht nach den Feststellungen des Berichts nicht den Tatsachen (s.o.).

Die Tathandlung des § 370 Abs. Nr. 1 AO liegt darin, dass der Täter gegenüber den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht⁵⁴. Z. B. sind Umstände, die ein steuerliches Abzugsverbot für Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG begründen, steuerlich erhebliche Tatsachen; die Geltendmachung solcher Betriebsausgaben, ohne auf diese Umstände hinzuweisen, ist daher eine Tathandlung i.S.v. § 370 Abs. Nr. 1⁵⁵. Entsprechendes gilt für tatsächliche Angaben, die nicht betrieblich veranlasste Aufwendungen bzw. nicht aufwandswirksame Zahlungen als Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG erscheinen lassen. Die Angaben zu der Veranlassung der geltend gemachten Betriebsausgaben in der Anlage der Steuererklärung sind vor diesem Hintergrund steuerlich erheblich, da die Zwecksetzung der Zahlung für die Überprüfung der Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit gem. § 4 Abs. 4, Abs. 5 EStG relevant ist.

Sie sind auch objektiv unzutreffend, da die geltend gemachten Aufwendungen nach den Feststellungen des Berichts tatsächlich zu anderen als den ausdrücklich angegebenen Zwecken (Gala) dienen. Ob allerdings gerade diese inhaltliche Unrichtigkeit steuerlich relevant ist, scheint deshalb fraglich, weil für den Fall, dass der Betrag von 6,7 Mio. € eine abzugsfähige Betriebsausgabe war, bzgl. des konkreten Abzugspostens im Wesentlichen Zutreffendes – nämlich das Bestehen einer steuerlich abzugsfähigen Betriebsausgabe – behauptet wurde. Insofern ist für die Frage der steuerlichen Relevanz der unzutreffenden Angaben letztlich nach unten zu verweisen, da sie nicht ohne die Beantwortung der für den Taterfolg relevanten Frage der Abzugsfähigkeit geklärt werden kann.

b) Taterfolg: Steuerverkürzung?

Durch die insofern unzutreffende Steuererklärung müsste als Taterfolg eine Steuerverkürzung im Sinne des § 370 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 AO eingetreten sein. Dies ist der Fall, wenn die 6,7 Mio. € nicht als Betriebsausgaben hätten geltend gemacht werden dürfen.

Da der Geldbetrag nicht der „Kostenbeteiligung OK an FIFA Football Gala“ diene, konnte er mit dieser Begründung nicht angesetzt werden, möglicherweise muss der Betrag aber steuermindernd berücksichtigt werden, wenn er tatsächlich einem anderen, betrieblichen Ausgabenzweck diene (dazu bb)) und keinem Abzugsverbot im Sinne des § 4 Abs. 5 EStG unterlag (dazu cc))⁵⁶.

Vorab sollen hier aber Anwendungsbereich und Reichweite des sog. Kompensationsverbots gem. § 370 Abs. 4 S. 3 AO geklärt werden (dazu aa)), da – jedenfalls nach dem im Bericht abgedruckten Auszug aus dem Durchsuchungsbeschluss – die Strafverfolgungsbehörden offenbar (und fälschlicherweise) davon ausgehen, dass ein Klärungsbedarf bzgl. der sonstigen Abzugsfähigkeit des Betrags aufgrund der Falschbezeichnung gerade im Hinblick auf das Kompensationsverbot nicht besteht, soweit dieses eingreift⁵⁷.

⁵² Bericht, S. 15.

⁵³ Bericht, S. 216 f.

⁵⁴ Vgl. dazu OLG München NZWiSt 2013, 31.

⁵⁵ BGH NStZ 2011, 37; Klein/Jäger § 370 Rn. 43.

⁵⁶ Zutreffend Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

⁵⁷ So anscheinend auch Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

aa) Zur Unanwendbarkeit des Kompensationsverbots (§ 370 Abs. 4 S. 3 AO) in der vorliegenden Fallkonstellation

Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut der Vorschrift: Nach dem Kompensationsverbot soll eine strafrechtlich relevante Verkürzung auch dann vorliegen, „wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt ... werden können“ (§ 370 Abs. 4 S. 3 AO). Insoweit kann der strafrechtlich zu berücksichtigende Verkürzungserfolg weiter reichen als der im Besteuerungsverfahren steuerlich relevante. Die Bedeutung der Vorschrift für die Strafverfahrenspraxis liegt somit darin, dass der Strafrichter nicht *den gesamten Steuerfall* daraufhin überprüfen muss, ob sich nicht eventuell aus bisher nicht berücksichtigten Umständen eine Steuerermäßigung ergibt, die den durch die Hinterziehung erzielten Vorteil wieder ausgleicht und (rein steuerlich) zur Annahme eines fehlenden Taterfolgs führen würde⁵⁸.

Der BGH wendet eine objektive Auslegung der Vorschrift an⁵⁹. Der Steueranspruch des Staates ist dem BGH zufolge so zu berechnen, dass in die Steuererklärung des Täters lediglich *anstelle der unrichtigen, die Hinterziehungshandlung darstellenden Angaben, die zutreffenden Angaben eingesetzt würden*; andere, den Täter begünstigende Umstände seien nicht zu berücksichtigen⁶⁰. „Andere Gründe“ (im Sinne des § 370 Abs. 4 S. 3 AO) sind Tatsachen, auf die sich der Täter zur Rechtfertigung seines Verhaltens im Strafverfahren beruft, obwohl er sie *im Besteuerungsverfahren nicht vorgebracht* hat, und die – hätte er sie dem Finanzamt vorgebracht – eine Ermäßigung der Steuerschuld begründet hätten⁶¹. Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift („andere Gründe“) ergibt sich, dass vom Kompensationsverbot nur solche Steuerermäßigungsgründe betroffen sein können, *die sich von den die Tat ausmachenden Gründen unterscheiden lassen*⁶². Das ist hier nicht der Fall, da es sich lediglich um die Frage des Rechtsgrunds bzw. der genauen Zweckbestimmung (Gala der FIFA oder Weiterleitung an L) eines bestimmten für einen Besteuerungszeitraum geltend gemachten Betriebsausgabenabzugsbetrags handelt (für das Jahr 2006 betriebsmindernd geltend gemachte Zahlung von 6,7 Mio. € an die FIFA). In diesem Zusammenhang ist zudem zu sehen, dass bei bloßer abweichender rechtlicher Beurteilung ein und desselben tatsächlichen Vorgangs das Kompensationsverbot nicht eingreift⁶³.

Bereits aus diesen grundlegenden Ausführungen zum Wesen des Kompensationsverbots wird klar, dass es hier nicht anwendbar sein dürfte, weil es sich bei der Frage, ob die Zahlung vom 6,7 Mio. € aus 2005 an die FIFA, die für 2006 mit einer anderen Begründung – einem tatsächlich anderen Zahlungszweck – als Betriebsausgabe angesetzt werden durfte, nicht um „andere Gründe“ im Sinne der Vorschrift handelt. Aus der vorstehend zitierten Rspr. geht klar hervor, dass es insofern – bei den „anderen Gründen“ – um *andere* Einnahme- und Ausgabepositionen handeln muss, als um diejenigen, die Gegenstand der Steuererklärung waren und ggf. unzutreffend bezeichnet wurden. Hier war die Zahlung von 6,7 Mio. € an die FIFA – unter falscher Zweckbezeichnung – eindeutig bereits Gegenstand des Besteuerungsverfahrens; der entsprechende Betriebsausgabenabzug wurde explizit (mit unzutreffender Begründung) beansprucht. Noch deutlicher wird die Fehlerhaftigkeit der Anwendung des Kompensationsverbots durch die Strafverfolgungsbehörden, wenn man in Betracht zieht, was laut dem BGH (s.o.) gerade nicht Gegenstand des Kompensationsverbots ist, nämlich das *Ersetzen der unzutreffenden Angaben in der Steuererklärung durch die zutreffenden*. Wären die Zahlung an die FIFA statt für die Gala für die Gewinnung des Zuschusses der FIFA oder als Ausgleich für Zahlungen des L zugunsten des H geleistet worden (die Alternativen, die der Bericht annimmt), dann käme es mithin ungeachtet des Kompensationsverbots gerade darauf an, ob dies abzugsfähige Betriebsausgaben wären – anders als es die Strafverfolgungsbehörden meinen.

Selbst wenn man annimmt, das Kompensationsverbot könnte grundsätzlich eingreifen, lägen aber vorliegend keine „anderen Gründe“ im Sinne der Vorschrift vor, wenn es sich bei der Zahlung vom 6,7 Mio. € an die FIFA aus anderen als im Anhang der Steuererklärung genannten Gründen um eine abzugsfähige Betriebsausgabe handelte, weil diese im Sinne der

⁵⁸ BGH BStBl. 1961 I, 495; Klein/Jäger § 370 Rn. 131.

⁵⁹ BGHSt 7, 336.

⁶⁰ BGH GA 1978, 278, zu der nicht deklarierten USt, die nicht durch gleichfalls – denselben Sachverhalt betreffende – nicht geltend gemachte VSt (anderer Umstand) gemindert werden dürfe.

⁶¹ BGH wistra 1987, 139; Klein/Jäger § 370 Rn. 130.

⁶² JJR/Joecks § 370 Rn. 99.

⁶³ Klein/Jäger § 370 Rn. 130.

Rspr. keine „anderen Gründe“ sind, die „in unmittelbarem bzw. untrennbarem Zusammenhang mit den unzutreffenden Steuererklärungen“ stehen, da es sich bei ihnen um die steuerliche Beurteilung desselben Vorgangs handelt⁶⁴. Bei der steuermindernd geltend gemachten Zahlung von 6,7 Mio. € an die FIFA handelt es sich unabhängig von ihrem Zweck um denselben Vorgang. Bestätigt wird diese Sichtweise dadurch, dass der BGH insbesondere dann vom Vorliegen des Unmittelbarkeitszusammenhangs ausgeht, wenn Steuerminдерungen sich im Falle der wahrheitsgemäßen Angaben des Täters ohne Weiteres von Rechts wegen ergeben hätten⁶⁵. Demgemäß kommt es hier gerade entscheidend darauf an, ob bei wahrheitsgemäßen Angaben zur Zweckbestimmung der Zahlung eine abzugsfähige Betriebsausgabe vorlag. Dies indiziert auch die Rspr. zu ähnlichen Fallkonstellationen. So hindert das Kompensationsverbot nach h. M. nicht, bei einer als Sonderausgabe geltend gemachten verdeckten Parteispende zu prüfen, ob sie zwar keine solche, aber eine abzugsfähige Betriebsausgabe darstellt⁶⁶.

Dass das hier gefundene Ergebnis – und nicht die entgegengesetzte Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden – der h. Rspr. entspricht, lässt sich auch durch den Vergleich mit der Behandlung des Abzugsverbots gem. § 160 AO in der neueren Rspr. belegen. Das Vorlegen von Scheinrechnungen durch den Steuerpflichtigen zur Verhinderung eines Benennungsverfahrens nach § 160 AO begründet danach noch keine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung⁶⁷. In diesem Zusammenhang wird vom BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Geltendmachung *tatsächlich angefallener und deswegen abzugsfähiger Betriebsausgaben* oder Werbungskosten keine Tathandlung gem. § 370 Abs. 1 AO darstelle⁶⁸. Maßgeblich im Rahmen des § 370 Abs. 4 S. 1, 3 AO ist damit lediglich, ob es sich überhaupt um eine abzugsfähige Betriebsausgabe handelt, nicht jedoch ihr konkreter vom Steuerpflichtigen angegebener Rechtsgrund oder die angegebene Zwecksetzung der Zahlung.

Da das Kompensationsverbot hier deshalb mithin keinerlei (legitime) Rolle bei der Lösung des Falles spielt⁶⁹, kommt es allein darauf an, ob vorliegend eine abzugsfähige Betriebsausgabe vorlag.

bb) Keine Betriebsausgabe, § 4 Abs. 4 EStG?

Eine Steuerverkürzung würde vorliegen, sofern in der Zahlung keine Betriebsausgabe (§ 4 Abs. 4 EStG, (I.)) für den Erklärungszeitraum (II.) gesehen werden könnte.

(I.) Betriebsausgabe

Nach der Begriffsbestimmung des § 4 Abs. 4 EStG sind Betriebsausgaben diejenigen Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind. Sie mindern grundsätzlich den Gewinn und erlauben insoweit eine steuermindernde Geltendmachung⁷⁰.

(1.) Aufwendung

Zunächst müsste es sich daher bei der Zahlung um eine Aufwendung handeln. Der Begriff der Aufwendungen ist für das EStG eigenständig nach dessen Systematik zu bestimmen; er erfasst mithin als Oberbegriff u.a. Ausgaben, d. h. Güter in Geld oder Geldwert, die beim Steuerpflichtigen abfließen (vgl. § 8 EStG, *argumentum e contrario*) und auch sonstigen Aufwand (Wertverzehr), dem nach den Bestimmungen des Ertragsteuerrechts die rechtl. Qualität einer den Gewinn mindernden Aufwendung zukommt⁷¹. Grundsätzlich kann jede Ausgabe zu einer Aufwendung i. S. v. § 4 Abs. 4 EStG führen, unter dem Vorbehalt, dass dem EStG oder seinen Strukturprinzipien – besonders seinen Gewinnermittlungsvorschriften – keine andere Wertung des Aufwendungsbegriffs zu entnehmen ist⁷².

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt könnte in Betracht kommen, den Aufwandscharakter der Zahlung der 6,7 Mio. € unter Verweis darauf in Frage zu stellen, dass es sich um

⁶⁴ BGH wistra 2004, 147 (149); BGH GA 1978, 307; BGH wistra 1984, 183; vgl. auch BGH wistra 2012, 29 (36 f.); vgl. ähnlich MüKo-StGB/Schmitz/Wulf AO § 370 Rn. 162.

⁶⁵ BGH MDR 1979, 772; *Meine* wistra 1991, 130 m.w.N.

⁶⁶ BGH wistra 1987, 139; Klein/Jäger § 370 Rn. 133.

⁶⁷ BGHSt 33, 383; BFH BFH/NV 1988, 199; FG Ddorf EFG 1997, 588.

⁶⁸ BGH NStZ 2004, 575; Klein/Jäger § 370 Rn. 49.

⁶⁹ Wohl anders *Hoven/Kubiciel/Waßmer*, NZWiSt 2016, 121 (125).

⁷⁰ Wied in: Blümich EStG § 4 Rn. 551.

⁷¹ BFH BStBl II 1987, 108 und 1986, 904.

⁷² Wied in: Blümich EStG § 4 Rn. 552.

ein Darlehen des L (der es 2002 durch Zahlung an A ausgereicht habe) zugunsten des DFB gehandelt habe, das 2005 aufwandsneutral zurückgeführt wurde⁷³. Nach der Rechtsprechung des BFH⁷⁴ können Aufwendungen zur Tilgung eines betrieblichen Darlehens bei keiner Gewinnermittlungsart als Betriebsausgaben abgezogen werden; die Aufnahme eines Darlehens und seine Rückzahlung seien Geldbewegungen im Vermögensbereich, die sich nicht auf die Höhe des Gewinns auswirken. Bei der Interpretation der Zahlung als Darlehen sei demgemäß anzunehmen, dass die „Rückzahlung“ hier nicht steuermindernd hätte geltend gemacht werden dürfen⁷⁵.

Zweifelhaft und entscheidend ist allerdings, ob die Annahme einer Darlehensgewährung überhaupt dem steuerlich relevanten Sachverhalt entspricht. Dies gilt auch unabhängig von der Letztverwendung der von L an A überwiesenen Beträge.

Soweit angenommen wird, dass ein von L am 16. August 2002 gewährtes „Darlehen“ an den DFB von 10 Mio. CHF nebst Sollzinsen vorliege und 2005 zurückgezahlt werden sollte⁷⁶, stellt dies nach dem Bericht schon hinsichtlich des Rechtsbegriffs des Darlehens keine rechtlich zutreffende und zwingende Sachverhaltsinterpretation dar. Der Bericht selbst verwendet den Begriff des Darlehens wohl eher nicht als eigenständige rechtliche Bewertung, sondern als Zitat. Verschiedene Beteiligte bezeichneten die Zahlung im Rahmen von Befragungen als „Darlehen“⁷⁷.

Dagegen, dass hier ein (per se aufwandsneutrales) „Darlehen“ an den DFB vorlag, spricht die (anzunehmende) handels- und steuerbilanzielle Behandlung des Betrags vor 2005/2006 beim DFB. Darlehensverbindlichkeiten werden in der Bilanz unter den „Sonstigen Verbindlichkeiten“ mit dem Rückzahlungsbetrag (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB) ausgewiesen⁷⁸. Auch steuerlich ist eine Darlehensverbindlichkeit mit den Anschaffungskosten (Nennwert, Rückzahlungsbetrag) anzusetzen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 EStG). Der Betrag der Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von bis zu einem Jahr ist bei jedem gesondert ausgewiesenen Posten zu vermerken (§ 268 Abs. 5 HGB). Ferner sind im Anhang zu den in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von mehr als fünf Jahren und der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten anzugeben, die durch Pfandrechte oder ähnliche Rechte gesichert sind (§ 285 Nr. 1 HGB)⁷⁹. Der Darlehensbetrag ist bei Zufluss mit dem Nennwert als Aktivum (unter Bar- oder Bankguthaben) zu buchen, was wiederum zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung beim Darlehensnehmer zu einer Aufwandsneutralität der Darlehensverbindlichkeit aufgrund des zugeflossenen Darlehensbetrags führt.

Nach dem Bekanntgewordenen ist davon auszugehen, dass 2002 beim DFB keine buchhalterische bzw. bilanzielle Erfassung einer Darlehensverbindlichkeit ggü. L im o.g. – aufwandsneutralen – Sinne erfolgte, unter Umständen deshalb, weil der DFB seinerzeit noch nicht durch entsprechende Darlehensvereinbarungen verpflichtet war⁸⁰, sondern in diese Vereinbarungen erst nachträglich eingetreten ist. Diese Lage könnte bis 2005/2006 fortbestanden haben. Angesichts einer solchen bilanziellen Situation wäre aber die Zahlung an die FIFA zugunsten von L – unterstellt, diese dürfte vor dem Hintergrund der Zahlung an einen Dritten überhaupt als Darlehensrückzahlung des DFB an L angesehen werden – gerade aufwandswirksam, weil bilanziell keine Verbindlichkeit vorlag, von der die „Rückzahlung“ den DFB hätte befreien können, insbesondere keine gegenüber der FIFA. Nur unter diesen Umständen und nur deshalb ist aber laut dem BFH die Rückführung eines Darlehens aufwandsneutral⁸¹. Dies war hier offenkundig nicht so.

⁷³ So Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

⁷⁴ BFH DStRE 2000, 1.

⁷⁵ So fallbezogen Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

⁷⁶ Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (121), unter Verweis auf den Bericht, S. 295.

⁷⁷ Bericht, S. 290 ff.

⁷⁸ Maier, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/16, Stichwort: Darlehen, Rn. 21.

⁷⁹ Maier, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/16, Stichwort: Darlehen, Rn. 21.

⁸⁰ Der DFB hätte sonst u.U. durchaus ein Darlehen hätte einbuchen müssen und zwar, wenn L im Namen und für Rechnung des DFB an FIFA gezahlt hätte (kein Zufluss von Aktiva, aber abgekürzter Zahlungsweg, s.u.).

⁸¹ Vgl. im Einzelnen BFH DStRE 2000, 1, 2: „...dass die Aufnahme eines Darlehens und seine Rückzahlung Geldbewegungen im Vermögensbereich sind. Sie wirken sich deshalb sowohl bei der Gewinnermittlung mittels Betriebsvermögensvergleichs ...als auch im Rahmen der Einnahmeüberschuss-Rechnung nicht auf die Höhe des Gewinns aus. Beim Betriebsvermögensvergleich steht der Passivierung der Darlehensverbindlichkeit ein grundsätzlich gleich hoher Zugang von Bar- oder Buchgeld gegenüber; die Minderung des Bar- oder Buchgeldbestandes durch Tilgungsleistungen führt zu einer grundsätzlich gleich hohen Minderung der Verbindlichkeit. Auch bei der Einnahmeüberschuss-

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, sich ergänzend vor Augen zu führen, dass sich aus dem Sachzusammenhang eher ergeben dürfte, dass die Zahlungen L 2002 zugunsten des Vorsitzenden des OK WM 2006 – B – erfolgten, da dieser seinerseits zuvor Zahlungen an A geleistet hatte, die durch die des L ersetzt wurden. Auch dies spricht prima facie gegen die Unterstellung eines Darlehens im Verhältnis zwischen DFB und L.

Unterstellt man dennoch, es läge eine Darlehensgewährung vor, könnte diese im Hinblick auf die steuerliche Situation des DFB auch nicht isoliert betrachtet werden⁸². Hätte L seine Zahlungen an A 2002 tatsächlich als Ausreichung eines Darlehensbetrags zugunsten des DFB getätigt, dann muss man davon ausgehen, dass die bilanzielle und buchhalterische Darstellung beim DFB unzutreffend war; der Darlehensrückzahlungsvorgang wäre deshalb auch im Jahr 2006 nicht zwingend erfolgsneutral. Dieser Zahlung an A müsste notwendigerweise eine Verbindlichkeit des DFB ggü. Dritten (eventuell z.B. K bzw. H) in entsprechender Höhe im Hinblick auf die WM zu Grunde gelegen haben. Eine solche Verbindlichkeit hätte spätestens mit der Auszahlung des L durch den DFB gebucht werden müssen. Dies ist offenkundig unterlassen worden. Die Bilanzen der Jahre 2002 ff. wären daher falsch und unter den weiteren Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 EStG zu korrigieren.

Ohne auf diese Voraussetzungen und einer ggf. erst im Jahr 2005 oder 2006 vorzunehmenden Bilanzberichtigung an dieser Stelle näher einzugehen, ist auf Folgendes hinzuweisen: Die nach der vorstehenden Prämisse mutmaßlich erforderliche Einbuchung einer Verbindlichkeit hätte jedenfalls zu Aufwand geführt. Weil die Zahlung des L nicht direkt an den DFB, sondern im abgekürzten Zahlungsweg an A bzw. mittelbar an K erfolgte, war mit dieser Darlehensgewährung gerade kein korrespondierender Mittelzufluss beim DFB verbunden (bzw. durch den abgekürzten Zahlungsweg ein unmittelbarer Mittelabfluss gegeben). Mit anderen Worten: In entsprechender Weise wie der offenbar aus der Zahlung in 2005 entstandene Aufwand zunächst neutralisiert (sog. aktiver Rechnungsabgrenzungsposten; siehe dazu nachstehend) und erst den Betriebseinnahmen des WM-Jahres 2006 zugeordnet wurde, hätte auch ein zutreffend bereits im Jahr 2002 im Zusammenhang mit der Verbuchung der Verbindlichkeit entstandener Aufwand mittels aktivem Rechnungsabgrenzungsposten (aRAP) neutralisiert werden müssen. Dieser aRAP hätte dann in 2006 ergebniswirksam (gewinnmindernd) aufgelöst werden müssen, so wie im Zusammenhang mit der in 2005 erfolgten Zahlung praktiziert. Zutreffende Bilanzierung vorausgesetzt, wäre zwar die Zahlung des DFB im Jahr 2005 deshalb *ergebnisneutral* gewesen, weil insoweit lediglich eine Darlehensverbindlichkeit getilgt wurde. Der nach der zu Grunde liegenden Prämisse ebenfalls gebildete aRAP jedoch wäre ungeachtet des in 2005 erfolgsneutralen Zahlungsvorgangs im Jahr 2006 *erfolgswirksam* aufzulösen gewesen und daher Aufwand in diesem Jahr. Demnach käme es auch unter der Prämisse der Darlehenstilgung im Jahr 2006 zu Aufwand bzw. Betriebsausgaben in Höhe der bereits im Jahr 2005 erfolgten Zahlung⁸³.

(2.) Alternativ: Abzugsfähiger Drittaufwand des DFB

Nicht fernliegend ist überdies der Fall, dass die Zahlungen des L über A im Jahr 2002, die letztlich mutmaßlich bei dem katarischen Funktionär H ankamen, für den DFB im Jahr 2006 aufwandswirksame (und grds. abzugsfähige) Drittaufwendungen gewesen sein könnten.

Grundsätzlich muss es sich bei Aufwendungen im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG zwar um eigene Aufwendungen handeln. Es ist aber anerkannt, dass man Aufwand, der die Erzielung von steuerpflichtigen Einnahmen des Steuerpflichtigen (jedes DFB) ermöglicht, nicht in allen Fällen vom Abzug als Betriebsausgaben ausschließen kann, weil ein Dritter den Aufwand für den Steuerpflichtigen trägt⁸⁴. Insbesondere ist ein Abzug als Betriebsausgaben nicht ausgeschlossen, wenn es sich um einen Fall der Verkürzung des Zahlungsweges handelt, d.h.

Rechnung ... werden die Darlehensaufnahme nicht als Betriebseinnahme und - grundsätzlich - die Darlehenstilgung nicht als Betriebsausgabe erfasst...

⁸² Anders offenbar Kubiciel/Hoven/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

⁸³ Es wäre im Detail zu prüfen, ob der DFB eine Bilanzberichtigung für 2005/2006 noch vornehmen könnte. Im Zusammenhang mit der von den Ermittlungsbehörden angestrebten BA-Versagung und der damit verbundenen Änderung der Steuerbescheide müsste man den sich aus dieser vielleicht formal wg. grundsätzlicher Festsetzungsverjährung nicht mehr möglichen Bilanzberichtigung ergebenden (gegenläufigen) Effekt jedoch über § 177 AO geltend machen können. Überdies ist zu berücksichtigen, dass nach den Darstellungen des Berichts, mit der Zahlung zu einem Teil auch Zinsen beglichen wurden. Mindestens insoweit liegen ungeachtet eines zuvor gebuchten Darlehens ergebniswirksame Zinsaufwendungen/Betriebsausgaben vor.

⁸⁴ Schmidt/Heinicke EStG § 4 Rn. 500 m.w.N. zur Rspr. des BFH.

wenn ein Dritter Betriebsschulden bezahlt⁸⁵. Dem liegt zu Grunde, dass nach herrschender Meinung (Zuwendungsgedanke) die Herkunft der Mittel, die tatsächliche finanzielle Belastung und die endgültige Kostentragung für den Betriebsausgabenabzug ohne Bedeutung sind; der Steuerpflichtige kann Betriebsausgaben aus eigenen oder fremden Mitteln bestreiten, die er sich wiederum entgeltlich (Darlehen, etwa von L an den DFB) oder unentgeltlich beschaffen kann⁸⁶. Der Dritte kann *mit oder ohne Auftrag* Betriebsausgaben des Steuerpflichtigen in Zuwendungsabsicht tragen. Die Zahlung betrifft Vermögen und Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, wenn der Zahlende im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen, d.h. *mit Drittleistungswillen dessen Schulden* tilgt. In einer solchen Konstellation steht die Zahlung von Schulden des Steuerpflichtigen durch Dritte dem Betriebsausgabenabzug beim Steuerpflichtigen grundsätzlich nicht entgegen⁸⁷.

Eine solche Konstellation liegt hier im Hinblick auf die Zahlungen im Sommer 2002 nicht fern. Unterstellt man rein hypothetisch, dass im Vorfeld der WM-Vergabe im Juli 2000 eine Vereinbarung zum Stimmenkauf zwischen Repräsentanten des DFB und Funktionären der FIFA (etwa H) unter Zusage nachträglicher Zahlung des Bestechungsgelds im Erfolgsfalle geschlossen wurde, was der Bericht nicht ausschließt und wofür er einige Indizien liefert, dann könnten sich die Zahlungsvorgänge 2002 (B an A, L an A und dann A an H bzw. dessen Unternehmen), an denen der DFB nicht unmittelbar beteiligt war, dennoch als ihm zurechnende abzugsfähige Drittzufwendungen im obigen Sinne darstellen.

Diesen könnte nämlich die (mögliche) Vereinbarung des DFB etwa mit H über einen Stimmenkauf zugrunde liegen. Es erscheint auch durchaus nicht unwahrscheinlich, dass die Zahlungen der anderen Beteiligten (letztlich wohl zu Gunsten des H) mit Drittleistungswillen für den DFB zur Tilgung von dessen Schulden aus einer solchen Vereinbarung erfolgten. Der objektive Ablauf der Ereignisse schließt eine derartige Interpretation nicht ersichtlich aus. Dann wären die Zahlungen an H Drittaufwendungen des DFB, zudem wären es die Darlehenskosten wegen der Zwischenschaltung des L (dem L mittelbar erstattete Sollzinsen 2002-2005). Der gesamte Betrag von 6,7 Mio. € könnte sich mithin auf diesem Weg als grundsätzlich abzugsfähiger Drittaufwand des DFB darstellen. Da dieser Aufwand steuerlich – schon wegen seines wenig ansehnlichen Hintergrunds – durch den DFB zuvor weder verbucht noch aufwandswirksam geltend gemacht worden sein dürfte, käme es für die Berechtigung der gewinnmindernden Geltendmachung im Rahmen der Steuererklärung 2006 darauf an, ob er betrieblich veranlasst (3.) und in 2006 periodengerecht richtig zugeordnet ist (4.)⁸⁸.

(3.) Betriebsbezug

Betriebsausgaben müssen betrieblich veranlasst sein, d.h. in einem tatsächlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb stehen. Nach der Rechtsprechung ist der Betriebsausgabenbegriff kausal und final zu verstehen. Aufwendungen sind in jedem Fall betrieblich veranlasst, wenn objektiv ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht und subjektiv die Aufwendungen zur Förderung des Betriebs gemacht werden. Der objektive Zusammenhang ist nach h. M. zwingend, während der subjektive Zweck auch fehlen kann⁸⁹. Die betriebliche Veranlassung wird von der Rechtsprechung einer zweistufigen Prüfung unterworfen⁹⁰. Erstens ist eine wertende Bestimmung des auslösenden Moments für die Aufwendungen vorzunehmen und zweitens die Zuweisung dieses Bestimmungsgrundes zur einkommensteuerlich bedeutsamen Erwerbssphäre. Entscheidend ist, ob das auslösende Moment im betrieblichen Bereich liegt. Betriebsausgaben müssen nicht objektiv notwendig, üblich oder zweckmäßig sein; die Angemessenheit ist bei zweifelsfrei feststehender betrieb-

⁸⁵ Schmidt/Heinicke EStG § 4 Rn. 503.

⁸⁶ Schmidt/Heinicke EStG § 4 Rn. 502.

⁸⁷ BFHE 189, 160 ff. = BFH DStR 1999, 1649 ff.; Schmidt/Heinicke EStG § 4 Rn. 503.

⁸⁸ Bilanzell würde man diese Vorgänge wohl zunächst als in 2000 erstmals entstandene Verbindlichkeit von ca. 6,7 Mio. EUR des DFB ggü. H (Saldo unter Ausblendung aller übrigen Posten): -6,7 Mio. EUR), dann des DFB gegenüber dem L (2002) aufgrund seiner darlehensweisen Zahlung abbilden müssen (Saldo: weiter -6,7 Mio. EUR). In 2005 wären zwar durch die Zahlung über die FIFA an L auf der Passivseite die Verbindlichkeiten von 6,7 Mio. EUR auf 0 zurückgeführt worden, stattdessen wäre aber – auf der Aktivseite – das Guthaben um 6,7 Mio. EUR verringert worden (Saldo weiterhin: -6,7 Mio. EUR).

⁸⁹ BFH BStBl. II 1984, 160.

⁹⁰ BFH BStBl. II 1990, 817; vgl. Wied in: Blümich EStG § 4 Rn. 556.

licher Veranlassung nicht zu prüfen, sondern nur dann, wenn zugleich auch die private Lebensführung berührt sein kann⁹¹.

Realistisch ist vorliegend aus der Sicht des DFB – welche der verbleibenden Hypothesen man auch annimmt – von einer engen Verbindung des Aufwands von 6,7 Mio. € mit der Vergabe oder der Durchführung der FIFA WM 2006 auszugehen. Die Ausrichtung der FIFA WM 2006 gehört ohne Zweifel zur Sphäre des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs und damit der Erwerbssphäre des DFB, da die Erlangung der Vergabe und die anschließende Veranstaltung der FIFA WM 2006 bezweckte, gewerbliche Einnahmen für den DFB zu erzielen. Der Aufwand des DFB mit dieser allgemeinen Zwecksetzung – ob zur Beeinflussung der Vergabeentscheidung oder zur Erlangung von Zuschüssen der FIFA zwecks Durchführung der FIFA WM 2006 – ist seitens des DFB somit objektiv betrieblich veranlasst.

(II.) Zeitpunkt des Betriebsausgabenabzugs (Erklärungszeitraum 2006)

Grundsätzlich richtet sich der Zeitpunkt des Betriebsausgabenabzugs nach der Art der Aufwendung und der Gewinnermittlung. Vorliegend ist im Hinblick auf die Rechtsform des DFB als eingetragener Verein das Vorgehen gemäß § 4 Abs. 1 EStG – der Betriebsvermögensvergleich – anzuwenden. Anders als bei der Einnahme-Überschuss-Rechnung nach § 4 Abs. 3 EStG werden die Betriebsausgaben zeitlich nicht entsprechend dem tatsächlichen Abfluss entsprechend erfasst (vgl. dazu § 11 Abs. 2 EStG, Abflussprinzip), sondern *der wirtschaftlichen Verursachung entsprechend zugeordnet*⁹². Vor dem Hintergrund, dass die Betriebseinnahmen aus der FIFA WM 2006 für den DFB ganz überwiegend im Jahr 2006 entstanden, müssen die Betriebsausgaben zur Erlangung und Durchführung der FIFA WM 2006 nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Verursachung ebenfalls diesem Steuerjahr zugeordnet werden (§ 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 5 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG); dies erfolgt durch die Bildung (und Auflösung in 2006) eines aktiven Rechnungsabgrenzungsposten nach § 250 Abs. 1 HGB.

Letztlich spricht daher Vieles dafür, die 6,7 Mio. € als Aufwand des DFB anzusehen, der – unabhängig davon, wann er zum ersten Mal bilanziell erfasst wurde oder richtiger Weise hätte bilanziell erfasst werden müssen (s.o. ggf. bereits 2000) – wg. des ersichtlichen WM-Bezugs im Jahr 2006 aufwandswirksam anzusetzen war. Vor diesem Hintergrund ist es nicht fernliegend, dass der betriebsmindernden Geltendmachung des Betrages von 6,7 Mio. € im Jahr 2006 gerade nicht entgegengehalten werden kann, es handele sich nicht um eine grundsätzlich abzugsfähige Betriebsausgabe des DFB in diesem Besteuerungszeitraum. Somit erscheint die Ermittlungshypothese der Strafverfolgungsbehörden in steuerlicher Hinsicht durchgreifenden Zweifeln ausgesetzt, die – entgegen der Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden – auch im Strafverfahren nicht unter Verweis auf das Kompensationsverbot bei Seite geschoben werden dürfen.

cc) Nichtabzugsfähigkeit der (etwaigen) Betriebsausgabe, insbesondere gem. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG?

Die Annahme der Nichtabzugsfähigkeit könnte sich daher praktisch nur noch auf das Bestehen eines Abzugsverbots gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG gründen⁹³.

In § 4 Abs. 5 EStG stellt der Gesetzgeber klar, dass nicht alle Betriebsausgaben, d.h. nicht alle Aufwendungen, die durch den Betrieb des Unternehmens veranlasst sind, den (steuerrelevanten) Gewinn mindern dürfen, mit der Folge, dass der in den § 4 Abs. 5 Nr. 1 ff. EStG definierte Aufwand nicht bzw. nur in dem dort genannten Maß steuermindernd geltend gemacht werden darf. Darin liegt eine Durchbrechung des steuerlichen Nettoprinzips, der steuermindernden Abziehbarkeit aller betrieblich veranlassten Aufwendungen als Betriebsausgaben. Insbesondere Betriebsausgaben für die Zuwendung von Vorteilen sowie damit zusammenhängende Aufwendungen dürfen den Gewinn gem. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 1 EStG – und damit die Steuerlast des vorteilsgewährenden Steuerpflichtigen – nicht mindern, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.

⁹² Maier, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/16, Stichwort: Betriebsausgaben Rn. 1.

⁹³ Andere potentiell einschlägige Abzugsverbote sind jedenfalls nach dem bekannten Sachverhalt nicht ersichtlich.

Nach der heutigen Fassung der Vorschrift muss die Vorteilszuwendung nur noch eine rechtswidrige Tat im Sinne eines Straf- oder Bußgeldtatbestands darstellen, diese aber keineswegs rechtsbeständig in einem Straf- oder Bußgeldverfahren festgestellt sein⁹⁴. Sedes materiae für die Feststellung der Nichtabzugsfähigkeit von Korruptionsaufwand ist vielmehr ausschließlich das Besteuerungsverfahren.

Die von § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG in Bezug genommenen Straf- und Bußgeldtatbestände wurden durch den Gesetzgeber nicht selbst in das EStG aufgenommen⁹⁵. Hierdurch wurde faktisch ein Blankettverweis auf alle jeweils geltenden *aktiven* Korruptionsstraftatbestände geschaffen. Die Zuwendung der Vorteile muss zur Anwendbarkeit des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG eine rechtswidrige – strafbare oder bußgeldpflichtige – Handlung darstellen⁹⁶. Für das Abzugsverbot ist die Erfüllung des Straf- oder Bußgeldtatbestands praktisch meist ausreichend. Rechtfertigungsgründe – die ein Abzugsverbot ausschließen – kommen in der Praxis soweit ersichtlich nicht zur Anwendung, weshalb eine rechtswidrige Tat entsprechend § 11 Nr. 5 StGB zwar erforderlich, aber bei Verwirklichung eines aktiven Bestechungstatbestands auch stets gegeben ist⁹⁷. In der steuerrechtlichen Literatur wird zudem vertreten, es sei für das Abzugsverbot unerheblich, ob der Handelnde bei der objektiven Verwirklichung von (strafrechtlich Vorsatz voraussetzenden) Bestechungstatbeständen vorsätzlich gehandelt habe⁹⁸.

Dennoch ist unstrittig für Abzugsverbot gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG erforderlich, dass die *Vorteilsgewährung gerade zum Handlungszeitpunkt (zum Zeitpunkt der Vorteilsgewährung) eine strafbare oder bußgeldpflichtige Handlung des Steuerpflichtigen* darstellt. Dies bedeutet also, dass zu diesem Zeitpunkt zumindest der objektive Tatbestand eines zeitlich anwendbaren (§ 2 StGB) aktiven Korruptionstatbestands vollständig erfüllt ist.

Wie oben zu § 299 Abs. 2 StGB ausführlich dargelegt, dürfte eine Erfüllung dieses allein in Betracht kommenden aktiven Korruptionstatbestands sowohl für die Sachverhaltsalternative der korruptiven Manipulation der WM-Vergabe durch Vorteilsgewährung an Mitglieder des FIFA-Exekutivkomitees als auch für eine korruptive Beeinflussung der Zuschussvergabe der FIFA ausscheiden. Dies gilt für eine etwaige Bestechungsabrede im Jahre 2000, sofern diese mangels Vorteilsgewährung überhaupt tatbestandsrelevant im Sinne des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG sein kann – dort ist nur von der „Zuwendung von Vorteilen“, nicht von Versprechen die Rede⁹⁹ – weil diese im Hinblick auf die Straflosigkeit der Beeinflussung des ausländischen Wettbewerbs gemäß § 299 StGB alter Fassung tatbestandslos war. Dasselbe gilt höchstwahrscheinlich auch für die Zahlungen im Sommer 2002, soweit sich diese (wahrscheinlich) damit erklären lassen, dass nur nachträglich die Manipulation der Vergabeentscheidung belohnt werden sollte; insofern fehlt es an dem für § 299 Abs. 2 StGB notwendigen Zukunftsbezug. Es kann daher nicht davon die Rede sein, dass nur im Falle einer Zahlung der 6,7 Mio. € zum Zwecke der Erlangung eines Finanzierungszuschusses der FIFA die Annahme einer Steuerverkürzung zu verneinen sei¹⁰⁰.

Vielmehr liegt es nicht nur, aber auch in dieser 2. Sachverhaltsvariante nahe, dass eine abzugsfähige Betriebsausgabe vorliegt und § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG nicht eingreift, sofern diese Zuzahlung tatsächlich zur Erlangung des Finanzierungszuschusses erforderlich war (was in tatsächlicher Hinsicht in Zweifel stehen kann). Sofern man insofern unterstellt, die Zahlung sei an FIFA-Funktionäre gelangt, um durch deren unlautere Beeinflussung die Zahlung des Zuschusses an den DFB zu erzielen, liegen ebenfalls durchgreifende Zweifel hinsichtlich einer Tatbestandsmäßigkeit nach § 299 Abs. 2 StGB vor, da hier eine unlautere Bevorzugung des DFB im Wettbewerb angesichts dessen bereits erreichter Stellung als Ausrichter der FIFA WM 2006 schwer begründet werden kann. Es ist nicht ersichtlich, wer mit dem DFB hinsichtlich dieses für die WM-Ausrichtung bestimmten FIFA-Zuschusses 2002 und später noch im Wettbewerb gestanden haben könnte.

Insgesamt ist aus diesseitiger Sicht auf der Basis des bisher öffentlich bekannten Sachverhalts eher nicht von der Verwirklichung des Tatbestands der Steuerhinterziehung im Sinne des § 370 Abs. 1 AO auszugehen.

⁹⁴ BT-Drs. 14/23, S. 169.

⁹⁵ BT-Drs. 14/23 S. 5; Wied, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 114. Auflage, EStG § 4 Rn. 905.

⁹⁶ Wied, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 114. Auflage, EStG § 4 Rn. 903.

⁹⁷ BT-Drs. 14/23, S. 169; Wied, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 114. Auflage, EStG § 4 Rn. 904.

⁹⁸ Frotscher EStG § 4 Rn. 865; Wied, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 114. Auflage, EStG § 4 Rn. 904.

⁹⁹ Schmidt/Heinicke EStG § 4 Rn. 610.

¹⁰⁰ Anders wohl Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (125).

c) Besonders schwerer Falles der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AO)?

Ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung liegt heute nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB vor, wenn „in großem Ausmaß“ Steuern verkürzt wurden. Der BGH geht seit Kurzem von einer festen Wertgrenze von 50.000 € (Verkürzungsbetrag) aus¹⁰¹. Der hier ggf. vorliegende Hinterziehungsbetrag von 2.567.125 € wäre unzweifelhaft ausreichend. Bei der Anwendung von § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB ist allerdings zu beachten, dass die vorgeworfene Tat der Steuerhinterziehung wohl im letzten Quartal 2007 begangen und aufgrund des Ergehens der Steuerbescheide noch vor dem Jahreswechsel auch beendet¹⁰² worden sein dürfte¹⁰³, nach Beendigung der Tat aber eine Gesetzesänderung erfolgte. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB wurde nämlich zum 1. Januar 2008 geändert. Zuvor musste der Täter nicht nur (objektiv) „in großem Ausmaß“ Steuern verkürzen, sondern der Text des Regelbeispiels setzte zusätzlich voraus, dass er „aus grobem Eigennutz“ handelte. Die frühere Fassung des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB, die aufgrund des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals milder wäre, ist gemäß § 2 Abs. 1 bis 3 StGB anzuwenden, wenn die Steuerhinterziehung vor der Gesetzesänderung beendet war¹⁰⁴, wovon hier auszugehen ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt grober Eigennutz nur dann vor, wenn der Täter sich von seinem Streben nach eigenem Vorteil „in einem besonders anstößigen Maße“ leiten lasse, welches das „bei jedem Straftäter vorhandene Gewinnstreben deutlich übersteigt“, wofür auch der Grad der „Gewinnsucht“ von Bedeutung sei¹⁰⁵, wobei maßgeblich eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände sei¹⁰⁶. Angesichts dessen, dass die Steuerverkürzung hier ausschließlich dem DFB zu Gute kam und die zu Grunde liegenden (möglicherweise nicht abzugsfähigen) Zahlungen wohl jedenfalls betrieblich veranlasst waren, um dem DFB die Ausrichtung der (für den DFB gewinnträchtigen) WM zu sichern, spricht nichts für groben Eigennutz der auf Seiten des DFB handelnden Personen. Ein besonders schwerer Fall ist basierend auf den hier getroffenen Sachverhaltsannahmen daher zu verneinen¹⁰⁷.

d) (Keine) Verjährung nach § 376 AO

Die Steuerhinterziehung, die den Beschuldigten vorgeworfen wird, wäre gemäß der herrschenden Rechtsprechung nach § 376 Abs. 1 AO noch nicht verjährt, da danach die Frist der Verfolgungsverjährung „in den in § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Fällen besonders schwerer Steuerhinterziehung“, also den benannten besonders schweren Fällen,¹⁰⁸ zehn Jahre beträgt. Zwar wurde § 376 Abs. 1 AO erst mit Wirkung vom Dezember 2008¹⁰⁹ eingeführt, aber die Vorschrift gilt nach § 23 EGAO¹¹⁰ „für alle bei Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht abgelaufenen Verjährungsfristen“. Nach der neueren, in der Lit. teilweise bestrittenen¹¹¹ Rechtsprechung des BGH¹¹² soll auch der Umstand, dass eine Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung keines der Regelbeispiele des § 370 Abs. 3 S. 2 AO erfüllte, der Anwendung der verlängerten Verjährungsfrist nicht entgegenstehen, weil § 376 Abs. 1 AO nach § 23 EGAO „für alle bei Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht abgelaufenen Verjährungsfristen“ gelte. Maßgeblich sei daher allein, dass die Tat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verjährungsvorschrift (1.1.2008) noch nicht verjährt war¹¹³. Vor dem Hintergrund des Verjährungsbeginns Ende 2007 wäre auf der Basis der herrschenden Rechtsprechung von einer Verjährung frühestens Ende 2017 auszugehen. Zudem wäre eine Unterbrechung der Verjäh-

¹⁰¹ BGH NJW 2016, 965; zunächst mit Einschränkungen, vgl. BGHSt. 53, 71.

¹⁰² Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (126); MüKo-StGB/Wulf, 2. Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 20.

¹⁰³ Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (126), unter Verweis auf <http://www.tagesspiegel.de/sport/razzia-beim-dfb-wie-geht-es-weiter-mit-dem-deutschen-fussball-bund/12537750.html>; <http://www.tz.de/sport/fussball/steuer-razzia-beim-dfb-antworten-wichtigsten-fragen-5752613.html>.

¹⁰⁴ JJR/Joecks § 370 AO Rn. 562.

¹⁰⁵ BGH wistra 1991, 106.

¹⁰⁶ BGH wistra 1993, 109.

¹⁰⁷ So auch Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (126).

¹⁰⁸ Vgl. zum Streitstand bzgl. des Bezuges MüKo-StGB/Wulf, 2. Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 6 m.w.N.

¹⁰⁹ Art. 10 des Jahressteuergesetzes (JStG) 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2794 (2828).

¹¹⁰ Art. 11 des Jahressteuergesetzes (JStG) 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2794 (2830).

¹¹¹ Vgl. HHSp/Bülte § 376 AO Rn. 15 ff.; JJR § 376 AO Rn. 22 ff.; Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (127).

¹¹² BGH NSTZ 2013, 415 = BGH NZWiSt 2013, 272 m. Anm. Wollschläger.

¹¹³ Dem BGH folgend Klein/Jäger AO § 376 Rn. 14b; MüKo-StGB/Wulf § 376 AO Rn. 14.

rung durch die Durchsuchungsanordnung vom November 2015 anzunehmen (§ 78 Abs. 1 Nr. 4 StGB), so dass die Verjährungsfrist sogar erneut 10 Jahre liefe (November 2025)¹¹⁴.

IV. Fazit

Nach den bisher öffentlich bekannt gewordenen Sachverhalt zum so genannten "DFB-Skandal" erscheint plausibel, dass keine verfolgbaren Straftaten vorliegen.

So wäre eine Strafbarkeit wegen eines Bestechungstatbestands des deutschen Rechts – wobei hier allenfalls § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB a. F. in Betracht käme – nicht nur unzweifelhaft verjährt, sondern läge in allen realistisch vorstellbaren Sachverhaltskonstellationen auch tatbestandlich höchstwahrscheinlich nicht vor.

Überraschender mag erscheinen, dass auch Vieles dafür spricht, dass entgegen der Ermittlungshypothese der Strafverfolgungsbehörden seitens der Verantwortlichen des DFB keine Steuerhinterziehung im Sinne des § 370 Abs. 1 AO begangen wurde.

Insbesondere erscheint die Annahme im Durchsuchungsbeschluss vom November 2015 verfehlt, wonach bereits die unzutreffenden Angaben in den Steuererklärungen und dazugehörigen Anlagen im Hinblick auf das Kompensationsverbot (§ 370 Abs. 4 S. 3 AO) dazu führen sollen, dass es auf den Zweck der maßgeblichen Zahlung von 6,7 Mio. € im April 2005 für die Frage der Verwirklichung des Steuerstraftatbestands nicht ankommen soll - und damit auch nicht auf das Vorliegen einer abzugsfähigen Betriebsausgabe aus einem anderen als dem genannten Grund. Im Hinblick auf das dieser Annahme zu Grunde liegende Fehlverständnis des Kompensationsverbots wird dessen Bedeutung in der hier vorliegenden Konstellation vertieft aufgearbeitet.

Darüber hinaus zeigt die Befassung mit den tatsächlichen Hintergründen und der steuerlichen Einordnung der im Raum stehenden Zahlung, dass es sich hierbei sehr wohl um abzugsfähige Betriebsausgaben von 6,7 Mio. € im Jahr 2006 handeln kann, weshalb eine Steuerverkürzung auf der Basis des jetzigen Kenntnisstands der Öffentlichkeit mit guten Gründen bestritten werden kann.

Schließlich ist festzuhalten, dass ein besonders schwerer Fall gemäß § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO wegen der Anwendbarkeit des Regelbeispiels in seiner früheren zum Tatzeitpunkt geltenden – strengeren – Fassung ausscheidet, zugleich aber nach herrschender Rspr. die zehnjährige Verjährungsfrist gemäß § 376 Abs. 1 AO Anwendung fände.

¹¹⁴ Hoven/Kubiciel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 (127).

Geldwäsche

Robert Wilkens, Leipzig

Aktuelle Praxisprobleme bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor

Mit Inkrafttreten der vierten EU-Geldwäscherichtlinie (2015/849)¹ am 25. Juni 2015 und der dadurch anstehenden Reformierung des GwG innerhalb der nächsten zwei Jahre hat das Thema Geldwäsche-Compliance erneut an Aktualität gewonnen. Gleichsam bestehen auch nach derzeitiger Rechtslage noch erhebliche Unsicherheiten bei den Personen, die zum Zwecke der Geldwäscheprävention vom GwG in die Pflicht genommen werden. Vor allem im Nichtfinanzsektor sind zahlreiche Praxisprobleme nach wie vor nicht ausreichend geklärt und teilweise kaum diskutiert worden. Insofern ist es verwunderlich, dass das Thema auch in der juristischen Literatur offenbar nur wenig Beachtung findet. In Anbetracht der hohen

¹ Hierzu: Siering, DB 2015, 1457f.

Bußgelder, die selbst bei leichtfertigen Verstößen gegen das GwG verhängt werden können,² ist dies für die Verpflichteten umso unbefriedigender.

Am Beispiel von Güterhändlern³ und Immobilienmaklern⁴ sollen nachfolgend einige bestehende Problemfelder bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor aufgegriffen und der Versuch einer praxistauglichen⁵ Lösung unternommen werden.

I. Einleitung

Unter Geldwäsche wird – international weitgehend einheitlich – ein Vorgehen verstanden, bei dem illegale Gelder und andere Vermögenswerte, die aus kriminellen Handlungen stammen, in den legalen Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden.⁶ Ziel ist es dabei, die ursprünglich illegale Herkunft des Vermögens zu verschleiern und es dadurch besser verwertbar zu machen, weshalb die Geldwäsche als einer der Grundpfeiler insbesondere der organisierten Kriminalität angesehen werden kann. Wegen des extrem großen Bargeldumlaufs, liquider Finanzmärkte und unzureichender staatlicher Intervention gilt Deutschland international schon lange als „Geldwäscheparadies“.⁷ So verwundert es auch nicht, dass Deutschland im internationalen „Schattenfinanzindex“ aktuell den achten Platz belegt und damit auch klassische Steueroasen wie beispielsweise Jersey oder die Bahamas überholt hat.⁸ Schätzungen zufolge werden hierzulande jährlich zwischen EUR 29 und 57 Mrd. „gewaschen“.⁹

Ein Geldwäschevorgang gliedert sich typischerweise in drei Phasen: Hierbei wird das illegal erlangte Vermögen zunächst in den regulären Finanzkreislauf eingebracht und damit transferierbar gemacht (sog. „placement“). Anschließend werden die Spuren durch komplexe Finanzgeschäfte oder durch Aneinanderreihung mehrerer Transaktions- und Handlungsketten verwischt („layering“). Schließlich wird das unauffällig erscheinende Vermögen dem legalen Finanzkreislauf zugeführt („integration“).¹⁰ Während das Finanzsystem mittlerweile in hohem Maße für das Thema sensibilisiert ist, können illegale Gelder weiterhin beispielsweise durch Investitionen in hochwertige Güter oder Immobilien oftmals unbemerkt gewaschen werden.¹¹

Um Kriminellen auch diesen Weg zu erschweren, wurde der Nichtfinanzsektor in den letzten Jahren verstärkt in die Geldwäscheprävention einbezogen. Hierzu werden den einzelnen Unternehmen durch das GwG umfassende Verpflichtungen (vor allem die Identifizierung von Vertragspartnern und wirtschaftlich Berechtigten, interne Sicherungsmaßnahmen sowie strenge Dokumentations- und Meldepflichten) auferlegt. Diese bestehen im Grundsatz zwar schon seit Längerem, wurden aber für den Nichtfinanzsektor erst ab dem Jahre 2012 wirklich brisant.

² Nach § 17 GwG ist ein einheitliches Bußgeld i.H.v. bis zu EUR 100.000,00 pro Verstoß vorgesehen. Als Verstoß gilt dabei nicht nur, wenn beispielsweise eine vom GwG geforderte Identifizierung vollständig unterbleibt, sondern auch, wenn diese nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig erfolgt, § 17 Abs. 1 Nr. 1 GwG. Für die von Unternehmen bestellten Geldwäschebeauftragten wird überdies sogar eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche durch Unterlassen (§§ 261, 13 StGB) diskutiert, wenn sie ihre geldwäscherechtlichen Pflichten bei Vorliegen eines Verdachtsfalls nicht angemessen erfüllen, siehe hierzu: *Neuheuser*, NZWiSt 2015, 241ff.

³ Allgemein zu den geldwäscherechtlichen Pflichten von Güterhändlern: *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014.

⁴ Allgemein zu den geldwäscherechtlichen Pflichten von Immobilienmaklern: *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43; *Griebel*, NZM 2012, 481ff.

⁵ Dies verlangt vor allem eine angemessene Berücksichtigung der bisherigen Auslegungshinweise und Mitteilungen des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) und der Aufsichtsbehörden der einzelnen Länder sowie eine kritische Auseinandersetzung mit diesen. Pauschale Empfehlungen, entsprechende Publikationen als „gegenstandslos“ zu behandeln (so aber beispielsweise: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 110 für die vom BMF und den Aufsichtsbehörden der Länder statuierte Verpflichtung von Strom- und Wasserversorgern als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG), sind hingegen in Anbetracht der hohen Bußgelder (§ 17 GwG) wenig hilfreich und führen im Zweifel lediglich zu erheblichen Konflikten der Verpflichteten mit den Aufsichtsbehörden.

⁶ *AbleEG* 1991 L 166/79; *Wahl* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 51 Rn 1.

⁷ *Scheidges*, Handelsblatt Online v. 12.04.2012, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/6499762.html> (Stand: 09.08.2015); ders., Handelsblatt Online v. 08.11.2011, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/5807782.html> (Stand: 09.08.2015).

⁸ Vgl.: Financial Secrecy Index – 2013 Results, abrufbar unter: <http://www.financialsecrecyindex.com/introduction/fsi-2013-results> (Stand: 08.08.2015).

⁹ *Unkelbach-Tomczak*, steueranwaltsmagazin 2013, 237.

¹⁰ OECD, Handbuch Geldwäsche, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/crime/44751835.pdf> (Stand: 08.08.2015), S. 11; ausführlich zu den einzelnen Methoden und Techniken: Australian Government, Placement Techniques, Layering Techniques, Integration Techniques, abrufbar unter: http://www.austrac.gov.au/elearning/intro_amlctf_money_laundering.html (Stand: 08.08.2015).

¹¹ *Vogt* in: Herzog/Mülhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 1. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36f.

II. Allgemeine Unsicherheit bei der Umsetzung geldwäscherechtlicher Vorgaben im Nichtfinanzsektor

Im Zuge der umfassenden Novellierung des GwG im Jahre 2012 wurden die geldwäscherechtlichen Pflichten deutlich erweitert; dem Nichtfinanzsektor wurde hierbei besondere Aufmerksamkeit gewidmet.¹² Ebenso wurden umfassende Kontrollen von den Aufsichtsbehörden angekündigt.¹³ Zwar ließen diese bei ihren ersten Prüfungen trotz Feststellung „etlicher Versäumnisse“¹⁴ noch Nachsicht walten und ermahnten zunächst nur. Allerdings können sich Unternehmer mittlerweile – mehr als zwei Jahre nach vollständigem Inkrafttreten der neuen Regelungen – wohl kaum mehr darauf berufen, von ihren Pflichten nichts gewusst zu haben. Zugegebenermaßen fällt das Nichtwissen tatsächlich schwer, angesichts der Vielzahl von Informationsbroschüren und –veranstaltungen von Berufsverbänden und Behörden. Leider sind auch diese Materialien nur selten konkret und gelangen oftmals nicht über unbestimmte Begriffe hinaus. So verwundert es auch nicht, dass die Vorgaben in der Praxis als zu unbestimmt befunden und daher höchst unterschiedlich ausgelegt werden, wodurch gleichsam erhebliche Unsicherheiten bei der Anwendung des GwG bestehen.¹⁵

Einen nicht geringen Beitrag zur allgemein bestehenden Unsicherheit dürfte auch die föderalistische Organisation der Aufsicht leisten. Während die Einhaltung der geldwäscherechtlichen Vorgaben bei Immobilienmaklern und Güterhändlern beispielsweise in Sachsen, Sachsen-Anhalt oder Berlin zentral durch die jeweilige Landes- bzw. Senatsverwaltung beaufsichtigt wird, übernehmen dies beispielsweise in Hessen oder Baden-Württemberg die einzelnen Regierungspräsidien. Hingegen üben zum Beispiel in Schleswig-Holstein die örtlichen Ordnungsbehörden der jeweiligen Gemeinden die Geldwäscheaufsicht aus. Entsprechend kontrollieren mancherorts große Teams geschulter Spezialisten, während in anderen Teilen Deutschlands, wie im schleswig-holsteinischen Süddänemark, die Landesbeamtin mit der Aufgabe betraut wurde.¹⁶ In der Folge wird die Aufsicht im gesamten Bundesgebiet völlig unterschiedlich durchgesetzt, was die Gefahr einer uneinheitlichen Umsetzung des GwG begründet und zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den Verpflichteten führt.¹⁷

III. Praxisprobleme bei der Geldwäsche-Compliance im Güterhandel

Die nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG verpflichtete Gruppe der Güterhändler wird im Gesetz nicht näher definiert, weshalb sich in einigen Branchen bereits generelle Abgrenzungsfragen ergeben.¹⁸ Ebenso bestehen grundlegende Unsicherheiten bei der Erfüllung der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten.

1. Verpflichtung von Urproduzenten

Der Hersteller einer Ware ist als solcher relativ problemlos als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG („Personen, die gewerblich mit Gütern handeln“) zu qualifizieren. Dies zumindest dann, wenn man den Terminus „Händler“ in seiner kaufmännischen Bedeutung zur

¹² Ausführlich zu den damals geänderten Anforderungen für den Nichtfinanzsektor: *Wittenberg/Wilkens*, ZRfC 2012, 214ff.

¹³ Vgl. nur: *Hötte/Schmitt/Schmid*, Monitor v. 09.08.2012; *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; *Thonicke*, HNA Online, abrufbar unter: <http://www.hna.de/nachrichten/stadt-kassel/kassel/offensive-gegen-geldwaesche-2544289.html> (Stand: 25.07.2015); *Impulse* v. 25.07.2012, abrufbar unter: <http://www.impulse.de/unternehmen/impulse-exklusiv-Behoerden-pruefen-Firmen-schaerfer-auf-Geldwaesche/1030502.html> (Stand: 25.07.2015).

¹⁴ *Schneider*, zit. in: *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; vgl. auch: *Ehlke*, Allgemeine Zeitung v. 25.08.2012.

¹⁵ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien Sektor.html (Stand: 25.07.2015), S. 12; ferner: *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; entsprechend niedrig ist auch die Zahl der Verdachtsmeldungen, die von diesen Verpflichteten abgegeben werden, vgl.: Bundeskriminalamt, Jahresbericht 2013 - Financial Intelligence Unit (FIU) Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_227456/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/FIU/fiu_node.html?__nnn=true (Stand: 25.07.2015), S. 11f.

¹⁶ *Hötte/Schmitt/Schmid*, Monitor v. 09.08.2012.

¹⁷ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien Sektor.html (Stand: 25.07.2015), S. 12.

¹⁸ Vgl. nur die Diskussion um die Geltung von Strom- und Wasserversorgern als Güterhändler i.S.d. GwG, hierzu: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 110.

Auslegung heranzieht und ihn mit dem Kaufmann i.S.d. § 1 HGB gleichsetzt.¹⁹ Hierbei ist es unbeachtlich, ob es sich um eigene oder fremde Waren handelt.²⁰

Eine speziellere Frage ist, ob auch sog. Urproduzenten, also beispielsweise die Verkäufer eigener forstwirtschaftlicher oder bergbaulicher Erzeugnisse, vom geldwäscherechtlichen Begriff des Güterhändlers umfasst und damit Verpflichtete des GwG sind.²¹ Hierbei kommt es nicht auf die Auslegung der Begriffe „Händler“ oder „Güter“ an, sondern auf den Begriff „gewerblich“. Die Gesetzesbegründung zum GewAufspG vom 29.05.1992, bei dem „alle sonstigen Gewerbetreibenden“ zu Verpflichteten des GwG erklärt wurden, fasste hierunter ausdrücklich nur die Personen, die ein Gewerbe i.S.d. GewO betreiben.²² In den Gesetzesbegründungen der späteren Änderungen des GwG (GwBekErgG und GWPPräOptG) wurde auf den Begriff nicht mehr eingegangen. Daraus wird teilweise geschlussfolgert, dass die GewO für die Auslegung des geldwäscherechtlichen Güterhändlerbegriffs nach wie vor maßgeblich sei.²³ Auch der Wortlaut lässt eine solche Betrachtung zunächst plausibel erscheinen.

Problematisch ist hierbei, dass die Urproduktion vom Gewerbebegriff der GewO und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften gewohnheitsrechtlich ausgenommen ist,²⁴ während die Gewerblichkeit der Urproduktion beispielsweise im Handelsrecht nicht bezweifelt wird.²⁵ Die GewO-spezifische Abgrenzung zwischen Gewerbe und Urproduktion kann sich im Einzelfall schwierig gestalten: Zu Letzterem zählen nach h.M. alle Tätigkeiten, die auf Gewinnung sog. roher Naturprodukte gerichtet sind sowie gewisse Aufbereitungsarbeiten und der Verkauf dieser Produkte, solange die Verkaufstätigkeit in einem als üblich anzusehenden Rahmen erfolgt.²⁶ In der Waldwirtschaft sind das beispielsweise die Gewinnung des Holzes und die Weiterverarbeitung (zu Weihnachtsbäumen, Brennholz, Balken, Brettern, etc.) sowie der Verkauf dieser Produkte vor Ort oder die Zulieferung an Händler oder Endverbraucher.²⁷ Als Gewerbe anzusehen sind hingegen Hobeln, Schleifen, Imprägnieren, Herstellung von Kränzen, Möbelstücken o.ä. und Verkauf dieser Produkte.²⁸

Mit Blick auf diese Gegenüberstellung drängt sich bereits die Frage nach dem geldwäscherechtlichen Sinn und Zweck der teilweise angenommenen Ausklammerung von Urproduzenten auf. Denn es scheint wenig nachvollziehbar, weshalb beispielsweise der Verkauf eines unbehandelten Holzbalkens (noch) weniger geldwäscherelevant sein soll als der Verkauf eines imprägnierten Balkens.

Gegen die Auffassung, wonach sich der Begriff „gewerblich“ in § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG aktuell immer noch nach der GewO richten soll, sprechen letztlich aber auch die historische sowie die richtlinienkonforme Betrachtung. Denn die Gesetzesbegründungen zum GwBekErgG (mit dem der Terminus „Personen, die gewerblich mit Gütern handeln“ ins GwG eingeführt wurde) sowie zu nachfolgenden Änderungsgesetzen beziehen sich in diesem Punkt nicht mehr auf die GewO.²⁹ Vielmehr diene das GwBekErgG der Umsetzung des Art. 2 Nr. 3 e der dritten Geldwäscherichtlinie (2005/60/EG), in der allerdings nicht von „gewerblich“ die Rede ist, sondern lediglich von „Personen, die mit Gütern handeln“. In Erwägungsgrund 18 heißt es, die Vorschriften sollen die Personen erfassen, die „geschäftsmäßig mit Gütern handeln“.

¹⁹ Ebenso: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 9f.

²⁰ Hingegen wäre der Hersteller vom Händlerbegriff ausgenommen, wenn man zur Begriffsbestimmung § 2 Nr. 12 ProdSG heranzieht. Die dort vorgenommene Unterscheidung von Hersteller und Verkäufer hat jedoch vordergründig haftungsrechtliche Gründe (hierzu: *Klindt/Schucht* in: *Klindt, ProdSG*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 94ff. und 113ff.), weshalb eine Übertragung auf die geldwäscherechtliche Terminologie nicht nachvollziehbar wäre, Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 11.

²¹ Ablehnend: *Helmrich*, NJW 2009, 3686.

²² BT Drucks. 12/2704, S. 14.

²³ *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 2 GwG Rn. 18; *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 21; *Helmrich*, NJW 2009, 3686.

²⁴ *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 62.

²⁵ *Oetker* in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 1, 7; *Schmidt* in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 21; ähnlich bereits: *Bussert*, Handels- und Gesellschaftsrecht für Betriebswirte, 1. Aufl. 1972, S. 22.

²⁶ *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 63f.

²⁷ Landratsamt Weilheim Schongau, Abgrenzung der landwirtschaftlichen Urproduktion nach der GewO, abrufbar unter: http://www.weilheim-schongau.de/Inhalt/Stichworte_A_Z/_Sg_30/04UrproduktionGewerbeordnung.pdf (Stand: 23.07.2015); *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 64.

²⁸ Landratsamt Weilheim Schongau, Abgrenzung der landwirtschaftlichen Urproduktion nach der GewO, abrufbar unter: http://www.weilheim-schongau.de/Inhalt/Stichworte_A_Z/_Sg_30/04UrproduktionGewerbeordnung.pdf (Stand: 23.07.2015).

²⁹ Vgl.: BR-Drucks. 168/08; ebenso: *Scherp*, Kriminalistik 2010, 282, 285.

Der Begriff Geschäftsmäßigkeit legt jedoch keinen Bezug zur GewO nahe, sondern wird im deutschen Recht allgemein bereits bei selbstständigem Tätigwerden mit Wiederholungsabsicht als erfüllt angesehen.³⁰ Auch sonst bietet die Richtlinie keine Anhaltspunkte dafür, dass Urproduzenten von der Verpflichtung auszunehmen seien. Richtlinienkonform muss daher davon ausgegangen werden, dass sich der Begriff „gewerblich“ nicht an den gewerberechtlichen Vorschriften orientieren kann und die Urproduzenten dementsprechend ebenfalls zum Verpflichtetenkreis des GwG zu zählen sind. Gestützt wird diese Ansicht auch durch die „Auslegung des Begriffs ‚Güterhändler‘ durch das Bundesministerium für Finanzen (24.04.2012; VII A 3 – WK 5023/11/10021)“.³¹ Darin wird zur Auslegung des Begriffs „Güter“ auf das AWG verwiesen,³² womit jede bewegliche Sache erfasst ist, die als Gegenstand des Handelsverkehrs in Betracht kommt; Gegenstand eines entsprechenden Verkehrs braucht sie noch nicht gewesen zu sein.³³ Weiter heißt es in der Auslegung des BMF, dass darunter auch land- und forstwirtschaftliche sowie bergbauliche Erzeugnisse fallen, also die Güter der Urproduktion. Obwohl die Erzeugnisse explizit genannt wurden, findet sich letztlich keine Ausklammerung der Urproduzenten aus dem Verpflichtetenkreis des GwG; ebenso wenig wird auf die GewO verwiesen. Entsprechend wird davon auszugehen sein, dass die Urproduzenten auch von den Aufsichtsbehörden als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG angesehen werden.

2. “Know your Customer” oder “Know your Supplier”?

Bei der Erläuterung der Identifizierungspflicht greift der Gesetzgeber, ebenso wie die einschlägige Fachliteratur, ausdrücklich auf das international gebräuchliche „Know your Customer“-Prinzip zurück.³⁴ Die Aufsichtsbehörden bleiben zwar bei der deutschen Amtssprache, gehen jedoch inhaltlich nicht weiter und fragen die Adressaten ihrer Merkblätter lediglich: „Kennen Sie Ihre Kunden?“.³⁵ Den Verpflichteten wäre es daher nicht zu verdenken, wenn sie eine Anwendung der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten gegenüber ihren Lieferanten gar nicht in Betracht ziehen. Die Frage nach einer solchen Verpflichtung stellt sich in der Praxis vor allem bei Güterhändlern: Muss ein Gebrauchtwagenhändler bei Vorliegen eines Auslösetatbestands auch denjenigen identifizieren, dessen Auto er ankauft? Oder der Juwelier seinen Schmuckzulieferer? Zumindest nach deutschem Recht lautet die Antwort: Ja, er muss.

Denn während in den gemeinschaftsrechtlichen Geldwäscherichtlinien die Erfüllung der Sorgfaltspflichten lediglich gegenüber den Kunden gefordert wird,³⁶ hat sich der deutsche Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 1 GwG für den Begriff „Vertragspartner“ entschieden. Ein solcher steht bei einem Händler aber sowohl auf Käufer- wie auch auf Zuliefererseite, sodass die Sorgfaltspflichten nach dem klaren Gesetzeswortlaut gegenüber beiden zu erfüllen sind.³⁷ Dies steht auch nicht im Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, da der Erlass oder die Beibehaltung strengerer Regeln in den jeweiligen Mitgliedsstaaten ausdrücklich zulässig ist.³⁸ Freilich ist in diesem Zusammenhang die Privilegierung der Güterhändler nach § 3 Abs. 2 S. 2 GwG zu berücksichtigen, wobei der praxisrelevanteste Auslösetatbestand nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG (Annahme von Bargeld im Wert von EUR 15.000 oder mehr) wegfällt. Dennoch verbleiben die Auslösetatbestände nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 (Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung) und Nr. 4 GwG (Zweifel an der Identität), wenngleich deren Vorliegen im Nachhinein kaum von den Aufsichtsbehörden

³⁰ Vgl. beispielsweise: BGH, NJW 1986, 1050, 1051; BGH NJW 2000, 1560, 1561; BGH NJW 2001, 3541, 3542; BFH BStBl 86, 124; *Ratschow* in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 46 Rn. 29; *Gola/Klug/Körffner* in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 29 Rn. 6; *Steiner* in: Reiner, Öffentliches Wirtschaftsrecht BT 2, 1. Aufl. 1996, S. 150; ferner die Legaldefinition in: § 3 Nr. 10 TKG.

³¹ Abrufbar unter: http://www.wirtschaft.bremen.de/sixcms/media.php/13/Auslegung_Gueterhaendler_BMF.pdf (Stand: 23.07.2015).

³² Krit. hierzu: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 109f.

³³ *Diemer* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 4 AWG Rn. 8.

³⁴ Vgl. nur: BT-Drucks. 16/9038, S. 29; *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19; *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1; *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 149; *Griebel*, NZM 2012, 481, 483.

³⁵ Vgl. nur: Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015).

³⁶ Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 13 Abs. 1 Buchst. a); Richtlinie 2005/60/EG Art. 8 Abs. 1 Buchst. a).

³⁷ Vgl. hierzu auch: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/EPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 15, wonach ein Autohändler die Sorgfaltspflichten bei Vorliegen der Auslösetatbestände nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 GwG auch beim Ankauf eines Gebrauchtwagens zu erfüllen hat.

³⁸ Richtlinie 2005/60/EG Art. 5.

nachgewiesen werden kann. Darüber hinaus führt die Verwendung des Begriffs „Vertragspartner“ dazu, dass – und das ist auch durch die Aufsicht überprüfbar – das Lieferantennetzwerk in die geldwäscherechtliche Gefährdungsanalyse³⁹ der Verpflichteten einbezogen werden muss.

3. Keine Identifizierung des Vertreters

Der teilweise hohe bürokratische Aufwand mag bei so manchem Verpflichteten auch deshalb Unverständnis hervorrufen,⁴⁰ weil die Mechanismen des GwG von Kriminellen nur allzu leicht ausgehebelt werden können. Eine grotesk anmutende Gesetzeslücke bildet in diesem Zusammenhang die folgende Regelung:

Bei Vorliegen eines Auslösetatbestands nach § 3 Abs. 2 GwG ist eine Identifizierung nach derzeitiger Rechtslage nur für den Vertragspartner sowie ggf. für den wirtschaftlich Berechtigten vorgeschrieben. Hingegen muss ein (angeblicher) Vertreter des Vertragspartners weder identifiziert werden, noch muss er seine Berechtigung, für einen anderen zu handeln, in irgendeiner Form nachweisen.⁴¹ Das heißt, dass die Identifizierungspflicht aktuell einfach umgangen werden kann, indem eine Person beispielsweise vorgibt, Einkäufer der Firma X zu sein. Die Person kann beispielsweise ein Fahrzeug kaufen und bar bezahlen; zur Identifizierung der Firma X (angeblicher Vertragspartner) genügt ein frei zugänglicher Auszug des Handelsregisters. Selbst wenn der Verkäufer in Anbetracht der Umstände skeptisch wird, kann er den „Vertreter“ nicht zur Identifizierung verpflichten. Ebenso wenig kann es eine Verdachtsanzeige rechtfertigen, wenn der „Vertreter“ seine Rechte wahrnimmt und keine Angaben zu seiner Person machen will. Auch die Aufsichtsbehörden können aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts keine weitergehenden Maßnahmen von den Verpflichteten verlangen.

Das Problem wird allerdings mit Umsetzung der vierten Geldwäscherichtlinie obsolet: Die Richtlinie sieht nun auch die Identifizierung jeder Person vor, die vorgibt, im Namen des Kunden zu handeln. Darüber hinaus muss sie ihre Vertreterereigenschaft nachweisen.⁴²

IV. Praxisprobleme bei der Geldwäsche-Compliance von Immobilienmaklern

Anders als bei Güterhändlern werden die geldwäscherechtlichen Fragen von Immobilienmaklern in der Literatur zumindest ansatzweise diskutiert. Probleme ergeben sich hier insbesondere im Zusammenhang mit Mietmaklern, der einmaligen Vermittlung von Immobilien und dem Zeitpunkt der Identifizierung von Kaufinteressenten.

1. Verpflichtung von Mietmaklern

In einem Schreiben vom 7. Dezember 2012 weist das BMF darauf hin, dass die Verletzung von Sorgfaltspflichten durch Immobilienmakler von den Aufsichtsbehörden nicht beanstandet wird, wenn sich die Maklerleistung auf die Vermittlung eines Mietvertrags bezieht.⁴³ Dies hat in der Literatur zu Verwirrung geführt, da eine solche Ankündigung tatsächlich nur schwer mit den Vorschriften des GwG und der dritten Geldwäscherichtlinie vereinbar ist.⁴⁴

³⁹ Eine solche Gefährdungsanalyse wird im GwG nicht ausdrücklich erwähnt, die Pflicht zu ihrer Erstellung ergibt sich aber aus dem risikobasierten Ansatz des Gesetzes, insbesondere für die Ausgestaltung der internen Sicherungsmaßnahmen, Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015), S. 3; ausführlich hierzu: *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 91ff.

⁴⁰ Vgl.: *Schütz*, Wirtschaftsmagazin Pfalz 10/2012, 18.

⁴¹ Hierauf wird sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Aufsichtsbehörden und die einschlägige Fachliteratur ausdrücklich hingewiesen: BT-Drucks. 16/9038, S. 33; Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015), S. 5; *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 34.

⁴² Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 13 Abs. 1 S. 2.

⁴³ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015).

⁴⁴ Ausführlich hierzu: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 108.

Zur Begründung dieser Ausklammerung kann zunächst auf die Standards der Financial Action Task Force (FATF) verwiesen werden,⁴⁵ in denen die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Immobilienmaklern nur im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilien gefordert wird.⁴⁶ Zwar haben sich die EU-Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Empfehlungen der FATF umzusetzen.⁴⁷ Jedoch reicht die fehlende Erwähnung von Mietmaklern in den FATF-Standards für sich genommen nicht aus, um diese vollständig aus dem Anwendungsbereich des GwG auszunehmen, da einer strengeren Umsetzung der Empfehlungen freilich nichts entgegensteht.

Das BMF bezieht sich in seinem Schreiben jedoch nicht auf die FATF-Empfehlungen, sondern auf eine angebliche Beschränkung nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/60/EG, wonach Verpflichtete nur insoweit erfasst seien, als „sie Tätigkeiten ausüben, die im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilien und Unternehmen stehen.“⁴⁸ Tatsächlich enthält die Richtlinie eine solche Beschränkung nur für Notare und andere selbstständige Angehörige von Rechtsberufen.⁴⁹ Eine Eingrenzung oder auch nur eine Definition des Begriffs Immobilienmakler findet sich hingegen weder in der Richtlinie noch im GwG. Da Immobilienmakler, wie alle anderen in § 2 Abs. 1 GwG genannten Berufsgruppen, nur als Verpflichtete nach dem GwG gelten, soweit sie in Ausübung ihrer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit handeln⁵⁰ und der Beruf des Immobilienmaklers gem. § 34c GewO erlaubnispflichtig ist, kann für die Auslegung des Begriffs die GewO herangezogen werden.⁵¹ § 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO spricht jedoch nur von Verträgen über gewerbliche Räume oder Wohnräume und unterscheidet damit nicht zwischen Kauf- und Mietmakler.⁵² Nicht nachvollziehbar zu begründen wäre daher eine vollständige Ausklammerung der Mietmakler aus dem Verpflichtetenkreis des GwG, wie es aber offenbar die Aufsichtsbehörden in Hessen handhaben.⁵³ Dies strebt das BMF in seiner Mitteilung indes nicht an. Vielmehr erkennt es die Verpflichteteneigenschaft der Mietmakler als solche an und erklärt für diese lediglich den Verzicht auf die Beanstandung von Sorgfaltspflichtverletzungen. Das heißt auch, dass die Pflichten formal bestehen und damit auch die Mietinteressenten auf Verlangen des Maklers an einer Identifizierung mitwirken müssen, § 4 Abs. 6 GwG. Ebenso sind Mietmakler zur Meldung von Verdachtsfällen nach § 11 GwG verpflichtet.⁵⁴

Eine solche Selbstverpflichtung der Aufsichtsbehörden, wie sie das BMF statuiert, wird man noch als zulässige Ermessensausübung ansehen können.⁵⁵ Dies vor allem mit Blick auf die deutlich geringere Geldwäscherelevanz des Mietmarktes. Denn während der Kauf und Verkauf von Immobilien eine typische „placement“- und „layering“-Taktik ist (siehe hierzu: I.), kann die Miete eines Objekts nur am Ende einer Kette von Geldwäschehandlungen stehen, indem der Mietzins mit gewaschenem, inkriminiertem Geld bezahlt wird.⁵⁶ Sofern der Geld-

⁴⁵ Ebenso: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 17.

⁴⁶ FATF, The FATF Recommendations, Februar 2012, abrufbar unter: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 19.

⁴⁷ Vgl.: AbLEU 2005 L 309/15; BT-Drucks. 17/6804, S. 1.

⁴⁸ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015).

⁴⁹ Richtlinie 2005/60/EG, Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b).

⁵⁰ Warius in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180.

⁵¹ Häberle in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 2 GwG Rn. 16.

⁵² Ennuschat in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 34c Rn. 22.

⁵³ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 17.

⁵⁴ So auch ausdrücklich: Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015); vgl. auch: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 12; Willem, ZfIR 2014, 830, 831.

⁵⁵ A.A. offenbar: Zeidler, CCZ 2014, 105, 108.

⁵⁶ Freilich ist es aber auch umgekehrt denkbar, dass der Eigentümer einer mit inkriminiertem Geld erworbenen Immobilie diese vermietet und hierdurch scheinbar legale Mieteinnahmen erlangt (layering), siehe hierzu die Falldarstellung bei: Rosbach, Deutschlandfunk v. 10.02.2014, abrufbar unter: http://www.deutschlandfunk.de/kriminaltaet-deutschlands-problem-mit-der-geldwaesche.724.de.html?dram:article_id=277124 (Stand: 20.07.2015); zum Ganzen: Vogt in: Herzog/Mülhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 1. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36.

wäscher lediglich als Mieter tätig wird,⁵⁷ ist das dem Mietmarkt innewohnende Geldwäscherisiko damit nicht höher als beim Erwerb von Konsumgütern oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen.⁵⁸

Unabhängig von der Zulässigkeit einer solchen Einschränkung kann es Immobilienmaklern jedenfalls nicht von den jeweiligen Aufsichtsbehörden vorgeworfen werden, wenn sie vom Schreiben des BMF Gebrauch machen und auf die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten bei der Vermittlung von Mietverträgen verzichten. Im Übrigen ist aus der Praxis aber auch kein Fall bekannt, in dem die Aufsichtsbehörden strengere Maßstäbe anlegen als das BMF in seinen Auslegungshinweisen.

Zukünftig könnte sich die Privilegierung der Mietmakler allerdings ändern: In der vierten Geldwäscherichtlinie wurde das Auslegungsproblem erkannt und aufgegriffen. Die erwartete, abschließende Klärung⁵⁹ blieb dennoch aus. In Erwägungsgrund 8 heißt es lediglich: „Hinsichtlich der Verpflichteten, die dieser Richtlinie unterliegen, könnte der Begriff Immobilienmakler so verstanden werden, dass er gegebenenfalls auch Vermietungsmakler umfasst.“ Es liegt also letztlich in der Hand des Gesetzgebers, ob er bei der Umsetzung der Richtlinie der bisherigen Auffassung des BMF folgt oder eine klarstellende Regelung schafft.

2. Sorgfaltspflichten bei „Einmal-Maklerei“

Unklarheit besteht auch in der Frage, wann bei Immobilienmaklern von der „Begründung einer Geschäftsbeziehung“ i.S.d. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG auszugehen ist.⁶⁰ Von Bedeutung ist die Frage vor allem deshalb, weil es für die Auslösung der Sorgfaltspflichten gemäß § 3 GwG auf eine klare Unterscheidung ankommt: Handelt es sich nur um ein einzelnes Geschäft, so müssen die Sorgfaltspflichten gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG erst erfüllt werden, wenn es zu einer Transaktion i.H.v. EUR 15.000,00 oder mehr kommt.⁶¹ Handelt es sich hingegen um eine Geschäftsbeziehung, so spielt der Wert der Transaktion keine Rolle mehr und die Sorgfaltspflichten sind bereits bei der Begründung der Geschäftsbeziehung zu erfüllen.

Als Geschäftsbeziehung gilt nach § 1 Abs. 3 GwG „jede geschäftliche oder berufliche Beziehung, die unmittelbar in Verbindung mit den geschäftlichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten unterhalten wird, und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird“. Unproblematisch können hierunter die Fälle gefasst werden, in denen mehr als ein Objekt vermittelt wird.⁶² Umstritten ist hingegen, ob bereits bei einer einmaligen Vermittlung einer Immobilie, also einem einzelnen Geschäftsvorfall von einer „gewissen Dauer“ die Rede sein kann. Dies wird in der Literatur teilweise für sämtliche Maklerverträge angenommen;⁶³ zum Teil aber auch nur dann, wenn die Betreuung durch den Immobilienmakler über einen längeren Zeitraum erfolgt und diese auch mehrere Tätigkeiten umfasst, von der Begleitung der Vorbereitung und des Abschlusses des Kaufvertrages bis hin zu Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch.⁶⁴ Dagegen wird eingewendet, dass es dem Makler naturgemäß darum gehe, einen zu vermittelnden Vertrag möglichst kurzfristig herbeizufüh-

⁵⁷ Wird er als Vermieter tätig (siehe: Fn. 56), muss er die Immobilie vorher erworben haben, wobei er ggf. bereits durch den Makler, jedenfalls aber durch den Notar identifiziert wurde, weshalb diese Konstellation nicht als risikohöherer Aspekt bei der Betrachtung des Mietmarkts angeführt werden kann.

⁵⁸ A.A. offenbar: Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2005/60/EG, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20120411_report_de.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 6.

⁵⁹ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015); Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2005/60/EG, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20120411_report_de.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 6; Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 12.

⁶⁰ Vgl. nur die Klärungsversuche bei: *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 485f.

⁶¹ Als Beispiel wird in der Literatur insbesondere die Annahme des Maklerlohns angeführt, *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 484; *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 108, wie noch zu zeigen sein wird, ist der Auslösetatbestand in der Praxis der Immobilienmakler jedoch kaum von Bedeutung.

⁶² *Fülbier/Aepfelbach/Langweg*, GwG, 5. Aufl. 2006, § 3 Rn. 37; *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 485; *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 107.

⁶³ *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19.

⁶⁴ *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; ähnlich: *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19.

ren. Zudem sei der früher verwendete Begriff „auf Dauer angelegt“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG a.F.) inhaltlich gleichwertig mit dem Terminus „von gewisser Dauer“ (§ 1 Abs. 3 GwG), weshalb neben dem Zeit- auch ein Mengenelement zu fordern sei. Letzteres fehle aber bei der „Einmal-Maklerei“, da sich die Tätigkeiten selbst bei längerer Dauer nur auf die Vermittlung eines Vertrages beziehen.⁶⁵

Die hessischen Aufsichtsbehörden haben zu diesem Diskussionspunkt ausführlich Stellung genommen und legen dieser eine äußerst extensive Auslegung des Begriffs „von gewisser Dauer“ zugrunde. Der Terminus sei keinesfalls gleichbedeutend mit der früheren Formulierung „auf Dauer angelegt“, was bereits durch das Fehlen eines entsprechenden gesetzgeberischen Hinweises bei der Änderung ersichtlich sei.⁶⁶ Diese Betrachtung deckt sich jedenfalls mit dem Wortlaut, da einer „auf Dauer angelegten“ Beziehung ein finales Element inneohnt, das gerade nicht besteht, wenn zum Zeitpunkt eines Kontakts nur davon ausgegangen wird, dass die Beziehung von einer gewissen Dauer sein wird. Ebenso lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, dass zwangsläufig mehrere Geschäftsvorfälle notwendig sind, um den Tatbestand der Geschäftsbeziehung zu erfüllen.⁶⁷ So wird beispielsweise auch bei den (rechts-) beratenden Berufen eine Geschäftsbeziehung bereits dann angenommen, wenn mehrere Beratungstermine zum gleichen Sachverhalt angedacht sind.⁶⁸ Im Zusammenhang mit Immobilienmaklern werden damit nur solche Fälle vom Begriff der Geschäftsbeziehung ausgenommen, in denen lediglich ein einmaliger oder kurzer Kontakt stattfindet.⁶⁹ Dass hierdurch der Auslösetatbestand nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GwG (außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung anfallende Transaktion im Wert von min. EUR 15.000,00) bei Immobilienmaklern praktisch bedeutungslos wird, steht der dargestellten Auslegung nicht entgegen.⁷⁰ Letztlich muss daher auch bei Interessenten für einen einmaligen Immobilienkauf bzw. -verkauf regelmäßig vom Vorliegen einer Geschäftsbeziehung i.S.d. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG und demnach auch von einer Pflicht zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten ausgegangen werden.

3. Zeitpunkt der Identifizierung bei Immobilienmaklern

Es schließt sich die Frage an, zu welchem Zeitpunkt Immobilienmakler die Sorgfaltspflichten zu erfüllen haben. Das BMF stellt hierbei auf den Abschluss des Maklervertrages und die damit einhergehende Entstehung des grundsätzlichen Provisionsanspruchs ab; hierin liege die maßgebliche Geschäftsbeziehung zwischen dem Immobilienmakler und dem Interessenten.⁷¹ Entsprechend kann die Erfüllung der Sorgfaltspflichten aber auch nur gegenüber denjenigen Personen verlangt werden, bei denen ein Provisionsanspruch geltend gemacht werden soll.⁷² Je nach Region wird die Beauftragung des Maklers (und damit auch die Zahlung der Provision) in Deutschland allerdings unterschiedlich gehandhabt; entweder geschieht dies durch den Verkäufer, den Käufer oder auch durch beide Seiten (sog. „Doppelmakler“). Die Identifizierung hat jedenfalls vor Abschluss eines solchen Vertrages zu erfolgen, § 4 Abs. 1 S. 1 GwG. Dieser Zeitpunkt mag in den Fällen zweifelsfrei bestimmbar sein, in denen eine formale oder schriftliche Auftragserteilung erfolgt. In der Praxis werden Maklerverträge jedoch häufig – insbesondere bei Kaufinteressenten – konkludent geschlossen.⁷³ In Anbetracht dessen befürchten Teile der Literatur als Folge der vom BMF geäußerten Auffassung, dass die Sorgfaltspflichten bereits dann zu erfüllen seien, wenn ein Interessent telefo-

⁶⁵ Griebel, NZM 2012, 481, 485; wohl auch: Zeidler, CCZ 2014, 105, 107.

⁶⁶ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 20.

⁶⁷ Willems, ZfIR 2014, 830, 831; vgl. auch: Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19; die Wortlautauslegung der Formulierung „von gewisser Dauer“ erschöpft sich vielmehr in der Feststellung, dass überhaupt eine Dauer der Geschäftsbeziehung vorliegen muss, Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁶⁸ Warius in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 23; Zeidler, CCZ 2014, 105, 107.

⁶⁹ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 20.

⁷⁰ A.A.: Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁷¹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁷² Antwortschreiben des Regierungspräsidium Darmstadt vom 23.08.2013, abrufbar unter: http://admin.bvfi-dev.de/dd35508.kasserver.com/uploads/USER/141/files/Antwortschreiben_des_Regierungsprasidium_Darmstadt_vom_23.08.2013.pdf (Stand: 20.07.2015); Willems, ZfIR 2014, 830, 831.

⁷³ Vgl.: OLG Frankfurt a.M. NZM 2012, 511; OLG Köln NJW-RR 1993, 764; LG Hamburg Urt. v. 21.09.2007 - 328 O 427/06, juris; ausführlich hierzu: Schwedtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 77ff.; Pauly, MDR 2006, 549ff.

nisch oder per E-Mail ein Exposé anfordert.⁷⁴ Jedenfalls werde dem Makler hierbei das Auslegungsrisiko aufgebürdet.⁷⁵

a) Spezielle Struktur des Maklervertrages

Der Maklervertrag ist als erfolgsbedingter Vertrag strukturiert: Der Auftraggeber verpflichtet sich durch dessen Abschluss zur Zahlung der Provision; allerdings nur für den Fall, dass der beabsichtigte Hauptvertrag aufgrund eines Nachweises oder einer Vermittlung des Maklers zustande kommt.⁷⁶ Der Maklervertrag begründet grundsätzlich weder eine Pflicht des Maklers zum Tätigwerden noch ist der Auftraggeber zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtet. Aus diesem Grund vertrat die Immobilienmaklerbranche lange den Standpunkt, dass die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten erst dann zu erfüllen seien, wenn der Hauptvertrag – also der notarielle Kaufvertrag – „so gut wie sicher ist und der Interessent wohl nicht mehr den Kontakt abbricht“.⁷⁷

Trotz der eigenartigen Struktur des Maklervertrages, aufgrund derer er teilweise auch als Vertrag eigener Art angesehen wird, kommt er allerdings nicht einfach aus dem Nichts zustande, sondern nach den allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien von Angebot und Annahme.

b) Konkludentes Zustandekommen des Maklervertrages

Wichtigster Aspekt bei konkludent abgeschlossenen Maklerverträgen ist nach der BGH-Rechtsprechung, dass der „Kaufinteressent [...] in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt“.⁷⁸ Ein bereits durch Anforderung eines Exposés geschlossener Maklervertrag (s.o.) ist damit nur in den Fällen denkbar, in denen die Anforderung bereits in Kenntnis der Provisionserwartung geschieht.⁷⁹ Andernfalls kann der Antrag auf Abschluss eines solchen Vertrages frühestens in der Zusendung des Exposés liegen, sofern der Makler im Zuge dessen sein Provisionsverlangen zum Ausdruck bringt.⁸⁰ Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass der unverbindlichen Anfrage eines Interessenten noch keine Antragsqualität zukommt.⁸¹ Insofern geht die Initiative zum konkludenten Vertragsschluss in aller Regel vom Makler aus.⁸² Letztlich liegt es daher auch allein in seiner Verantwortung, durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen für klare Verhältnisse zu sorgen.⁸³ Verbleibende Unklarheiten gehen stets zu seinen Lasten.⁸⁴ Allein deshalb wird der Zeitpunkt des Vertragsschlusses in den allermeisten Fällen konkret bestimmbar sein, sodass ebenfalls deutlich ist, ab wann die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten zu erfüllen sind.

c) Zeitpunkt der Identifizierung

In den Fällen, in denen der Maklervertrag bereits mit der Anforderung eines Exposés zustande kommt, ist eine GwG-konforme Identifizierung vor Vertragsabschluss kaum realisierbar. Kommt der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt konkludent oder fernmündlich zustande, kann es ebenso Fälle geben, in denen eine vollständige Identifizierung vor Vertragsschluss nicht mit der Geschäftspraxis vereinbar ist und auch von Kundenseite kaum akzeptiert wird.⁸⁵ Das GwG gesteht hierbei – abhängig vom konkret erkennbaren Geldwäsche-

⁷⁴ Griebel, NZM 2012, 481, 485; Zeidler, CCZ 2014, 105, 107; da der Vertragspartner in diesen Fällen nicht persönlich anwesend ist, müssten konsequenterweise sogar die verstärkten Sorgfaltspflichten nach § 6 GwG erfüllt werden.

⁷⁵ Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁷⁶ Zu den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs: Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 8; ausführlich zur Rechtsnatur des Maklervertrages: Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 30ff.

⁷⁷ Zit. in: Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁷⁸ BGH NZM 2007, 169; ähnlich: BGH NJW 2002, 817; BGH NZM 1999, 39.

⁷⁹ Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 89; ähnlich bereits: Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 10.

⁸⁰ BGH NZM 2007, 169, 170.

⁸¹ OLG München OLGR München 1993, 230; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1992, 276; Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 89.

⁸² Ausführlich hierzu: BGH NZM 2005, 956, 957; a.A.: Pauly, MDR 2006, 549, 450f.

⁸³ BGH NZM 2005, 956, 957; BGH NJW 2000, 282; BGH NJW-RR 1996, 114; Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 9, 10f.

⁸⁴ Sofern es zu einem Provisionsprozess kommt, trifft den Makler ohnehin die Darlegungs- und Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages, hierzu: Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 99.

⁸⁵ Zeidler, CCZ 2014, 105, 107; anders: Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 23; das BMF lässt einen solchen Einwand freilich nicht gelten und hält Kunden bereits für verdächtig, wenn sie einem solchen Vorgehen ablehnend gegenüberstehen – schließlich sollte dies für einen „unauffälligen Kun-

risiko – einen gewissen Spielraum zu, der auch von den Aufsichtsbehörden akzeptiert und bei Maklerverträgen in der Regel sogar noch erweitert wird.⁸⁶ Soweit keine Anhaltspunkte für ein erhöhtes Risiko bestehen, dürfte eine spätere Identifizierung teilweise bereits nach § 4 Abs. 1 S. 2 GwG (Störung des normalen Geschäftsablaufs) zulässig sein. Im Übrigen wird es von den Aufsichtsbehörden als ausreichend betrachtet, wenn die vollständige Identifizierung zumindest vor Erbringung der relevanten Maklerleistungen (Objektbesichtigung, Übermittlung der Kontaktdaten des Käufers bzw. Verkäufers, etc.) erfolgt.⁸⁷

Als deutlich verspätet wird es hingegen vom BMF angesehen, wenn die Sorgfaltspflichten – wie von der Immobilienmaklerbranche angenommen (s.o.) – erst kurz vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages erfüllt werden.⁸⁸ Zu diesem Zeitpunkt wäre es redundant, den Immobilienmakler zu einer Identifizierung zu verpflichten, da diese Pflicht gleichsam den Notar trifft.⁸⁹ In Anbetracht einer BKA-Studie, wonach die geldwäscherechtlichen Vorschriften bislang weder von Immobilienmaklern noch von Notaren auch nur ansatzweise zufriedenstellend umgesetzt werden,⁹⁰ mag so eine doppelte Identifizierungspflicht als „doppelter Boden“ zwar begrüßenswert sein. Der eigentliche Zweck der geldwäscherechtlichen Verpflichtung von Immobilienmaklern wird aber an anderer Stelle gesehen: Sie soll gerade dazu führen, dass auch die Kaufinteressenten erfasst werden, die sich am Ende nicht für einen Kauf entscheiden.⁹¹ Dies entspricht dem Sinn des GwG, das nicht nur zu einer späteren Nachvollziehbarkeit des Geldflusses („paper trail“) beitragen soll, sondern auch zum möglichst frühzeitigen Aufspüren illegalen Vermögens und damit zur Unterbrechung laufender Geldwäscheaktivitäten.⁹² Auf eine erfolgreiche Transaktion bzw. einen erfolgreichen Immobilienkaufvertrag kommt es daher ebenso wenig an wie auf die Fälligkeit des Provisionsanspruchs.⁹³

d) Ausgestaltung in der Praxis

Für die Ausgestaltung in der Praxis ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zwischen dem ersten Interessentenkontakt und dem Abschluss des Kaufvertrages eine gewisse Zeit vergeht und weitere Zwischenschritte notwendig sind. Oftmals erfordert der Immobilienkauf eine monatelange Suche, teilweise unter Einschaltung mehrerer Makler und begleitet von sorgfältigen Entscheidungsprozessen sowie zahlreichen Objektbesichtigungen.⁹⁴ Innerhalb dieses Rahmens kommt es letztlich auf eine risikoadäquate Einschätzung des Zeitpunktes an, an dem die Sorgfaltspflichten vollumfänglich zu erfüllen sind.⁹⁵ Soweit keine risikoerhöhenden Umstände ersichtlich sind, wird man es bei fermündlich oder konkludent geschlossenen Maklerverträgen als ausreichend ansehen müssen, wenn die Identifizierung beim ersten Kontakt per Telefon oder E-Mail zunächst nur teilweise durch Dokumentation

den [...] nämlich kein Hemmnis darstellen“, Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁸⁶ Vgl.: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 14; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 22.

⁸⁷ Vgl. hierzu die bundesweit einheitlichen „Regelbeispiele für die Praxis der Immobilienmakler“, veröffentlicht bei: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 15ff.; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 23ff.

⁸⁸ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁸⁹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹⁰ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien sektor.html (Stand: 25.07.2015), S. 5ff.

⁹¹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹² Vgl. hierzu beispielsweise das Erfordernis der staatsanwaltschaftlichen Zustimmung bei verdächtigen Transaktionen nach § 11 Abs. 1a GwG; ferner: BT-Drucks. 16/9038, S. 33.

⁹³ A.A.: Griebel, NZM 2012, 481, 486.

⁹⁴ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹⁵ Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 23 fordern in diesem Zusammenhang eine Identifizierung zum frühestmöglichen Zeitpunkt, was auch den Vorteil habe, dass die Kooperationsbereitschaft der Kunden noch vorhanden sei, während eine späte Identifizierung oftmals auf Unverständnis stieße.

der hierbei übermittelten Grunddaten sowie einer vorläufigen Risikoeinschätzung erfolgt und später beim ersten persönlichen Kontakt (beispielsweise bei der Objektbesichtigung) abgeschlossen wird. Diese abgestufte Vorgehensweise wird in aller Regel auch von den Aufsichtsbehörden akzeptiert.⁹⁶

V. Zusammenfassung und Ausblick

Güterhändler müssen einerseits beachten, dass dieser Verpflichtetenkreis sehr weit gefasst ist und daher auch Urproduzenten zu den Adressaten des GwG zählen. Andererseits müssen die geldwäscherechtlichen Pflichten nicht nur – wie vielfach angenommen – im Bezug auf die Kunden erfüllt werden, sondern auch bei allen übrigen Vertragspartnern (Lieferanten etc.). Die aktuell bestehende Gesetzeslücke, wonach ein (angeblicher) Vertreter des Vertragspartners nicht identifiziert werden muss, wird spätestens bei Umsetzung der vierten Geldwäscherichtlinie innerhalb der nächsten zwei Jahre geschlossen.

Immobilienmakler sind richtigerweise auch dann als Verpflichtete des GwG anzusehen, wenn sie lediglich Mietobjekte vermitteln; allerdings mit der Ausnahme, dass die Aufsichtsbehörden eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aktuell nicht beanstanden können. Von der Pflicht zur Erfüllung der übrigen GwG-Vorgaben sind Mietmakler trotzdem grundsätzlich nicht befreit. Eine vollständige Nichterfüllung der geldwäscherechtlichen Pflichten kann ihnen lediglich in solchen Regionen nicht vorgeworfen werden, in denen die Aufsichtsbehörden Mietmakler offiziell nicht als Immobilienmakler i.S.d. GwG ansehen (Beispiel: Hessen). Alle übrigen Immobilienmakler müssen beachten, dass die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten auch bei der einmaligen Vermittlung von (Kauf-) Immobilien zu erfüllen sind, da grundsätzlich eine Geschäftsbeziehung i.S.d. § 1 Abs. 3 GwG vorliegt. Die Sorgfaltspflichten sind auch bei konkludent geschlossenen Maklerverträgen frühestmöglich zu erfüllen; jedenfalls vor Erbringung der relevanten Maklerleistung. Je nach den Umständen des Einzelfalls und in Abhängigkeit vom konkret bestehenden Risiko kann allerdings eine spätere oder stufenweise Identifizierung erfolgen.

Es bleibt abzuwarten, inwiefern der Gesetzgeber die aufgrund der vierten Geldwäscherichtlinie notwendige Novellierung des GwG nutzt, um für mehr Klarheit bei den geldwäscherechtlichen Pflichten im Nichtfinanzsektor zu sorgen. Jedenfalls ist im Zuge dessen mit einer weiteren Verschärfung dieser Pflichten zu rechnen: So senkt die neue Geldwäscherichtlinie beispielsweise den Transaktions-Schwellenwert, ab dem Güterhändler ihre Sorgfaltspflichten zwingend zu erfüllen haben, von EUR 15.000,00 auf EUR 10.000,00 ab.⁹⁷ Den Mitgliedsstaaten steht es allerdings auch frei, niedrigere Schwellenwerte und strengere Vorschriften festzusetzen. Unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, wird sich die Zahl der Geschäftsvorfälle, bei denen die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten erfüllt werden müssen, durch die Schwellenwertabsenkung deutlich erhöhen und damit auch das Risiko, bußgeldbewährte Fehler bei der Erfüllung dieser Pflichten zu machen. Umso wünschenswerter wäre bei vielen Punkten eine gesetzgeberische Klarstellung der Anforderungen sowie ein einheitliches Vorgehen der Aufsichtsbehörden. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass das eigentliche Ziel der Geldwäscherichtlinie die erleichterte Verfolgung von Kriminellen ist und nicht die Kriminalisierung der hierfür in die Pflicht genommenen Privatwirtschaft.

⁹⁶ Vgl. hierzu die bundesweit einheitlichen „Regelbeispiele für die Praxis der Immobilienmakler“, veröffentlicht bei: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 15ff.; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 23ff.

⁹⁷ Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 11 Buchst. c).

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Dr. Thomas Helck, München/Köln¹

Beschlagnahmeschutz für Unterlagen aus internen Ermittlungen

Dieser Beitrag untersucht, inwieweit Unterlagen, die im Rahmen interner Ermittlungen erstellt werden, vor der Beschlagnahme durch Ermittlungsbehörden geschützt sind.

I. Einleitung

Die Durchführung interner Ermittlungen gewinnt für Unternehmen zunehmend an Bedeutung.² Interne Ermittlungen dienen einerseits der Überprüfung möglicher Pflichtverletzungen von Mitarbeitern oder Führungspersonen, um zivilrechtliche Schadensersatzansprüche geltend machen oder arbeitsrechtliche Schritte begründen zu können. Andererseits sehen sich Unternehmen immer häufiger mit Ermittlungsverfahren konfrontiert, die sich nicht nur gegen die beschuldigten Mitarbeiter richten, sondern regelmäßig auch zu einer Sanktionierung des Unternehmens gemäß §§ 30, 130 OWiG führen. In diesen Fällen sind interne Ermittlungen erforderlich, um die drohenden Risiken bewerten und sich effektiv gegen die Vorwürfe verteidigen zu können.

Im Zuge der internen Ermittlungen werden vielfach Informationen über vertrauliche Vorgänge im Unternehmen gewonnen und in Dokumenten zusammengefasst. Hierzu gehören insbesondere Interviewprotokolle, Übersichten über ausgewertete Unterlagen und (Zwischen-)Berichte über das Ergebnis der internen Untersuchung. Gelangen diese Unterlagen zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden, kann dies nicht nur die Verteidigungsmöglichkeiten des Unternehmens schwächen, sondern führt dies auch zu dem Risiko, dass Geschädigte oder Wettbewerber im Rahmen der Akteneinsicht an vertrauliche Unternehmensinformationen gelangen können.

Unternehmen haben daher ein nachvollziehbares Interesse daran, derartige Unterlagen vor einer Beschlagnahme zu schützen. Hierzu stehen im Wesentlichen § 97 StPO (Beschlagnahmeverbot) und § 160a StPO (Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträgern) zur Verfügung, deren Anwendungsbereiche nachfolgend dargestellt werden.

II. Entwicklung der Rechtsprechung

Ausgehend von der Neufassung des § 160a StPO Anfang 2011 entwickelte sich die ursprünglich eher restriktive Rechtsprechung fort, indem der Beschlagnahmeschutz für aus internen Ermittlungen stammende Unterlagen kontinuierlich erweitert wurde.

Nachfolgend werden die wesentlichen Entscheidungen dargestellt, die sich mit dem Beschlagnahmeschutz gemäß § 97 StPO und § 160a StPO befassen.

1. Beschluss des LG Hamburg vom 15. Oktober 2010

a) Sachverhalt

Vor der Reform des § 160a StPO nahm das LG Hamburg³ im Beschluss vom 15. Oktober 2010 zu einem Beschlagnahmeverbot für durch interne Ermittlungen gewonnene Unterlagen Stellung.

In dem vom LG Hamburg zu entscheidenden Sachverhalt gab es ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren gegen den Vorstand einer Bank wegen des Verdachts der Untreue. Parallel hierzu hatte die Bank eine Rechtsanwaltssozietät mit der Prüfung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die beschuldigten Vorstandsmitglieder beauftragt. Zu diesem Zweck führten die externen Berater interne Ermittlungen durch und befragten unter ande-

¹ Der Verfasser dankt Herrn Markus Gierok für seine tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

² De Lind van Wijngaarden/Egler, NJW 2013, 3459; Pelz, ZIS 2014, 373.

³ LG Hamburg, NJW 2011, 942.

rem Mitarbeiter. Über diese Interviews wurden Protokolle erstellt und in den Räumlichkeiten der Rechtsanwaltssozietät aufbewahrt.

Nachdem die Interviewprotokolle bei einer Durchsuchung in den Räumlichkeiten der externen Berater mitgenommen wurden, ordnete das *AG Hamburg* die Beschlagnahme dieser Unterlagen an. Gegen diese Beschlagnahmeanordnung legte die Rechtsanwaltssozietät Beschwerde ein und machte geltend, dass die Interviewprotokolle gemäß § 97 StPO beschlagnahmefrei sind.

b) Verhältnis zwischen § 97 StPO und § 160a StPO

Zum damaligen Zeitpunkt war unklar, aufgrund welcher Vorschrift ein Beschlagnahmeverbot bestehen könnte. Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der sogenannten Berufsgeheimnisträger (z.B. Rechtsanwälte, Notare, Ärzte; vgl. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b) erstreckt, unterliegen nicht der Beschlagnahme (§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Zudem sind Ermittlungsmaßnahmen unzulässig (§ 160a StPO a.F.), die sich gegen den Verteidiger eines Beschuldigten (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO) richten und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte. Das *LG Hamburg* überprüfte das Bestehen eines Beschlagnahmeverbots lediglich anhand des § 97 StPO.⁴ Es vertrat – wie weite Teile der Lehre⁵ – unter Hinweis auf den in § 160a Abs. 5 StPO a.F. enthaltenen Verweis die Auffassung, dass das Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO gegenüber dem § 160a StPO a.F. spezieller ist und vorrangig angewendet werden muss.⁶

c) Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Konsequenterweise stellte das *LG Hamburg* fest, dass sich ein Beschlagnahmeverbot für durch interne Ermittlungen gewonnene Unterlagen nur aus § 97 StPO ergeben könne.

Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO sehe zwar ein Beschlagnahmeverbot für solche Gegenstände vor, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht u.a. von Verteidigern oder Rechtsanwälten (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b StPO) erstreckt. Die teleologische Auslegung führe jedoch dazu, dass nur das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützt werden soll.⁷

Im zu entscheidenden Fall habe aber zwischen der Bank und der Rechtsanwaltssozietät kein derartiges Verteidigungsverhältnis bestanden. Vielmehr seien die Rechtsanwälte nicht zur Beratung der Beschuldigten engagiert worden, sondern sollten die Interessen der Bank hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Beschuldigten wahrnehmen.

Im Ergebnis lag nach Ansicht des Gerichts nicht das nach § 97 StPO erforderliche Vertrauensverhältnis vor, weshalb das *LG Hamburg* ein Beschlagnahmeverbot für die durch die internen Ermittlungen gewonnenen Protokolle ablehnte.

d) Fazit

Nach dem Beschluss des *LG Hamburg* ist für ein Beschlagnahmeverbot ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Rechtsanwalt erforderlich. Ob ein solches vorliegt, hängt maßgeblich von der Zielrichtung der internen Ermittlungen ab. Dienen diese nur dazu, mögliche Schadensersatzansprüche des mandatierenden Unternehmens gegen die Beschuldigten zu prüfen und nicht (auch) der Verteidigung der Beschuldigten, scheide ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO aus.

⁴ *LG Hamburg*, NJW 2011, 942, 943.

⁵ Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 160a Rn. 21; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 160a Rn. 17; Patzak, in: BeckOK, StPO, 7. Ed. 2010, § 160a Rn. 17.

⁶ *LG Hamburg*, NJW 2010, 942, 944; Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 160a Rn. 21; Patzak, in: BeckOK, StPO, 7. Ed. 2010, § 160a Rn. 17.

⁷ *LG Hamburg*, NJW 2011, 942, 943. So auch die damals herrschende Meinung: Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 97 Rn. 1; § 97 Rn. 10, Nack, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 97 Rn. 6; Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2004, § 97 Rn. 21; BVerfG, NSTZ-RR 2004, 83.

2. Beschluss des LG Mannheim vom 3. Juli 2012

a) Neufassung des § 160a StPO

Vor der Reform bezog sich der Verweis in § 160a StPO a.F. nur auf Strafverteidiger. Mit Gesetz vom 22. Dezember 2010 erweiterte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift und dehnte den absoluten Schutz vor staatlichen Ermittlungsmaßnahmen nach § 160a Abs. 1 StPO nunmehr generell auf Rechtsanwälte aus.

b) Sachverhalt

Das LG Mannheim⁸ hatte sich als erstes Gericht mit der Fragestellung auseinanderzusetzen, wie sich die Gesetzesänderung auf die Beschlagnahmefreiheit von im Rahmen interner Ermittlungen erstellter Unterlagen auswirkt.

Gegen mehrere Mitarbeiter eines Unternehmens wurde ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren geführt. Gleichzeitig wurden von einer Rechtsanwaltssozietät interne Ermittlungen getätigt und in deren Rahmen ein Rechtsgutachten zu möglichen Pflichtverletzungen der betroffenen Vorstände angefertigt. Das Rechtsgutachten wurde in der Rechtsanwaltssozietät aufbewahrt, ein Zwischenbericht über das Ergebnis der internen Ermittlungen befand sich jedoch in den Räumen des Unternehmens.

Beide Unterlagen wurden durch das AG Mannheim beschlagnahmt. Gegen die Beschlagnahme legten sowohl das Unternehmen (hinsichtlich des Zwischenberichts) als auch die Rechtsanwaltssozietät (hinsichtlich des Rechtsgutachtens) Beschwerde ein.

c) Unterlagen im Gewahrsam der Rechtsanwaltssozietät

Das LG Mannheim gab die bis dahin praktizierte einschränkende Auslegung auf und übertrug die mit der Neufassung des § 160a StPO vorgenommene Gleichstellung von Verteidigern und Rechtsanwälten auf den § 97 StPO.⁹ Nach Ansicht des Gerichts reiche für die Anwendung des Beschlagnahmeverbots nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO aus, dass irgendein Vertrauensverhältnis zwischen Unternehmen und Rechtsanwalt besteht. Ein spezielles Verteidigungsverhältnis werde nicht (mehr) als erforderlich erachtet. Eine Ausnahme bestehe jedoch für Missbrauchsfälle. Ein Missbrauch liege beispielsweise vor, wenn Verteidigungsunterlagen mit für die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen relevanten Unterlagen verknüpft würden, um deren Beschlagnahme zu verhindern.¹⁰

Im Ergebnis hielt das LG Mannheim das in den Kanzleiräumen der Rechtsanwaltssozietät beschlagnahmte Rechtsgutachten sowohl gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO (aufgrund des in diesem Fall bestehenden Vertrauensverhältnisses) als auch gemäß § 160a Abs. 1 S. 1 StPO (da sich die Beschlagnahme gegen die beauftragte Rechtsanwaltssozietät richtete) für beschlagnahmefrei.

d) Unterlagen im Gewahrsam des Unternehmens

Hinsichtlich des beim Unternehmen beschlagnahmten Zwischenberichts musste sich das LG Mannheim mit dem Verhältnis zwischen § 160a StPO und § 97 StPO befassen. Das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist nämlich nach § 97 Abs. 2 StPO auf Gegenstände im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten beschränkt, soweit es sich nicht um Verteidigungsunterlagen handelt. Der § 160a StPO gewährt dagegen einen Beschlagnahmeschutz auch für Gegenstände im Gewahrsam des mandatierenden Unternehmens.

Das LG Mannheim ging vom Vorrang des § 97 StPO vor § 160a StPO aus¹¹ und hielt den beim Unternehmen mitgenommenen Zwischenbericht für beschlagnahmefähig, da er sich nicht im Gewahrsam der Rechtsanwälte befand. Zwar wies das LG Mannheim in seiner Entscheidung darauf hin, dass Verteidigungsunterlagen auch im Gewahrsam des Mandanten (Unternehmens) beschlagnahmefrei wären.¹² Allerdings setzte sich das Gericht nicht näher damit auseinander, ob es sich bei dem Zwischenbericht im Hinblick auf ein mögliches Ord-

⁸ LG Mannheim, NSTZ 2012, 713.

⁹ LG Mannheim, NSTZ 2012, 713, 714.

¹⁰ LG Mannheim, NSTZ 2012, 713, 716.

¹¹ LG Mannheim, NSTZ 2012, 713, 717.

¹² LG Mannheim, NSTZ 2012, 713, 717.

nungswidrigkeitenverfahren gegen das Unternehmen ggf. um Verteidigungsunterlagen handeln könnte.

e) Fazit

Das *LG Mannheim* erweiterte im Vergleich zum *LG Hamburg* das Beschlagnahmeverbot für Unterlagen aus internen Ermittlungen, sofern sich diese im Gewahrsamsbereich jeglichen mandatierten Anwalts befinden. Allerdings führte es auch die bisherige Rechtsprechung zum Vorrang des § 97 StPO mit der Folge fort, dass es kein Beschlagnahmeverbot für im Rahmen interner Ermittlungen erstellter Unterlagen (sofern es sich nicht um Verteidigungsunterlagen handelt) gibt, die sich im Gewahrsam des mandatierenden Unternehmens befinden.

3. Beschluss des *LG Braunschweig* vom 21. Juli 2015

a) Sachverhalt

Am 21. Juli 2015 hatte sich das *LG Braunschweig* ebenfalls mit dem Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbots gemäß § 160a StPO hinsichtlich interner Ermittlungsunterlagen zu befassen.¹³

Grundlage der Entscheidung war ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren gegen die Geschäftsführer eines Unternehmens. Bei einer (weiteren) Durchsuchung in den Geschäftsräume des Unternehmens wurden unter anderem Unterlagen mitgenommen, die eine vom Unternehmen mandatierte Rechtsanwaltssozietät im Rahmen ihrer internen Ermittlungen erstellt hatte.

Nachdem das *AG Braunschweig* die Beschlagnahme dieser Unterlagen angeordnet hatte, legte die Rechtsanwaltssozietät im Namen des Unternehmens Beschwerde ein, über die das *LG Braunschweig* zu entscheiden hatte.

b) Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen

Obwohl gegen das Unternehmen selbst ein Ermittlungsverfahren noch nicht formal eingeleitet worden war, stufte das *LG Braunschweig* die von der Rechtsanwaltssozietät erstellten Unterlagen als beschlagnahmefreie Verteidigungsunterlagen ein.

Nach Ansicht des Gerichts könne es für eine sachgerechte Verteidigung gegen ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren erforderlich sein, bereits vor formaler Verfahrenseinleitung die für eine spätere Verteidigung notwendigen Maßnahmen vorzunehmen. Sofern mit der Einleitung des Verfahrens gerechnet wird, sei die Vertrauensbeziehung zwischen Unternehmen und Rechtsanwalt bereits zu diesem Zeitpunkt schutzwürdig. Das *LG Braunschweig* wich dabei – ohne auf die Entscheidung einzugehen – zugunsten der betroffenen Unternehmen von einer vom *LG Bonn*¹⁴ vertretenen Ansicht ab, das in einer Entscheidung vom 21. Juni 2012 feststellte, dass für ein Verteidigungsverhältnis (und damit für einen Beschlagnahmeschutz) die formale Einleitung des Ermittlungsverfahrens erforderlich sei.

c) Fazit

Maßgeblich für die Qualifikation als Verteidigungsunterlagen ist nach Ansicht des *LG Braunschweig*, dass die Dokumente zum Zwecke der Verteidigung angefertigt worden waren. Dies sei bei den von der Rechtsanwaltssozietät angefertigten Ermittlungsergebnissen der Fall. Die interne Untersuchung bezweckte die Aufklärung eines abgeschlossenen Sachverhalts, der mit dem Gegenstand des möglichen späteren Ordnungswidrigkeitenverfahrens in engem Zusammenhang stehe. Des Weiteren sei in dem Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen bereits einige Monate vor der Beschlagnahme der Verteidigungsunterlagen eine Durchsuchung durchgeführt worden. Dies lege nahe, dass die Mandatierung der Sozietät auch die Verteidigung des Unternehmens bezweckt habe.

¹³ *LG Braunschweig*, BB 2015, 2771.

¹⁴ *LG Bonn*, Beschluss vom 21.06.2012 - 27 Qs 2/12.

III. Zusammenfassung

Die Frage, ob von Rechtsanwälten im Rahmen interner Untersuchungen erstellte Unterlagen beschlagnahmefrei sind, hängt weiterhin maßgeblich davon ab, ob es sich um Verteidigungsunterlagen handelt und wo sich die Unterlagen befinden.

Soweit es sich um Verteidigungsunterlagen handelt, unterliegen diese auch dann einem Beschlagnahmeverbot, wenn sie sich im Gewahrsam des Unternehmens befinden. Allerdings hängt die Einstufung als Verteidigungsunterlage von der Ansicht der Ermittlungsbehörden bzw. Gerichte im konkreten Einzelfall ab.

Insofern ist auch künftig ein bestmöglicher Beschlagnahmeschutz für im Rahmen interner Ermittlungen erstellter Unterlagen nur dadurch zu erreichen, dass diese im Gewahrsam der externen Rechtsanwälte verbleiben.

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Patrick Müller-Sartori, Köln

Die Reform der Vermögensabschöpfung aus Sicht des Verletzten

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 08.03.2016 den Referentenentwurf zum „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ vorgelegt (nachfolgend: Referentenentwurf). Anlass für das Gesetzesvorhaben sind einerseits eine entsprechende Vereinbarung im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages sowie die Umsetzung der Rechtlinie 2014-42-IU über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der europäischen Union (Abl. L 127 vom 29.04.2014, S. 39; L 138 vom 13.05.2014, S. 114).

Die wirtschaftliche Bedeutung der Vermögensabschöpfung, die sicherstellen soll, dass das aus einer Straftat erlangte Vermögen nicht dem Täter verbleibt, sondern den Geschädigten oder dem Staat zugutekommt, nimmt zu. So wurden 2013 im gesamten Bundesgebiet Vermögenswerte in Höhe von etwa € 463 Mio. vorläufig sichergestellt, ein Großteil davon (82% / € 381 Mio.) im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe. Im Jahr 2010 waren es noch insgesamt € 379 Mio., wovon 57% auf die Rückgewinnungshilfe entfielen.¹

Der Referentenentwurf sieht eine vollständige Neufassung des materiellen und prozessualen Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vor, deren Kernstück die vollständige Neugestaltung der Opferentschädigung ist.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Neuregelung der Entschädigung des Verletzten einer Straftat nach der Streichung der Vorschriften über die Rückgewinnungshilfe in § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB und den §§ 111g ff. StPO, die vom Gesetzgeber nach Eberbach² als „Totengräber des Verfalls“ und damit als Hindernis für eine effektive Vermögensabschöpfung gesehen werden. Dabei soll die Neuregelung primär aus der Sicht eines Geschädigten von Wirtschaftsstraftaten bzw. seines Bevollmächtigten dargestellt werden.

I. Mitteilungen an den Verletzten, § 111I StPO-E und § 459i StPO-E

Der neue § 111I StPO-E regelt die Mitteilung an den Verletzten darüber, dass Vermögenswerte sichergestellt wurden. Die Vorschrift ersetzt damit die bisherigen Regelungen in § 111e Abs. 3 und 4 StPO. Mit der Mitteilung erfolgt zugleich der Hinweis auf die jeweiligen Entschädigungsverfahren und die notwendigen Mitwirkungshandlungen.

In § 111I Abs. 1 StPO-E wurde bewusst auf das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ der Mitteilung an die Geschädigten verzichtet und der Mitteilungszeitpunkt in das Ermessen der

¹ Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, München, 2. Auflage 2015, Rn. 1. Weitere Zahlen finden sich ebd. in Rn. 219.

² NSTZ 1987, 486, 91.

Staatsanwaltschaft gestellt. Grund hierfür ist die Abschaffung des bisher geltenden Prioritätsgrundsatzes, der in der Vergangenheit regelmäßig zu einem sogenannten „Windhundrennen“ zwischen mehreren Verletzten führte. § 111l Abs. 2 StPO-E regelt die Informationspflichten der Staatsanwaltschaft über den Herausgabeanspruch nach § 111n Abs. 2 StPO-E und dessen verfahrensrechtliche Geltendmachung nach § 111o StPO-E in den Fällen der Beschlagnahme. § 111l Abs. 3 StPO-E befasst sich hingegen mit den Fällen der Vollziehung eines Vermögensarrests und fordert die Geschädigten in Satz 1 auf, sich über die Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche zu erklären. Grund für die frühzeitige Erklärung ist der neue § 111i Abs. 2 StPO-E.³ § 111l Abs. 3 S. 2 StPO-E normiert weitere Informationspflichten, deren Mitteilung mit einem Hinweis auf § 111h Abs. 2 StPO-E und die Verfahren nach §§ 111i Abs. 2, 459h Abs. 2 und 459k StPO-E zu verbinden ist. § 111l Abs. 4 StPO-E deckt sich weitestgehend mit der bisherigen Regelung des § 111e Abs. 4 StPO.

§ 459i StPO-E regelt die Mitteilungspflichten der Staatsanwaltschaft als zuständige Vollstreckungsbehörde gegenüber dem Verletzten. Die Mitteilung muss dabei nach § 459i Abs. 1 S. 2 StPO-E förmlich zugestellt werden, da mit der Zustellung dieser Mitteilung die sechsmonatige Frist für die Anmeldung möglicher Ansprüche nach §§ 459j Abs. 1 S. 1 und 459k Abs. 1 S. 1 StPO-E beginnt. Insofern ist diese Mitteilung weit bedeutsamer als die Mitteilung über die Sicherstellung gem. § 111l StPO-E.

Ob sich allerdings der Wunsch des Gesetzgebers, dass sich die Entschädigungsmöglichkeiten den Tatopfern in aller Regel ohne rechtskundige Beratung aus der Mitteilung erschließen,⁴ erfüllen wird, bleibt abzuwarten, wenn man die Mitteilungen nach dem derzeit geltenden Recht zum Maßstab nimmt. Diese sind oft auch für Rechtskundige, die sich mit der Materie nicht regelmäßig befassen, keine leichte Kost.

II. Verfahren bei Rückübertragung und Herausgabe, §§ 459h Abs. 1 und 459j StPO-E

Die zentrale Norm des Reformmodells der Opferentschädigung ist § 459h StPO-E. Die Entschädigung der Verletzten soll danach zukünftig im strafrechtlichen Vollstreckungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde erfolgen. Funktionell zuständig soll nach § 3 Nr. 4 lit. c), § 31 Abs. 2 Satz 1 RPfIG der Rechtspfleger sein.

Grundlage für die Entscheidungen des Rechtspflegers im Verfahren zur Entschädigung des Verletzten soll regelmäßig das rechtskräftige Strafurteil und dessen Feststellungen zum Anspruchsgrund des Verletzten und zur Anspruchshöhe sein. Zudem sollen dem Rechtspfleger die Strafakten als „verlässliche Erkenntnisquelle“ zur Verfügung gestellt werden. Dieser soll dadurch „ohne weiteres in der Lage [sein], Anspruchsgrund und Anspruchshöhe und die zivilrechtlichen Einwendungen des Täters, Teilnehmers oder Drittbegünstigten aufgrund einer hinreichend sicheren Tatsachengrundlage zu prüfen“.⁵ In den Fällen, in denen der Gegenstand der Einziehung noch vorhanden ist, trifft dies wohl regelmäßig zu. Zu den Fällen des Wertersatzes sogleich unten unter III.

Anlass zur weiteren Diskussion geben die Überlegungen des Gesetzgebers zur Verjährung der zivilrechtlichen Ansprüche des Verletzten. In dem Referentenentwurf wird vertreten, dass die Rechte des Einziehungsadressaten (also des Täters, Teilnehmers oder Dritten, dem die Sache rechtlich nicht zugewiesen ist) gewahrt seien, da aufgrund der kurzen Anmeldefrist von sechs Monaten kaum Fälle denkbar seien, in denen die Ansprüche des Verletzten verjährt seien. In der Praxis ist dies in größeren Wirtschaftsstrafverfahren jedoch die Regel, da sehr oft Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die zivilrechtliche Verjährung zu verhindern, bevor das Ermittlungsverfahren abgeschlossen ist. Die sechsmonatige Frist, innerhalb derer der Verletzte seine Ansprüche anmelden muss, beginnt jedoch erst, wenn die Rechtskraft der Einziehungsanordnung eingetreten ist. Im Falle der Abtrennung des Verfahrens gem. den §§ 422 ff. StPO-E erst nach Abschluss der Hauptsacheverfahrens. Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass der Verletzte vorher keine Kenntnis von der im Hauptsacheverfahren abgeurteilten, unerlaubten Handlung hat. Dies dürfte jedoch im Wirtschaftsstrafrecht eher selten der Fall sein, da meist Zeugen aus den Unternehmen vernommen oder Unterlagen sichergestellt werden. Auch wegen der Benachrichtigung nach § 111l

³ Vgl. dazu unten unter IV.

⁴ Seite 63 des Referentenentwurfs.

⁵ Seite 102 des Referentenentwurfs.

StPO-E wird der Verletzte wohl häufig vor Beginn der Anmeldefrist Kenntnis von seinen Ansprüchen haben.

§ 459h Abs. 1 StPO-E regelt die Befriedigung der Geschädigten in den Fällen der Einziehung des deliktisch erlangten Vermögensgegenstandes selbst. Dieser ist auf den Verletzten zurück zu übertragen oder an ihn herauszugeben. In der Praxis wird dies allerdings, wie die Beschlagnahme nach den § 111b Abs. 1 und § 111c StPO, wohl auch zukünftig eher die Ausnahme bleiben.⁶

Die Neuregelung der Vermögensabschöpfung in § 75a Abs. 1 Satz 1 StGB-E sieht vor, dass das Eigentum an einer Sache oder ein eingezogenes Recht mit der Rechtskraft der Einziehungsanordnung, über die das Strafgericht im Hauptsacheverfahren oder in dem nach den §§ 422 ff. StPO-E abgetrennten Verfahren entscheidet, auf den Staat übergeht. Dies soll vor allem für Betrugstaten gelten, bei denen der Verletzte das Eigentum durch wirksame Übertragung an den Täter verliert. In diesem Fall soll der Staat den Vermögensgegenstand auf den Verletzten zurückübertragen. Bittman⁷ sieht hierin eine konstitutive Anspruchsgrundlage des Übertragungsanspruches gegen den Staat. In den Fällen in denen die Sache dem Verletzten abhandenkommt und er gem. § 935 BGB das Eigentum an dieser nicht verliert (was insbesondere bei Diebstahl der Fall ist), soll die Sache bzw. der Gewahrsam oder unmittelbare Besitz an dieser gem. § 111n StPO-E an den Verletzten herausgegeben werden.

Das Verfahren der Rückübertragung und Herausgabe ist in § 459j StPO-E geregelt. Nach § 459j Abs. 1 StPO-E hat der Verletzte seinen Anspruch binnen sechs Monaten nach Mitteilung der Rechtskraft der Einziehung anzumelden. Zur Darlegung des Anspruchs sollen der Anmeldung bereits Urkunden, wie zum Beispiel Quittungen, beigelegt werden. An die Geltendmachung dürfen jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, da die Vorschrift vor allem dem Opferschutz dient und die Geltendmachung für den Verletzten einfach und kostenlos sein soll.⁸

Bevor jedoch in der Sache entschieden wird, ist der Einziehungsadressat zu hören, damit er die Möglichkeit hat, (zivilrechtliche) Einwendungen zu erheben (§ 459j Abs. 2 StPO-E).

Das Verfahren des § 459j Abs. 1 StPO-E erinnert an die Anmeldung von Ansprüchen zur Insolvenztabelle. Der Hauptunterschied wird wohl darin bestehen, dass der Rechtspfleger, anders als der Insolvenzverwalter, den vom Strafgericht festgestellten Anspruch nicht bestreiten kann. Ob dieses Verfahren jedoch in Wirtschaftsstrafsachen der Regelfall sein wird bzw. die Beschaffung eines Titels überflüssig macht, wird sich zeigen, da der Geschädigte in diesem Fall das Risiko der zivilrechtlichen Verjährung seiner Ansprüche bzw. eines Teiles davon eingeht, da die zivilrechtliche Verjährung auf seine Kenntnis von dem Anspruch abstellt und nicht auf die Dauer des strafrechtlichen Verfahrens. Ob ein Organ einer Gesellschaft ein derartiges Risiko überhaupt eingehen darf, soll hier nicht untersucht werden. In Wirtschaftsstrafsachen, insbesondere bei Umfangsverfahren, wird man sich auf den ersten Blick aber zur Vermeidung der eigenen Haftung von Organen und Bevollmächtigten nicht allein auf das Verfahren nach § 459j Abs. 1 StPO-E verlassen. Dann kommt aber auch das Verfahren nach § 459j Abs. 4 StPO-E in Betracht. In diesem Verfahren kann der Verletzte die Rückübertragung oder die Herausgabe verlangen, wenn er einen zivilrechtlichen Titel gegen den Einziehungsadressaten hat und glaubhaft macht, dass ihm der titulierte Anspruch aus der Straftat erwachsen ist. Rein praktisch wird dadurch das Verfahren nach dem derzeitigen § 111g StPO durch das nach § 459j Abs. 4 StPO-E ersetzt. Die Entschädigungsmöglichkeit nach § 459j Abs. 4 StPO-E ist grundsätzlich auch nach Ablauf der Sechsmonatsfrist möglich, sofern keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 459j Abs. 3 StPO-E in Betracht kommt.

III. Verfahren bei Auskehrung des Verwertungserlöses, §§ 459h Abs. 2 und 459k StPO-E

§ 459h Abs. 2 StPO-E regelt die Entschädigung des Verletzten für den Fall der Einziehung des Wertersatzes. Der aus der Verwertung der gepfändeten Gegenstände gewonnene Erlös wird dabei an den Verletzten ausgekehrt. Ob der vom Rechtspfleger, als funktionell Zustän-

⁶ Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Auflage, Rn. 247.

⁷ Bittmann, Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: Folgen für das Insolvenzverfahren, ZInsO 2016 (im Erscheinen), III. 6. a) bb) (2).

⁸ Seite 103 des Referentenentwurfs.

digem, erzielte Verwertungserlös der Bestmögliche ist, erscheint vor dem Hintergrund fraglich, dass er derweil noch nicht mit Verwertungsfragen befasst und mit strategischen oder wirtschaftlichen Entscheidungen, wie zum Beispiel der Stellung eines 7/10 Antrages nach § 74a Abs. 1 S. 1 ZVG im Zwangsvollstreckungsverfahren, zumindest aus Sicht eines Gläubigers, nicht betraut ist. Anders als Rechtsanwälte, Insolvenzverwalter oder Gläubigerausschussmitglieder kann er für fehlerhafte Entscheidungen auch nicht persönlich haftbar gemacht werden. Inwiefern dies Auswirkungen auf die Praxis der Verwertung hat und ob und wann die zuständigen Rechtspfleger entsprechendes Know - How erwerben, wird sich in der Praxis zeigen. Die Mangelfälle (dazu unten unter IV) werden in der Praxis ohnehin den Regelfall darstellen und die Verwertung daher von Insolvenzverwaltern vorgenommen werden.

Der Vermögensarrest sichert die Wertersatzentziehung jedoch nur in Höhe desjenigen Vermögenswertes, den der Täter tatsächlich auch aus der Tat erlangt hat. Der Anspruch des Verletzten ist damit die Kehrseite des Erlangten und kann nur in dieser Höhe bestehen.⁹ Im Falle eines Betruges entspricht dies dem sich für den Täter aus der Tat ergebenden Vorteil, der gleichzeitig dem Vermögensnachteil auf Opferseite entspricht und damit „stoffgleich“ ist.

Begehren mehrere Verletzte die Befriedigung ihrer Ansprüche und reichen die arrestierten Vermögenswerte hierfür nicht aus, so verweist § 459h Abs. 2 S. 2 StPO-E wiederum auf § 111i Abs. 2 und 3 StPO-E und bestimmt damit den Vorrang der insolvenzrechtlichen Entschädigungslösung (hierzu sogleich unter IV).

Das Verfahren bei der Geltendmachung des Auskehrungsanspruches ist in § 459k StPO-E geregelt, wobei die Norm systematisch wie § 459j StPO-E aufgebaut ist. § 459k Abs. 1 StPO-E sieht ebenfalls eine sechsmonatige Frist vor, innerhalb derer der Verletzte den Anspruch auf Auskehrung anmelden muss. Die inhaltlichen Anforderungen an die Anmeldung entsprechen denen in § 459j Abs. 1 StPO-E. § 459k Abs. 2 StPO-E regelt auch hier die Anhörung und § 459k Abs. 3 StPO-E die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Säumnis. Wie § 459j StPO-E enthält § 459k Abs. 4 StPO-E eine weitere Möglichkeit der Geltendmachung des Auskehrungsanspruches. Diese besteht insbesondere auch nach Ablauf der in § 459k Abs. 1 StPO-E genannten Frist. Voraussetzung ist allerdings auch hier die vorherige Titulierung des zivilrechtlichen Anspruches. Geht der Verletzte nur nach § 459k Abs. 4 StPO-E vor, so trägt er das Risiko seiner eigenen Untätigkeit, da die Befriedigung der Ansprüche der Höhe nach auf den im Einzelfall durch die Verwertung der gepfändeten Gegenstände erzielten Erlös beschränkt ist. Wird er also zu spät tätig, kann es passieren, dass der Erlös bereits an andere Geschädigte ausgekehrt wurde und sein Anspruch nicht mehr befriedigt werden kann. Der Anspruch geht dann ins Leere. Ihm verbleibt jedoch die Möglichkeit, sich an seinen deliktischen Schuldner zu halten.

Mehr als im Verfahren bei Rückübertragung und Herausgabe eines Vermögensgegenstandes, erscheint es für den Verletzten von Wirtschaftsstraftaten angezeigt sich, ungeachtet der Möglichkeiten seine Ansprüche auf Auskehr des Verwertungserlöses im vereinfachten Verfahren nach § 459j Abs. 1 StPO-E geltend zu machen, seine Ansprüche zivilrechtlich titulieren zu lassen, da die Praxis zeigt, dass die im Rahmen der Rückgewinnungshilfe von der Staatsanwaltschaft gem. § 111d StPO ausgebrachten Arreste häufig geringere Summen aufweisen als die zivilrechtlichen Titel wegen der die Zulassung gem. § 111g StPO beantragt wird. Dies führt dazu, dass die Organe der geschädigten Gesellschaft bzw. der Geschädigte selbst, will er nicht auf seine, den im Strafurteil festgestellten Schaden übersteigende Ansprüche von vornherein verzichten, zumindest wegen eines Teils seiner Ansprüche zivilrechtlich gegen den Täter vorgehen muss.¹⁰ Allerdings ist seine Stellung bei der Durchsetzung der übersteigenden Ansprüche nicht besser, als die des im Windhundrennen Unterlegenen, da er, will er schnell agieren, einen Arrestgrund glaubhaft machen muss, was ihm – anders als der Staatsanwaltschaft – in der Regel nicht gelingen wird. Denn nach § 917 Abs. 1 ZPO liegt ein Arrestgrund nur dann vor, wenn zu besorgen ist, dass ohne die Verhängung des Arrests die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

⁹ Seite 102 des Referentenentwurfs.

¹⁰ Zu weiteren Gründen warum ein zivilrechtlicher Titel beschafft werden sollte, Bittmann, ZinsO 2016 (im Erscheinen), III. 6. b) cc).

Der BGH hat in einem Beschluss im Jahre 1983 entschieden, dass regelmäßig ein Arrestgrund besteht, wenn das vorsätzliche, vertragswidrige Verhalten des Schuldners mit einer gegen den Gläubiger gerichteten strafbaren Handlung zusammenfällt.¹¹ Unter Berufung auf diesen Beschluss wurde das Vorliegen eines Arrestgrundes dann lange Zeit angenommen, wenn der Schuldner eine gegen das Vermögen des Antragstellers gerichteten Straftat begangen hatte. Der BGH konnte sich zu dieser Frage ausnahmsweise (obwohl gem. § 542 Abs. 2 ZPO gegen Urteile in einstweiligen Rechtsschutzverfahren keine Revision stattfindet) äußern, da ihm ein Rechtsstreit über die Vergütung eines Rechtsanwaltes zur Entscheidung vorlag.

Die vom BGH vertretene Ansicht wird heute allerdings von der überwiegenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und Landesarbeitsgerichte als unzureichend abgelehnt.¹² Die Gerichte begründen ihre Ansicht insbesondere damit, dass es keinen allgemeinen Erfahrungssatz dafür gäbe, dass ein Beschuldigter, der fremdes Vermögen durch eine vorsätzliche Straftat geschädigt hat, grundsätzlich auch zu einer Vollstreckungsvereitelung bereit sei. Für die Bejahung des Arrestgrundes seien vielmehr zusätzliche Umstände erforderlich, die auf eine konkrete Vollstreckungsvereitelung oder eine wesentliche Vollstreckungser schwerung hindeuten. Solche zusätzlichen Umstände seien beispielsweise dann gegeben, wenn trotz Inhaftierung Vermögensverschiebungen getätigt werden¹³, der Antragsgegner Guthaben von dem für den Antragsteller treuhänderisch verwalteten Konto abhebt¹⁴, das Betriebsgrundstück als einziger körperlicher Vermögensgegenstand veräußert wird¹⁵, sich der Antragsgegner wahrheitswidrig zu seinen Vermögensverhältnissen äußert¹⁶ oder der Arrestgegner gegenüber Dritten die Veräußerung vorhandener Vermögenswerte erklärt¹⁷.

Die Darlegung derartiger zusätzlicher Umstände ist für den Geschädigten in der Praxis aber nur in Ausnahmefällen möglich. Selbst wenn das Strafverfahren vom Geschädigten selbst initiiert wurde, liegen diesem in der Regel keine ausreichenden Informationen über die Vermögensverhältnisse des Täters vor, um nachvollziehen zu können, ob dieser Vermögen verschiebt bzw. verschoben hat.

Zivilverfahren dauerten im Jahr 2014 in der Regel aber bis zur Entscheidung in erster Instanz bei den Amtsgerichten 7,5 Monate¹⁸ und bei den Landgerichten 14,5 Monate.¹⁹ Ging die Sache in Berufung so kamen noch einmal 12 Monate bei einer Berufung beim Oberlandesgericht²⁰ und 9,2 Monate bei einer Berufung zum Landgericht²¹ hinzu. Der Verletzte wird daher nur, wenn er die Straftat nicht anzeigt und sie auch sonst nicht aktenkundig macht, wegen seiner Ansprüche, die den im Strafurteil festgestellten Schaden übersteigen, erfolgreich vollstrecken können. Die Beitreibung eines über dem Verwertungserlös des Rechtspflegers liegenden Betrags wird daher wohl selten zu erwarten sein. Es besteht sogar das Risiko, dass der Geschädigte noch die Kosten des Verfahrens als Sekundärschuldner tragen muss. Insofern wird die Neuregelung in vielen Fällen zu einer Reduzierung der Haftung des Einziehungsadressaten auf den vom Strafgericht der Höhe nach festgestellten Schaden führen. Dies scheint wohl der Preis für den Wegfall des Risikos zu sein, im Windhundrennen nicht als Erster zu vollstrecken.

IV. Schutz des Einziehungsadressaten

Die Inanspruchnahme durch den Staat kann abgewendet werden, soweit der Anspruch des Verletzten bis zur tatrichterlichen Entscheidung erfüllt wird. In diesem Fall ist die Einziehung

¹¹ BGH, Beschluss vom 24.03.1983 – III ZR 116/82.

¹² LAG Ba-Wü, Urteil vom 23.03.2011 – 13 SaGa 2/10; LAG Köln, Beschluss vom 02.03.2011 – 9 Ta 21/11; OLG Bamberg, Urteil vom 12.11.2012 – 4 U 168/12; OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.07.2006 – I-7 U 68/06; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.03.2011 – 19 W 10/11; OLG Hamm, Urteil vom 16.08.2006 – 20 U 84/06; OLG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2001 – 5 W 665/01; OLG Köln, Beschluss vom 16.02.2011 – 4 W 1/11; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.04.2013 – 2 Ws 533/12; OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.05.2009 – 1 Ws 293/09; OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.09.2005 – 4 U 226/05-128; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.06.2014 – 5 W 24/14; OLG Thüringen, Urteil vom 22.03.2006 – 6 U 442/05.

¹³ LAG Hamm, Urteil vom 15.02.2007 – 15 Sa 25/07.

¹⁴ Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 12.01.2009 – 13 W 71/08.

¹⁵ OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2014 – 1 Ws 103/14.

¹⁶ OLG Celle, Beschluss vom 16.07.2007 – 13 W 77/07.

¹⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.10.1996 – 2 UF 140/96.

¹⁸ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 26.

¹⁹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 56.

²⁰ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 102.

²¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 76.

nach § 73d StGB-E ausgeschlossen. Erfolgt die Erfüllung nach Anordnung der Einziehung, so richtet sich der Ausschluss der Vollstreckung nach § 459g Abs. 3 StPO-E.

Erfolgt eine Befriedigung der Ansprüche des Verletzten im Rahmen des Strafvollstreckungsverfahrens oder im Insolvenzverfahren durch die Staatsanwaltschaft als zuständige Vollstreckungsbehörde, so wird der Einziehungsadressat von seiner Schuld befreit. Rechtstechnisch leistet der Staat demnach als Dritter i. S. d. § 267 BGB auf die zivilrechtliche Schuld des von der Einziehung Betroffenen.²²

Das neue Regelungsmodell sieht in § 459l StPO-E auch Handlungs- und Ausgleichsansprüche des Betroffenen gegen den Staat vor. Hierdurch soll der Einziehungsadressat vor einer doppelten Inanspruchnahme geschützt werden. Diese Gefahr besteht immer dann, wenn der Verletzte einerseits seine Schadensersatzansprüche außerhalb des Vollstreckungsverfahrens geltend macht und der Staat andererseits die Einziehung anordnet.

So kann der Einziehungsadressat nach § 459l Abs. 1 StPO-E verlangen, dass der eingezogene Gegenstand nach § 459h Abs. 1 StPO-E an den Verletzten zurückübertragen oder herausgegeben wird. Befriedigt der Einziehungsadressat hingegen den aus der Straftat erwachsenen Anspruch des Verletzten, so kann er vom Staat Ausgleich aus dem Verwertungserlös verlangen, in der Höhe wie er an den Verletzten nach § 459h Abs. 2 StPO-E auszukehren gewesen wäre.

Eine vorherige Befriedigung kann insbesondere dann in Betracht kommen, wenn sich der Einziehungsadressat mit dem Verletzten auf Anregung der Staatsanwaltschaft gem. § 160 Satz 2 StPO-E vergleicht.

V. Insolvenzverfahren, §§ 111i StPO-E und § 459m StPO-E

Der Referentenentwurf enthält in den §§ 111d Abs. 1 und 111h Abs. 1 StPO-E erstmals Regelungen zum Verhältnis der strafprozessualen Sicherung und dem Insolvenzrecht.²³

Die Vollziehung der Beschlagnahme wirkt wie ein gesetzliches Veräußerungsverbot und gestaltet diese insolvenzfest aus. Im Falle des Vermögensarrestes bewirkt dessen Vollziehung ein abgesondertes Befriedigungsrecht, soweit die Rückschlagsperre (§ 88 InsO) oder die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) nicht eingreifen.

Stellt ein Verletzter oder ein anderer Gläubiger einen Insolvenzantrag und wird aufgrund dessen ein Insolvenzverfahren eröffnet, entscheidet sich der Referentenwurf in § 111i Abs. 1 StPO-E zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen strafprozessualer Sicherung und Insolvenzrecht für den Vorrang des Insolvenzrechts. Dementsprechend erlischt das Sicherungsrecht an den gepfändeten Gegenständen oder an dem Erlös aus deren Verwertung. Die Verletzten stehen dann den anderen Insolvenzgläubigern gleich und der Staat hat aus dem Vermögensarrest nur ein nachrangiges Recht.

Gibt es mehrere Verletzte und reicht der Wert der sichergestellten Gegenstände nicht aus, um die geltend gemachten Ansprüche der Verletzten zu befriedigen („Mangelfall“), gilt die Staatsanwaltschaft gem. § 111i Abs. 2 StPO-E, wegen der dann festgestellten Zahlungsunfähigkeit des Einziehungsbetroffenen, als ermächtigt für die Verletzten einen Gläubigerantrag zu stellen. Die Rechtsfolgen richten sich nach § 111i Abs. 1 StPO-E.

VI. Fazit

Mit dem Referentenentwurf ist es gelungen, dass legislatorische Monstrum²⁴ der Rückgewinnungshilfe durch eine vereinfachte und systematisch durchdachte Regelung zu ersetzen, die insbesondere das als ungerecht empfundene Windhundrennen abschafft und an dessen Stelle mehr Verteilungsgerechtigkeit schafft. Die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz veranlasste Debatte über den Entwurf wird wohl noch einige Änderungen und Verbesserungen mit sich bringen, aber auch schon die jetzige Fassung

²² Seite 57 des Referentenentwurfs m. w. N.

²³ vgl. hierzu eingehend Bittmann, NZWiSt, Aprilausgabe 2016 (im Erscheinen), III. 2. d) und IV. sowie ders., Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: Folgen für das Insolvenzverfahren, ZInsO 2016 (im Erscheinen), passim.

²⁴ Achenbach, Festschrift für Blau, 1985, 7, 11

dürfte geeignet sein, die Bedeutung der Vermögensabschöpfung noch deutlich zu steigern und deren Akzeptanz in der Praxis zu erhöhen.

Einführung und Schulung

Arbeitgeberstrafrecht

Rechtsanwalt Dirk Petri, Köln

Vortrag: Arbeitgeberstrafrecht anlässlich der WisteV Neujahrstagung

Man muss sich den Arbeitgeber als glücklichen Menschen vorstellen! Oder ist die Suche nach der optimalen Organisationsstruktur eine vergebliche?

I. Einleitung

Das Arbeitgeberstrafrecht nimmt Fahrt am Ende des ausgehenden 19. Jahrhunderts auf. Es ist die Zeit der Industrialisierung. Nicht zuletzt auch die sozialphilosophischen Ansichten von Marx haben das Arbeitgeberstrafrecht mit begründet. Die Entwicklung ging untrennbar mit den Bedürfnissen nach Schutz der Arbeiterschaft aufgrund der Industrialisierung einher. So wurde etwa am 6.7.1884 (Marx selbst war 1883 verstorben) das Unfallversicherungsgesetz¹ verabschiedet. Das Gesetz ermächtigte die Berufsgenossenschaften erstmals verbindliche Unfallverhütungsvorschriften zu erlassen. Darüber hinaus trat das erste Arbeitsschutzgesetz² am 1.7.1891 in Kraft.

In der Weimarer Republik wurde eine Vielzahl weiterer Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen; z.B. das Betriebsrätegesetz (4.2.1920)³ oder die Verordnung über die Arbeitszeit (21.12.1923)⁴.

Bereits 1931 forderte der leider viel zu früh verstorbene *Max Alsberg*, dass die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen nicht nur als bloße Ordnungswidrigkeit, sondern als echte Straftatbestände gegenüber dem Arbeitgeber geahndet werden sollen.⁵

Die NS-Zeit und die Jahre bis zur Wiedervereinigung will ich an dieser Stelle nicht weiter vertiefen.

Vielmehr kam es dann in den letzten 15 Jahren zur Verabschiedung und Implementierung einer Vielzahl von Straf- und Bußgeldvorschriften auf dem Gebiet des Arbeitslebens. Zu nennen sind hier etwa das ArbSchG, das AEntG, das ArbZG, das SchwarzArbG, jüngst das MiLoG und der Tatbestand des § 266a StGB. Adressat der Gesetze ist der Arbeitgeber. Es handelt sich bei diesen Normen daher um das materielle Arbeitsstrafrecht.

Das materielle Arbeitsstrafrecht ist damit ein wesentliches Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts, das alle spezifischen arbeitsmarktbezogenen Straf- und Bußgeldbestimmungen erfasst.⁶

Da sich die Sanktionsvorschriften des Arbeitsstrafrechts unmittelbar an den Arbeitgeber richten, dienen sie nicht zuletzt der Aufrechterhaltung der sozialstaatlichen Ordnung. In dieser Konzentration auf die soziale Rolle als zentrales Begriffsmoment erweisen sich die hier gemeinten Delikte als Sonderstrafrecht der wirtschaftlich Tätigen.

¹ Dt. RGBl. Bd. 1884, Nr. 19, S. 69-111.

² Dt. RGBl. Bd. 1891, Nr. 18, S. 261-290.

³ RGBl. I 1920, Nr. 26, S. 147-174.

⁴ RGBl. I 1923, S. 1249-1251.

⁵ *Alsberg*, Arbeits- und Finanzstrafrecht (1931), S. 3.

⁶ *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 5.

Das materielle Arbeitsstrafrecht bezieht sich daher im Wesentlichen auf Pflichten, die an den Arbeitgeber-Status anknüpfen. Bei den arbeitsstrafrechtlichen Delikten handelt es sich also um Sonderdelikte der Arbeitgeberschaft und damit um Arbeitgeberstrafrecht.

Welche Delikte sind dann aber Sonderdelikte der Arbeitgeberschaft?

An erster Stelle die Delikte, die einen normspezifischen Bezug zum Arbeitsverhältnis selbst aufweisen. Sie müssen also auf die jeweilige Rolle als Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber fokussieren. Also die Gesamtheit aller Vorschriften, die Verstöße gegen die Grundnormen des sozial geordneten Arbeitslebens sanktionieren.

Weiterhin auch die Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz im weiteren Sinne stehen und die Delikte zum Schutze der Betriebsverfassungsorgane.

Ein weiterer Kernbereich, als Teilmaterie des Abgabenstrafrechts, dürfte die etwaige Lohn- und umsatzsteuerstrafrechtliche Haftung des Arbeitgebers bei § 266a StGB bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung, -entsendung und Mindestlohnverstößen sein; ebenso der Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtendatenschutz nebst der Fragestellungen und Risiken einer unerlaubten Mitarbeiterüberwachung.

Über den materiellen Begriff des Arbeitsstrafrechts hinaus, ist daher für die Definition des Arbeitgeberstrafrechts eine weitergehende formale und funktionale Betrachtungsweise sinnvoll.

Für diese Sicht spricht auch die „Theorie des betrieblichen Zusammenhangs“⁷. Nach dieser sind Allgemeindelikte im Rahmen von § 130 OWiG dann als „betriebsbezogen“ zu werten, wenn diese im Zusammenhang mit der Führung des Betriebs oder Unternehmens stehen.⁸ Klassiker dürften hier Arbeitsunfälle am Arbeitsplatz sein und das öffentliche Arbeitsschutzrecht im Hinblick auf die fahrlässige Körperverletzung und Tötung im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungserbringung.

Der betriebliche Zusammenhang ist daher bspw. gerade auch bei bußgeld- und strafrechtlichen Fehlverhalten im Hinblick auf das Fuhrparkmanagement seitens des Arbeitgebers

- bei Überladungsfällen und drohenden Verfallanordnungen,
- bei Verstößen gegen die Lenkzeitverordnung als Spezialfall des ArbZG und der auch dort drohenden Verfallanordnungen,
- ebenso wie das Fahren ohne Fahrerlaubnis bei Firmenfahrzeugen,
- von erheblicher straf- und haftungsrechtlicher Relevanz für den Arbeitgeber.

Das Arbeitgeberstrafrecht umfasst daher über das materielle Arbeitsstrafrecht hinaus grundsätzlich sämtliche Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz jedenfalls in einem akzessorischen und funktionalen Verhältnis hierzu stehen.

Zusammengefasst erstreckt sich der Begriff des Arbeitgeberstrafrechts mithin auf die Summe der Vorschriften, die im Bereich der Personalverantwortung des Arbeitgebers ein Strafbarkeitsrisiko bzw. das Risiko der Heranziehung zu einem Bußgeld statuieren.⁹

Demgemäß stellen sich im Hinblick auf Präventionsmaßnahmen für den Arbeitgeber auch nachhaltige Fragestellungen für Inhalt und Umfang arbeitsstrafrechtlicher Compliance. Denn die Arbeitgeberbereitschaft ist ein strafbegründendes persönliches Merkmal nach § 14 StGB bzw. § 9 OWiG.

II. Geschäftsherrenhaftung

Der BGH¹⁰ (5. Senat) hat die Geschäftsherrenhaftung 2009 in dem viel beachteten *obiter dictum* zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR) im Hinblick auf die Garantenstellung des unternehmerischen Leitungspersonals soweit ersichtlich erstmals thematisiert.

⁷ Vgl. den Meinungsstand zusammenfassend: Rogall, in: KK-OWiG, § 130 Rn. 86 m.w.N.

⁸ Achenbach, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., S. 42 f. m.w.N.;

⁹ Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 5; ebenfalls für eine weite Definition des Arbeitsstrafrechts: von Heintschel-Heinegg, in: Beck-OK StGB Arbeitsstrafrecht, Rn. 1.1.; für eine enge Begriffsbestimmung: Ignor/Mosbacher, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 1.; Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Kap. 1 Rn. 12.

¹⁰ BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173 (m. Anm. Stoffers) = JuS 2009, 1142 (m. Anm. Jahn).

Sodann hat der BGH¹¹ (4. Senat) 2011 ausdrücklich die Garantenstellung aus betrieblicher Organisationsmacht anerkannt und die BSR-Rechtsprechung damit gefestigt. Erstmals hat der BGH mit dieser Entscheidung damit die Generalverantwortung bzw. Allzuständigkeit der Geschäftsleitung über die Lederspray-Entscheidung hinaus, im Rahmen der sog. Geschäftsherrenhaftung als selbständige Quelle einer Garantenstellung ausdrücklich anerkannt.

Im konkreten Fall, es handelte sich um einen Mobbing Sachverhalt, hatte der BGH zwar die Geschäftsherrenhaftung verneint, aber dennoch zentrale Ausführungen zur Geschäftsherrenhaftung gemacht.

Denn ausweislich der Begründung des Urteils begründet die Geschäftsherrenhaftung für die Arbeitgeberseite bzw. die in der betrieblichen Organisation und Leitung zuständigen Personen die Pflicht, betriebsbezogene Straftaten von Mitarbeitern zu verhindern. Erforderlich ist also ein innerer Zusammenhang zwischen der konkreten Straftat und dem Betrieb, so dass Straftaten, die lediglich bei Gelegenheit der betriebsbezogenen Tätigkeit verübt werden, nach dem BGH keine Garantenstellung des Arbeitgebers zum Eingriff begründen sollen.

Der BGH hat im Rahmen der Entscheidung grundsätzlich auch hervorgehoben, dass den Arbeitgeber eine Schutzpflicht aus § 618 BGB gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer treffen kann.¹² Weiterhin hat der BGH unter Bezugnahme auf die BSR-Entscheidung ausgeführt, dass auch eine arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht aus § 618 BGB im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter in Betracht kommen kann.

Ausweislich der Entscheidung des BGH kann damit der Arbeitgeber bzw. bestimmte exponierte Vertreter des Unternehmens im Einzelfall dazu verpflichtet sein, nach ihren Möglichkeiten und tatsächlich übernommenen Pflichten betriebsbezogene Straftaten Unternehmensangehöriger zu verhüten; andernfalls droht ihnen eine strafrechtliche Verfolgung.

Der BGH legt im Rahmen des Urteils zwar kein umfassendes Konzept der sog. Geschäftsherrenhaftung vor. Der Senat scheint allerdings die Betriebsbezogenheit mit der spezifischen Gefährlichkeit von Tätigkeiten in einem bestimmten Betrieb zu konkretisieren. Er scheint daher den Ansatz zu verfolgen, die Geschäftsherrenhaftung in erster Linie mit der Verantwortlichkeit des Geschäftsherren für die „Gefahrenquelle Betrieb“ zu begründen. Mit anderen Worten: Die „Gefahrenquelle Betrieb“ mit der Verantwortung des Arbeitgebers und Geschäftsherren für die Eindämmung bestimmter Sach- und Personengefahren aus der von ihm eröffneten und (möglichst risikominimierend) zu organisierenden Geschäftstätigkeit zu legitimieren.¹³

Es spricht wohl viel dafür, dass der BGH hier aber keine allzu enge Sichtweise favorisiert: Erstens kann sich die Betriebsbezogenheit nach seinem Verständnis aus einer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit oder wegen einer spezifischen Gefahr des Betriebs ergeben¹⁴. Zweitens grenzt der Senat die Betriebsbezogenheit negativ ab, indem er solche Delikte als Exzesstaten ausscheidet, die sich außerhalb des Betriebs ebenso ereignen können.

Die Geschäftsherrenhaftung im Sinne des Arbeitgeberstrafrechts dürfte damit im Kontext von Zurechnungsmodellen stehen, die sich auf hierarchisch gegliederte soziale Systeme beziehen. Im Mittelpunkt steht damit die Befehls- und Organisationsherrschaft des Betriebsinhabers gegenüber weisungsgebundenen Untergebenen und damit letztendlich der Gesichtspunkt der sozialen Herrschaft und Fürsorge.

Die Geschäftsherrenhaftung im Sinne des Arbeitgeberstrafrechts setzt damit ein Handeln oder Unterlassen des Arbeitgebers voraus – sofern den Arbeitgeber erstens eine konkrete Schutzpflicht aus § 618 BGB trifft und zweitens ein enger sachlicher Bezug des Tatverhaltens zur vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung besteht.

Zentrales Moment für das Arbeitgeberstrafrecht und die Geschäftsherrenhaftung dürfte im Ergebnis also eine mehr oder weniger strikte „Arbeitsrechtsakzessorietät“ sein.

¹¹ BGHSt 57, 42 = BB 2012, S. 157 = CCZ 2012, 157 (m. Anm. Poguntke) = wistra 2012, 64.

¹² BGH CCZ 2012, 157 unter Verweis auf BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 9.

¹³ Vgl. hierzu: Fischer StGB, 63. Aufl., § 13 Rn. 38; Ransiek AG 2010, 147, 150 f.

¹⁴ Rn. 13 u. 15 d. Urt.

III. Arbeitgeber

Die Frage, wer Arbeitgeber ist, betrifft ein Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf § 266a StGB und die Fälle von Scheinselbständigkeit. Ebenso aber auch in den Fällen der Überlassung von Arbeitnehmern auf Basis von Werkverträgen.

Ob abhängige Beschäftigung oder Selbständigkeit bejaht oder verneint wird, kann daher unterschiedlich ausfallen – was insbesondere auch für den Instanzenzug gilt. Das Phänomen beschäftigt nicht nur Strafgerichte und Sozialgerichte, sondern zur Feststellung der richtigen Steuerart auch Finanzgerichte und im Rahmen der Inanspruchnahme von Arbeitnehmerschutzrechten auch die Arbeitsgerichte.

Jede Gerichtsbarkeit entscheidet nach der Auslegung ihrer spezifischen Rechtsgrundlagen und sie kommen dabei wahrlich nicht immer zu denselben Ergebnissen. Selbst innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit kann es zu unterschiedlichen Beurteilungen eines Berufsbildes kommen.

Der Arbeitgeberbegriff ist im Arbeitsrecht definiert. Arbeitgeber ist danach derjenige, der Arbeitnehmer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigt.¹⁵

Der Begriff des Arbeitgebers ist im Sozialversicherungsrecht nicht definiert. Hingegen aber der Arbeitnehmerbegriff:

*„Beschäftigung ist nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“.*¹⁶

Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung.¹⁷ Das Weisungsrecht kann insbesondere bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, es darf jedoch nicht vollständig entfallen.

Das BSG¹⁸ bestimmt das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit anhand eines Indizienkatalogs u.a. im Hinblick auf:

- Konkurrenzverbot,
- kein Urlaubsantritt ohne Genehmigung ,
- oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung sind alle vorliegenden Indizien abschließend zu gewichten und abzuwägen, um so zu einem Gesamtbild zu kommen.

Der Arbeitnehmer im Lohnsteuerrecht ist ähnlich wie im Sozialversicherungsrecht nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen; es müssen auch hier die für und gegen die Selbständigkeit sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen werden, so dass die gewichtigeren Merkmale sodann für die Gesamtbeurteilung maßgebend sind.

Eine eigenständige Legaldefinition zum Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriff enthält das StGB hingegen nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁹ bestimmt sich der strafrechtliche Arbeitgeberbegriff im Rahmen der Prüfung des § 266a StGB als Sonderdelikt nach dem Sozialversicherungsrecht, welches wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt.

Besondere Bedeutung legt der BGH auf das Weisungsrecht sowie die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers. Grundsätzlich soll danach zwar der Wille der Vertragsparteien ausschlaggebend sein, eine nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehende Sozialversicherungspflicht sollen die Beteiligten aber nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung umgehen können. Es besteht also ein Umgehungsverbot.

Maßgeblich für die Frage des Vorliegens eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses und damit auch für die strafrechtliche Frage der Anwendbarkeit von § 266a StGB sind damit die genau herauszuarbeitenden und zu konkretisierenden Umstände

¹⁵ vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Hausmeister; BAP AP Nr. 15 zu § 20 BetrVG 1972; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., § 611 Rn. 183.

¹⁶ § 7 Abs. 1 SGB IV.

¹⁷ BSG AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

¹⁸ BSG, Urt. v. 4.3.2012 – B 12 KR 24/10, BeckRS 2012, 74834; jüngst erst wieder durch das LSG NRW bestätigt: BeckRS 2015, 69230

¹⁹ BGH NSTZ 2015, 648.

des Einzelfalls, die dann, sorgfältig gewichtet und am besten tabellarisch gegenübergestellt, in eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände einzustellen sind.

IV. Scheinselbständigkeit

Mit Beschluss des BGH²⁰ vom 24.6.2015 hat der 1. Senat (!), der für seine progressive Rechtsprechung nicht unbedingt bekannt ist, erneut dieses Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts, nämlich die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit, aufgearbeitet.

Die herausgehobene Bedeutung des Beschlusses kann für die Praxis gar nicht hoch genug angesetzt werden. Denn in jüngerer Zeit ist zu konstatieren, dass sich die Rentenversicherungsträger vorschnell auf eine unselbständige Tätigkeit – sprich Scheinselbständigkeit²¹ – einschließen. Die DRV unterlässt dabei immer häufiger die vom BGH geforderte abwägende Gesamtbetrachtung und fokussiert stattdessen ausschließlich auf einzelne Indizien. Die fehlende Gesamtbetrachtung setzt sich dann regelmäßig in einer identischen Rechtsauffassung des Zolls, der Steuerfahndung und nicht zuletzt der Staatsanwaltschaft fort. Wehret also den Anfängen!

Der BGH hat in dem Beschluss hingegen besonderes Gewicht auf die wertende Gesamtbetrachtung und konkret u.a. auch darauf gelegt, dass es

- der Wille der Arbeiter war, als Selbständiger tätig zu werden,
- die Arbeiter frei waren, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen,
- einen Gewerbeschein hatten,
- eigene Betriebs-, bzw. Steuernummern,
- Verträge auch mit anderen Auftraggebern abschlossen,
- Weisungen im Einzelfall vor Ort nicht erteilt wurden,
- und auch das Gewerbeamt noch das Finanzamt das Geschäftsmodell beanstandet hat.

Im Ergebnis hat daher der BGH folgerichtig die Arbeitgebereigenschaft verneint und dabei insbesondere auf den Umstand hingewiesen, dass es „völlig an einer Einbindung in den Betrieb“ fehlte. Was in dem Fall auch nicht verwunderlich war, da es sich um einen Einmannbetrieb gehandelt hat. Dieser bestand aus dem Firmen-PKW und einer im PKW aufbewahrten Datenbank mit Adressen von möglicherweise arbeitswilligen Personen und möglicher Auftraggeber-Firmen.

Der Beschluss ist aber auch prozessual von besonderer Bedeutung für das Arbeitgeberstrafrecht. Denn auch der Schuldspruch hatte keinen Bestand. Da bei gleichzeitigem Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge nach Abs. 1 und Arbeitnehmerbeiträgen nach Abs. 2 Nr. 2 keine Tateinheit, sondern eine einheitliche Tat vorliegt, so dass Abs. 2 Nr. 2 lediglich im Rahmen des Schuldumfangs Berücksichtigung findet. Danach hatten auch die Feststellungen zur Beschlagnahme bzw. Verfall nach § 111i StPO keinen Bestand.

Der Senat hat die Sache darüber hinaus an ein anderes Landgericht zurückverwiesen und dabei darauf hingewiesen, dass die Zurückverweisung an eine Wirtschaftsstrafkammer angezeigt ist, da zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind. Dies ist deswegen von Bedeutung, da wegen der Überlastungen der Wirtschaftsstrafkammern regelmäßig solche Sachverhalte in jüngerer Zeit zum Schöffengericht angeklagt werden.

Wünschenswert wäre allerdings gewesen, wenn der Senat gerade diesen Sachverhalt zum Anlass genommen hätte, auch Ausführungen zur Frage eines etwaigen unvermeidbaren Verbotsirrtums zu machen. Dies hat er leider unterlassen.

Ebenso sind Strafzumessungsgesichtspunkte für den Arbeitgeber von zentraler Bedeutung. An dieser Stelle ist daher auf eine erfreuliche Entscheidung des LG Bonn²² vom 1.10.2012

²⁰ Wie vor.

²¹ Zum „Brennpunkt Scheinselbständigkeit“ vgl. *Mette*, NZS 2015, 721.

²² LG Bonn, Ur. v. 1.10.2012 – 27a KLS-430 Js 1700/07-4/12 = BeckRS 2013, 12188 = NZWiSt 2015, 344 (m. Anm. *Gehm*).

hinzuweisen. Dort hatten sich mehrere Personen zusammengeschlossen, um mittels Abdeckrechnungen Lohnsteuer zu hinterziehen und Arbeitsentgelt vorzuenthalten und zu veruntreuen, so dass das LG Bonn sie in ihrer Gesamtheit als (sittenwidrige) GbR Arbeitgeber im lohnsteuer- und sozialrechtlichen Sinne angesehen hat. Die Kammer hat aber dennoch trotz der Überschreitung der hinterzogenen Lohnsteuer im siebenstelligen Bereich – entgegen der Rechtsprechung des BGH –, wobei bei Serientaten eine Addition für die Strafzumessungsgrenze vorzunehmen ist, noch Bewährungsstrafen verhängt. Die Entscheidung des LG Bonn dient damit als Beispiel dafür, dass die Instanzgerichte die strengen Vorgaben des BGH zur Strafzumessung bisweilen recht milde umsetzen. Für die Strafverteidigung dürften die umfassenden Entscheidungsgründe insofern als Argumentationshilfe von nicht unerheblicher Bedeutung sein.

Grundsätzlich ist jedenfalls zu konstatieren, dass die Zahl der echten Grenzfälle in der Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit zunehmen wird. Dies ist zum einen dem Versuch geschuldet, die Lasten der Sozialversicherung zu umgehen.

Allerdings passen auf der anderen Seite – außer bei klassischen Handwerksberufen – in einigen Wirtschaftsbereichen anerkannte typusbildende Kriterien nicht, weil neue Arbeitsformen, wie Heim- und Telearbeit an Bedeutung gewinnen und sich die Arbeitswelt im Sinne einer Intellektualisierung, Akademisierung und Entmaterialisierung des Betriebsbegriffs ohnehin verändert.

V. Arbeitnehmerüberlassung

Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt regelmäßig eine Überlassung nicht nur bei einfachen Arbeiten, sondern vielmehr in einer virtuellen Arbeitswelt auch hochspezialisierter und – qualifizierter Mitarbeiter, deren Wissen ihr wichtigstes und häufig einziges Betriebskapital ist. Stichwort soll hier nur sein: die Beschäftigung von Fachkräften im Rahmen des Contractings²³.

Dabei ist grundsätzlich zu konstatieren, dass sog. Scheinwerkverträge seit der Reform des AÜG im Jahr 2011 vermehrt als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung herangezogen werden. Denn seit 2011 darf eine Überlassung nur noch „vorübergehend“ erfolgen. Die Arbeitnehmerüberlassung dürfte daher als Form des dauerhaften Fremdpersonaleinsatzes – jedenfalls vorläufig – ausgedient haben. Denn der Koalitionsvertrag der Großen Koalition sieht diesbezüglich vor, den Zeitraum auf 18 Monate zu begrenzen.²⁴ Dies hatte und hat zur Folge, dass der gleichwohl vorhandene Personalbedarf in vielen Fällen durch die Vergabe von Scheinwerkverträgen gedeckt wurde und wird.

Bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis sind die rechtlichen Konsequenzen klar. Sämtliche Verträge sind gem. § 117 BGB unwirksam und es kommt in diesem Fall zu einer Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher. Verleiher und Entleiher haften gesamtschuldnerisch. Beide kommen als Täter von § 266a StGB in Betracht.

Wie sieht es aber bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis aus?

Das BAG²⁵ vertritt hier die arbeitgeberfreundliche Auffassung, dass auch bei Werkverträgen zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher (dem Auftraggeber) kein Arbeitsverhältnis zu Stande kommt, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers (entgegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) nicht nur vorübergehend erfolgt. Zwar sei eine nicht nur „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung durch die derzeit geltende Fassung des AÜG nicht gedeckt. Dennoch komme weder eine unmittelbare noch eine analoge oder gar richtlinienkonforme Auslegung des (§ 10) AÜG in Betracht. Vielmehr schreibt das BAG dem Gesetzgeber ins Stammbuch, es sei alleine seine Sache, die Konsequenzen einer nicht nur vorübergehend erfolgten Überlassung zu regeln.

Diese Sichtweise des BAG findet sich erfreulicherweise auch in der jüngsten Instanzrechtsprechung wieder. Das LAG Baden-Württemberg²⁶ hat mit Urteil vom 18.12.2014 festgehalten, dass die durch das BAG aufgestellten Grundsätze auch gelten, wenn die Arbeitnehmer-

²³ Vgl. Lange, NZWist 2015, 248.

²⁴ Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode S. 49 f.

²⁵ BAG NJW 2014, 956.

²⁶ LAG Baden-Württemberg GWR 2015, 174 = BeckRS 2015, 66007.

überlassung im Rahmen eines Scheinwerkvertrags erfolgt. Wesentlich sei nur, dass eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung überhaupt vorliege. Folgerichtig hat die Kammer auch nicht die Revision zum BAG zugelassen.

Wehmutstropfen ist allerdings das wenige Tage zuvor von einer andere Kammer des LAG Baden-Württemberg²⁷ am 3.12.2014 ergangene Urteil. Dort wurden die für den Entleiher unerfreulichen Feststellungen getroffen, dass eine als „Werkvertrag“ bezeichnete Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall trotz Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu einer Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führen kann.

Das soll dann der Fall sein, wenn sowohl dem Verleiher als auch dem Entleiher positiv bekannt ist, dass der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert werden und der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen soll. Dies soll zumindest dann gelten, wenn zugleich der Charakter der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber dem Arbeitnehmer verschleiert wird (widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB).

Denn der Entleiher hätte im Rahmen seines Vertrages mit dem Arbeitnehmer des Verleihers darauf hinweisen müssen, dass es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handeln würde. Das Urteil liegt dem BAG zur Entscheidung vor. Bis dahin besteht jedenfalls das Risiko, dass auch bei Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis die gesetzliche Fiktion (§§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG) für anwendbar erklärt wird, mit der Rechtsfolge, dass ein Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und der eingesetzten Arbeitskraft fingiert wird und der Entleiher auch als Arbeitgeber im Sinne des Strafrechts gesehen wird.²⁸

Es bleibt also die weitere Entwicklung der „Vorratsrechtsprechung“ abzuwarten.

VI. Verfahrensfragen

Der Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft lässt sich durch ein kostenloses Anfrageverfahren bei der jeweiligen Einzugsstelle umgehen (§ 28 h Abs. 2 S. 1 SGB IV). Ebenso kann ein Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund durchgeführt werden (§ 7a SGB IV). Ein Anfrageverfahren scheidet jedoch aus, wenn bereits im Rahmen einer Betriebsprüfung ein entsprechendes Feststellungsverfahren eingeleitet worden ist.

Nach der Rechtsprechung des BSG²⁹ kann der Verzicht auf einen Antrag sogar im Sinne einer vorsätzlichen Handlung vorwerfbar sein, soweit es die beitragsrechtlichen Folgen einer Fehlbeurteilung des Betroffenen anbelangt.

Parallel zu einem etwaigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gegen den Bescheid oder aber Schätzbescheid das Sozialgericht eingeschaltet werden. Denn die Sozialgerichte sind nicht nur im Rahmen der Überprüfung von Betriebsprüfungsverfahren mit der Frage nach Scheinselbstständigkeit befasst, sie entscheiden auch über strittige Statusfeststellungen gegenüber der DRV Bund und den Krankenkassen als Einzugsstellen.

Eine Berufung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutz ist in der Regel zwar nicht erfolgsversprechend. Auch wenn eine frühere Betriebsprüfung keine Beanstandung ergeben hat und dieselben Mitarbeiter im Prüfungszeitraum als Selbständige nicht aufgefallen sind. Hieraus ergibt sich nach der Rechtsprechung des BSG³⁰, dass Arbeitgeber aus solchen Betriebsprüfungen von Seiten der DRV keine weitergehenden Rechte herleiten könnten.

Der 12. Senat des BSG³¹ wendet diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung auch bei Betriebsprüfungen in „kleineren“ Betrieben an. Selbst für sog. Kleinstbetriebe mit nur einem einzigen „Aushilfsarbeiter“ hat er eine Verpflichtung der Prüfbehörden verneint, die versicherungsrechtlichen Verhältnisse der (aller) Mitarbeiter vollständig zu beurteilen. Dennoch gibt es immer wieder Instanzrechtsprechung der Sozialgerichte, die den Vertrauensgrundsatz, u.a. um Vergleiche zwischen Arbeitgeberseite und Rentenversicherung zu erreichen, anwenden.

²⁷ NZA-RR 2015, 177.

²⁸ So auch Baeck/Winzer, NZA 2015, 269, 272.

²⁹ BSGE 119, 254.

³⁰ BSGE 115, 1.

³¹ Vgl. BSGE 93, 119.

Auch wenn das BSG den Vertrauensschutz verneinen sollte, sind beanstandungsfreie Betriebsprüfungen für die Begründung eines strafrechtlich relevanten Irrtums aus Verteidigersicht immer zu thematisieren – zumal entgegen der wohl herrschenden Sicht in der Rechtsprechung ein Irrtum über die Arbeitgeberbereignschaft in der Regel nur einen vermeidbaren Verbotsirrtum begründen soll.

Gerade wenn es sich um einen sozialversicherungsrechtlichen Sachverhalt handelt, der in seiner rechtlichen Bewertung gerade gewisse Schwierigkeiten bereitet und im Ergebnis kontrovers beurteilt werden kann – insbesondere wenn sich ggf. bereits ein Fachgericht der Auffassung des Arbeitgebers angeschlossen hat, ist in einer solchen Konstellation von Laien nicht zu erwarten, dass sie zu einem anderen Ergebnis hätten kommen müssen.

Die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens sollte wegen der Dauer aber dennoch auf Zweifelsfälle begrenzt bleiben; ebenso sollte sie unbedingt juristisch begleitet werden.

Stattdessen ist es vielmehr sinnvoll in der Planungsphase zur Begründung einer selbständigen Tätigkeit oder auch in Fällen von Umstrukturierungen, wie z.B. Outsourcing oder der Umwandlung von Beschäftigungsverhältnissen in freie Mitarbeiterverhältnisse, zu prüfen, welche arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Spielräume zu einer strafrechtlich sicheren Gestaltung des gewünschten Ergebnisses bestehen.

So sollte beispielsweise im Vorfeld der Beauftragung eines freien Mitarbeiters geprüft werden, ob dieses Vertragsverhältnis zwingend mit einer natürlichen Person abzuschließen ist, oder aber auch über eine (neu zu gründende) juristische Person begründet werden kann. Darüber hinaus bestehen insbesondere bei dem Abschluss von Verträgen mit Gesellschaftergeschäftsführern einer GmbH vielfältige arbeits- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsspielräume

- z.B. Vereinbarung einer Sperrminorität;
- Gestaltung der Weisungsbefugnisse;
- Umfang der Kapitalbeteiligung,

mit deren Hilfe das aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht gewünschte Ergebnis erzielt werden kann.

VII. Konsequenzen für das Unternehmen

Kommen wir von den Verfahrensfragen und den gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zu den vielfältigen Konsequenzen auf Arbeitgeberseite!

Beginnen wir exemplarisch mit dem Beispiel von Mindestlohnverstößen³²:

Beim Mindestlohnverstoß werden Ordnungswidrigkeit und Straftat nach dem BGH³³ tatmehrheitlich verwirklicht. D.h. auch für den Fall, dass das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nach § 153a StPO eingestellt wird, kann die Ordnungswidrigkeit von der Verwaltungsbehörde mit allen Konsequenzen weiter verfolgt werden, so dass dennoch eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro droht.

Kommen wir zu einem weiteren Beispiel hinsichtlich der Scheinselbständigkeit, was häufig fahrlässig übersehen wird:

Sind die bisher dargestellten Beitragsrisiken noch ansatzweise kalkulierbar, ergibt ein möglicher unfallversicherungsrechtlicher Regress ein schier unberechenbares Risiko. Das LSG Hamburg³⁴ hatte den Fall eines Trockenbauers zu entscheiden. Im Hinblick auf die Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls kam das Gericht zu einer abhängigen Beschäftigung und bejahte damit einen Arbeitsunfall des Arbeitnehmers.

Denn verunfallt ein nur dem Schein nach Selbständiger oder schwarz Beschäftigter, hat der in Wirklichkeit verantwortliche Arbeitgeber dem Unfallversicherungsträger alle, d. h. sämtliche Aufwendungen zu ersetzen. Die Aufwendungen umfassen Heilbehandlung einschl. Re-

³² Vgl. a. Klötzer-Assion/Mahnhold, wistra 2015, 88.

³³ BGH wistra 2012, 307.

³⁴ LSG Hamburg, Urteil vom 09.06.2009 - L 3 U 42/07 = BeckRS 2009, 69403.

ha, Verletztengeld, Verletztenrente, berufliche Wiedereingliederung und Witwen- und Waisenrenten.

Kommen wir zu den weiteren außerstrafrechtlichen Risiken – es drohen dem Arbeitgeber:

- Eintrag in das Gewerbezentralregister bei Geldbußen von mehr als 200,00 Euro (MiLoG),
- 5-jährigen Ausschlussgrund nach GmbHG und AktG bei einer Verurteilung nach § 266a StGB und einer Mindeststrafe von einem Jahr,
- Berufs- oder Gewerbeverbot,
- Gewerbeuntersagung,
- Ausschluss von öffentlichen Aufträgen,
- Ausschluss vom Wettbewerb,
- Eintragung in Antikorruptionsregister,
- etwaige Generalunternehmerhaftung nach SGB IV bei unterlassener Zahlung des Subunternehmers im Baugewerbe,
- etwaige verschuldensunabhängige Auftraggeberhaftung nach § 13 MiLoG (bzw. § 14 AEntG),
- etwaige Rücknahme der Erlaubnis für den Güterkraftverkehr und last but not least die
- Entziehung der Waffenbesitzkarte bzw. des Jagdscheins.

VIII. Ansätze zur Risikominimierung

Die personellen Ressourcen eines Arbeitgebers und dessen Personalmanagement sind für den wirtschaftlichen Erfolg von zentraler Bedeutung.

Dabei geht es allerdings zunehmend nicht nur darum, für alle Ebenen des Unternehmens qualifizierte Arbeitnehmer zu gewinnen, sondern auch darum, die Beschäftigten so einzusetzen, anzuweisen und zu überwachen, dass weder diese selbst noch Dritte geschädigt werden.

Insoweit hängt ein erfolgreiches Risikomanagement des Arbeitgebers, das z.B. im Bereich des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit von zentraler Bedeutung ist, eng mit dem Personalmanagement des Arbeitgebers zusammen. Das Personalmanagement ist daher ein entscheidender Faktor bei der Verhütung von Fehlverhalten und Straftaten im Unternehmenskontext und damit ein wesentlicher Beitrag zur Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens.

So liegen u.a. im Hinblick auf die ergangene Rechtsprechung zum AEntG Risiken im Arbeitgeberstrafrecht regelmäßig in der Person des Auftragnehmers und Vertragspartners begründet. Die Einholung von Informationen ist daher unbedingt geboten. Ob und welche Unterlagen vom Auftragnehmer angefordert werden können, ist im Lichte des Beschäftigtendatenschutzes zu klären. Es empfehlen sich jedenfalls Verpflichtungserklärungen und etwaige Sicherheitseinbehalte oder aber Bankbürgschaften. Aber: Glauben ist gut, Wissen ist besser – also stichprobenartige Kontrollen. Und diese sollte auch vertraglich geregelt sein.

Grundsätzlich gilt: wer Kontrollrechte vereinbart, muss diese auch wahrnehmen. Wie für alle Compliance-Maßnahmen gilt, ein nicht gelebtes „Papier“ mutiert zum „Feigenblatt“ – andererseits oder allgemeiner als Kardinalsfrage formuliert: muss der Arbeitgeber den vertraglichen Abmachungen gleichzeitig wieder misstrauen und wird dann aus seinem Nichthandeln eine Fahrlässigkeitstat?

Als Fazit lässt sich jedenfalls festhalten: Arbeitgeber zu sein, ist eine gefahrgeneigte Tätigkeit! Dennoch muss man sich den Arbeitgeber als glücklichen Menschen vorstellen! Denn bei aller Betonung von ungewollten Nebenfolgen, Paradoxien und Widersprüchen – der absurde Traum von der optimalen Organisationsstruktur wird fortbestehen und hat in seiner Funktionalität wohl auch seine Daseinsberechtigung.

Nur weil der Felsbrocken immer wieder erst kurz vor dem Gipfel den Berg hinunterrollt, setzt Sisyphos dennoch seine Bemühungen fort – und auch ihn stellt uns *Albert Camus* als glücklichen Menschen vor!

Gleiches gilt bei dieser Parabel also auch für den Arbeitgeber: Er kann die ungewollten Nebenfolgen, Paradoxien und Widersprüche auf dem Weg zur optimalen Organisationsstruktur nicht zum Anlass nehmen, die Suche danach aufzugeben. Vielmehr zeigt sich dem Arbeitgeber erst in der Fortsetzung der vergeblichen Suche nach der optimalen Organisationsstruktur der Sinn all dieser Widrigkeiten!

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Entbindungsbefugnis des Insolvenzverwalters - § 53 Abs. 1 StPO

Der Insolvenzverwalter kann in einem Strafverfahren gegen frühere Organe der insolventen juristischen Person Berufsgeheimnisträger von der Wahrung ihrer Schweigepflicht umfassend entbinden. Eine zusätzliche Entbindungserklärung des ehemaligen Geschäftsführers bzw. Vorstands ist nicht erforderlich.

OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 – 2 Ws 544/15, StV 2016, 8 = ZInsO 2016,157; zu der Entscheidung s. die krit. Anm. von Gatzweiler/Wöly, StV 2016, 10, und von Weber, FD-StrafR 2016, 375400

Ob der Insolvenzverwalter einen Berufsgeheimnisträger von der Schweigepflicht entbinden kann, ist noch immer umstritten. Teils wird vertreten, dass daneben auch das (frühere) Organ eine kumulative Entbindungserklärung abgeben muss (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.1992 – 1 Ws 1166/92, wistra 1993, 120). Der Senat schließt sich aber explizit der Gegenauffassung an (vgl. schon Weyand, wistra 1995, 240; OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399). Nach ihr ist allein die juristische Person in ihren „Geheimnissen“ geschützt. Nur sie hat die Entscheidungsbefugnis darüber, ob eine von ihr beauftragte Person von der Schweigepflicht zu entbinden ist. Die Entscheidung trifft daher allein der gesetzliche Vertreter des Unternehmens zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Früheren Organen steht eine solche Befugnis unabhängig von dem Grund, aus dem sie ausgeschieden sind, nicht mehr zu. Auf deren (zusätzliche) Erklärung kommt es nicht mehr an. Im Fall einer Insolvenz geht die Befugnis vollständig auf den Insolvenzverwalter über. Möglicherweise anders ist zu entscheiden, wenn sowohl die juristische Person als auch deren früheres Organ den Berufsgeheimnisträger beauftragt haben. Denn dann können gleichfalls persönliche oder private Interessen des Betroffenen von einer Aussage berührt sein. Ein solches Doppelmandat lag in der zu entscheidenden Sache aber unstreitig nicht vor, weshalb der Senat diese Frage letztlich offen lässt.

2. Beschlagnahmefreiheit von Anwaltsunterlagen - § 97 StPO

Verteidigungsunterlagen im Sinne des § 148 StPO sind auch dann beschlagnahmefrei, wenn sie sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Betroffenen ist dabei keine notwendige Voraussetzung. Eine schutzwürdige Vertrauensbeziehung zur Vorbereitung einer Verteidigung kann auch dann bestehen, wenn der potentiell Beschuldigte lediglich befürchtet, es werde zukünftig ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt.

LG Braunschweig, Beschluss vom 21.07.2015 – 6 Qs 116/15, wistra 2016, 40; zu der Entscheidung s. die Anm. von Szesny, BB 2015, 2772, und von Helck, jurisPR-Compl 3/2015 Anm. 1

Die Entscheidung betrifft die Beschlagnahme von Unterlagen, die von mit *internal investigations* beauftragten Rechtsanwälten erstellt worden waren. In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung die Beschlagnahmefreiheit derartiger Unterlagen grundsätzlich abgelehnt; vgl. LG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2011 – 608 Qs 18/10, wistra 2011, 192, sowie auch LG Mannheim, Beschluss vom 03.07.2010 – 24 Qs 1/12 und 2/12, wistra 2012, 400. Das LG Braunschweig ist weitergehend der Auffassung, auch derartige Dokumente unterlägen dem Beschlagnahmeprivileg des § 97 StPO.

3. Akteneinsichtsrecht des Verletzten - § 406e StPO

Das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten kann dem Verletzten auch dann uneingeschränkt zustehen, wenn seine Angaben zum Kerngeschehen von der Einlassung des Angeklagten abweichen und eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt. Der Gefahr der Beeinträchtigung des Untersuchungszwecks (§ 406e Abs. 2 Satz 2 StPO - hier durch Erschweren der Beweiswürdigung) kann dadurch begegnet werden, dass der Verfahrensbevollmächtigte des Verletzten zusichert, die Akten an den Verletzten nicht weiterzugeben.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 03.12.2015 – 1 Ws 309/15, wistra 2016, xxx; zu der Entscheidung s. die krit. Anm. von Meyer-Lohkamp, jurisPR-StrafR 2/2016 Anm. 5. A.A. OLG Hamburg, Beschluss vom 24.10.2014 – 1 Ws 110/14, NStZ 2015, 105 mit Anm. Radtke; hier nach ist Akteneinsicht zu versagen, wenn die Angaben des Verletzten zum Kerngeschehen von der Einlassung des Angeklagten abweichen und eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt. Umfassend zu der Problematik vgl. Baumhöfener, NStZ 2014, 135.

II. Materielles Strafrecht

Besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit - § 335 Abs. 2 StGB

Ein Vorteil „großen Ausmaßes“ i.S.d. § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB liegt jedenfalls bei einem Betrag von mehr als 50.000 € vor.

BGH, Urteil vom 23.11.2015 – 5 StR 352/15, wistra 2016, 155

Der Senat überträgt die diesbezügliche Rechtsprechung zum § 263 Abs. 2 Nr. 2 1. Alternative (BGH, Urteil vom 07.10.2003 – 1 StR 274/03, wistra 2004, 22; s. auch BGH, Urteil vom 20.11.1990 – 1 StR 548/90, wistra 1991, 106 zu § 264 Abs. 2 StGB) und der Steuerverkürzung sowie der Erlangung von Steuervorteilen „in großem Ausmaß“ nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO (BGH, Urteil vom 02.12.2008 – 1 StR 416/08, wistra 2009, 107) auch auf Vorwürfe der Bestechlichkeit.

III. Weitere Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

1. Haftung eines Geschäftsführers für nichtabgeführte Beiträge an eine Pensionskasse - § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 266a StGB

Führt ein Arbeitgeber die Beiträge an eine Pensionskasse nicht ab und unterrichtet der Geschäftsführer die Arbeitnehmer nicht spätestens bei Fälligkeit oder unverzüglich danach, kommt die deliktische Haftung des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 2 StGB i.V.m. § 266a Abs. 3 StGB in Betracht.

Dies gilt, wenn die Beiträge aus Entgeltbestandteilen der Arbeitnehmer bezahlt werden, sei es im Wege der Entgeltumwandlung oder weil es sich um einen Zuschuss des Arbeitgebers zur Entgeltumwandlung handelt, der ebenfalls Entgeltbestandteil ist. Gleiches gilt für einen tariflichen Altersvorsorgebeitrag, wenn die Auslegung des Tarifvertrags ergibt, dass es sich dabei um einen Entgeltbestandteil handelt. Ob dieser an den Arbeitnehmer unmittelbar hätte ausgezahlt werden dürfen, ist unerheblich.

Für die Strafbarkeit des § 266a Abs. 3 StGB ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer Versicherungsnehmer der Pensionskasse ist. Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer Beiträge zu Gunsten des Arbeitnehmers als versicherter Person aus dessen Entgelt an die Pensionskasse abzuführen hatte.

LAG Düsseldorf, Urteil vom 02.09.2015 – 12 Sa 175/15, ZInsO 2016, 530; Revision eingelegt, Az. des BAG 3 AZR 669/15

2. Offenbarungsbefugnis der Finanzbehörde - § 4 IFG NRW, § 30 AO, § 355 StGB

Die Offenbarung steuerlich relevanter Informationen über den Schuldner gegenüber dem Insolvenzverwalter wird durch § 30 AO nicht ausgeschlossen. Die Verfügungsbefugnis hinsichtlich steuerlicher Unterlagen geht auf den Verwalter über, so dass er als nunmehr „Betroffener“ im Sinne von § 30 Abs. 4 Nr. 3 AO das Finanzamt von der Beachtung des Steuergeheimnisses selbst entbinden kann.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.11.2015 – 8 A 1074/14, ZInsO 2016, 159 m. Anm. Nitschke

Der Insolvenzverwalter einer GmbH verlangte unter Hinweis auf § 4 IFG NRW von einem Finanzamt Auskünfte über steuerliche Umstände der Schuldnerin und die Übergabe von Steuerkontoauszügen, weil er u.a. Anfechtungsansprüche nach den §§ 129 ff. InsO prüfen wollte. Die Behörde verweigerte ihm zunächst diese Angaben, weil das Steuergeheimnis (§ 30 AO) dem entgegenstehe, unterlag aber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Das Finanzamt hatte die Auffassung vertreten, die Auskunftserteilung gegenüber dem Verwalter sei wegen Verletzung des Steuergeheimnisses nach § 355 StGB sogar strafbar. Das OVG lehnt dies mit dem Hinweis ab, das FA handele insoweit nicht „unbefugt“ im Sinne des § 30 Abs. 2 AO i.V.m. § 355 StGB.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Birger Schütte, Essen

OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15

Gegenstand der Besprechung ist ein Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.10.2015, der eine (Sprung-) Revision gegen ein erstinstanzliches Urteil des Amtsgerichts Essen enthält. Inhaltlich behandelt der Beschluss die Frage der Wirksamkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 371 Abs. 1 AO sowie die Reichweite des Sperrgrundes der Tatentdeckung nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO.

I. Sachverhalt

Mit Urteil des Amtsgerichts – Schöffengericht – Essen ist der Angeklagte und jetzige Revisionsführer wegen Steuerhinterziehung in zwölf Fällen, wobei es in zwei Fällen beim Versuch geblieben ist, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt worden. Die Vollstreckung wurde zur Bewährung ausgesetzt.

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts Essen hat der Angeklagte seinen Gewinn aus Gewerbebetrieb für die Jahre 2009 bis 2012 unvollständig erklärt und dadurch Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuer hinterzogen. Eine vom Angeklagten abgegebene Selbstanzeige ist nach der Auffassung des Amtsgerichts Essen unwirksam, da die Voraussetzungen eines Sperrgrundes im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO erfüllt sind. Der genaue Inhalt der Selbstanzeige wird im Urteil nicht mitgeteilt. Das Amtsgericht stützt seine Auffassung darauf, dass zuvor ein Strafverfahren wegen des Verdachts der Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuerhinterziehung für die Jahre 2009 bis 2011 eingeleitet worden und daher zum Zeitpunkt der Abgabe der Selbstanzeige die Tat zumindest teilweise bereits entdeckt gewesen sei. Mit der Tatentdeckung habe der Angeklagte, so das Amtsgericht weiter, auch rechnen müssen, da die für den Betrieb des Angeklagten zuständige Betriebsprüferin in einem Telefonat mit dem Steuerberater des Angeklagten einen Termin für die Durchführung einer Betriebsprüfung abgestimmt habe.

Gegen das Urteil des Amtsgerichts Essen hat der Angeklagte Sprungrevision eingelegt und die Verletzung materiellen Rechts gerügt.

II. Entscheidungsgründe

Die Revision ist nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Hamm zulässig und hat mit der Sachrüge – zumindest vorläufig – Erfolg, da die Urteilsfeststellungen des Amtsgerichts Essen keine tragfähige Grundlage für eine Verurteilung des Angeklagten wegen Steuerhinterziehung bieten. Neben weiteren Mängeln verzichte das Urteil insbesondere auf notwendige Feststellungen zum Vorliegen einer Selbstanzeige sowie zu den Voraussetzungen eines Sperrgrundes nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO. Nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm stellt bereits die Nichtmitteilung des genauen Inhalts der Selbstanzeige einen sachlich-rechtlichen Mangel dar, da nicht geprüft werden könne, ob die Voraussetzungen einer Selbstanzeige nach § 371 Abs. 1 AO erfüllt seien. Entsprechende Feststellungen zum Inhalt einer Selbstanzeige seien nur dann entbehrlich, wenn die Selbstanzeige aufgrund des Vorliegens eines Sperrgrundes im Sinne des § 371 Abs. 2 AO in jedem Fall nicht wirksam sei. Die Voraussetzungen eines Sperrgrundes im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO sind nach Ansicht des Oberlandesgerichts jedoch ebenfalls nicht im ausreichenden Maße festgestellt worden. Insbesondere sei nicht erkennbar, wie der Angeklagte vom Inhalt des Telefonats zwischen dem Steuerberater und der Betriebsprüferin erfahren habe. Das Urteil sei daher aufzuheben.

Für die neue Verhandlung weist das Oberlandesgericht Hamm hinsichtlich der Voraussetzungen des Sperrgrundes der Tatentdeckung nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BGH (Beschluss vom 20.05.2010 – 1 StR 577/09) darauf hin, dass angesichts der verbesserten Ermittlungsmöglichkeiten und der stärkeren Kooperation bei der internationalen Zusammenarbeit heute keine hohen Anforderungen an die Annahme des Rechnenmüssens im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO mehr gestellt werden könnten.¹ Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO werde vielmehr maßgeblich durch die objektiven Voraussetzungen der Tatentdeckung bestimmt. Der Steuerhinterzieher müsse im Einzelfall mit der Tatentdeckung auch dann rechnen, wenn er noch nicht sicher auf die erfolgte Tatentdeckung schließen könne. Es genüge, wenn der Steuerhinterzieher aufgrund der ihm bekannten Tatsachen konkrete Anhaltspunkte dafür habe, dass seine Steuerhinterziehung entdeckt sein könne.

Diese am Wortlaut orientierte Auslegung werde auch durch die Systematik des § 371 Abs. 2 AO gestützt. In § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO habe der Gesetzgeber festgelegt, dass schon die Bekanntgabe einer (verdachtsunabhängigen) Prüfungsanordnung die Straffreiheit durch eine Selbstanzeige ausschließe. Soweit jedoch im Fall der Steuerprüfung – losgelöst vom Vorliegen eines Tatverdachts – schon die bloße Ankündigung einer Steuerprüfung ausreiche, liegt es nach der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm² nahe, es „bei einer tatsächlichen gegebenen Tatentdeckung durch die Steuerbehörden für die Versagung der strafbefreienden Wirkung der Selbstanzeige ausreichen zu lassen, wenn der Täter die Entdeckung der Steuerhinterziehung nach seinem Kenntnisstand nur befürchten musste.“

III. Anmerkungen

Die in diesem Hinweis geäußerte Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Hamm überzeugt nicht. Die (Unrichtigkeit der) Argumentation des Oberlandesgerichts erschließt sich bereits vor dem Hintergrund der allgemeinen Voraussetzungen des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO.

1. Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO

§ 371 Abs. 2 Nr. 2 AO bestimmt, dass trotz der Abgabe einer Selbstanzeige keine Straffreiheit eintreten soll, wenn die angezeigte Tat zum Zeitpunkt der Berichtigung bereits entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste. Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO ist folglich zweistufig aufgebaut. Zunächst muss eine Tatentdeckung im Sinne der Norm vorliegen. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Täter bei verständiger Würdigung der Sachlage mit der Tatentdeckung rechnen musste. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, kommt einer Selbstanzeige keine strafbefreiende Wirkung zu.

¹ Zu den Voraussetzungen des Rechnenmüssens sofort.

² Unter Hinweis auf die Entscheidung Amtsgericht Kiel, Urteil vom 27. November 2014 – 48 Ls 1/14, 48 Ls 545 Js46477/13 (1/14) –, juris.

a) Tatentdeckung im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO

Tatentdeckung im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO liegt nach der Rechtsprechung des BGH vor, wenn „bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnisses gegeben ist“.³ Ein Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO reicht ebenso wie eine bloße Entdeckungsgefahr nicht aus.⁴ Die Einleitung eines Strafverfahrens ist daher für die Annahme einer Tatentdeckung für sich genommen nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, dass – ähnlich den Voraussetzungen eines hinreichenden Tatverdachts im Sinne des §§ 170 Abs. 1, 203 StPO – eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Steuerstraftat gegeben ist.⁵ In der Praxis wird durch die Ermittlungsbehörden und Gerichte jedoch regelmäßig mit Einleitung des Strafverfahrens von einer Tatentdeckung ausgegangen.⁶

b) Rechnen müssen mit der Tatentdeckung

Eine Selbstanzeige ist jedoch, selbst wenn die Steuerhinterziehung bereits entdeckt ist, nur unwirksam, wenn der Täter von der Entdeckung Kenntnis hatte oder mit der Tatentdeckung zumindest rechnen musste. Mit dem Begriff des Rechnenmüssens wird die Nachweispflicht der Behörden und Gerichte hinsichtlich der Kenntnis des Täters von der Entdeckung der Tat aufgelockert. Ein Täter muss danach bei verständiger Würdigung der Sachlage mit der Tatentdeckung rechnen, wenn ihm nachweislich konkrete Tatsachen bekannt geworden sind, aus denen er den Schluss hätte ziehen müssen, dass eine Behörde von der Tatbegehung Kenntnis erlangt hat. Für die Annahme eines Sperrgrundes im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO ist demnach ausreichend, wenn einzelne, bestimmte, zwingende Begleitumstände vorliegen, aus denen sich dem Täter die Tatentdeckung hätte aufdrängen müssen.⁷ Während der Begriff des ‚Rechnenmüssens mit der Tatentdeckung‘ zunächst sehr restriktiv gehandhabt wurde, ist der Anwendungsbereich spätestens seit dem Beschluss des BGH vom 20.05.2010⁸ erheblich ausgeweitet worden. In seinem Beschluss führt der BGH zum Regelungsgehalt des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO aus, dass „angesichts der verbesserten Ermittlungsmöglichkeiten im Hinblick auf Steuerstraftaten und auch der stärkeren Kooperation bei der internationalen Zusammenarbeit [...] jedenfalls heute keine hohen Anforderungen an die Annahme des ‚Kennenmüssens‘ der Tatentdeckung mehr gestellt werden“ können. Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO werde vielmehr maßgeblich durch die objektive Voraussetzung der Tatentdeckung bestimmt, die subjektive Komponente des Rechnenmüssens verliere insoweit an Gewicht.⁹

Diese Argumentation wird in dem Urteil des Amtsgerichts Kiel vom 27.11.2014¹⁰ aufgegriffen. In dem Urteil erachtet das Amtsgericht Kiel bereits die unspezifische Kenntnis eines Steuerpflichtigen über den Ankauf sog. „Steuer-CDs“ aus der Schweiz als ausreichend an, um anzunehmen, dass der Steuerpflichtige mit einer Entdeckung der von ihm begangenen Steuerhinterziehung habe rechnen müssten. Dies führt dazu, dass eine strafbefreiende Selbstanzeige im Sinne des § 371 Abs. 1 AO bereits ab dem Moment nicht mehr möglich sein soll, in dem der Steuerpflichtige von dem Ankauf von „Steuer-CDs“ abstrakt Kenntnis erlangt hat.¹¹

2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm

Das Oberlandesgericht Hamm greift die Argumentation des BGH zu den Voraussetzungen des Rechnenmüssens mit der Tatentdeckung unter ausdrücklichen Hinweis auf die Entscheidung des Amtsgerichts Kiel vom 27.11.2014 auf und führt aus, dass es nach seiner Auffassung bei einer tatsächlich gegebenen Tatentdeckung bereits ausreichen soll, „wenn der

³ BGH 2010, 2146, Rn. 24.

⁴ Schauf, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, 52. Lfg. August 2015, § 371 Rn. 635; Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 371 Rn. 302.

⁵ BGH NJW 2010, 2146, Rn. 24 ff.

⁶ so auch in der hier besprochenen Entscheidung des OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15, juris, Rn. 15.

⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15, juris, Rn. 16.

⁸ BGH NJW 2010, 2146.

⁹ BGH NJW 2010, 2146, Rn. 34.

¹⁰ AG Kiel DStR 2015, 897.

¹¹ kritisch: Wegner, SteuK 2015, 175; Dann, DStR 2015, 897

*Täter die Entdeckung nach seinem Kenntnisstand nur befürchten musste.*¹² Dies soll nach dem Urteil der ersten Instanz bereits der Fall sein, wenn die Betriebsprüferin des für den Täter zuständigen Finanzamts mit dem Steuerberater des Täters einen Termin für die Durchführung einer Außenprüfung abgestimmt hat. Setzt man die Entscheidung des Amtsgerichts Essen mit den Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm in Verbindung, scheint das Oberlandesgericht mehr als geneigt zu sein, die Auffassung der ersten Instanz zu teilen. Die vorgebrachten rechtlichen Argumente überzeugen jedoch nicht.

a) Terminabsprache mit dem Betriebsprüfer kein Anhaltspunkte für Rechnenmüssen mit der Tatentdeckung im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO

Voraussetzung des „Rechnenmüssens“ mit der Tatentdeckung ist, wie das Oberlandesgericht Hamm selbst festhält,¹³ das Vorliegen einzelner, bestimmter, zwingender Anhaltspunkte dafür, dass die Tat bereits entdeckt wurde. Der Anruf eines Betriebsprüfers zwecks Terminierung einer Betriebsprüfung stellt keinen solchen zwingenden Anhaltspunkt für eine entsprechende Annahme dar, denn die Terminierung einer Betriebsprüfung ist strafrechtlich gesehen ein neutraler Vorgang. Betriebsprüfungen können anlasslos durchgeführt werden (vgl. § 193 Abs. 1 AO)¹⁴ und sind im Gegensatz zu Ermittlungen der Steuerfahndung grundsätzlich kein Mittel zur Aufklärung von Steuerstraftaten¹⁵. Der Betriebsprüfer ist vielmehr beim Verdacht einer Steuerstraftat gem. § 10 BpO 2000¹⁶ verpflichtet, dem Steuerpflichtigen vor der Durchführung von Ermittlungen die Einleitung des Strafverfahrens mitzuteilen. Auch können betriebsprüfungsspezifischen Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen im Sinne des § 200 AO nach der Einleitung eines Strafverfahrens nicht mehr erzwungen werden, § 393 Abs. 1 S. 2 AO.¹⁷ Die Terminierungsanfrage eines Betriebsprüfers bietet daher keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass eine Steuerstraftat bereits entdeckt worden sein könnte. Vielmehr erschöpft sich der Aussagegehalt einer Terminierungsanfrage eines Betriebsprüfers allein darin, dass eine Betriebsprüfung durch die Finanzverwaltung in absehbarer Zeit bevorsteht.

b) Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit nicht vom Sperrgrund erfasst

Die Absprache zur Terminierung einer Betriebsprüfung kann daher höchstens dazu führen, dass sich aus der Sicht des Täters die Entdeckungswahrscheinlichkeit hinsichtlich der begangenen Steuerhinterziehung erhöht. Diesen Umstand hat auch der Gesetzgeber erkannt und sich vor diesem Hintergrund bewusst dazu entschieden, mit dem Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO eine Regelung aufzunehmen, nach der eine straffbefreiende Selbstanzeige nach der Bekanntgabe einer Prüfungsanordnung im Sinne des § 196 AO zumindest für die von der Betriebsprüfung betroffenen Veranlagungszeiträume nicht mehr möglich sein soll. Anknüpfungspunkt für eine Sperrwirkung ist nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO ist danach jedoch ausschließlich die förmliche Ankündigung der Betriebsprüfung im Sinne des § 196 AO. Eine der Ankündigung vorhergehende Terminierungsabsprache ist vom Regelungsgehalt des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO ausdrücklich nicht erfasst. Diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung wird durch die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Hamm über den Umweg des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO unterlaufen, wenn bereits eine Anfrage zur Terminierung einer Betriebsprüfung eine Sperrwirkung entfalten soll.

Auch die Begründung des Oberlandesgerichts Hamm überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Das Oberlandesgericht Hamm legt dar, dass, wenn bereits bei einer (verdachtsunabhängigen) Prüfungsanordnung die Straffreiheit gem. § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO ausgeschlossen sei, es im Falle einer tatsächlich gegebenen Tatentdeckung ausreichen müsse, „wenn der Täter die Entdeckung der Steuerhinterziehung nach seinem Kenntnisstand nur befürchten musste“.¹⁸ Durch diese Argumentation vermischt das Oberlandesgericht Hamm den Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO, dessen Sperrwirkung mit der erhöhten Ent-

¹² OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15, juris, Rn. 16.

¹³ OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15, juris, Rn. 16.

¹⁴ Vgl. Rüsken, DStJG 31 [2008], 243, 245.

¹⁵ Seer, in: Tipke/Kruse, AO, 134. Lfg. Oktober 2013, § 193 Tz. 6.

¹⁶ Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung - Betriebsprüfungsordnung - (BpO 2000)

¹⁷ Vgl. Seer, in: Tipke/Kruse, AO, 134. Lfg. Oktober 2013, § 193 Tz. 6.

¹⁸ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 27.10.2015 – 5 RVs 119/15, juris, Rn. 18.

deckungsgefahr nach Bekanntgabe einer Betriebsprüfung begründet wird,¹⁹ mit dem Sperrgrund der bereits eingetretenen Tatentdeckung nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO. Dieses Zusammenziehen der Sperrgründe ist weder mit dem Gesetzeswortlaut noch mit dem Sinn und Zweck des jeweiligen Sperrgrundes vereinbar. Anknüpfungspunkt des Rechnenmüssens im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO ist nach dem Wortlaut der Norm ausschließlich die zurückliegende, bereits erfolgte Tatentdeckung („eine der Steuerstraftaten [...] bereits entdeckt war und der Täter [...] damit rechnen musste“). Zweck der Regelung ist, dass dem Täter das Privileg der strafbefreienden Wirkung einer wirksamen Selbstanzeige verwehrt werden soll, wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte davon ausgehen musste, dass seine Tat bereits entdeckt war, da die Selbstanzeige in diesem Fall nicht mehr auf einer autonomen Entscheidung des Täters für eine Rückkehr in die Steuerehrlichkeit beruht und überdies für den Staat keinen Grund mehr besteht, Straffreiheit zu gewähren, da die nicht erklärte Steuerquelle bereits entdeckt ist. § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO stellt demgegenüber darauf ab, dass eine Selbstanzeige beim Vorliegen einer Prüfungsanordnung aufgrund des erhöhten Risikos einer Tatentdeckung nicht mehr freiwillig erfolgt und die Offenlegung durch den Täter aufgrund dieser Risikoerhöhung nicht mehr belohnenswert sein soll. Die Sperrgründe der Nr. 1 Buchst. a und Nr. 2 verfolgen mithin unterschiedliche Zwecke und sind streng voneinander abzugrenzen. Gerade diese Abgrenzung hebt das Oberlandesgericht Hamm auf, wenn es die Voraussetzungen des Sperrgrundes der Tatentdeckung durch die formlose Absprache eines Prüfungstermins für eine anstehende Betriebsprüfung als erfüllt ansieht. Soweit der Gesetzgeber gewollt hätte, dass bereits die (unspezifische) Terminabsprache mit einem Außenprüfer dazu führt, dass die Möglichkeit der Abgabe einer wirksamen Selbstanzeige suspendiert ist, hätte er dies in den Regelungsgehalt des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AO mit aufnehmen können. Terminabsprachen sind eine seit Jahren gelebte Praxis zwischen Außenprüfern und Steuerberatern. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich vor diesem Hintergrund bewusst gegen eine Ausdehnung des Sperrgrundes auf diese Fälle entschieden hat, kann durch das Oberlandesgericht Hamm nicht durch eine extensive Anwendung des Sperrgrundes der Tatentdeckung umgangen werden. Die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Hamm überzeugt daher selbst unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zur extensiven Auslegung der Sperrgründe des § 371 AO nicht.

IV. Ausblick

Aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm wird ersichtlich, dass es in der Rechtsprechung spätestens seit dem Beschluss des BGH vom 20.05.2010 erhebliche Tendenzen gibt, die Regelung des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO sehr großzügig anzuwenden. Dem ist aus den beschriebenen dogmatischen Gründen zu widersprechen. Der Mandant muss allerdings im Rahmen der Selbstanzeigeberatung über die sich ergebenden Rechtsunsicherheiten aufgeklärt werden.

¹⁹ Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 371 Rn. 205.

Internationales

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, Rechtsanwalt Dr. Lukas Kollmann, Rechtsanwalt Mag. Philipp Wolm, alle Wien

Länderbericht Österreich

I. Whistleblowing-das Hinweisgebersystem im österreichischen Recht – eine Bilanz

Nach Einführung der als Teil des strafrechtlichen Kompetenzpakets geschaffenen Kronzeugenregelung (§§ 209a und 209b StPO) mit 1. Jänner 2011 war es dem Bundesministerium für Justiz ein besonderes Anliegen, weitere Strategien und Maßnahmen zu entwickeln, um

die Effektivität der Strafjustiz bei der Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption zusätzlich zu erhöhen und ihr die für die Bewältigung ihrer Aufgaben notwendigen Werkzeuge in die Hand zu geben. Aus diesem Grund wurden umfassende Überlegungen zur Einführung eines „Whistleblower-Systems“ insbesondere für diesen Kriminalitätsbereich angestellt. Es zeigte sich auch im internationalen Vergleich, dass Systeme in Form telefonischer Hotlines oder spezieller E-Mailadressen die Anonymität eines Hinweisgebers nicht zu wahren vermögen und somit meist eine maßgebliche Hemmschwelle für die Bereitschaft eines potentiellen Hinweisgebers zur Meldung besteht. Das Augenmerk wurde daher auf internetbasierte Meldesysteme gelegt, die einerseits Rückfragen an den Hinweisgeber ermöglichen und andererseits auch dessen Anonymität wahren.

Nach Klärung der rechtlichen, technischen und organisatorischen Voraussetzungen hat das Bundesministerium für Justiz schließlich am 20. März 2013 vorerst für eine Probezeit von zwei Jahren bei der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) ein speziell für Ermittlungen im Bereich der Wirtschafts- und Korruptionsdelikte geeignetes internetbasiertes anonymes Anzeigesystem, das sogenannte Business Keeper Monitoring System (BKMS®-System) eingeführt. Dieses schafft die Möglichkeit bidirektionaler Kommunikation mit einem anonym bleibenden Hinweisgeber über einen Postkasten. Das System eröffnet den befassten Staatsanwältinnen und Staatsanwälten somit im Gegensatz zur Bearbeitung postalisch oder auf sonstigem Weg eingelangter anonymer Anzeigen die Nachfrage beim Hinweisgeber zur Objektivierung des Wertes der Hinweise bei gleichzeitiger Zusicherung absoluter Anonymität. Solcherart objektivierte Meldungen können sodann als Ermittlungsansätze bzw. als Voraussetzung des konkreten Verdachts für die Führung eines Strafverfahrens herangezogen werden.

Zum Hinweisgebersystem gelangt man über die Homepage des Bundesministeriums für Justiz (siehe unter "Quicklinks"), sowie über die Website der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA).

Das BKMS® System ermöglicht Hinweise zu folgenden, sich am Zuständigkeitskatalog der WKStA gemäß § 20a StPO orientierenden Schwerpunkten abzugeben: Korruption, Wirtschaftsstrafsachen, Sozialbetrug, Finanzstrafsachen, Bilanz- und Kapitalmarktdelikte sowie Geldwäscherei.

Während des Meldevorgangs entscheidet der Hinweisgeber über die namentliche oder anonyme Nutzung des Systems. Eine Rückverfolgbarkeit der IP-Adresse des Hinweisgebers bei Nutzung des BKMS® Systems ist nicht möglich.

In den ersten sechs Wochen gingen bei der WKStA insgesamt 335 Meldungen über das Hinweisgebersystem ein.

Seit dem Start der Homepage am 20. März 2013 bis zum 8. April 2015 gingen bereits 2.540 Meldungen ein, von denen nur rund 7% substratlos waren. Durch die Hinweise leitete die WKStA insgesamt mehr als 350 Ermittlungsverfahren ein und erhielt in über 30 Fällen zusätzliche Hinweise zu laufenden Verfahren – eine sehr positive Bilanz. Die Whistleblower-Homepage trägt auch zur Aufklärung weiterer Straftaten bei: So leitete die WKStA rund 27% der Hinweise an andere Staatsanwaltschaften und rund 33% an die Finanzbehörden weiter, da diese in deren Zuständigkeit fielen.

Es handelt sich somit um ein effektives Werkzeug gegen Korruption. Das System hat einen großen Vorteil gegenüber einer anonymen Anzeige: Der Tippgeber kann bei Rückfragen von der Behörde kontaktiert werden, und - je nachdem, wie er möchte - weiterhin anonym bleiben oder aber seine Identität offenbaren.

Wie läuft nun eine Meldung konkret ab? Wer in seiner Behörde oder auch in seinem Unternehmen etwas beobachtet, kann dies über einen Link auf der Homepage des Justizministeriums (www.justiz.gv.at) der WKStA melden. Nach einer Belehrung darüber, wie man am besten seine Anonymität wahren kann - zum Beispiel sollten keine Intranet-Verbindungen von Unternehmen genutzt werden -, muss man den Bereich angeben, in den der Hinweis fällt. Unterteilt wird entlang des Strafgesetzbuchs in Korruption, Wirtschaftsstrafsachen, Sozialbetrug, Finanzstrafsachen, Bilanz- und Kapitalmarktdelikte sowie Geldwäscherei. In kurzen Worten können dann die Vorkommnisse geschildert werden, der Tippgeber kann sich entscheiden, ob er seinen Namen nennen möchte oder nicht. Das System der deutschen Business Keeper AG, das bereits seit 2003 von zig Institutionen weltweit (etwa auch durch die Telekom) genutzt wird, garantiert, dass der Tippgeber nicht zurückzuverfolgen ist. Vorsicht

ist beim Hochladen von Dokumenten geboten. Denn über die Metadaten, also die Informationen, die unsichtbar im Dokument enthalten sind, kann der Verfasser meist relativ problemlos ausgeforscht werden, die Anonymität geht verloren.

Macht der Tippgeber einen solchen "Fehler", dann muss er damit rechnen, dass er zumindest als Zeuge vorgeladen wird. Prinzipiell ist es aber nicht das Ziel, Zeugen zu finden, sondern viel eher, Hinweise für Sachbeweise zu bekommen.

Bei der WKStA werden die Hinweise von drei eigens betrauten Oberstaatsanwälten gesichtet - wie bei anonymen Anzeigen sollen sie zunächst die Plausibilität der Anschuldigungen prüfen und "Vernaderungen" ausschließen.

In der Möglichkeit, mit dem Hinweisgeber über das Postfach in Kontakt zu treten und auf diesem Weg die Sachverhaltsschilderungen zu konkretisieren, liegt im Vergleich zu anonymen, postalisch übermittelten Anzeigen die große Stärke des BKMS-Hinweisgebersystems. Die Rückantworten des Hinweisgebers ermöglichen Rückschlüsse auf die Validität seiner Behauptungen und bilden solcherart eine geeignete Grundlage für die Einordnung der Vorwürfe des Hinweisgebers als bloße Mutmaßungen oder (im besten Fall) als eigene Wahrnehmungen zum angezeigten Sachverhalt. Überdies können bereits im Stadium der Konkretisierung des Anzeigevorbringens Ansätze für (erste) Ermittlungshandlungen herausgearbeitet werden. Die Kommunikation mit dem Hinweisgeber ermöglicht demnach bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Beurteilung, ob überhaupt ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt, der die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens notwendig macht. Dies führt im Ergebnis zu einer Ressourcenersparnis, weil Erhebungen zur Klärung vage gebliebenen (aber dennoch den Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung begründenden) Anzeigenvorbringens vermieden werden.

Aus diesem Grund wird im Fall der Einrichtung eines Postkastens von der Möglichkeit der Kommunikation mit dem Hinweisgeber – abgesehen von wenigen Ausnahmen – stets Gebrauch gemacht. Die Zuständigkeitsfrage spielt zu diesem Zeitpunkt eine untergeordnete Rolle, sodass selbst bei Meldungen, die erkennbar einen außerhalb der Zuständigkeit der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft liegenden Sachverhalt betreffen, der Versuch unternommen wird, das Anzeigevorbringen soweit zu konkretisieren, dass für die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft die Prüfung der Notwendigkeit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens möglich ist.

Sollte von vornherein erkennbar sei, dass der Hinweisgeber (bloß) ein Finanzvergehen zur Anzeige bringt, das nicht in die gerichtliche Zuständigkeit fällt (§ 53 Fin StrG), wird das Postfach sofort geschlossen und die BKMS-Meldung an das Finanzamt im Wege des Bundesministeriums für Finanzen weitergeleitet (§81 FinStrG). Rückfragen an den Hinweisgeber wären bei derartigen Hinweisen mangels staatsanwaltschaftlicher Zuständigkeit nicht zulässig.

II. Entscheidungen

1. 17 Os 30/ 14 m EvBl-LS 2015/15:

Bilden in verschiedenen Staaten gesetzte Ausführungshandlungen eine tatbestandliche Handlungseinheit, genügt es, wenn die Tat nur nach einem der in Betracht kommenden Tatortgesetze mit Strafe bedroht ist, weil § 65 Abs 1 StGB ansonsten den paradoxen Fall von Straflosigkeit trotz Vorliegens beiderseitiger Strafbarkeit regeln würde. Die dem Gesetz somit zugrunde liegende Bevorzugung strengerer Rechts schlägt auch auf die Günstigkeitsklausel nach § 65 Abs 2 StGB durch. Demnach darf der Täter bei der Bestimmung der Strafe (nur) nicht ungünstiger gestellt werden als nach dem strengerem (im Verhältnis zu österreichischem Recht dennoch günstigeren) Tatortrecht. Den Strafraumen determinierende Umstände, welche nicht zugleich die rechtliche Kategorie, unter welche subsumiert wird (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO), bestimmen, sind Gegenstand von § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO. Dazu gehören jedenfalls §§ 28, 30, 31, 36, 39 a StGB, die mangels anders lautender Regelungen auch im Nebenstrafrecht gelten (Art I Abs 1 StRAG). Da § 65 Abs 2, § 278 d Abs 1 letzter Satz, § 286 Abs 1 zweiter Satz, § 287 Abs 1 zweiter Satz StGB nicht Gegenstand der rechtlichen Unterstellung (§ 260 Abs 1 z 2 StPO) sind, vielmehr bloß die Strafbefugnis determinieren, sind auch sie Gegenstand dieses Nichtigkeitsgrundes. Gleiches gilt für § 5 Z 2 bis 4 JGG. (vgl Ratz, in Österreichisches Anwaltsblatt 2016/01, S. 19ff)

2. § 61 StGB (§ 28 Abs 1 StGB) Günstigkeitsvergleich knüpft an Lebenssachverhalt an = EvBl b-LS 2015/115 OGH 25.3.2015, 15 Os 3/15 h

Anknüpfungspunkt des nach § 61 zweiter Satz StGB vorzunehmenden Günstigkeitsvergleichs ist die Tat, also der im Urteil festgestellte Lebenssachverhalt. Dabei ist der Günstigkeitsvergleich im Fall der Realkonkurrenz für jede Tat gesondert vorzunehmen; im Fall der Idealkonkurrenz ist der zu beurteilende Lebenssachverhalt entweder dem Urteilszeit- oder dem Tatzeitrecht zu unterstellen. (vgl *Ratz*, in Österreichisches Anwaltsblatt 2016/01, S. 19ff)

3. Ausländisches Recht nicht Gegenstand tatsächlicher Feststellungen= EvBl – LS 2015/123; OGH 15.4.2015, 13 Os 2/14 i

Fragen ausländischen Rechts sind nicht Gegenstand von Beweisaufnahme und Tatsachenfeststellungen und scheiden demnach als Bezugspunkt einer Mängelrüge aus. Zusage des verfahrensrechtlichen Grundsatzes „iura novit curia“ sind Rechtsfragen kein Gegenstand der Beweisaufnahme und damit der Z 4 und 5 des § 281 Abs 1 StPO. Inhalt und Geltung gesetzlicher Vorschriften (auch des Auslands, einschließlich gesetzgeberischer Akte der EU) sowie sonstiger im Bundesgesetzblatt kundgemachter Rechtsakte sind daher kein Beweisthema. Für bloße Verkehrsnormen und sogenannte Verwaltungsverordnungen (vgl Art 20 Abs 1 B-VG) gilt dies nicht. Auch das Verhalten sogenannter Maßfiguren ist eine Rechtsfrage, mit anderen Worten Teil des Obersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung und demnach kein Gegenstand des Beweisverfahrens (13 Os 134/10 w EvBl 2011/108). (vgl *Ratz*, in Österreichisches Anwaltsblatt 2016/01, S. 19ff)

4. Art 6 MRK (Art 3 des 2. ZP EUAusliefÜb; § 33 Abs 3 ARHG) Prüfung auf Auslieferungshindernisse = EvBl 2015/136; OGH 28.4.2015, 14 Os 28/15x (OLG Wien 22 Bs 320/14s; LGSt Wien 313 HR 75/13x).

Die Durchführung eines Strafverfahrens in Abwesenheit des Angeklagten – sofern diesem nicht mit hinreichender Sicherheit die Möglichkeit gewährleistet ist, eine neuerliche Verhandlung in seiner Anwesenheit zu erreichen – ist mit dem durch Art 6 Abs 1 MRK garantierten Recht auf ein faires Verfahren vereinbar, wenn der Angeklagte in unmissverständlicher Weise auf sein Recht auf Teilnahme an der Hauptverhandlung verzichtet hat oder eindeutige, konkrete Anhaltspunkte für seine Absicht vorliegen, sich dem Strafverfahren überhaupt durch Flucht zu entziehen. Ein wirksamer Verzicht auf das Anwesenheitsrecht setzt allerdings die gerichtliche Verständigung des Angeklagten von dem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren – sowie, soweit möglich, auch vom Termin der Hauptverhandlung – voraus. Zudem darf dem Verteidiger des abwesenden Angeklagten nicht der Zugang zum Verfahren verwehrt und dem Angeklagten ein Verzicht auf Rechtsmittel nicht bloß aufgrund seines Verzichts auf die Teilnahme am Verfahren unterstellt werden.

5. § 28 StGB (§§ 164, 165 StGB) Echte Konkurrenz von Hehlerei und Geldwäscherei= EvBl 2015/143; OGH 10.6.2015, 13 Os 4/15 k (LGDt Wien 22 Hv 41/14d).

Mangels Scheinkonkurrenz und fehlender Exklusivität konkurrieren Hehlerei und Geldwäscherei echt.

6. Abgabebetrag als Subsumtionseinheit= EvBl-LS 2015/124 OGH 15. 4. 2015, 13 Os 115/14g.

Indem § 39 FinStrG an die Begehung von (bestimmten) Finanzvergehen, deren Ahndung in die (originäre) Zuständigkeit des Gerichts fällt, anknüpft, normiert er - in Anlehnung an § 29 StGB und solcherart vergleichbar mit § 28 a Abs 2 Z 3 und § 28 a Abs 4 Z 3 SMG - eine besondere Art des Zusammenrechnungsgrundsatzes. Der Gesetzgeber verdeutlicht dies durch die Formulierung der Abs 1 und 2 des § 39 FinStrG, wonach sich „des“ Abgabebetrag schuldig macht, wer (eine unbestimmte Anzahl der genannten) Finanzvergehen begeht. Im Fall des Zusammentreffens mehrerer (in § 39 Abs 1 oder 2 FinStrG genannter) Finanzvergehen ist daher bei Vorliegen qualifizierender Tatmodalitäten eine Subsumtionseinheit sui generis zu bilden, wobei die einzelnen Straftaten ihre rechtliche Selbständigkeit behalten. Teil dieser Subsumtionseinheit können aber ausschließlich solche Finanzvergehen sein, die unter Einsatz einer qualifizierenden Tatmodalität begangen worden sind, wobei immer nur gleichartige Finanzvergehen - zu einem Finanzvergehen (§ 39 Abs 3 lit a FinStrG)

oder Verbrechen (§ 39 Abs 3 lit b oder c FinStrG) des Abgabebetrgs - zusammenzufassen sind. Die Zusammenfassung von Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG und von solchen nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG zu einem Verbrechen des Abgabebetrgs nach § 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG ist daher verfehlt. Da § 39 Abs 1 FinStrG unselbständige Qualifikationstatbestände normiert, sind die dort umschriebenen Verhaltensweisen als (qualifizierender) Teil des jeweiligen Grundtatbestands zu verstehen und müssen solcherart vom zumindest bedingten Vorsatz (§ 8 Abs 1 FinStrG) des Täters umfasst sein. § 39 Abs 3 FinStrG regelt eine – an das Vermögensstrafrecht des StGB angelehnte – Abstufung nach Wertqualifikationen. Demgemäß muss auch das Überschreiten der Qualifikationsgrenzen des § 39 Abs 3 lit b oder c FinStrG vom (zumindest bedingten) Tätersvorsatz umfasst sein.

"Geschäftszahl

130s115/14g

Entscheidungsdatum

15.04.2015

Kopf

*Der Oberste Gerichtshof hat am 15. April 2015 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Lässig, Mag. Michel, Dr. Oberressl und Dr. Brenner in Gegenwart der Richteramtsanwältin Mag. Ableidinger als Schriftführerin in der Finanzstrafsache gegen Michael S***** und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des Abgabebetrgs nach §§ 33 Abs 1, 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG sowie weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Michael S***** und Georg W***** gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 28. Jänner 2014, GZ 4 Hv 180/12y-401, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:*

Spruch

*In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerden sowie aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen des Michael S***** wegen des Verbrechens des Abgabebetrgs (A/I/2), mehrerer Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung (A/II), des in Bezug auf das Verfahren AZ 13 Hv 183/10b des Landesgerichts für Strafsachen Graz begangenen Vergehens der falschen Beweisaussage (B/II/1) und des in Bezug auf dasselbe Verfahren begangenen Vergehens der Verleumdung (B/II/2), im Schuldspruch des Robi D***** (zur Gänze) und im Schuldspruch des Georg W***** wegen des Verbrechens des Abgabebetrgs (A/I/2) sowie demzufolge auch in sämtlichen Strafaussprüchen nach dem FinStrG (einschließlich der Vorhaftanrechnung zu Robi D*****) sowie jener gegen Michael S***** und Robi D***** (einschließlich der Vorhaftanrechnung) nach dem StGB aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Graz verwiesen.*

Im Übrigen werden die Nichtigkeitsbeschwerden zurückgewiesen.

*Mit ihren Berufungen werden Michael S***** und Georg W***** auf die Aufhebung der betreffenden Strafaussprüche verwiesen.*

Ihnen fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

*Mit dem angefochtenen Urteil wurden Michael S***** des Verbrechens des Abgabebetrgs nach § 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG „iVm § 33 Abs 1 bzw Abs 2 lit a FinStrG“ (A/I/2), (richtig) mehrerer Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG aF (A/II), (richtig) je eines Vergehens der falschen Beweisaussage nach §§ 12 zweiter Fall, 288 Abs 1 StGB (B/II/1) und nach §§ 12 zweiter Fall, 288 Abs 1 und 4 StGB (B/III/1), (richtig) mehrerer Vergehen der Verleumdung nach §§ 12 zweiter Fall, 297 Abs 1 erster Fall StGB (B/II/2 und B/III/2) sowie des Vergehens der Urkundenfälschung nach §§ 12 zweiter Fall, 223 Abs 2 StGB (B/III/3), Georg W***** des Verbrechens des Abgabebetrgs nach § 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG „iVm § 33 Abs 2 lit a FinStrG“ (A/I/2) sowie des Vergehens der*

Sachbeschädigung nach § 125 StGB (C) und Robi D***** (vormals Robert Sa*****) des Verbrechens des Abgabebetrugs nach § 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG „iVm § 33 Abs 2 lit a FinStrG“ (A/I/2) sowie der Vergehen der falschen Beweisaussage nach §§ 12 zweiter Fall, 288 Abs 1 und 4 StGB (richtig: D/1), der Verleumdung nach §§ 12 zweiter Fall, 297 Abs 1 erster Fall StGB (richtig: D/2) sowie der Urkundenfälschung nach §§ 12 zweiter Fall, 223 Abs 2 StGB (richtig: D/3) schuldig erkannt.

Nach dem Referat im Urteilstenor (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) haben

„A) im Zuständigkeitsbereich des Finanzamtes Graz-Stadt (§ 12 AVOG)

I. nachgenannte Personen unter Verwendung von Scheingeschäften und anderen Scheinhandlungen (§ 23 BAO), ausschließlich durch das Gericht zu ahndende Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung begangen und zwar:

2. Michael S*****, Robert Sa*****, Georg Peter W*****, sowie die abgesondert verfolgten Jürgen Andreas Si***** und Klaus Jürgen K*****, im bewussten und gewollten Zusammenwirken als für die steuerlichen Belange Verantwortlichen, fortgesetzt in mehrfachen Tathandlungen,

a) im Zeitraum September bis Dezember 2011 vorsätzlich, unter Verletzung abgabenrechtlicher Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflichten (§§ 119 ff BAO), indem sie Umsätze aus der Lieferung von 43 Kraftfahrzeugen an diverse österreichische Abnehmer über Zwischenschaltung der Firma 'R***** GmbH' in der Umsatzsteuerjahreserklärung bis zum Ende der gesetzlichen Erklärungsfrist per 30.04.2012 nicht erklärten und somit die hierauf entfallende USt-Zahllast auch nicht entrichteten, eine Verkürzung an Umsatzsteuer in Höhe von EUR 164.019,05 bewirkt, sowie

b) im Zeitraum Jänner bis März 2012 vorsätzlich, unter Verletzung der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Abgabe von dem § 21 UStG 1994 entsprechenden Voranmeldungen, nämlich durch die Nichterfassung von Umsätzen aus der Lieferung von 38 Kraftfahrzeugen an diverse österreichische Abnehmer über Zwischenschaltung der Firmen 'R***** GmbH' und 'A***** KG' in den Umsatzsteuervoranmeldungen bei gleichzeitiger Nichtentrichtung der diesbezüglich darauf entfallenden Umsatzsteuervorauszahlungen eine Verkürzung an Umsatzsteuervorauszahlungen in Höhe von EUR 115.965,85 bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten, wobei sie die vorbezeichneten Abgabenverkürzungen durch die missbräuchliche Verwendung der Umsatzsteueridentifikationsnummern der Firmen R***** GmbH (FN *****) und A***** KG (FN *****), durch missbräuchliche Verwendung von Rechnungspapier beider Firmen, durch missbräuchliche Verwendung selbst angefertigter Firmenstempel, sowie durch das teilweise Auftreten mittels verfälschter Identitäten zur Verdeckung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse unternahmen und der strafbestimmende Wertbetrag EUR 250.000,00 (§ 39 Abs 3 lit b FinStrG) übersteigt;

II. Michael S***** als für die steuerlichen Belange Verantwortlicher, vorsätzlich, unter Verletzung abgabenrechtlicher Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflichten (§§ 119 ff BAO) nachstehende Abgabenverkürzungen bewirkt, indem er Umsätze und Einkünfte aus dem Handel mit Kraftfahrzeugen gegenüber dem Finanzamt Graz-Stadt nicht erklärte und die darauf entfallenden Abgaben nicht entrichtete, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung von Abgabenhinterziehungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen und zwar

1. durch die Lieferung von insgesamt 75 Kraftfahrzeugen an Endabnehmer in Österreich über Zwischenschaltung des 'Peter Al*****' an Umsatzsteuer: für den Zeitraum Juli 2010 bis Dezember 2010: EUR 264.324,20

2. durch die Lieferung von insgesamt 191 Kraftfahrzeugen an Endabnehmer in Österreich über Zwischenschaltung des 'Peter Al*****' an Einkommensteuer: für den Zeitraum Jänner 2010 bis Dezember 2010: EUR 47.205,00

B) Michael S***** in Graz, zu nicht näher bekannten Zeitpunkten im Jahr 2011

II. den abgesondert verfolgten Jürgen Andreas Si***** bestimmt

1. am 31. Oktober 2011 in Graz vor Gericht als Zeuge im Rahmen einer förmlichen Vernehmung falsch auszusagen, indem Jürgen Si***** nach Vorgabe des Michael S***** im Verfahren 13 Hv 183/10b des Landesgerichtes für Strafsachen Graz folgende Aussagen machte: 'Meine damaligen Angaben vor Herrn Gu***** von der Steuerbehörde am 2. November 2010 und am 10. November 2010 sind nicht richtig. Wenn mir die diesbezüglichen Protokolle vorgehalten

werden, so gebe ich an, dass ich diese Angaben gemacht habe, sie sind aber falsch'; 'ich wollte jemanden decken, und zwar die Herrn K***** und Sch*****'; 'Diese Autos für die Firma AS***** habe ich über Auftrag des Herrn W*****, nicht über Auftrag des Erstangeklagten (Michael S*****) oder der Zweitangeklagten (Gabriela Z*****) überstellt'; Nein, ich habe weder für die AS***** noch für den Erstangeklagten oder die Zweitangeklagte weitere Autos überstellt. Dies deshalb, weil es hieß, dass die Zweitangeklagte sich auf den Bereich der Altenpflege konzentrieren will'; und in seiner weiteren Einvernahme Überstellungen von 100 bis 150 (maximal 200) von, bei 'Peter Al*****', welchen er auch ca. alle 14 Tage getroffen und ihm dabei Geschäftsunterlagen von Sch***** und K***** übergeben habe, gekaufte Kfz im Zeitraum 2005 bis 2009 schilderte, welche er im Auftrag und auf Rechnung von K***** und Sch***** durchgeführt habe und der Aussage, es sei die Idee von K***** und Sch***** gewesen, S***** zu belasten, sowie durch die weiteren Angaben, er habe die, der Steuerfahndung am 2. November 2010 übergebenen Beweismittel für K***** und Sch***** aufbewahrt, sie seien ihm von K***** übergeben worden und habe er schließlich über Auftrag von K***** und Sch***** diese Beweismittel der Steuerfahndung übergeben, um Michael S***** (zu Unrecht) zu belasten;

2. durch die zu 1. beschriebene Tathandlung Christian K***** und Thomas Sch***** dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung auszusetzen, dass Jürgen Andreas Si***** sie der von Amts wegen zu verfolgenden, mit Strafe bedrohten Handlungen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1 und Abs 2 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG, sowie der Bestimmung zur Verleumdung nach §§ 12 (2. Fall), 297 Abs 1 (1. Fall) StGB falsch verdächtigte und Michael S***** wusste (§ 5 Abs 3 StGB), dass die Verdächtigungen falsch waren;

III. den abgesondert verfolgten Carlos C***** - über Robert Sa*****, nunmehr Robi D***** - bestimmt

1. am 27. April 2011, sowie am 03. Mai 2011 als Zeuge in einem Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung vor der Kriminalpolizei im Rahmen einer förmlichen Vernehmung falsch auszusagen, indem Carlos C***** angab, an Jürgen Si***** mit dem er sich am 12. April 2011 gegen 12:00 Uhr im Bereich des Jakominiplatzes getroffen habe und sie sich bei diesem Treffen über den Ankauf eines VW-Polo durch Carlos C***** von Jürgen Si***** geeinigt hätten, ca. eine Stunde später (gegen 13:00 Uhr) EUR 3.000,00 als Anzahlung übergeben zu haben, wobei ihm Jürgen Si***** diese Anzahlung durch die Vorgabe, ihm dieses Fahrzeug tatsächlich zu verschaffen, betrügerisch herausgelockt habe;

2. durch die zu 1. beschriebene Tathandlung den Jürgen Si***** dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung auszusetzen, dass Carlos C***** ihn einer von Amts wegen zu verfolgenden mit Strafe bedrohten Handlung, nämlich des Vergehens des Betruges nach § 146 Abs 1 StGB falsch verdächtigte und Michael S***** wusste (§ 5 Abs 3 StGB), dass die Verdächtigung falsch war;

3. am 27. April 2011 eine falsche Urkunde, nämlich die mit 12. April 2011 datierte 'Bestätigung' über die Anzahlungsübergabe, welche eine nachgemachte Paraphe des Jürgen Si***** trug, dadurch im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechtes zu gebrauchen, dass Carlos C***** diese als Beweismittel bei seiner Anzeigenerstattung auf der Pl Karlsruherstraße vorlegte;

C. Georg W***** am 1. Mai 2013 in Graz eine fremde Sache dadurch beschädigt, dass er einen Hocker gegen den Geldspielautomaten des We***** schleuderte, wodurch an der Sache ein EUR 3.000,00 nicht übersteigender Schaden entstanden ist.

D. Robi D*****, vormals Robert Sa*****, den abgesondert Verfolgten Carlos C***** bestimmt:

1. am 27. April 2011, sowie am 3. Mai 2011 als Zeuge in einem Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung vor der Kriminalpolizei im Rahmen einer förmlichen Vernehmung falsch auszusagen, indem Carlos C***** angab, an Jürgen Si***** mit dem er sich am 12. April 2011 gegen 12:00 Uhr im Bereich des Jakominiplatzes getroffen habe und sie sich bei diesem Treffen über den Ankauf eines VW-Polo durch Carlos C***** von Jürgen Si***** geeinigt hätten, ca. eine Stunde später (gegen 13:00 Uhr) EUR 3.000,00 als Anzahlung übergeben zu haben, wobei ihm Jürgen Si***** diese Anzahlung durch die Vorgabe, ihm dieses Fahrzeug tatsächlich zu verschaffen, betrügerisch herausgelockt habe;

2. durch die zu 1. beschriebene Tathandlung den Jürgen Si***** dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung auszusetzen, dass Carlos C***** ihn einer von Amts wegen zu verfolgenden mit Strafe bedrohten Handlung, nämlich des Vergehens des Betruges nach § 146

*Abs 1 StGB falsch verdächtigte und Robi D*****, vormals Robert Sa*****, wusste (§ 5 Abs 3 StGB), dass diese Verdächtigung falsch war;*

*3. am 27. April 2011 eine falsche Urkunde, nämlich die mit 12. April 2011 datierte 'Bestätigung' über die Anzahlungsübergabe, welche eine nachgemachte Paraphe des Jürgen Si***** trug, dadurch im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechtes zu gebrauchen, dass Carlos C***** diese als Beweismittel bei seiner Anzeigenerstattung auf der Pl Karlsruherstraße vorlegte.“*

Rechtliche Beurteilung

*Die dagegen von Michael S***** aus Z 4, 5, 5a, 9 lit a, 10 und 11, von Georg W***** aus Z 9 lit a und 10, jeweils des § 281 Abs 1 StPO, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden sind teilweise im Recht.*

*Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof zudem, dass zum Nachteil des Angeklagten Robi D***** das Strafgesetz mehrfach unrichtig angewendet worden ist.*

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Michael S***:**

§ 39 Abs 1 FinStrG ist eine Qualifikationsnorm, die an die Grundtatbestände der Abgabenhinterziehung (§ 33 Abs 1, 2 und 4 FinStrG), des Schmuggels (§ 35 Abs 1 FinStrG), der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben (§ 35 Abs 2 und 3 FinStrG) sowie der vorsätzlichen Abgabenhinterziehung (§ 37 Abs 1 FinStrG) anknüpft (Lässig in WK² FinStrG § 39 Rz 2). Demgemäß ist Basisvoraussetzung der Subsumtion eines Verhaltens als Abgabebetrag nach § 39 Abs 1 FinStrG, dass dieses - objektiv und subjektiv - alle Merkmale des in Rede stehenden Grundtatbestands erfüllt.

Im Hinblick darauf zeigt die Beschwerde im Ergebnis zutreffend auf, dass die hinsichtlich des Schuldspruchs A/I/2 getroffenen Feststellungen zur subjektiven Tatseite (US 14 f) die Subsumtion nach den Grundtatbeständen des § 33 Abs 1 FinStrG und des § 33 Abs 2 lit a FinStrG nicht tragen (der Sache nach Z 9 lit a).

Beide Tatbestände stellen nämlich unter anderem auf eine Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten ab, die solcherart vom zumindest bedingten Vorsatz (§ 8 Abs 1 FinStrG) des Täters umfasst sein muss. Konstatierungen hiezu enthält die angefochtene Entscheidung nicht.

§ 33 Abs 2 lit a FinStrG verlangt zudem hinsichtlich des Bewirkens der Abgabenverkürzung nach der qualifizierten Vorsatzform der Wissentlichkeit (13 Os 92/83, EvBl 1984/107, 404; RIS-Justiz RS0087051 und RS0087072), wozu das Erstgericht ebenfalls keine Feststellungen trifft.

Das Konstatierungsdefizit zur subjektiven Tatseite in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten besteht auch hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG aF (A/II).

Ebenso zutreffend zeigt die Rechtsrüge (Z 9 [richtig] lit a) auf, dass die angefochtene Entscheidung bezüglich der Schuldsprüche B/II/1 und B/II/2 keine Feststellungen zur subjektiven Tatseite enthält (siehe US 16 f).

Die Schuldsprüche A/I/2, A/II und B/II waren daher gemäß § 285e StPO in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort aufzuheben.

Das weitere Vorbringen zu diesen Schuldsprüchen kann daher auf sich beruhen.

Im Übrigen geht die Nichtigkeitsbeschwerde fehl:

*Zum Schuldspruch B/III liegt dem Beschwerdeführer zur Last, Carlos C***** über Robi D***** zu mehreren strafbaren Handlungen bestimmt zu haben (US 17 f).*

*Demgemäß bezog sich die Aussage des Carlos C*****, den Beschwerdeführer nicht persönlich zu kennen und mit ihm auch niemals telefoniert zu haben, nicht auf schuld- oder subsumtionsrelevante Umstände und war solcherart - entgegen der Mängelrüge (Z 5) - nicht erörterungsbedürftig iSd Z 5 zweiter Fall (RIS-Justiz RS0106268).*

Der Einwand eines Feststellungsdefizits zum „Tatbegehungsmodus“ hinsichtlich des Schuldspruchs B/III/2 (Z 9 [richtig] lit a), lässt nicht erkennen, welche über die vom Erstgericht getroffenen hinausgehenden Konstatierungen zur rechtsrichtigen Subsumtion erforderlich sein sollen, und entzieht sich somit einer meritorischen Erledigung (RIS-Justiz RS0095939, RS0117247 und RS0118342).

Die Behauptung der Rüge, die Feststellungen zur subjektiven Tatseite würden den Schuldspruch B/III/(richtig)1 nicht tragen, geht nicht vom Urteilssachverhalt aus, wonach der Beschwerdeführer Carlos C***** über Robi D***** bestimmte, als „Zeuge in einem Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung vor der Kriminalpolizei im Rahmen einer förmlichen Vernehmung“ falsch auszusagen und dabei in der „Gewissheit“ handelte, dass der verlangte Aussageinhalt „falsch war“ (US 17 f), und verfehlt solcherart den Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0099810).

Indem die Subsumtionsrüge (Z 10) mit der Begründung, die dem Schuldspruch B/III/3 zugrunde liegende falsche Urkunde sei im Zuge der Anzeigeerstattung als Beweismittel vorgelegt worden, die Subsumtion nach § 293 Abs 1 StGB fordert, argumentiert sie nicht aus dem Gesetz (siehe aber 12 Os 52/02, SSSt 64/31; RIS-Justiz RS0116565 und RS0116569). Die Beschwerde legt nämlich insoweit nicht dar, aus welchem Grund die Subsidiaritätsklausel des § 293 Abs 1 StGB hier nicht zur Anwendung gelangen soll.

Hinsichtlich des Schuldspruchs B/III war die Nichtigkeitsbeschwerde daher gemäß § 285d Abs 1 StPO schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen.

Aufgrund der Aufhebung der Schuldsprüche A/I/2, A/II und B/II waren auch die Michael S***** betreffenden Strafaussprüche nach dem FinStrG und dem StGB aufzuheben, worauf er mit seiner Berufung zu verweisen war.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Georg W***:**

Zum Erfordernis der Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale des in Rede stehenden Grundtatbestands bei Verurteilung wegen Abgabenbetrugs (§ 39 Abs 1 FinStrG) sei zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Darlegungen zur Nichtigkeitsbeschwerde des Michael S***** verwiesen.

Im Hinblick darauf zeigt die Rechtsrüge (Z 9 lit a) im Ergebnis zutreffend auf, dass die Feststellungen zur subjektiven Tatseite (US 14 f) den Schuldspruch A/I/2 nicht tragen.

Auch in Bezug auf Georg W***** enthält die angefochtene Entscheidung nämlich keine Feststellungen darüber, ob die Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten vom zumindest bedingten (§ 8 Abs 1 FinStrG) Tätervorsatz umfasst gewesen und ob die Abgabenverkürzung bezüglich der Umsatzsteuervoranmeldungen (§ 33 Abs 2 lit a FinStrG) wissentlich bewirkt worden ist.

Der Schuldspruch A/I/2 war daher gemäß § 285e StPO in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort aufzuheben.

Die übrigen - ausschließlich auf diesen Schuldspruch bezogenen - Beschwerdeausführungen können somit auf sich beruhen.

Zum Schuldspruch wegen des Vergehens der Sachbeschädigung nach § 125 StGB (C) wurden weder in der Ausführung der Beschwerdegünde noch bei der Anmeldung der Beschwerde die Nichtigkeitsgründe einzeln und bestimmt bezeichnet (§ 285 Abs 1 StPO), aus welchem Grund die Nichtigkeitsbeschwerde insoweit gemäß § 285d Abs 1 StPO schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen war.

Aufgrund der Aufhebung des Schuldspruchs A/I/2 war auch der Strafausspruch nach dem FinStrG aufzuheben, worauf Georg W***** mit seiner (nur hiegegen gerichteten) Berufung zu verweisen war.

Zur amtswegigen Maßnahme:

Die in Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerden des Michael S***** und des Georg W***** aufgezeigten Konstatierungsdefizite (Z 9 lit a) zum Schuldspruch A/I/2 betreffen auch Robi D***** und waren demgemäß hinsichtlich dieses Angeklagten von Amts wegen wahrzunehmen (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO).

Ebenso war bezüglich der Schuldsprüche wegen Vergehen der falschen Beweisaussage nach §§ 12 zweiter Fall, 288 Abs 1 und 4 StGB (D/1), der Verleumdung nach §§ 12 zweiter Fall, 297 Abs 1 erster Fall StGB (D/2) und der Urkundenfälschung nach §§ 12 zweiter Fall, 223 Abs 2 StGB (D/3) vorzugehen, weil das Erstgericht insoweit keine Feststellungen zur subjektiven Tatseite traf (siehe US 18).

*Sämtliche Schuldsprüche des Robi D***** waren daher gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO iVm § 285e StPO schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort aufzuheben, was die Aufhebung der Robi D***** betreffenden Strafaussprüche nach dem FinStrG und dem StGB zur Folge hatte.*

Im zweiten Rechtsgang wird zu beachten sein:

(1) Zu § 33 Abs 1 FinStrG:

a) Hinsichtlich zu veranlagender Abgaben wird nach ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0086590 und RS0124712) - bezogen auf ein Steuersubjekt - mit Abgabe einer unrichtigen Jahressteuererklärung je Steuerart (unabhängig von der Höhe des Hinterziehungsbetrags) ein Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG begründet. Solcherart bildet insoweit die Jahressteuererklärung - allenfalls als Bündel mehrerer steuerlich trennbarer Einzelaspekte - das kleinste (nicht mehr teilbare) Element des Sachverhalts, also eine selbständige Tat im materiellen Sinn (13 Os 142/08v, JBl 2010, 318). Entsprechendes gilt für das Unterlassen der Abgabe einer Jahressteuererklärung, in welchem Fall die Nichtabgabe bis zum gesetzlich vorgesehenen Endzeitpunkt (§ 33 Abs 3 lit a zweiter Fall FinStrG) selbständige Tat ist (13 Os 58/13y, Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 9).

Ein diesbezüglicher Schuldspruch setzt daher Feststellungen darüber voraus, ob der Angeklagte Jahressteuererklärungen abgegeben oder dies bis zum gesetzlich vorgesehenen Endzeitpunkt (hiezü Lässig in WK² FinStrG § 33 Rz 36) unterlassen hat und welche Unrichtigkeiten allenfalls abgegebene Erklärungen aufgewiesen haben (vgl demgegenüber US 15). Unter dem Aspekt der Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung sind überdies Konstatierungen dazu erforderlich, ob Abgabenbescheide erlassen worden und - fallbezogen mit Blick auf den vor dem Inkrafttreten der mit BGBl I 2013/14 vorgenommenen Änderung des § 33 Abs 3 lit a FinStrG gelegenen präsumptiven Tatzeitraum - ob diese gegebenenfalls in Rechtskraft erwachsen sind (RIS-Justiz RS0086391, RS0086429, RS0086436 und RS0086462).

Da das Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG ein Vorsatzdelikt ist, müssen sämtliche Tatbestandsmerkmale, also sowohl die Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht als auch das Bewirken einer Abgabenverkürzung vom - zumindest bedingten (§ 8 Abs 1 FinStrG) - Tätervorsatz umfasst sein (vgl demgegenüber US 14 f).

*b) Fallbezogen wurde Michael S***** mit - seit 16. Mai 2013 rechtskräftigem (siehe 13 Os 129/12p) - Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 12. Juni 2012, GZ 13 Hv 183/10b-178, (unter anderem) wegen Verkürzung der Jahresumsatzsteuer 2010 des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG schuldig erkannt (vgl US 10 und 15). Ausgehend vom dargelegten (1/a) finanzstrafrechtlichen Tatbegriff steht daher einer neuerlichen Verurteilung wegen Verkürzung der Jahresumsatzsteuer 2010 - auch wenn sich diese auf einen anderen Verkürzungsbetrag bezieht - der Grundsatz „ne bis in idem“ (Art 4 7. ZPMRK, § 17 Abs 1 StPO) entgegen.*

(2) Zu § 33 Abs 2 lit a FinStrG:

Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG werden durch dort pönalisiertes Verhalten in Bezug auf Voranmeldungszeiträume (§ 21 Abs 1 UStG) begangen, sodass sachverhaltsmäßig hinsichtlich jedes solchen Zeitraums und jeder Abgabenart (unabhängig von der Höhe des Hinterziehungsbetrags) eine selbständige Tat vorliegt (13 Os 105/08b, SSt 2009/18; RIS-Justiz RS0118311 und RS0124712).

Ein Schuldspruch nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG muss sich daher stets auf einen konkreten Kalendermonat beziehen (vgl demgegenüber US 16).

Vollendet ist eine Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG, wenn die Vorauszahlung nicht bis zum 15. Tag des jeweils zweitfolgenden Monats (§ 21 Abs 1 UStG) geleistet wird (RIS-Justiz RS0087066, jüngst 13 Os 59/14x). Auch hiezü ist eine entsprechende Feststellungsbasis zu schaffen.

Auf der subjektiven Tatseite verlangt § 33 Abs 2 lit a FinStrG hinsichtlich der Pflichtverletzung zumindest bedingten Vorsatz (§ 8 Abs 1 FinStrG), bezüglich des Bewirkens der Abgabenverkürzung die qualifizierte Vorsatzform der Wissentlichkeit (RIS-Justiz RS0087051 und RS0087072).

(3) Zu § 38 Abs 1 FinStrG:

a) Nach ständiger Judikatur begründet die Verwendung der verba legalia ohne Herstellung eines Sachverhaltsbezugs einen Rechtsmangel infolge fehlender Feststellungen (RIS-Justiz RS0119090). Für Urteilskonstatierungen zur Gewerbsmäßigkeit folgt daraus insbesondere, dass der Gesetzesbegriff „fortlaufend“ durch konkrete Feststellungen zur intendierten Dauer des Einnahmenezuflusses aufzulösen ist, um dem Obersten Gerichtshof die Überprüfung der Verwirklichung des angesprochenen Sachverhaltselements zu ermöglichen (Lässig in WK² FinStrG § 38 Rz 9; zu den diesbezüglichen Feststellungserfordernissen siehe Jerabek in WK² StGB § 70 Rz 7 [vgl demgegenüber US 14 f]).

b) Zudem wird zu beachten sein, dass gemäß § 265 Abs 1p FinStrG bei nach dem 31. Dezember 2010 gelegenen Tatzeiten (hiez zu in Bezug auf zu veranlagende Abgaben Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 9 und § 33 Rz 36) § 38 FinStrG in der Fassung der FinStrG-Novelle 2010 BGBl I 2010/104 anzuwenden ist.

(4) Zu § 39 FinStrG:

Indem § 39 FinStrG an die Begehung von (bestimmten) Finanzvergehen, deren Ahndung in die (originäre [Lässig in WK² FinStrG § 39 Rz 2]) Zuständigkeit des Gerichts fällt, anknüpft, normiert er - in Anlehnung an § 29 StGB (Ratz in WK² StGB § 29 Rz 1, 5 bis 7) und solcherart vergleichbar mit § 28a Abs 2 Z 3 SMG und § 28a Abs 4 Z 3 SMG (Schwaighofer in WK² SMG § 28a Rz 35, 48) - eine besondere Art des Zusammenrechnungsgrundsatzes. Der Gesetzgeber verdeutlicht dies durch die Formulierung der Absätze 1 und 2 des § 39 FinStrG, wonach sich „des“ Abgabebetrugs schuldig macht, wer (eine unbestimmte Anzahl der genannten) Finanzvergehen begeht. Im Fall des Zusammentreffens mehrerer (in § 39 Abs 1 oder 2 genannter) Finanzvergehen ist daher bei Vorliegen qualifizierender Tatmodalitäten eine Subsumtionseinheit sui generis zu bilden, wobei die einzelnen Straftaten ihre rechtliche Selbständigkeit behalten (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 568 [zu § 29 StGB sowie § 28a Abs 2 Z 3 SMG und § 28a Abs 4 Z 3 SMG]). Teil dieser Subsumtionseinheit können aber ausschließlich solche Finanzvergehen sein, die unter Einsatz einer qualifizierenden Tatmodalität begangen worden sind, wobei immer nur gleichartige Finanzvergehen - zu einem Finanzvergehen (§ 39 Abs 3 lit a FinStrG) oder Verbrechen (§ 39 Abs 3 lit b oder lit c FinStrG) des Abgabebetrugs - zusammenzufassen sind (Lässig in WK² FinStrG § 39 Rz 3).

Die hier vorgenommene Zusammenfassung von Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG und solchen nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG zu einem Verbrechen des Abgabebetrugs nach § 39 Abs 1 lit b, Abs 3 lit b FinStrG (US 6 f, siehe auch US 16) ist daher verfehlt.

Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb Michael S***** insoweit die Grundtatbestände des § 33 Abs 1 FinStrG und des § 33 Abs 2 lit a FinStrG (US 6), Robi D***** und Georg W***** hingegen nur jener des § 33 Abs 2 lit a FinStrG (US 7) angelastet werden.

Da § 39 Abs 1 FinStrG unselbständige Qualifikationstatbestände normiert, sind die dort umschriebenen Verhaltensweisen als (qualifizierender) Teil des jeweiligen Grundtatbestands zu verstehen und müssen sie solcherart vom zumindest bedingten Vorsatz (§ 8 Abs 1 FinStrG) des Täters umfasst sein (Lässig in WK² FinStrG § 39 Rz 16). Entsprechende Konstatierungen enthält die angefochtene Entscheidung nicht (siehe insbesondere US 14 f).

§ 39 Abs 3 FinStrG regelt eine - an das Vermögensstrafrecht des StGB angelehnte (vgl EBRV 874 BlgNR 24. GP 10) - Abstufung nach Wertqualifikationen. Demgemäß muss auch das Überschreiten der Qualifikationsgrenzen des § 39 Abs 3 lit b oder c FinStrG vom (zumindest bedingten) Tätervorsatz umfasst sein (Lässig in WK² FinStrG § 39 Rz 3 und 28 [vgl demgegenüber US 14 f]).

(5) Zum strafbestimmenden Wertbetrag:

Zurückgehend auf ein Erkenntnis eines verstärkten Senats aus dem Jahr 1991 (EvBl 1992/16) judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass einem Abgabenbescheid als dem Resultat eines fachspezifischen Ermittlungsverfahrens zwar die Bedeutung einer qualifizierten Vorprüfung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des im diesbezüglichen Finanzstrafverfahren aktuellen Finanzvergehens zukommt, das Gericht aber nicht an den Bescheid gebunden ist (RIS-Justiz RS0087030).

Prozessual betrachtet sind abgabenbehördliche Erhebungsergebnisse Beweismittel, aus welchem Grund sie in der Hauptverhandlung (in aller Regel durch Verlesung) vorkommen müssen, um bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden zu können (§ 258 Abs 1 StPO). Sind sie

in der Hauptverhandlung vorgekommen, muss sie das erkennende Gericht - wie jedes andere Beweismittel auch - auf ihre Beweiskraft prüfen (§ 258 Abs 2 erster Satz StPO).

*Unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit (§ 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall StPO) folgt daraus, dass der pauschale Hinweis auf die Ergebnisse des Abgabenverfahrens nicht hinreicht, sondern die nachvollziehbare Bezugnahme auf - konkret zu bezeichnende - Aktenteile erforderlich ist (13 Os 50/09s, RIS-Justiz RS0087030 [T1]), welchem Erfordernis die angefochtene Entscheidung nicht entspricht. Anhand des bloßen Verweises auf die „Beilagen zur ON 249“, das „SV-GA Dris. H*****“ und die im Verfahren AZ 13 Hv 183/10b des Landesgerichts für Strafsachen Graz getroffenen Feststellungen (US 13, 18 f) ist nämlich die Rückrechnung der auf US 15 f konstatierten Verkürzungsbeträge nicht möglich.*

In Bezug auf Taten, deren präsumptiver Tatzeitraum vor dem 1. Jänner 2011 liegt (A/II), ist beim anzustellenden Günstigkeitsvergleich (§ 4 Abs 2 FinStrG) insbesondere auf den mit der FinStrG-Novelle 2010 BGBl I 2010/104 eingefügten zweiten Satz des § 33 Abs 5 FinStrG Bedacht zu nehmen (hiezü Lässig in WK² FinStrG § 33 Rz 47 f).

(6) Zum Ausspruch einer Zusatzstrafe:

Die Bestimmungen über die Bedachtnahme auf eine Vorverurteilung finden sich für das Finanzstrafverfahren in § 21 Abs 3 FinStrG (vgl demgegenüber US 7).

Im Hinblick darauf, dass das hier in Rede stehende Vor-Urteil am 12. Juni 2012 gefällt worden ist (vgl US 10 und 15), werden im Fall einer neuerlichen Verurteilung wegen der vom Schuldspruch A/I/2/a umfassten Tat zwecks Prüfung der zeitlichen Voraussetzungen einer allfälligen Bedachtnahme exakte Feststellungen zur Tatzeit (vgl auch 1) zu treffen sein.

Sollten die zeitlichen Voraussetzungen im Sinn von § 21 Abs 3 FinStrG nicht vorliegen, wird aber - auch im Fall einer abermaligen Verurteilung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 FinStrG und solcherart grundsätzlich gebotenen Verhängung einer Geldstrafe (§ 21 Abs 2 vierter Satz FinStrG) - das Verbot der reformatio in peius (§ 293 Abs 3 StPO) zu berücksichtigen sein.

(7) Zu § 288 StGB:

Die falsche Beweisaussage vor Gericht ist (soweit hier von Interesse) in § 288 Abs 1 StGB geregelt, der diesbezügliche Schuldspruch auch nach § 288 Abs 4 StGB (B/II/1) ist daher verfehlt.

(8) Zu § 146 StGB:

Der Grundtatbestand des Betrugs ist nicht nach Absätzen aufgegliedert (vgl demgegenüber US 5 und 6).

*Mit ihren Berufungen waren Michael S***** und Georg W***** auf die Aufhebung der jeweiligen Strafaussprüche zu verweisen.*

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO."

7. § 33 Abs 1 FinStrG (§§ 95 f EStG):

KESt- Verkürzung = EvBl 2015/84; OGH 25.2.2015, 13 Os 107/14f (LGSt Wien 12 Hv 114/12p).

Zur Beurteilung einer allfälligen Verkürzung an KESt sind Feststellungen darüber zu treffen, ob, gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt, Kapitalerträge geflossen sind. Werden Kapitalflüsse konstatiert, sind weiters die Person des Schuldners und des Empfängers der Kapitalerträge festzustellen und auf dieser Basis anhand der Bestimmungen der §§ 95 f SStG zu prüfen, wen die darauf bezogene Pflicht zum Abzug und zur Abfuhr der KESt traf. Im Fall eines Schuldspruchs wegen Finanzvergehen der (gewerbsmäßigen) Abgabenhinterziehung sind die einzelnen Taten unter Zugrundelegung des finanzstrafrechtlichen Tatbegriffs zur KESt durch Feststellungen voneinander abzugrenzen.

"Geschäftszahl

13Os107/14f

Entscheidungsdatum

25.02.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 25. Februar 2015 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Lässig, Mag. Michel, Dr. Oberressl und Dr. Brenner in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Bachl als Schriftführerin in der Finanzstrafsache gegen Klaus A***** wegen Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a und 13 FinStrG aF über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 10. April 2014, GZ 12 Hv 114/12p-259, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den auf die Verkürzung von Kapitalertragsteuer für die Jahre 1997 bis 2000 bezogenen Schuldsprüchen wegen Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG aF (I/B und II/B) und in der Subsumtion der Verkürzungen an Umsatzsteuer für die Jahre 1996 bis 1998 (I/A/1/a/i und ii, II/A/1/a/i bis iii sowie III/A/1/a), Körperschaftsteuer für die Jahre 1997 und 1998 (I/A/1/b/i sowie II/A/1/b/i und ii) und Einkommensteuer für das Jahr 1998 (III/A/2/a) nach § 38 Abs 1 lit a FinStrG aF sowie demzufolge auch im Strafausspruch aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Ihm fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Klaus A***** jeweils mehrerer Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG aF (I/A/1, I/B, II/A/1, II/B und III/A) sowie nach §§ 13, 33 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG aF (I/A/2, II/A/2 und III/B) schuldig erkannt.

Danach hat er gewerbsmäßig vorsätzlich unter Verletzung abgabenrechtlicher Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflichten Abgabenverkürzungen bewirkt und dies versucht, nämlich

(I) im Zuständigkeitsbereich des Finanzamts Wien 6/7/15 (US 16) als Verantwortlicher der R***** GmbH

A) durch die Abgabe unrichtiger Jahressteuererklärungen

1) bewirkt, nämlich an Umsatzsteuer für die Jahre 1996 um 67.182 Euro, 1997 um 128.781 Euro und 1999 um 226.844 Euro sowie an Körperschaftsteuer für die Jahre 1997 um 33.220 Euro und 1999 um 35.083 Euro sowie

2) zu bewirken versucht, nämlich für das Jahr 2000 an Umsatzsteuer um 325.513 Euro und an Körperschaftsteuer um 9.309 Euro, zudem

B) durch das Unterlassen der Einbehaltung, Anmeldung und Abfuhr von Kapitalertragsteuer bewirkt, nämlich für die Jahre 1997 um 25.332 Euro, 1998 um 14.012 Euro, 1999 um 31.848 Euro und 2000 um 82.106 Euro,

(II) im Zuständigkeitsbereich des Finanzamts Wien 2/20/21/22 (US 16) als Verantwortlicher der Peter A***** GmbH

A) durch die Abgabe unrichtiger Jahressteuererklärungen

1) bewirkt, nämlich an Umsatzsteuer für die Jahre 1996 um 3.331 Euro, 1997 um 8.134 Euro, 1998 um 20.705 Euro und 1999 um 81.635 Euro sowie an Körperschaftsteuer für die Jahre 1997 um 5.386 Euro, (richtig [siehe US 9 f]) 1998 um 7.177 Euro und 1999 um 31.283 Euro sowie

2) zu bewirken versucht, nämlich an Umsatzsteuer für das Jahr 2000 um 14.927 Euro sowie an Körperschaftsteuer für die Jahre 2000 um 21.132 Euro und 2001 um 10.755 Euro, zudem

B) durch das Unterlassen der Einbehaltung, Anmeldung und Abfuhr von Kapitalertragsteuer bewirkt, nämlich für die Jahre 1997 um 3.936 Euro, 1998 um 6.990 Euro, 1999 um 14.582 Euro und 2000 um 10.257 Euro, weiters

(III) im Zuständigkeitsbereich des Finanzamts Wien 2/20/21/22 (US 16) als Einzelunternehmer

A) durch die Abgabe unrichtiger Jahressteuererklärungen bewirkt, nämlich an Umsatzsteuer für die Jahre 1998 um 214.383 Euro und 1999 um 324.253 Euro sowie an Einkommensteuer für die Jahre 1998 um 32.651 Euro und 1999 um 46.577 Euro, zudem

B) durch die Nichtabgabe von Jahressteuererklärungen zu bewirken versucht, nämlich für das Jahr 2000 an Umsatzsteuer um 214.534 Euro und an Einkommensteuer um 27.648 Euro.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen aus Z 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten geht fehl.

Der Schuldspruch basiert zusammengefasst auf der Urteilsannahme, der Beschwerdeführer habe gegenüber den Abgabenbehörden vorgegeben, Dienstleistungen, die tatsächlich von der R***** GmbH (I), der Peter A***** GmbH (II) und dem Einzelunternehmen Klaus Peter A***** (III) erbracht worden sind, seien einem in Portugal ansässigen Unternehmen zuzurechnen. Auf diese Weise seien für die Veranlagungsjahre 1996 bis 2001 einerseits zu Unrecht Umsatzsteuerbefreiungen im Sinn der Verordnung des Bundesministers für Finanzen vom 11. Dezember 1974 über die umsatzsteuerliche Behandlung von Leistungen ausländischer Unternehmer BGBl 1974/800 in Anspruch genommen und andererseits Einkünfte der österreichischen Besteuerung (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer) entzogen worden (auf die inkriminierten Verkürzungen an Kapitalertragssteuer wird gesondert eingegangen).

Die objektiven Voraussetzungen für die diesbezügliche Steuerpflicht im Inland werden auf den US 7 bis 10 festgestellt, die Konstatierungen zur subjektiven Tatseite finden sich auf den US 6 f, 7 f und 9 f.

Indem die Rechtsrüge diese Feststellungen durch die auf eigene Beweiswerterwägungen gegründeten Behauptungen, es wären (zusammengefasst) weder die tatsächlichen Voraussetzungen für die Steuerpflicht im Inland noch ein auf Abgabenverkürzung gerichteter Vorsatz des Beschwerdeführers gegeben gewesen, ersetzt, entfernt sie sich vom Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0099810, jüngst 13 Os 72/14h).

Auch die Behauptung eines Feststellungsdefizits entzieht sich einer inhaltlichen Erwiderung, weil die Beschwerde insoweit nicht erkennen lässt, welche über die vom Erstgericht getroffenen (US 5 bis 12) hinausgehenden Konstatierungen für die vorgenommene Subsumtion erforderlich sein sollen (RIS-Justiz RS0095939, RS0117247 und RS0118342, jüngst 14 Os 64/14i).

Entgegen der Beschwerde ist die Ableitung der Feststellungen zu den strafbestimmenden Wertbeträgen aus den - als schlüssig erachteten (US 16) - abgabenbehördlichen Ermittlungsergebnissen unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit (insoweit der Sache nach Z 5 vierter Fall, allenfalls iVm Z 11 erster Fall [hiezü Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 21]) nicht zu beanstanden:

Zurückgehend auf ein Erkenntnis eines verstärkten Senats aus dem Jahr 1991 (EvBl 1992/16) judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass einem Abgabenbescheid als dem Resultat eines fachspezifischen Ermittlungsverfahrens die Bedeutung einer qualifizierten Vorprüfung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des im diesbezüglichen Finanzstrafverfahren aktuellen Finanzvergehens zukommt (RIS-Justiz RS0087030).

Prozessual betrachtet sind abgabenbehördliche Erhebungsergebnisse Beweismittel, aus welchem Grund sie in der Hauptverhandlung (in aller Regel durch Verlesung oder Vortrag) vorkommen müssen, um bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden zu können (§ 258 Abs 1 StPO). Sind sie - wie hier (ON 258 S 46) - in der Hauptverhandlung vorgekommen, muss sie das erkennende Gericht gemäß § 258 Abs 2 erster Satz StPO - wie jedes andere Beweismittel auch - auf ihre Beweiskraft prüfen (zum Ganzen Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 4 f).

Aus dem Blickwinkel hinreichender Urteilsbegründung folgt daraus, dass der bloß pauschale Hinweis auf die Ergebnisse des Abgabenverfahrens nicht hinreicht, sondern die nachvollziehbare Bezugnahme auf - konkret zu bezeichnende - Aktenteile erforderlich ist (13 Os 50/09s, RIS-Justiz RS0087030 [T1]), welchem Erfordernis die angefochtene Entscheidung entspricht (US 16).

Der Einwand, es gäbe „portugiesische Steuerbescheide, die völlig andere Jahresergebnisse ausweisen als jene, die die inländischen Finanzbehörden für ihre Vorschreibung zugrundegelegt haben“, entzieht sich schon deshalb einer meritorischen Erledigung, weil er den unter dem Aspekt des (der Sache nach) herangezogenen Nichtigkeitsgrundes (Z 5 zweiter Fall) unerlässlichen Aktenbezug (RIS-Justiz RS0124172 [insbesondere T5]) vermissen lässt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher gemäß § 285d Abs 1 StPO schon bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen.

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch, dass in der angefochtenen Entscheidung - wie die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt - zum Nachteil des Angeklagten das Strafgesetz mehrfach unrichtig angewendet worden ist (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

(I) Der Vorgang der Subsumtion besteht im Herstellen einer Verknüpfung zwischen der Tat und einer strafbaren oder (sofern in Sonderfällen nicht alle Voraussetzungen der Strafbarkeit verlangt werden) mit Strafe bedrohten Handlung. Dabei wird der festgestellte Lebenssachverhalt (Tat) dahin beurteilt, ob er unter die gesetzliche Kategorie einer strafbaren Handlung, also eines tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens, das auch allfälligen zusätzlichen Voraussetzungen für die Strafbarkeit genügt, fällt (Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 7, Ratz in WK² StGB Vor §§ 28 bis 31 Rz 1).

In Finanzstrafsachen ist im Bereich der Kapitalertragsteuer selbstständige Tat das Unterlassen der auf einen bestimmten Ertragszufluss bezogenen Kapitalertragsteuer-Abfuhr (§ 96 Abs 1 EStG) unter Verletzung der korrespondierenden (§ 96 Abs 3 EStG) Anmeldepflicht (13 Os 104/10h, AnwBl 2011, 448; RIS-Justiz RS0124712 [T3 und T4]).

Da die angefochtene Entscheidung hiezu keine Feststellungen trifft, sondern bloß nach Kalenderjahren zusammengefasste Verkürzungen an Kapitalertragsteuer konstatiert (US 11), schafft sie somit diesbezüglich keine hinreichende Subsumtionsbasis.

(II) Das Erstgericht stellt die Tatzeitpunkte zu den hinsichtlich der Veranlagungsjahre 1996 bis 1998 durch Abgabe unrichtiger Jahressteuererklärungen bewirkten Verkürzungen an Umsatz-, Körperschaft- und Einkommensteuer nicht fest. Dies ist hier deswegen subsumtionsrelevant, weil die Qualifikation gewerbsmäßiger Begehung (§ 38 Abs 1 FinStrG) erst durch das - mit 13. Jänner 1999 in Kraft getretene - AbgÄG 1998 BGBl I 1999/28 auf den Grundtatbestand der Abgabenhinterziehung (§ 33 FinStrG) ausgedehnt worden ist.

Die angefochtene Entscheidung war daher in den Schuldsprüchen I/B und II/B sowie in der Subsumtion der von den Schuldsprüchen I/A/1/a/i und ii, I/A/1/b/i, II/A/1/a/i bis iii, II/A/1/b/i und ii, III/A/1/a und III/A/2/a umfassten Taten nach § 38 Abs 1 lit a FinStrG aF schon bei nichtöffentlicher Beratung aufzuheben (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO iVm § 285e StPO).

Dies hatte die Aufhebung des Strafausspruchs zur Folge, worauf der Angeklagte mit seiner Berufung zu verweisen war.

Zur Beurteilung einer allfälligen Verkürzung an Kapitalertragsteuer werden im **zweiten Rechtsgang** Feststellungen darüber zu treffen sein, ob, gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt, Kapitalerträge geflossen sind. Werden Kapitalflüsse konstatiert, werden weiters die Person des Schuldners und des Empfängers der Kapitalerträge festzustellen und wird auf dieser Basis anhand der Bestimmungen der §§ 95 und 96 EStG zu prüfen sein, wen die darauf bezogene Pflicht zum Abzug und zur Abfuhr der Kapitalertragsteuer traf (hiezue eingehend Lässig in WK² FinStrG § 33 Rz 32). Im Fall eines neuerlichen Schuldspruchs wegen Finanzvergehen der (gewerbsmäßigen) Abgabenhinterziehung werden die einzelnen Taten unter Zugrundelegung des dargelegten finanzstrafrechtlichen Tatbegriffs zur Kapitalertragsteuer (13 Os 104/10h, AnwBl 2011, 488; RIS-Justiz RS0124712 [T3 und T4]) durch entsprechende Feststellungen voneinander abzugrenzen sein.

Bezüglich der Veranlagungsjahre 1996 bis 1998 wird zwecks Klärung der Anwendbarkeit der Qualifikationsnorm des § 38 Abs 1 lit a FinStrG aF der Zeitpunkt der Abgabe der unrichtigen Steuererklärungen (vgl Lässig in WK² FinStrG Vorbem Rz 9) zu konstatieren sein.

Hinzugefügt sei:

(1) Das Referat der entscheidenden Tatsachen im Urteilstenor (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) stimmt in der Bezeichnung (US 3: „II/A“) nicht mit dem korrespondierenden Schuldspruch (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) überein (US 4: „II/B“).

(2) § 33 Abs 3 FinStrG enthält (bloß) Legaldefinitionen des Bewirkens, also der möglichen Arten und des Zeitpunkts der technischen Vollendung der Finanzvergehen nach § 33 Abs 1 und Abs 2 FinStrG, die Tatbestände der Abgabenhinterziehung sind in diesen Absätzen und in § 33 Abs 4 FinStrG umschrieben (SSt 55/12, RIS-Justiz RS0087102, Lässig in WK² FinStrG § 33 Rz 29 [vgl demgegenüber US 4]).

(3) Bedingte oder teilbedingte Strafnachsicht ist nach § 26 Abs 2 erster Satz FinStrG - zwingend (Lässig in WK² FinStrG § 26 Rz 8) - mit der Weisung zu verbinden, eine allfällige Abgabenverkürzung oder einen sonstigen Einnahmenausfall zu berichtigen. Da das Unterbleiben einer solchen Weisung (siehe US 4) zum Vorteil des Angeklagten wirkt und hier weder von der Staatsanwaltschaft noch von der Finanzstrafbehörde bekämpft worden ist, hat es auf sich zu beruhen.

(4) Der Ausspruch der Beschlagnahme erfolgte verfehlt (siehe § 35 StPO, vgl auch § 207a Abs 2 erster Satz FinStrG und § 115 Abs 5 StPO sowie Lässig in WK² FinStrG § 207a Rz 7 und Tipold/Zerbes, WK-StPO § 115 Rz 14, 18 und 46) in Urteilsform (US 4). Ausgehend davon, dass der Inhalt einer Entscheidung nach ständiger Judikatur nicht durch deren Form, sondern durch deren Wesen bestimmt wird (RIS-JustizRS0106264 [insbesondere T3]), ist auch die Anfechtungsmöglichkeit nach der rechtsrichtigen Entscheidungsform zu beurteilen (Ratz, WK-StPO Vor § 280 Rz 5; Tipold, WK-StPO § 85 Rz 10). Der (verfehlt in Urteilsform ergangene) Beschluss (§ 35 Abs 2 StPO) auf Beschlagnahme ist daher mit Beschwerde anfechtbar (§ 87 Abs 1 StPO). Da das Erstgericht nach der Aktenlage insoweit entgegen § 86 Abs 1 erster Satz StPO keine Rechtsmittelbelehrung erteilt hat, wurde aber die in § 88 Abs 1 zweiter Satz normierte 14-tägige Rechtsmittelfrist nicht ausgelöst (RIS-Justiz RS0123942), aus welchem Grund der angesprochene Beschluss nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Kostenentscheidung - die sich nicht auf die amtswegige Maßnahme bezieht (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12) - gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO."

Veranstaltungen und politische Diskussion

Kapitalmarktstrafrecht

RA Dr. Tobias Eggers, RA Dr. Philipp Gehrmann, RA Dr. André-M. Szesny, LL.M.

Stellungnahme des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung (WisteV) zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Novel- lierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte – 1. FiMa- NoG

I. Einleitung

Der europäische Gesetzgeber hat die Bekämpfung des Marktmissbrauches an den europäischen Kapitalmärkten in die eigenen Hände genommen und ein verbindliches Regelwerk für die Mitgliedstaaten in Form der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 1, (im Folgenden: MAR) sowie der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (ABl. L 173

vom 12.6.2014, S. 179) (im Folgenden MAD II) erlassen. MAR und MAD II sind am 2. Juli 2014 in Kraft getreten und dienen der Vereinheitlichung der Sanktionsmöglichkeiten bei Insiderhandel und Marktmanipulation in den Mitgliedstaaten.

Diese Bemühungen sind zu begrüßen, da sowohl dem Bürger als auch den am Kapitalmarkt tätigen Unternehmen ein höheres Maß an Rechtsicherheit gerade im europäischen Ausland geboten wird. Diese dürfen sich in Zukunft darauf verlassen, dass die kapitalmarktrechtlichen Regelungen in allen Mitgliedstaaten im Wesentlichen gleich ausgelegt und durchgesetzt werden.

Insgesamt betrachtet sind die inhaltlichen Änderungen, die der europäische Gesetzgeber für das deutsche Kapitalmarktrecht vorschreibt, gerade mit Blick auf das Sanktionsrecht überschaubar. Das Schutzniveau, welches das WpHG sowie die anderen Gesetze schon bislang für Marktteilnehmer geboten hatte, ist im Wesentlichen gleich zu dem nun als Mindeststandard festgelegten nach europäischem Recht. Größere Änderungen verlangt der europäische Gesetzgeber insbesondere hinsichtlich bestimmter Finanzmarktinstrumente und Handelspraktiken, die nunmehr in den Anwendungsbereich der Sanktionsnormen des WpHG einbezogen werden, sowie hinsichtlich der Bußgeldhöhe der Ordnungswidrigkeitstatbestände.

Diese Umsetzung in deutsches Recht hat bis zum 3. Juli 2016 zu erfolgen. Seit Anfang des Jahres liegt der Regierungsentwurf zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte – 1. FiMaNoG vor. Der Gesetzentwurf strebt eine 1:1-Umsetzung der europäischen Vorgaben an.

Es ist zutreffend, wenn der Regierungsentwurf davon spricht, dass durch MAR und MAD II die Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten bei Insiderhandel und Marktmanipulation angestrebt werden. Möglicherweise übersehen wurde jedoch, dass die Notwendigkeit solcher Verschärfungen insbesondere diejenigen europäischen Staaten betrifft, in denen beispielsweise die Marktmanipulation nicht durchgehend mit Kriminalstrafe sanktioniert wird. Für das deutsche Strafrecht gilt das nur eingeschränkt. Die MAD II sieht nämlich nur Mindestvorschriften für Kriminalstrafen vor, die durchgehend unter dem Niveau des § 38 WpHG nach geltendem Recht liegen. Anpassungsbedarf besteht demnach nicht. Weshalb der Regierungsentwurf hier nun teils drastische Strafschärfungen vorsieht, ist schon unter diesem Gesichtspunkt nicht nachvollziehbar.

Obgleich die MAR in den praktisch relevanten Fallkonstellationen keine wesentlichen materiellen Änderungen der Verbotsnormen des WpHG erfordert, sieht der Regierungsentwurf erhebliche Umgestaltungen des Gesetzeswortlautes vor. Leider haben sich die Verfasser des Regierungsentwurfes dazu entschlossen, den leichten Weg zu beschreiten und schlicht auf die MAR zu verweisen, wo dies möglich ist. Der vorhergehende Referentenentwurf hatte sich noch ambitionierter gezeigt und versucht, den Regelungsgehalt in den deutschen Gesetzeswortlaut aufzunehmen. Insgesamt wurde damit die Gelegenheit verpasst, ein schon inhaltlich sehr komplexes Regelwerk wenigstens sprachlich sinnvoll zu gestalten und damit dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen. Die plastische Beschreibung des WpHG als „Normbabylon“ kann auch für das WpHG in Gestalt des Regierungsentwurfes fortgelten.

II. Neuerungen auf dem Gebiet des deutschen Strafrechts

Der deutsche Gesetzgeber ist in der Ausgestaltung der Verbotsnormen im WpHG durch die Vorgaben der MAR im Wesentlichen gebunden und hat nahezu keine Entschließungsfreiheit mehr hinsichtlich des Ob und des Wie. Auch hinsichtlich der Sanktionsnormen sind dem deutschen Gesetzgeber zahlreiche Vorgaben gemacht, die als Mindeststandards zu erfüllen sind. So ist der deutsche Gesetzgeber beispielsweise verpflichtet, umfassend eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen. Sie besteht zwar eingeschränkt bereits de lege lata, ist jedoch ohne praktische Relevanz geblieben. Wieso die Integrität der Finanzmärkte durch die Verwirklichung von bloßem Handlungsunrecht ernsthaft beeinträchtigt werden soll, erschließt sich nicht. Allerdings ist die Kritik hieran auf europäischer Ebene zu formulieren und kann nicht gegen den Regierungsentwurf erhoben werden.

Jenseits der Mindestvorgaben in der MAD II ist der deutsche Gesetzgeber frei in der Entscheidungsfindung und kann in eigener Verantwortung darüber befinden, in welcher Weise Verstöße gegen die Verhaltensnorm strafrechtlich zu kriminalisieren sind. Daher beschränken sich die folgenden Anmerkungen auf diesen Bereich.

1. Umsetzung der europäischen Vorgaben

Sieht man den Regierungsentwurf durch, so fällt auf, dass von diesem Gestaltungsspielraum wenig Gebrauch gemacht wurde, um Verhaltensweisen zu entkriminalisieren. Tatsächlich behält der Gesetzgeber das gegenwärtige Niveau der Kriminalisierung in den praktisch relevanten Fallkonstellationen weitgehend bei und verschärft es in Teilen gravierend.

Im Bereich der Marktmanipulation ist begrüßenswert, dass der Regierungsentwurf an dem Tatbestandsmerkmal der Einwirkung auf den Kurs- und Börsenpreis eines Finanzinstruments festhält, um ein marktmanipulatives Verhalten als Straftat zu qualifizieren. Kritik hieran kann nicht mit zwingenden europäischen Vorgaben begründet werden, die gerade nur dort bestehen, wo das marktmanipulative Verhalten signifikante Schäden nach sich gezogen hat. Solche Schäden treten gerade in Fällen nicht auf, in denen durch das marktmanipulative Verhalten gerade keine, auch nur kurzfristige Beeinflussung der Börsen- und Marktpreise im Sinne eines künstlichen Niveaus erreicht wurde. Vielmehr hat der Kursverlauf in diesen Konstellationen trotz des Einwirkungsversuchs die wirtschaftlichen Realitäten ordnungsgemäß abgebildet. Ein signifikanter Schaden für die Integrität des Kapitalmarktes ist hier nicht eingetreten. Eine strafrechtliche Reaktion ist daher weder verhältnismäßig noch durch die Richtlinie gefordert.

Dagegen ist es sachlich nicht nachvollziehbar, weshalb der Regierungsentwurf ausgerechnet Fälle der sonstigen Marktmanipulation, insb. des sog. „Scalpings“ strafrechtlich nicht erfasst. Das verwundert, war das Scalping zuvor – zumindest nach Ansicht des BGH (BGHSt 47, 373) – noch vom Verbot der Marktmanipulation erfasst. In der Gesetzesbegründung findet sich kein Hinweis darauf, dass sich der Gesetzgeber der nunmehrigen fehlenden Strafbarkeit bewusst wäre, er die Strafbarkeit also sehenden Auges abgeschafft hätte. Auch die de lege lata eingeschränkte Strafbarkeit informationsgestützter Marktmanipulation in § 38 Abs. 1 Nr. 3 WpHG-RegE kann sich nicht auf bindende Vorgaben der europäischen Verordnung berufen, da diese tatsächlich nur das Vorliegen eines Vorteils oder Gewinns fordert, nicht jedoch eines Vermögensvorteils großen Ausmaßes in Höhe von min. EUR 50.000.

Im Bereich des Insiderhandels ist nunmehr die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärinsider aufgelöst worden hin zu einer Strafbarkeit aller, gleich ob gegen das Handels- oder Mittelungsverbot verstoßen wird. Der leichtfertige Insiderhandel soll nicht länger strafbar sein. Die Klarstellung, dass Journalisten bei börsenrelevanter Berichterstattung eine „befugte Mitteilung“ potentieller Insiderinformationen geben, wäre auch in der deutschen Begründung des Regierungsentwurfes begrüßenswert gewesen (vgl. aber Artikel 4 Abs. 5 MAD II). Aufgegeben wird entsprechend den europäischen Vorgaben das Verleitungsverbot, indem nunmehr nur die ohnehin bereits jetzt strafbare Anstiftung unter Strafe gestellt wird. Aufrechterhalten bleibt allerdings die Strafbarkeit des Verstoßes gegen das Verleitungsverbot im Bereich des Insiderhandels mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach § 38 Abs. 2 Nr. 2b WpHG-RegE. Die Gründe für die Unterscheidung liegen im Dunklen.

2. Neuer Verbrechenstatbestand

Schließlich sieht der Gesetzentwurf eine erhebliche Erhöhung des Strafrahmens für bestimmte Fälle vor. Es war allgemein erwartet worden, dass der Gesetzgeber sich dazu entschließt, eine Strafrahmenverschiebung durch die Normierung besonders schwerer Fälle der Marktmanipulation vorzunehmen. Hierbei handelt es sich um eine bekannte und seit langer Zeit geübte Regelungstechnik, die für benannte besonders schwere Fälle einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe vorsieht. Der Regierungsentwurf sieht stattdessen in Fällen der organisierten Begehung oder dem Ausnutzen von Informationen im Rahmen einer professionellen Tätigkeit mit Bezug zum Finanzmarkt einen Strafrahmen in Höhe von 1 bis 10 Jahren und stuft diese somit zu Verbrechenstatbeständen hoch. Diese drastische Strafschärfung soll ihren Grund darin finden, dass *„aus Sicht des nationalen Gesetzgebers die Auswirkungen auf die Integrität der Finanzmärkte bei Marktmanipulation sehr hoch und damit in besonderem Maße strafwürdig sind“*.

Diese Begründung überzeugt nicht.

So liegen schon keine belastbaren empirischen Nachweise dafür vor, dass die öffentlich bekannt gewordenen Marktmanipulationen der letzten Jahre die Integrität der Finanzmärkte ernsthaft bedroht oder das Vertrauen der Anleger in die Kapitalmärkte spürbar beeinträchtigt hätten. Im Gegenteil: angesichts der expansiven Geldpolitik der Notenbanken und der

daraus resultierenden niedrigen Realzinsen erfreut sich der Kapitalmarkt bei den Anlegern stetig steigenden Zuspruchs. Dies zeigt zudem, dass die Integrität der Kapitalmärkte bzw. das Vertrauen der Anleger maßgeblich von ganz anderen Faktoren abhängt als der Frage, ob bestimmte Formen der Marktmanipulation als Verbrechenstatbestände sanktioniert werden.

Der Regierungsentwurf verliert kein Wort dazu, dass der europäische Gesetzgeber lediglich eine Strafe von mindestens vier bzw. zwei Jahren vorschreibt, um „schwere Fälle“ des Marktmissbrauchs zu sanktionieren. Weshalb es ausweislich des deutschen Regierungsentwurfs für notwendig erachtet wird, weit über diese Vorgaben hinauszugehen, indem ein eigenständiger Verbrechenstatbestand geschaffen wird, erschließt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs nicht. Dies ist jedenfalls nicht selbst- bzw. auch nicht mit dem Schutz der Marktintegrität zu erklären, denn auch der europäische Gesetzgeber hat wegen der Schutzbedürftigkeit des europäischen Kapitalmarktes sich veranlasst gesehen, MAR und MAD II zu erlassen, um eine bessere Bekämpfung zu ermöglichen. Die Diskrepanz zwischen der deutschen und der europäischen Sichtweise über das notwendige Sanktionsniveau sind immens.

Auch ist das Handlungs- und Erfolgsunrecht, welches in den benannten Fällen verwirklicht wird, nicht von einem solchen Gewicht, dass die Einführung eines Verbrechenstatbestandes erforderlich und sinnvoll erscheint. Vielmehr sieht das Gesetz bei vergleichbaren Fällen betrügerischen Handelns allenfalls besonders schwere Fälle mit einem Strafraum von sechs Monaten bis 10 Jahren (vgl. etwa § 263 Abs. 3 StGB oder § 370 Abs. 3 AO) vor. Der Verbrechenstatbestand des Betruges ist gemäß § 263 Abs. 5 StGB nur erfüllt, wenn das gewerbsmäßige Handeln mit einer bandenmäßigen Begehung zusammentrifft. Das bedeutet: Das abstrakte Gefährdungsdeldikt der Marktmanipulation soll höher bestraft werden als ein Verletzungsdeldikt, bei dem ein messbarer Schaden an dem Vermögen des oder der Verletzten entsteht.

Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen stellen einen anlasslosen Bruch mit der Systematik im Bereich der besonders schweren Fälle dar, der trotz seiner Augenfälligkeit in dem Regierungsentwurf nur wenig substantiell begründet wird. Nicht vergessen werden sollte schließlich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Verbrechenstatbestandes des banden- und gewerbsmäßigen Betruges in § 263 Abs. 5 StGB ausdrücklich das Ziel verfolgt hatte, das organisierte Verbrechen zu bekämpfen. Dieses Motiv lässt sich für den als Sonderdeldikt für „Kapitalmarktprofis“ ausgestalteten Verbrechenstatbestand des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG-RegE kaum fruchtbar machen.

Wendet man den Blick auf die erfassten Fallkonstellationen, so wird deutlich, dass die angestrebte Sanktionierung als Verbrechen und damit als schwerste Straftaten auch im Einzelfall nicht nachvollziehbar ist. Beispielsweise verhängte der Sanktionsausschuss der Frankfurter Wertpapierbörse wegen des Verstoßes gegen den die Marktintegrität schützenden § 117 BörsO FFM, der nach Ansicht des VG Frankfurt am Main deckungsgleich mit § 20a Abs. 1 Nr. 2 WpHG sei (vgl. Beschluss v. 19.11.2014 – 2 K 1675/13.F, BeckRS 2015, 45671), ein Ordnungsgeld gegen einen Finanzdienstleister, dessen Mitarbeiter in der Abteilung Designated Sponsoring die Schwankungsbreite des Kurses einer Aktie durch wirtschaftlich nicht veranlasste Geschäfte widerrechtlich eindämmten. Die Höhe des Ordnungsgeldes belief sich auf EUR 5.000 bei einem möglichen Ordnungsgeldrahmen von bis EUR 250.000. Nach den in dem Regierungsentwurf niedergelegten Vorstellungen würde es sich zukünftig um ein Verbrechen handeln, das mit einer Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahr Gefängnis zu bestrafen wäre, da ein besonders schwerer Fall des Angriffs auf die Marktintegrität des deutschen Kapitalmarkts vorliegen soll.

Angeichts dessen kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, dass der Gesetzentwurf populistischen Stimmen in der öffentlichen Diskussion („Bankster“) Rechnung tragen möchte und dabei die erheblichen rechtstatsächlichen Auswirkungen nicht hinreichend in den Blick genommen hat. So werden Ermittlungsbehörden aufgrund der hohen Strafdrohung eines Verbrechenstatbestandes bei jedem Anfangsverdacht einer Marktmanipulation im besonders schweren Fall eingehend zu prüfen haben, ob ein Haftbefehl zu erlassen ist. Dies wäre angesichts der soeben beschriebenen Fallkonstellationen unangemessen. Auch sind Opportunitätsüberlegungen bei der Frage, welchen Ausgang ein Ermittlungsverfahren nehmen kann, von vornherein verschlossen. § 153a StPO findet nur bei Vergehen Anwendung. Zudem führt § 38 Abs. 5 WpHG-RegE dazu, dass Journalisten in ihrer beruflichen Tä-

tigkeit eingeschränkt werden, weil das Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten ausgehebelt werden kann (vgl. § 53 Abs. 2 Satz 2 StPO). Erneut fehlt es an einer Begründung, weshalb die Beschränkung der Pressefreiheit erforderlich erscheint.

Schließlich versäumt es der Regierungsentwurf, anders als beispielsweise bei § 263 Abs. 5 StGB, ausdrücklich die Möglichkeit eines minder schweren Falles mit einem niedrigeren Strafraum zu normieren. Jede Form der differenzierenden Betrachtung des Tatverhaltens und der Person des Täters ist damit ausgeschlossen. Wie auf Grundlage dieses Regierungsentwurfes Gerichte zu schuldangemessenen Strafen kommen sollen, bleibt rätselhaft. Im Übrigen kommt in der Heraufstufung zum Verbrechenstatbestand „wegen der besonderen Strafwürdigkeit aufgrund der Auswirkungen auf die Integrität der Kapitalmärkte“ eine Erwartungshaltung an die präventiven Einwirkungsmöglichkeiten von Strafe nach dem Motto „viel hilft viel“ zum Ausdruck, die allen Erkenntnissen der Kriminologie nach längst widerlegt wurde.

Nicht begründet und auch deshalb nicht nachvollziehbar ist schließlich die Gleichbehandlung von Amtsträgern und Mitarbeitern von Finanzdienstleistungsinstituten. Ausweislich des Regierungsentwurfes soll zukünftig eine Marktmanipulation, die eine Person in Ausübung ihrer Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes begeht, als Verbrechen bestraft werden, ohne dass weitere Qualifikationsmerkmale im Tatbestand gefordert werden. Man muss sich schon fragen, worin der Grund der Ungleichbehandlung der Mitarbeiter der BaFin gegenüber anderen Amtsträgern liegt, dass ausgerechnet diese bei betrügerischem Verhalten mit einer Mindeststrafe von einem Jahr bedroht werden sollen. Allerdings ist anzuerkennen, dass es für eine Sonderbehandlung der Amtsträger natürlich Vorbilder im geltenden Recht – etwa § 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB – gibt. Ohne Vorbild – soweit ersichtlich – ist jedoch die Gleichsetzung von Personen einer ganzen Branche mit Amtsträgern. Wieso sollen Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsinstituten nur aufgrund ihrer Tätigkeit am Kapitalmarkt einer drastisch erhöhten Sanktion unterliegen? Der Regierungsentwurf schweigt hierzu vollständig. Es bleibt damit im Dunkeln, was der Grund für die Gleichbehandlung sein soll. Rational nachvollziehbare Gründe jenseits einer populistischen Haltung gegenüber „Bankstern“ sind nicht ersichtlich.

III. Neuerungen auf dem Gebiet des Ordnungswidrigkeitenrechts

Der Regierungsentwurf sieht massive Umgestaltungen des bisherigen Bußgeldkatalogs vor, bleibt er auch hinter dem Referentenentwurf zurück, der in seinem Reformwillen noch weitergegangen war.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass ihr Entwurf eine „1:1-Umsetzung“ der EU-Richtlinie 2014/57/EU und der Verordnungen Nr. 596, 909 und 1286 aus 2014 darstellt. (Regierungsentwurf, S. 3). Damit setzt sie den Zielkorridor für das Gesetzgebungsverfahren, definiert also als legitimes Ziel ausdrücklich die exakte Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgaben. Dieses erreicht der Entwurf der Bundesregierung nicht. Teilweise geht er über das selbst gesetzte Ziel ohne Begründung hinaus, so dass man sich fragt, ob die Abweichung zu den europarechtlichen Vorgaben nicht gesehen wurde. Sollte das so sein, hätten die überschießenden Regelungen keinen vom Gesetzgeber gesetzten legitimen Zweck.

In der derzeitigen Fassung des Regierungsentwurfs wird anders als in der Fassung des Referentenentwurfs die ursprüngliche Regelungstechnik des § 39 WpHG als zentrale Bußgeldnorm beibehalten. Die Norm wird allerdings insoweit umstrukturiert, als die ursprüngliche Einteilung nach der subjektiven Tatseite aufgebrochen und nunmehr eine Systematisierung nach Rechtsakten erfolgt. Dies ist zwar grds. zu begrüßen. Tatsächlich dürfte sich die Lesbarkeit erhöhen, wenn auch die einzelnen Tathandlungen stärker nach Rechtsakten geordnet würden. In der vorgeschlagenen Fassung werden beide Ansätze jedoch vermischt. Die Bußgeldnorm, die der Regierungsentwurf aufnimmt, wurden durch die geplante Umsetzung nicht vereinfacht, sondern im Gegenteil in ihrer Komplexität erhöht. Dies widerspricht dem in der MAD II vorgegebenem Ziel der Verständlichkeit für die Anwender. Bei einer 1:1-Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben, wie sie sich der deutsche Gesetzgeber auf die Fahne schreibt, hätte man sich Anpassungen in Richtung einer zugänglicheren Strukturierung gewünscht. Angesichts dieses Befundes nicht weiter verwunderlich, unterlaufen dem Gesetzgeber teilweise handwerkliche Fehler. So sind im Regierungsentwurf teilweise Verweisketten nicht stimmig oder es tauchen systematische Ungereimtheiten auf (bspw. feh-

lende Verweise in § 39 Abs. 1 Nr. 2, 2 oder § 39 Abs. 2 Nr. 1, WpHG-RegE). Nur mit einem Redaktionsversehen erklärlich dürften auch die Sanktionslücken beim Scalping und bei Emissionszertifikaten, durch die der Regierungsentwurf hinter den unionsrechtlichen Vorgaben – wohl versehentlich – zurückbleibt, sein (so bereits *Teigelack/Dolff*, BB 2016, 387 (392)). Diese Taten erfasst der Entwurf nicht einmal ordnungswidrigkeitenrechtlich. Er nimmt in § 39 Abs. 3d Nr. 2 lit. a bis c für die Sanktionierung von Marktmanipulationen nur auf Art. 12 Abs. 2 lit. a bis c MAR Bezug, nicht aber auf lit. d bis e, wodurch Scalping und Emissionszertifikate gerade aus dem Anwendungsbereich der Sanktionsnorm ausgenommen wären. Damit bliebe der deutsche Gesetzgeber nicht nur hinter den unionsrechtlichen Vorgaben zurück, sondern ließe einen der klassischen Verhaltensweisen des Marktmissbrauchs völlig ohne Sanktion.

Der Regierungsentwurf verschärft die Bußgeldtatbestände insoweit, als für einige Tatbestände die Privilegierung fahrlässigen Verhaltens bei der Bußgeldhöhe abgeschafft werden soll. Außerdem wird die Bußgeldhöhe insgesamt deutlich angehoben. Hier sieht sich der Gesetzgeber europarechtlich gebunden. Diese Bindung besteht allerdings auch im Bereich der Ordnungswidrigkeiten nicht in der von der Regierung angenommenen Form. Tatsächlich ist bereits zweifelhaft, ob die Bundesregierung Recht hat, wenn sie davon ausgeht, dass für eine Geldbuße eine Anknüpfung an den jeweils höheren Betrag, entweder Anknüpfung am Gesamtjahresumsatz oder am Nominalbetrag (etwa in § 39 Abs. 4a S. 2 WpHG-RegE), unionsrechtlich determiniert ist. Richtigerweise nimmt der von der Bundesregierung in Bezug genommene Verordnungstext in Art. 30 Abs. 2 MAR an, dass eine Anknüpfung entweder an den Nominalbetrag oder den Gesamtjahresumsatz erfolgen müsse. Es muss dem Wortlaut nach gerade nicht der höhere der beiden Beträge sein. Die MAR ist auch so häufig überarbeitet worden, dass ein Redaktionsversehen des europäischen Ordnungsgebers wohl auszuschließen ist. Er wollte gerade keine entsprechende Festlegung, die der Regierungsentwurf nun vorsieht. Die Auswahl des jeweils höheren Betrages stammt ausschließlich vom deutschen Gesetzgeber. Der Entwurf verkennt insofern die Einschätzungshoheit des Parlaments, indem eine europarechtliche Determinierung angenommen wird, die in dieser Form nicht besteht.

An anderen Stellen erfolgt demgegenüber eine Herabsenkung der Sanktionierung. So werden leichtfertige Insiderverstöße, die nach aktueller Gesetzlage unter bestimmten Voraussetzungen strafbar waren, in Zukunft nur noch als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden sein. Diese Absenkung ist praxisgerecht und ermöglicht ein pragmatisches Vorgehen der Ermittlungsbehörde, das sich an der Verfolgung der Steuerhinterziehung und der leichtfertigen Steuerverkürzung ein Beispiel nehmen kann.

Der Entwurf ist auch systematisch nicht konsistent. Dies wird gerade an der sehr unterschiedlichen Ausgestaltung zur Bußgeldhöhe im WpHG und dem KWG deutlich. Anders als § 39 Abs. 4a WpHG-RegE kennt § 56 KWG RegE in Abs. 6a gerade keine Bezugnahme auf den Konzernumsatz. Warum hier ein anderer Regelungsgehalt als im Rahmen des WpHG gewählt wurde, ist nicht erklärlich.

Hinzu kommt, dass im Bereich des WpHG eine gesetzliche Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit mit Blick auf die Bußgeldhöhe in Form von § 17 Abs. 2 OWiG ausgeschlossen ist. Dies gilt im Rahmen des WpHG für alle Betroffenen, im Rahmen des KWG gilt der Ausschluss nur für juristische Personen oder Vereinigungen. Warum dies systematisch anders geregelt wurde, leuchtet nicht ein.

Einwände müssen auch erhoben werden gegen die Schätzungsbefugnis des § 39 Abs. 4a S. 4 WpHG-RegE. Auch hier geht der Gesetzgeber – wohl ohne dies zu sehen – über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. Die MAR verpflichtet die Mitgliedstaaten allein, Geldbußen bis zum Dreifachen der durch die Verstöße erzielten Gewinne oder vermiedenen Verluste zuzulassen, „sofern sich diese beziffern lassen“ (Art. 30 Abs. 2 Sub. 1 lit. h MAR).

IV. Neuerungen auf dem Gebiet des Verfahrensrechts

Der Regierungsentwurf sieht vor, die in § 4 WpHG geregelten Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse der BaFin erheblich zu erweitern. Insbesondere weist der Regierungsentwurf der BaFin weitere – nunmehr eindeutig – strafprozessuale Kompetenzen beim Verdacht auf Insiderhandel und Marktmanipulation zu, etwa den Zugriff auf Telekommunikationsdaten (§ 4 Abs. 3c WpHG-RegE), auf bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Kreditinstituten (usf.) aufgezeichnete Telefongespräche, E-Mails und Telekommunikationsverkehrsdaten (§ 4 Abs.

3d WpHG-RegE), ein Betretungsrecht von Geschäfts- und Wohnräumen zum Zwecke der Verfolgung von Verstößen, die Möglichkeit, Beweismittel sicherzustellen bzw. mit Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt zu beschlagnahmen (§ 4 Abs. 4a WpHG-RegE) sowie die Kompetenz, eine Vermögensbeschlagnahme zu beantragen (§ 4 Abs. 4b WpHG-RegE).

1. Die BaFin als Strafverfolgungsbehörde

Hintergrund sind die Art. 22 ff. MAR, ausweislich derer die Mitgliedstaaten „eine einzige Behörde“ für die Zwecke der MAR zu benennen haben. Strafrechtliche Kompetenzen sieht die MAR für diese Behörde jedoch nicht vor: Zwar postuliert Art. 23 Abs. 3 MAR noch, dass die zuständigen Behörden „alle zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Aufsichts- und Ermittlungsbefugnisse haben“. Gem. Art. 23 Abs. 2 lit. f) MAR muss die zu benennende Behörde aber lediglich die Befugnis haben, „eine Sache zwecks strafrechtlicher Verfolgung weiterzuverweisen“. Damit differenziert der europäische Verordnungsgeber ausdrücklich zwischen Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden. Die Ausstattung der BaFin mit Strafverfolgungsbefugnissen geht daher über die Anforderungen der europäischen Vorgaben hinaus. Die schon de lege lata bestehenden Spannungen zwischen dem Wertpapieraufsichtsrecht mit seinen durchsetzbaren Mitwirkungspflichten auf der einen Seite und strafprozessualen Schutzfunktionen (wie Verweigerungsrechten und Verwertungsverböten) werden auf diese Weise noch verschärft. Das zeigt sich auch in der Systematik des § 4 Abs. 3 ff. WpHG-RegE, in der die vorgesehenen strafprozessualen Befugnisse der BaFin unglücklich mit präventiven Eingriffskompetenzen vermischt sind.

Grundsätzlich ist dem deutschen Recht die Strafverfolgung durch Spezialbehörden zwar nicht fremd: So kommt den Finanzbehörden die Befugnis zur Verfolgung von Steuerstraftaten zu, solange die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht an sich zieht. Die insoweit einschlägige Abgabenordnung enthält aber Hierarchievorschriften und Regelungen zur Auflösung der Interdependenzen zwischen steuerlichen Mitwirkungs- und steuerstrafrechtlichen Abwehrrechten. Derartige fehlt dem Regierungsentwurf. Zwar soll die BaFin auch weiterhin verdachtsbegründende (und -erhärtende) Tatsachen an die Staatsanwaltschaft weiterleiten müssen (§ 4 Abs. 5 WpHG). Mit der Weiterleitung erlischt aber die ihr zugewiesene Ermittlungsbefugnis nicht. Auf diese Weise entsteht eine Parallelzuständigkeit von BaFin und Staatsanwaltschaft. Dem wohnt die Gefahr von Kompetenzstreitigkeiten, Abstimmungsmängeln und auch doppelter Inanspruchnahme der Beschuldigten und Betroffenen inne. Dieser Problematik wäre durch die Schaffung einer Evokationsregel nach dem Vorbild des Steuerstrafverfahrensrechts, die ein Primat staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen konstituierte, abgeholfen.

Damit ließe sich aber die Vermischung der wertpapierhandelsaufsichtsrechtlichen und strafprozessualen Befugnisse der BaFin nicht vermeiden. So soll das WpHG auch fortan kein Recht enthalten, bei Selbstbelastungsgefahr die Vorlage von Unterlagen zu verweigern. Das gilt insbesondere auch für Unternehmen, gegenüber denen der Regierungsentwurf weit über die derzeitigen Regeln im OWiG hinausgehende Sanktionierungsmöglichkeiten schafft. Der Gesetzgeber ist daher gut beraten, etwa nach dem Vorbild des Steuerverfahrensrechts Regeln zu schaffen, die die Spannungen zwischen den bußgeldbewehrten Mitwirkungspflichten und den strafprozessualen Schutzprinzipien – insbesondere der Selbstbelastungsfreiheit – aufzulösen geeignet sind.

Unabhängig davon bestehen erhebliche Zweifel, ob die präventive Aufsicht und die repräsentative Strafverfolgung innerhalb derselben Behörde entsprechend den jeweils geltenden und streng zu trennenden Regimen bewältigt werden können. Eine deutliche Trennung zwischen Wertpapieraufsicht – durch die BaFin – und Strafverfolgung – durch die Staatsanwaltschaft – wäre die bessere Variante.

2. Schaffung neuer Ermittlungskompetenzen

Die geplanten Erweiterungen des Verfahrensrechts und die vorgesehenen strafprozessualen Kompetenzen der BaFin sind nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich missglückt. Sie sind zudem überflüssig, weil die StPO bereits auf die Verfolgung von Marktmissbrauch anwendbare Vorschriften enthält, die den Vorgaben der MAR entsprechen. Der Regierungsentwurf schafft insoweit ein Parallelstrafprozesssonderrecht für die Verfolgung von Marktmanipulation ohne Mehrwert, dessen Verhältnis zum allgemeinen Strafprozessrecht unklar bleibt.

Dies lässt sich insbesondere in den Regelungen des Regierungsentwurfs zur Sicherstellung und Beschlagnahme sowie der dort sog. „Vermögensbeschlagnahme“ in § 4 Abs. 4a und 4b WpHG-RegE erkennen. Die konkreten Voraussetzungen der Sicherstellung und der Beschlagnahme regelt der Regierungsentwurf nicht. Verweise auf die Regelungen der StPO über die Sicherstellung und die Beschlagnahme enthält der Entwurf nur äußerst ausgesucht. Ausdrücklich anwendbar sollen lediglich die Vorschriften über Rechtsbehelfe gegen die richterliche Anordnung der Beschlagnahme (§§ 306-310 und 311a StPO) sowie das Gebot sein, im Falle der Beschlagnahme ohne richterliche Anordnung binnen drei Tagen die richterliche Bestätigung einzuholen. Insbesondere werden die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO nicht miteinbezogen. Das erweckt den Eindruck, dass die strafprozessualen Regeln im Rahmen der Ermittlungen nach dem WpHG nicht anwendbar sein sollen. Gleichzeitig sollen aber Erkenntnisse im Strafverfahren nach der StPO Verwendung finden, wie § 4 Abs. 5 WpHG zeigt. Das würde bedeuten, dass die BaFin im Verfahren nach § 4 WpHG die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO nicht zu beachten hätte und Erkenntnisse, die sie unter Nichtbeachtung des § 97 StPO erheben würde, der Staatsanwaltschaft (für die die Vorschrift gilt) weiterleiten müsste. Das macht weder systematisch Sinn noch wäre es mit dem Prinzip des Berufsgeheimnisträgerschutzes vereinbar.

Schließlich ist der in § 4 Abs. 4b WpHG-RegE verwendete Begriff der Vermögensbeschlagnahme ein Topos aus der MAR, der dem deutschen Strafprozessrecht fremd ist. Das Verhältnis zu den bereits bestehenden Vorschriften der StPO über die Vermögensarrestierung und die Rückgewinnungshilfe und § 4 Abs. 4b WpHG-RegE bleibt im Dunkeln. Ein Verzicht auf diese Sonderregelung widerspräche den europäischen Vorgaben nicht und vermiede Unklarheiten. Unbestimmt sind im Übrigen auch die Voraussetzungen der Vermögensbeschlagnahme, die dann zulässig sein soll, wenn sie „zur Durchsetzung der Verbote und Gebote“ der MAR „geboten“ ist. Eine hinreichend konkrete Umschreibung der Anforderungen an das Einfrieren von Vermögenswerten liegt hierin nicht.

V. Fazit

Der Regierungsentwurf eines Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes geht im Bereich der Sanktionen und der strafverfahrensrechtlichen Regelungen über die europäischen Vorgaben hinaus. Zudem enthält er redaktionelle Fehler, die es zu beseitigen gilt.

In inhaltlicher Hinsicht ist die Einführung eines Verbrechenstatbestandes, wie ihn § 38 Abs. 5 WpHG-RegE vorsieht, abzulehnen. Sie wird von MAR II und MAD nicht verlangt und passt weder systematisch ins Strafrechtssystem, noch besteht ein Bedürfnis einer derartigen Regelung.

Die geplanten Neuregelungen der strafrechtlichen Ermittlungskompetenzen in § 4 WpHG sind systematisch missglückt, inhaltlich unklar und mit Blick auf die bereits bestehenden Vorschriften in der StPO überflüssig. Sie sind daher abzulehnen. Dasselbe gilt für eine Parallelzuständigkeit der BaFin für die Verfolgung strafbarer Marktmanipulation. Die entsprechende Kompetenz sollte auch fortan allein bei der Staatsanwaltschaft verortet sein. Die europäischen Regeln verlangen die Einführung strafprozessualer Kompetenzen der BaFin ohnehin nicht.

Wirtschaftsstrafrecht

Anna Mandera, Frankfurt

Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2016 am 15./16.01.2016 in Frankfurt am Main

Am 15. und 16. Januar 2016 fanden sich knapp 200 Vertreter aus Wissenschaft und Praxis zur siebten Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht in Frankfurt am Main zusammen. Unter dem Thema „Son-

derstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht“ referierten neun Redner zu deliktsübergreifenden dogmatischen Grundfragen, spezifischen strafrechtlichen Risiken für bestimmte Berufe bzw. Branchen, sowie neueren Entwicklungen in der Amtsträgerstrafbarkeit. Zudem wurde den Teilnehmern im Rahmen der abendlichen Dialogveranstaltung ein Einblick in die Arbeit der Expertenkommission zur Reform der Strafprozessordnung gewährt.

I. Themenblock 1: Das Sonderdelikt im System des Wirtschaftsstrafrechts unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny

Nach einer Einführung durch Rechtsanwalt *Dr. Thomas Nuzinger*, der grundsätzliche Fragen zur Legitimation von Sonderdelikten und zu einem Paradigmenwechsel im Wirtschaftsstrafrecht aufwarf, widmete sich der erste Themenblock dem Sonderdelikt im System des Wirtschaftsstrafrechts.

Unter der Überschrift „Das Sonderdelikt im Wirtschaftsstrafrecht - Phänomen, Funktion und Funktionswandel - ein Überblick“ referierte zunächst *RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke*. Nach einer begrifflichen Klärung befasste sich der Referent mit der Bedeutung und Funktion von Sonderdelikten im Allgemeinen. Das Wesen des Sonderdeliktes setze – so *Radtke* – eine Sonderbeziehung zwischen Sondersubjekt und Sonderobjekt voraus. Beispielhaft erläuterte er hier die sozialversicherungsrechtliche Pflichtenstellung und die strafbewehrte Abführungspflicht des Arbeitgebers nach § 266 a StGB als Pflichtdelikt. Der Redner führte aus, dass die Verletzung der im Tatbestand verankerten Pflicht nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende Bedingung der Täterschaft sei, während Beteiligte ohne tatbestandliche Pflichtenstellung lediglich Teilnehmer sein könnten, auf die § 28 I StGB Anwendung finde. Anschließend widmete sich der Redner dem Straftatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 I Nr. 1 AO und stellte zunächst fest, dass Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach ständiger Rechtsprechung nur derjenige sein könne, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet sei. Eine solche Aufklärungspflicht könne sich jedoch sowohl aus gesetzlich besonders festgelegten steuerlichen Erklärungs-pflichten, als auch aus allgemeinen Garantenpflichten ergeben.

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch beschäftigte sich im darauffolgenden Vortrag „Zur Frage der Legitimität von Sonderdelikten im Wirtschaftsstrafrecht“ mit dem aktuellen Beispiel des Dopingmissbrauchs im Spitzensport und der geschäftsmäßigen Sterbehilfe. Nach einer Bestimmung der Rechtsgüter und der jeweiligen Legitimitätsvoraussetzungen – das Individualrechtsgut sei nicht nur für das Sonderdelikt als limitierendes Element heranziehen – resümierte *Mitsch*, dass sich das Antidopinggesetz und das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung als Symptome einer Kriminalpolitik erwiesen hätten, die nicht mehr in der Lage sei, zwischen Nützlichkeit und Schädlichkeit von Kriminalisierung zu unterscheiden. Die Grenze und der Unterschied zwischen einem Rechtsgüter-schutz und einem bloßen Interessen dienenden Strafrecht verschwinde – so *Mitsch* – „im Nebel einer Rhetorik, die jede Moral in Recht verwandelt“. Wozu das letztlich führe, skizzierte der Redner sodann mit einem Zitat aus einem Vortrag zur Überspannung der staatlichen Strafgewalt, veröffentlicht 1898 in Band 18 der ZStW, in dem es heißt: „So ist allmählich die Strafe zu einem Zwangsmittel geworden, das wir anwenden zu dürfen glauben, wo immer wir an einem bestimmten menschlichen Verhalten Interesse haben (...)“.

Der erste Block der Veranstaltung schloss mit einem Beitrag von *Prof. Dr. Lothar Kuhlen* zum Thema „Personifizierte Unternehmensdelinquenz: Die Anwendung der §§ 13, 14, 25 ff. StGB auf Manager als Unternehmensstrafrecht de lege lata“. Zu Beginn des Vortrags stellte der Redner die These auf, dass die §§ 13, 14 und 25 StGB bereits de lege lata zu einer persönlichen Strafhaftung von Managern für deren unternehmensbezogenes Handeln führten, indem sie es ermöglichten, unterschiedliche Deliktsformen in entsprechende Manager-Sonderdelikte zu transformieren.

Am leichtesten verständlich und begründbar sei diese These mit Blick auf § 14 StGB, der in seiner Anwendung – beispielsweise für das Sonderdelikt des § 266 a StGB – dazu führe, dass die besondere Pflichtenstellung des Unternehmens als Arbeitgeber auf dessen Leitungskräfte übertragen werde. Durch die Anwendung von § 14 StGB entstünden damit doppelte Sonderdelikte. Denn zur Erfüllung des Sonderdeliktes des § 266 a StGB müsse das Unternehmen einerseits die besondere Pflichtenstellung als Arbeitgeber innehaben. Andererseits müsse der handelnde Mitarbeiter zur Erfüllung des durch § 14 StGB geschaffenen sekundä-

ren Manager-Delikt zu den Leitungskräften gehören, der - und insofern bestünde auch die für Sonderdelikte charakteristische Begrenzungsfunktion - auch als solcher tätig werde. Ähnliches gelte für § 13 StGB, der Manager-Sonderdelikte schaffe, wenn und soweit Manager als Garanten zu betrachten seien. Heute sei überwiegend anerkannt, den Leitungskräften von Unternehmen umfassende Garantenpflichten für die spezifischen Sach- und Personalgefahren aufzuerlegen. So gelange man über § 13 StGB zu einer weitgehenden Strafbarkeit von Managern aus unechten Unterlassungsdelikten als einer spezifischen Form von Sonderdelikten. Diese Strafbarkeit werde - ebenso wie im Falle des § 14 StGB - durch die Teilhabe an der Leitung des Unternehmens begründet. Eine Begrenzung der Strafbarkeit erfolge - wiederum wie bei § 14 StGB - indem lediglich dasjenige Verhalten sanktioniert werde, das in Ausübung der Tätigkeit als Leitungskraft erfolge.

Hiernach setzte sich der Redner unter Heranziehung der allseits bekannten Lederspray Entscheidung mit der sonderdeliktischen Fahrlässigkeitshaftung von Leitungskräften bei Allgemeindelikten durch aktives Tun auseinander. Er stellte fest, dass eine besondere strafrechtliche Verantwortung der Leitungskräfte für ihr unternehmensbezogenes Handeln insofern auch beim fahrlässigen Begehungsdelikt anerkannt sei. Zuletzt kam der Referent - wiederum unter Verweis auf die bekannte Lederspray Entscheidung - auf den Fall zu sprechen, dass mehrere Leitungskräfte an einer unternehmerischen Entscheidung beteiligt sind. In diesem Fall komme, jedenfalls zwischen Leitungskräften einer Organisationsebene, eine Mittäterschaft sowohl beim Begehungs-, als auch beim Unterlassungsdelikt in Betracht.

Zusammenfassend kam *Kuhlen* zu dem Ergebnis, dass das geltende Strafrecht eine weitgehende persönliche Verantwortung nicht nur bei Leitungskräften eines Unternehmens im Rahmen von Sonderdelikten kenne und insofern berechtigte Zweifel an der Erforderlichkeit der Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit bestünden.

Die abendliche Dialogveranstaltung, moderiert von Prof. Dr. Joachim Jahn, befasste sich mit den Ergebnissen der Expertenkommission zur Reform der Strafprozessordnung, die im Juli 2014 mit dem Ziel eingesetzt worden war, das allgemeine Strafverfahren und das Jugendstrafverfahren effektiver und praxistauglicher zu gestalten. Zwei der Kommissionsmitglieder, RiBGH Dr. Norbert Mutzbauer und Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor gewährten einen nicht nur erkenntnisreichen und ausgewogenen, sondern auch lebendigen Einblick in die Arbeit der Kommission.

II. Themenblock 2: Gefahrgeneigte Rollen in der freien Wirtschaft unter Moderation von Rechtsanwalt Ole Mückenberger

Der zweite Themenblock stand unter der Überschrift „Gefahrgeneigte Rollen in der freien Wirtschaft“ und wurde mit einem Vortrag von Rechtsanwalt Dirk Petri zum „Arbeitgeberstrafrecht“ eröffnet. Nach einem kurzen historischen Abriss befasste sich Petri zunächst mit dem Begriff des Arbeitgeberstrafrechts. Das materielle Arbeitsstrafrecht beziehe sich im Wesentlichen auf Pflichten, die an den Arbeitgeberstatus anknüpfen. Bei den arbeitsstrafrechtlichen Delikten handele es sich demnach um Sonderdelikte der Arbeitgeberkraft und damit um Arbeitgeberstrafrecht. Der Referent befasste sich in der Folge mit der Rechtsfigur der Geschäftsherrenhaftung, die der Bundesgerichtshof im Jahre 2009 in einem viel beachteten obiter dictum zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben im Hinblick auf die Garantenstellung des unternehmerischen Leitungspersonals erstmals thematisiert und sodann im Jahre 2011 ausdrücklich anerkannt habe. Nach kurzen Ausführungen zur Arbeitgeberbereienseigenschaft, referierte Petri sodann zu den Problemkreisen der Scheinselbstständigkeit und der Arbeitnehmerüberlassung.

Im zweiten Vortrag dieses Blockes widmete sich Rechtsanwalt Dr. Michael Tsambikakis dem „Arztstrafrecht“. Er legte zunächst im Überblick das „klassische Arztstrafrecht“ dar, wozu das Recht der ärztlichen Behandlung im Kern- und Nebenstrafrecht, sowie die ärztlichen Nebenpflichten zählten. Zudem thematisierte der Autor das Wirtschaftsstrafrecht des Arztes, das insbesondere vom Straftatbestand des Abrechnungsbetruges, der Arztuntreue mit speziellen Fragestellungen bei der Vermögensbetreuungspflicht und den Korruptionsdelikten geprägt sei. Sehr anschaulich schilderte Tsambikakis zunächst zwei Fälle aus dem Behandlungsstrafrecht, die sich einerseits mit der rechtfertigenden Einwilligung durch ordnungsgemäße Aufklärung und andererseits mit der Ahndung von Verstößen bei der Vergabe von Organen nach dem Transplantationsgesetz befassten. Zwei weitere Beispiele folgten aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts des Arztes im engeren Sinne. Beim ärztlichen Ab-

rechnungsbetrug handle es sich – so *Tsambikakis* – um eine Sonderdogmatik, obwohl mit § 263 StGB eine Norm des Kernstrafrechts relevant sei. Probleme bereite insbesondere die Feststellung des Vermögensschadens, weil die streng formale Betrachtungsweise des Sozialrechts zunächst für den Bereich des Vertragsarztrechts, dann aber auch für den Bereich der privatärztlichen Liquidation in das Strafrecht übertragen worden sei.

Zuletzt kam der Redner auf den aktuellen Gesetzesentwurf zu den §§ 299 a, b StGB zu sprechen. Hierbei handle es sich um das erste branchenspezifische Korruptionsdelikt. Als besonders kritisch sei insbesondere die Bezugnahme auf die berufsrechtlichen Pflichten zu sehen. Hier sei bereits der Verweis auf die berufsrechtlichen Regelungen unklar, weil nicht hinreichend deutlich werde, ob sämtliche berufsrechtlichen Regelungen erfasst würden, oder ob nur solche mit einem wettbewerbsrechtlichen Bezug einbezogen seien. Weiterhin sei das Berufsrecht in den Bundesländern unterschiedlich geregelt, so dass bereits insofern die Gefahr unterschiedlicher Strafbarkeitsergebnisse bestehe. Letztlich gebe es auch kein Bedürfnis, den Verstoß gegen die berufsrechtlichen Pflichten gesondert zu regeln, weil die Ahndung des Wettbewerbsverstößes sämtliche Strafbarkeitslücken schließe.

Der letzte Vortrag dieses Teils wurde von *Rechtsanwalt Hans-Peter Huber* zum Thema „Straf- und berufsrechtliche Risiken von beratenden Berufen am Beispiels des Wirtschaftsprüfers“ gehalten. Er erläuterte zunächst die spezifischen Strafvorschriften der §§ 332, 333 HGB. Während Verfahren wegen § 332 HGB – so sie denn eingeleitet würden – fast stets zu höchst unangenehmen Ermittlungen der Wirtschaftsprüferkammer führten, habe § 333 HGB praktisch kaum eine Bedeutung. Bei den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften werde für Wirtschaftsprüfer insbesondere die Beteiligung an Delikten relevant. Hier komme die Beihilfe (durch Unterlassen) zu korruptiven Handlungen bzw. zu Untreue in Betracht. Sodann widmete sich der Redner der berufsaufsichtlichen Überprüfung des Verhaltens von Wirtschaftsprüfern durch die Wirtschaftsprüferkammer. Dabei sei zwischen dem Rügeverfahren und dem berufsgerichtlichen Verfahren zu unterscheiden. Das Rügeverfahren, für das nach gegenwärtiger Rechtslage die Wirtschaftsprüferkammer zuständig sei, werde in Fällen leichter und mittlerer Schuld angewandt. Demgegenüber würden Ermittlungen im berufsgerichtlichen Verfahren, das den Regeln der Strafprozessordnung folge, bei schwereren Verstößen geführt.

III. Themenblock 3: Amtsträgerstrafbarkeit unter Moderation von Rechtsanwältin Milena Piel

Der letzte Block der Veranstaltung befasste sich mit der Amtsträgerstrafbarkeit. *Prof. Dr. Bernd Heinrich* referierte über die „Entwicklung des Begriffs des Amtsträgers“. Er stellte zunächst die Entwicklung des Amtsträgerbegriffs in den letzten 20-30 Jahren dar. Nach einem Überblick insbesondere über die (klarstellend eingefügte) gesetzliche Regelung des § 11 I Nr. 2c StGB, für dessen Anwendung es auf die Organisationsform, deren sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient, nicht ankomme, widmete sich der Redner der Frage, ob und inwiefern sich in der Rechtsprechung in den letzten Jahren die Tendenz gezeigt hat, diese gesetzgeberische Entscheidung zu umgehen. Hierzu führte er aus, dass in einigen Entscheidungen die Voraussetzungen, an die die Bestellung zum Amtsträger anknüpft, restriktiv interpretiert worden seien. Zunehmend sei aber auch in jüngerer Zeit das Merkmal der „sonstigen Stelle“ in § 11 I Nr. 2 c StGB problematisiert worden.

Heinrich stellte sodann drei neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vor, die sich neben den Personengruppen der Rundfunkredakteure und Parlamentarier mit der Personengruppe der Ärzte auseinandersetzten. Mit der bahnbrechenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.03.2012 (BGHSt 57, 202) sei klargestellt worden, dass niedergelassene Vertragsärzte, die nicht als Amtsträger angesehen werden können, bei der Verordnung von Arzneimitteln weder im Auftrag noch als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen handeln. Diese ausdrücklich festgestellte Straffreiheit habe zum Gesetzgebungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen geführt. *Heinrich* resümierte, dass es insbesondere im Bereich der Privatisierung der öffentlichen Verwaltung kaum berechenbare Lösungen zu geben scheine, während die Richtung insbesondere bei den Ärzten und kommunalen Abgeordneten (wohl) vorgegeben sei.

Es schloss sich ein Vortrag von *MD Dr. Matthias Korte* über die „Auslandskorruption“ an, der sich mit dem Thema Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer und internationaler Amtsträger beschäftigte. Nach einer Einleitung schilderte er zunächst die supra- und inter-

nationalen Vorgaben durch die EU, den Europarat, die OECD und die Vereinten Nationen. Anschließend ging er auf das bisherige deutsche Recht und sodann auf das neue deutsche Korruptionsstrafrecht mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015 (BGBl. I 2015, S. 2025) ein. Der Redner stellte fest, dass die Arbeiten an den supra- und internationalen Vorgaben zum Korruptionsstrafrecht noch nicht abgeschlossen seien.

Prof. Dr. Klaus Bernsmann referierte abschließend über „Neuere Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht“ und schloss damit den Bogen zum Beginn der Veranstaltung, indem er in Bezug auf die Entwicklung des Korruptionsstrafrechts letztlich nach der strafrechtlichen Legitimation für die Erweiterung des Strafrechts fragte. Einleitend bezeichnete er die fortschreitende Ausweitung der Bekämpfung der Korruption als ein rechtsstaatliches Desaster und widmete sich sodann den „Grenzüberschreitungen“ durch das Geschäftsherrenmodell, dem Gesetzesentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen und den Regelungen zur internationalen Korruptionsbekämpfung.

Das Fazit zu der Tagung fällt auch angesichts der erneut ausgebuchten Veranstaltung nicht schwer: Für all diejenigen, die sich beruflich mit Fragen des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts beschäftigen, ist die wistev-wistra Neujahrstagung obligatorisch. Besonders positiv hervorzuheben ist, dass es den Organisatoren gelungen ist, ein ausgewogenes und gewinnbringendes Verhältnis zwischen Referenten aus der Wissenschaft und der Praxis herbeizufügen.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis April 2016

I. Aufsatzliteratur

1. Norbert Gatzweiler/Daniel Wölky: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln v. 1.9.2015 – 2 Ws 544/15, StV 1/2016, S. 10-13.

Das OLG Köln, dessen Entscheidung Verf. besprechen, hatte entschieden, dass der Insolvenzverwalter befugt ist, den von einer insolventen juristischen Person früher einmal beauftragten Berufsgeheimnisträger von der Verschwiegenheitspflicht gem. § 53 Abs. 2 Satz 1 StPO zu entbinden. Verf. kritisieren diese Entscheidung und werfen ihr v.a. vor, die Besonderheiten des Falls nicht ausreichend gewürdigt zu haben. Während nämlich das OLG Nürnberg (NJW 2010, 690) in einer vergleichbaren Konstellation darüber zu entscheiden hatte, wer die Entbindungserklärung gegenüber einem Wirtschaftsprüfer, der für die insolvente juristische Person tätig war, erteilen darf und diese Kompetenz dem aktuell tätigen Organwalter zusprach, ging es im Verfahren des OLG Köln um die Entbindung eines Rechtsanwalts von seiner Verschwiegenheitspflicht. Da nach Ansicht der Verf. der Rechtsanwalt einen interesselgeleiteten Rechtsrat erteilt und deshalb nicht die juristische Person, sondern deren Organwalter berät, bestehe der Geheimnisschutz nicht gegenüber der juristischen Person, sondern gegenüber den Organwaltern. Vor diesem Hintergrund wäre eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht seitens des Insolvenzverwalters unzulässig.

2. Marcus Schütz: Die „Bestattung“ insolventer Kapitalgesellschaften in der strafrechtlichen Praxis, wistra 2/2016, S. 53-58.

Seit vielen Jahren beschäftigt das Phänomen der „Firmenbestattung“ die straf-, insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Praxis (zur strafrechtlichen Praxis s. nur BGH NJW 2013, 1892 und BGH NSTZ 2009, 635). Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG; BGBl. I 2008, S. 2026) ist der Gesetzgeber u.a. ange-

treten, den Firmenbestattern das Handwerk zu legen. Ganz gelungen ist ihm das nicht, wie die vom *Verf.* besprochene, unveröffentlichte Entscheidung des *LG Bochum* zeigt. Ob freilich das (Insolvenz-)Strafrecht der richtige Weg ist, um das Firmenbestattungsunwesen zu bekämpfen, darüber lässt sich trefflich streiten. *Verf.* jedenfalls befürwortet es, den Altgeschäftsführer, der seine Anteile an den Firmenbestatter veräußert und diesem zu Verschleierungszwecken die Geschäfts- und Buchführungsunterlagen überlässt, als Mittäter eines Bankrotts gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB zu bestrafen (S. 55 f.). Dabei übersieht er aber, dass die bloße Geschäftsführerstellung – die angesichts der Amtsniederlegung durch den Altgeschäftsführer ohnehin zweifelhaft ist, sich aber bejahen lässt, wenn man wie der *Verf.* die Ansicht vertritt, die Amtsniederlegung sei sittenwidrig und deshalb nichtig – nicht genügt, um dem Altgeschäftsführer die Schuldnerposition der Gesellschaft gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zuzurechnen. Vielmehr muss der Altgeschäftsführer seine inkriminierten Handlungen „als Organ“ begangen haben. Auf dem Boden eines organisationsbezogenen Zurechnungsmodells fehlt es daran jedoch, weshalb sich eine Bankrottstrafbarkeit des Altgeschäftsführers in den Firmenbestattungskonstellationen regelmäßig nicht begründen lässt (näher dazu *Brand*, in: Bittmann [Hrsg.], Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. im Erscheinen, § 13 Rn. 214). Am Erfordernis eines Handelns „als Organ“ dürfte letztlich auch der vom *LG Bochum* unterbreitete und vom *Verf.* mitgeteilte Vorschlag scheitern, den im Hintergrund agierenden Firmenbestatter als faktischen Liquidator gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB täterschaftlich zur Verantwortung zu ziehen (s. S. 57 f.).

3. Hans Haarmeyer: Eigenverwaltung mit Selbstbelastungszwang und die insolvenzstrafrechtlichen Folgen, ZInsO 11/2016, S. 545-556.

Verf. untersucht, ob sich ein unternehmerisch tätiger Schuldner auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO berufen kann, der freiwillig selbstbelastende Auskünfte tätigt, um ein Schutzschirm- oder Eigenverwaltungsverfahren durchführen zu dürfen. Dabei gelangt er zu dem überzeugenden Ergebnis, wonach das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO auch solche Angaben des Schuldners erfasst, die dieser im Vorfeld der Insolvenzverfahrenseröffnung macht (S. 555 f.; dazu am Bsp. des Schutzschirmverfahrens bereits *Brand/Kanzler*, wistra 2014, 334 ff.). Zur Begründung verweist *Verf.* u.a. auf die gesteigerten Anforderungen, denen ein zulässiger Insolvenzantrag heute genügen muss. Während der Geschäftsleiter einer insolventen Gesellschaft früher seiner strafrechtlich sanktionierten (vgl. § 15a Abs. 4, 5 InsO) Antragspflicht (vgl. § 15a Abs. 1 InsO) nachkam, indem er schlicht beantragte, das Insolvenzverfahren über die von ihm geleitete Gesellschaft zu eröffnen, verpflichtet ihn § 13 in seiner aktuell geltenden Fassung zu weit umfassenderen Auskünften (S. 546 ff.). Bei der Erweiterung des § 13 InsO blieb jedoch unberücksichtigt, dass die Auskunftspflicht und das damit korrespondierende Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 InsO nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes erst ab dem Stadium eines zulässigen Antrags gilt (vgl. § 20 Abs. 1 InsO). Mit dem Willen des Gesetzgebers, der § 97 Abs. 1 InsO schuf, und dem Geist des „Gemeinschuldnerbeschlusses“ (*BVerfGE* 56, 37) ist diese Lage nicht vereinbar – darauf macht *Verf.* zu Recht aufmerksam (S. 553 f.).

4. Raimund Weyand: Zum Anfangsverdacht bei Insolvenzdelikten, ZInsO 9/2016, S. 441-443.

Verf. wendet sich gegen die von *Püschel* aufgestellte These, wonach staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren wegen Insolvenzverschleppung bei bloßer Insolvenzverfahrenseröffnung ohne Anfangsverdacht erfolgten und deshalb rechtsstaatlich fragwürdig wären (Festschr. f. Wessing, 2015, S. 753 ff. = ZInsO 2016, 262 ff.). Mit Blick auf empirische Studien, denen zufolge unternehmerisch tätige Schuldner regelmäßig erst ca. zehn Monate nach Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit den gebotenen Insolvenzantrag stellen (vgl. § 15a Abs. 1 InsO), gelangt *Verf.* zu dem Ergebnis, dass bereits die Insolvenzverfahrenseröffnung bzw. ihre Ablehnung mangels Masse den Verdacht einer strafbaren Insolvenzverschleppung begründen und entsprechende Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigen (S. 443).

5. Raimund Weyand, Anmerkung zu VG München, Beschl. v. 2.9.2015 – 6b E 15.2962, ZInsO 11/2016, S. 584.

Das *VG München* hat den Bescheid der zuständigen Behörde bestätigt, der einem wegen Insolvenzverschleppung verurteilten Taxiunternehmer aufgab, ein medizinisch-

psychologisches Gutachten beizubringen, um festzustellen, ob der Taxiunternehmer den besonderen Anforderungen gerecht wird, die mit der Beförderung von Personen einhergehen. In seiner Anmerkung zu diesem Beschluss formuliert *Verf.* die Fragen nach Inhalt und Ausgestaltung eines solchen medizinisch-psychologischen Gutachtens, die der Neuland betretende Beschluss des *VG München* aufwirft.

6. Christian Schröder: Zur Straflosigkeit der Insolvenzverschleppung durch den faktischen Geschäftsführer gemäß § 15a Abs. 4 InsO, in: Christian Fahl u.a. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 535-542.

Während es nach der Ansicht des *Verf.* durchaus möglich war, den faktischen Geschäftsführer gemäß §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. wegen Insolvenzverschleppung zu bestrafen, weil der Begriff des Geschäftsführers, wie ihn § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a.F. verwandte, weit im Sinne von „Geschäfte führen“ sowohl umgangssprachlich als auch systematisch mit Blick auf § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG verstanden werden konnte (S. 537 f.), soll vergleichbares unter der Ägide des § 15a InsO nicht mehr gelten. Da § 15a Abs. 1 InsO von „Mitgliedern des Vertretungsorgans“ spreche und damit einen Täterkreis umschreibe, zu dem der faktische Geschäftsführer offensichtlich nicht gehöre, könne ihm die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO nur im Wege eines Analogieschlusses auferlegt werden (S. 538 f.). Solches möge zwar zivil- und insolvenzrechtlich statthaft und auch sinnvoll sein (S. 539). Wegen des Analogieverbotes (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) gehe es aber nicht an, die Missachtung dieser durch Analogie gebildeten Pflicht gemäß § 15a Abs. 4, 5 InsO strafrechtlich zu ahnden (S. 539 ff.).

II. Handbücher/Lehrbücher

1. Raimund Weyand/Judith Diversy: Insolvenzdelikte, 10. Aufl. 2016, Erich Schmidt Verlag, 44,60 €, ISBN 978-3-503-16612-1.

In der mittlerweile zehnten Auflage ist ein Klassiker des Insolvenzstrafrechts, das von *Raimund Weyand* und *Judith Diversy* bearbeitete Werk „Insolvenzdelikte – Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht“, erschienen. Von den zahlreichen insolvenzstrafrechtlichen Fragestellungen, die *Verf.* thematisieren, seien die nachfolgenden besonders hervorgehoben:

a) Da die GmbH zu den insolvenzanfälligsten Rechtsformen zählt (zu diesem Befund s. nur Scholz-GmbHG/Tiedemann/Rönnau, 11. Aufl. 2015, Vor §§ 82 ff. Rdnr. 3), verwundert es nicht, dass an den insolvenzstrafrechtlichen Sachverhalten, die die Praxis beschäftigen, diese Gesellschaft überproportional häufig beteiligt ist. Vor diesem Hintergrund und angesichts der als Geschäftsleitersonderdelikt ausgestalteten strafbaren Insolvenzverschleppung – § 15a Abs. 1, 4 InsO adressiert im Unterschied zu §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. zwar nicht mehr den Geschäftsführer, sondern nennt als Täter ganz allgemein die „Mitglieder des Vertretungsorgans“ – nimmt es des Weiteren nicht wunder, dass Fragen der faktischen Geschäftsführung in insolvenzstrafrechtlichen Konstellationen eine große Rolle spielen. Auch *Verf.* zeichnen die Diskussion zur faktischen Geschäftsführung nach (Rdnrn. 27 ff.) und verbinden sie mit einem Plädoyer zugunsten der von der Rechtsprechung vertretenen Sichtweise (Rdnr. 29). Einwände des Schrifttums, wonach die Rechtsprechung zum faktischen Organ gegen das Analogieverbot verstößt, weisen sie dezidiert zurück (Rdnr. 29). Unberücksichtigt bleibt dabei allerdings § 14 Abs. 3 StGB. Seinem eindeutigen Wortlaut nach stellt § 14 Abs. 3 StGB den ordnungsgemäß bestellten Vertretern als Zurechnungsadressaten des § 14 Abs. 1, 2 StGB nur solche Personen gleich, deren Bestellungsakt unwirksam ist. Das heißt, Personen, die ihre Geschäftsleiterposition ohne einen intentionalen, wenn auch unwirksamen Bestellungsakt erlangt haben, kommen als Adressaten der von § 14 Abs. 1, 2 StGB ermöglichten Zurechnungsoperation nicht in Betracht (zutr. Münch-Komm-StGB/Radtke, 2. Aufl. 2011, § 14 Rdnr. 118, 123 f.). Kriminalpolitische Erwägungen vermögen an diesem Befund *de lege lata* nichts zu ändern. Freilich betrifft dieser Einwand nur einen Ausschnitt der Lehre vom faktischen Organ – über die Möglichkeit, den faktischen Geschäftsleiter wegen Insolvenzverschleppung zu bestrafen, ist damit bspw. noch nichts gesagt – zeigt aber die Schwierigkeiten, die es bereitet, eine allgemeingültige, für alle Bereiche gleichermaßen geltende Figur des faktischen Organs zu kreieren.

b) Bekanntlich macht sich wegen Bankrotts nur strafbar, wer entweder bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung eine Bankrotthandlung (vgl. § 283 Abs. 1 Nrn. 1-8 StGB) begeht oder aber durch die Vornahme einer dieser Bankrotthandlungen die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung herbeiführt (vgl. § 283 Abs. 2 StGB). Dieser „Krisentrias“ bestehend aus drohender und eingetretener Zahlungsunfähigkeit sowie der Überschuldung widmen *Verf.* ein ausführliches Kapitel (Rdnrn. 33-55). Zu Recht nehmen sie dabei die insolvenzrechtlichen Legaldefinitionen dieser Krisenmerkmale (vgl. §§ 17 ff. InsO) zum Ausgangspunkt ihrer Ausführungen. – Das schwierigste und in seiner Legitimität zugleich umstrittenste Krisenmerkmal ist der Überschuldungstatbestand (zu rechtspolitischer Kritik am Überschuldungstatbestand s. *Hölzle*, ZIP 2008, 2003 [2004 f.]; *Rokas*, ZInsO 2009, 18 [21]). Seine wechselvolle Geschichte zeichnen *Verf.* klar verständlich nach (Rdnrn. 34 ff.) und geben dem Leser sodann einen höchst informativen Überblick darüber, welche Positionen ein Überschuldungsstatus auf der Aktiv- und der Passivseite enthalten kann (Rdnrn. 38 ff.). Widerspruch fordert aus Sicht des *Rezensenten* lediglich der Vorschlag zur Behandlung von Altfällen heraus: *Verf.* wollen auf Taten, die bei Inkrafttreten des heute geltenden § 19 InsO am 18.10.2008 bereits beendet waren, nicht den günstigeren modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff anwenden, sondern den bis dahin geltenden nicht modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO a.F. Zur Begründung verweisen sie auf Art. 103d EGIInsO, dem zufolge Insolvenzverfahren, die vor dem 1.11.2008 eröffnet wurden, nach dem damals geltenden Recht zu beurteilen sind (Rdnr. 37). Trotz der Insolvenzsakzessorietät der Krisenmerkmale, die *Verf.* zutreffend herausstreichen, überzeugt es nicht, § 2 Abs. 3 StGB mithilfe des Art. 103d EGIInsO unangewendet zu lassen. Denn strafrechtliche Besonderheiten – und dazu zählt neben dem *in-dubio*-Grundsatz und dem Bestimmtheitsgebot eben auch § 2 Abs. 3 StGB – werden von einer insolvenzrechtsakzessorischen Interpretation richtigerweise nicht tangiert. Mehr spricht deshalb zugunsten der Ansicht, die die Altfälle gemäß § 2 Abs. 3 StGB nach dem modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO n.F. beurteilt (zutr. deshalb *BGH* wistra 2010, 219 [220]; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, 29. Aufl. 2014, § 283 Rdnr. 51).

c) Strafbar macht sich der Schuldner, der eine Bankrotthandlung im Stadium der Krise begangen oder das Krisenstadium durch die Vornahme der Bankrotthandlung herbeigeführt hat, nur, wenn er seine Zahlungen einstellt oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet bzw. mangels Masse nicht eröffnet wird (vgl. § 283 Abs. 6 StGB). Seit jeher umstritten ist, ob zwischen der Bankrotthandlung und dem Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung ein Zusammenhang bestehen muss. Nach Ansicht der *Verf.* ist kein wie auch immer gearteter Zusammenhang zwischen der Bankrotthandlung und der Strafbarkeitsbedingung erforderlich. Entscheidend sei vielmehr, dass die Krisensituation in Form von (drohender) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung in den durch § 283 Abs. 6 StGB näher umschriebenen Unternehmenszusammenbruch münde (Rdnr. 59). Da § 283b Abs. 1 StGB anders als § 283 Abs. 1 StGB die Vornahme der dort gelisteten Tathandlungen auch außerhalb einer Krisensituation sanktioniert, ist hier vom Standpunkt der *Verf.* ein Zusammenhang zur objektiven Strafbarkeitsbedingung (vgl. § 283b Abs. 3 StGB) naturgemäß entbehrlich (Rdnr. 128). Mit Blick auf die Historie des Bankrottstrafrechts – den Zusammenhang zwischen Bankrotthandlung und objektiver Strafbarkeitsbedingung forderte die Rspr. erstmals zu einer Zeit, als die Vornahme von Bankrotthandlungen noch unabhängig vom Bestehen einer Krise bankrottstrafrechtliche Sanktionen zeitigte und deshalb Bedenken an der Vereinbarkeit des Bankrottstatbestandes mit dem Schuldgrundsatz aufkamen (s. etwa *Heidland*, KTS 1958, 161 [163 ff.]) – spricht allerdings mehr dafür, auf den Zusammenhang bei § 283 StGB heute ganz zu verzichten, ihn hingegen bei § 283b StGB zu fordern (dazu näher *Brand*, in: *Bittmann* [Hrsg.], *Insolvenzstrafrecht*, 2. Aufl. im Erscheinen, § 13 Rdnr. 224 m.w.N.).

d) Wer seine Bücher/Bilanzen nicht führt, macht sich – den Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung (vgl. §§ 283 Abs. 6, 283b Abs. 3 StGB) vorausgesetzt – innerhalb einer Krise gemäß § 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b Var. 1 StGB und außerhalb einer Krise gemäß § 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b Var. 1 StGB strafbar. Die vier Tatbestände sind als echte Unterlassensdelikte konstruiert, setzten also voraus, dass die Pflichterfüllung möglich und zumutbar ist. Fehlen dem kaufmännisch organisierten Schuldner die Mittel, um seine Buch- bzw. Bilanzführungspflicht an einen kompetenten Dritten zu delegieren und ist er intellektuell nicht in der Lage, die Bücher und Bilanzen selbst zu erstellen, steht der Einwand im Raum, die Pflichterfüllung sei dem Schuldner unmöglich gewesen. Während die frühere Rspr. diesen Einwand zumeist akzeptierte und den Schuldner vom Vorwurf der §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b Var. 1, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b Var. 1 StGB freisprach (exemplarisch *BGHSt* 28,

231 [233]; BGH wistra 2007, 308 [309]; NSTZ 2003, 546 [548] = wistra 2003, 232 [233]), tendiert die neuere Rspr. dahin, vom Schuldner zu verlangen, finanzielle Vorsorge zu treffen, um der Buch- und Bilanzführungspflicht auch in der Krise nachzukommen (BGH NSTZ 2012, 511). Verf. stimmen dieser Rechtsprechungslinie, die die Vorrangthese, wie sie von § 266a Abs. 1 StGB wohl bekannt ist, auf die §§ 283 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1, 7b Var. 1, 283b Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 3b Var. 1 StGB erstreckt, ausdrücklich zu (Rdnr. 86). Jedoch überzeugt die Vorrangthese schon bei § 266a Abs. 1 StGB nicht (s. nur Brand, WM 2010, 1783 [1785] m.w.N.) und stimmt es angesichts dessen bedenklich, diese Rspr. auch noch auf andere Delikte auszuweiten (Renzikowski, in: Festschr. f. Weber, 2004, S 333 [345 f.]).

e) Es gäbe noch viel mehr zu dem von Weyand/Diversy verfassten Werk über die Insolvenzdelikte zu sagen; dies würde aber den Rahmen dieser Besprechung sprengen. Resümierend bleibt jedenfalls festzuhalten, dass die „Insolvenzdelikte“ von Weyand/Diversy fundiert, aktuell und gut lesbar über die zahlreichen Probleme des Insolvenzstrafrechts informieren und deshalb unbedingt auf den Schreibtisch eines jeden Insolvenzstrafrechtlers gehören!

2. Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf: Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, Gieseking Verlag, 84,00 €, ISBN 978-3-7694-1111-9.

Im Berichtszeitraum ebenfalls erschienen ist die dritte Auflage des von Arzt/Weber begründeten und von B. Heinrich/Hilgendorf fortgeführten Lehrbuchs zum Besonderen Teil des Strafrechts.

Die Insolvenzstraftaten – und nur diese interessieren im Rahmen dieses Überblicks – bearbeitet unter § 16 Rdnrn. 50 ff. Bernd Heinrich. Dabei gelingt es Verf. auf wenigen Seiten, dem studentischen Leser die schwierige Materie der §§ 283 ff. StGB näherzubringen. Insbesondere die Diskussion, unter welchen Voraussetzungen sich die Gemeinschuldnerstellung eines Personenverbands auf den Geschäftsleiter übertragen lässt, zeichnet Verf. umfassend nach (Rdnr. 69). Obschon das Insolvenzstrafrecht nicht zum Pflichtstoff im Ersten Juristischen Staatsexamen zählt, ist es mit Blick auf die an den meisten Universitäten existierenden Schwerpunktbereiche zum Wirtschaftsstrafrecht höchst verdienstvoll, einem Lehrbuch zum Besonderen Teil ein Kapitel über die Insolvenzdelikte beizufügen. Am Wirtschaftsstrafrecht interessierten Studenten kann deshalb die Lektüre des von Bernd Heinrich verfassten Kapitels zu den Insolvenzstraftaten nur empfohlen werden!

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

Hans-Heiner Kühne: Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts

9., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2015, C.F. Müller Verlag, Heidelberg

I. Einleitung

Buchbesprechungen Kühne's kommen ohne Schönfärbungen und Übertreibungen aus. Zu groß ist das – nicht nur strafprozessuale – Wissen des humanistisch breit gebildeten Hans-Heiner Kühne über die jeweils von ihm gewählte Darstellungsmaterie. Diese Zeilen über die jetzt vorgelegte 9. Auflage der systematischen *Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts* machen da keine Ausnahme. Dem Autor – einer der Strahlgestalten des deutschen Straf- und Strafprozessrechts auch und gerade in seinen transnationalen Bezügen – ist eine ganz hervorragende Grundüberarbeitung seines ohnehin schon wuchtigen Referenzwerkes gelungen. Um es in Summe den Einzelbetrachtungen vorwegzunehmen: Wo bisweilen Lehr- und Handbuchautoren wissenschaftlicher Provenienz eher zu vergei-

stigten Formulierungen neigen, ist Kühne's Diktion in Klarheit und Informationsgehalt schlichtweg eine Wonne. An die Hand genommen und sicher durch die Materie geführt, fühlt sich der einen ersten Zugriff zu den besprochenen Themen suchende Leser ebenso wie jener, der mit hohem Vorwissen ausgestattet letzte Verständnislücken zu schließen sucht und vom großartigen Vermögen Kühne's profitieren möchte, Detailfragen und Alltagsthemen des Strafprozesses in größere sinngebende Zusammenhänge einzustellen. Höchst selten beschert eine eigentlich eher in die Breite als Tiefe angelegte Lektüre so zahlreiche „Aha-Momente“.

II. Das Werk

Den stets brillanten Formulierungen steht ein übersichtlicher und schlüssiger Aufbau des Werks zur Seite, zu dem mittels der dem „Inhaltsverzeichnis“ noch vorgestellten „Inhaltsübersicht“ ein überaus schneller und sicherer Zugriff gelingt. Das aktuelle geopolitische Entwicklungen und die Großwetterlage ubiquitärer terroristischer Bedrohung mit ihren Auswirkungen auf „Gesetzgeber und Gerichte“ aufgreifende Vorwort weckt brennendes Interesse daran, wie gekonnt Kühne im Folgenden das Verhalten derselben bei *„leider durchaus begründeter Angst insbesondere vor rechtem und islamistischem Terrorismus“* an Individualrechten juristisch vermaßt. Dessen mahnende Beobachtung zu *„immer mehr Großzügigkeit gegenüber der staatlichen Gewalt im Rahmen der Prävention und Verfolgung von Verbrechen“* ändert nichts an der ausnahmslos wohlgeordneten und unaufgeregten Darstellungsweise des Gesamtwerks. Womöglich hat sich auch der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts vor seiner Entscheidung vom 20.04.2016 (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09) mit Durchsicht des Werkes seines rechtsstaatlichen Kompasses versichert.

Das Lehr- und Handbuch ist – an der historischen Lebenslinie des Strafverfahrens orientiert – in die Kapitel *„Einführung in das Strafverfahrensrecht“*, *„Das Ermittlungsverfahren“*, *„Das Verfahren von der Anklageerhebung bis zum Beginn der Hauptverhandlung“*, *„Das Hauptverfahren in erster Instanz“*, *„Das Rechtsmittelverfahren und das Wiederaufnahmeverfahren“*, *„Besondere Verfahrensarten“* und schließlich *„Einführung in Strafverfahrenssysteme europäischer Nachbarstaaten“* gegliedert. Diese Darstellungsentscheidung gefällt, weil es mittels des dann ausdifferenzierenden – ohne zu zahlreiche Unterebenen – Inhaltsverzeichnisses am historischen Gang eines Strafverfahrens orientiert immer optimale Orientierung und sicheres Erschließen der Einzelmaterien ermöglicht.

Die Umfänge der Ausführungen zu diesen einzelnen Verfahrensabschnitten überzeugen in den Relationen zu deren jeweiliger tatsächlicher Relevanz, auch etwas gedrängtere Darstellungen (z. B. *„3. Kapitel, Das Verfahren von der Anklageerhebung bis zum Beginn der Hauptverhandlung“* S. 399 – 409) oder die Ausführungen zum Strafbefehlsverfahren (6. Kapitel, *Besondere Verfahrensarten - § 67 Das Strafbefehlsverfahren* S. 701 – 705) vermitteln weit mehr als das notwendige strafprozessuale Grundwissenszeug (so z. B. auch V. *Problematik und Bedeutung des Zwischenverfahrens* Rn. 621 ff.; sowie mit gutem Gespür für die Strafrechtspraxis zum Strafbefehlsverfahren II. *Anwendungsbereich* Rn. 1128 und der Gebotenheit des Strafbefehlsverfahrens in Ansehung der *„notorisch überlasteten Staatsanwaltschaft“*).

Die im ersten Abschnitt (*„Allgemeines“*) des ersten Kapitels (*„Einführung in das Strafverfahrensrecht“*) vermittelten Einsichten sind enorm, mit welcher Leichtigkeit Kühne durch Rechtsquellen (§ 2, S. 6 – 17) und vor allem die Grundzüge und Normenprogramme des europäischen Strafverfahrensrechts (§ 3, S. 20 – 67) führt, ist beeindruckend. Wer sich über die ausnahmslos instruktiven allgemeinen Darstellungen der verschiedenen Rechtsquellen und Gerichtshöfe hinaus Anhalte für konkret zu bewältigende Fallarbeit erhofft, wird auch dazu fündig. Die Akribie im Zusammentragen von Entscheidungen des EGMR gegen Deutschland im Bereich des Strafverfahrensrechts (Rn. 38) im Kontext der Divergenzdiskussion in Fällen, in denen deutsche Gerichte und der EGMR die EMRK unterschiedlich auslegen, bietet echte Arbeitshilfen. Die besonders starken Ausführungen zu den *„Folgen der Divergenzen“* (Rn. 40 ff.) machen erneut deutlich, weshalb an Kühne's traumwandlerischer Sicherheit im Umgang mit europäischem Strafverfahrensrecht wenige heranreichen.

Hier und da wird freilich sichtbar – ohne den einschränkungslos positiven Eindruck des Werks zu schmälern – dass Kühne's Herkunft und Position nicht jene des (strafverteidigenden) Rechtsanwalts ist. So buchstabiert der Autor zu Funktion und Aufgaben des Verteidigers im System der StPO (§ 9 *Der Verteidiger I. Funktion des Verteidigers im System der StPO*, S. 121 ff.) zwar fein Metajuristisches dazu aus, wie jede *„menschliche Wahrnehmung der Au-*

Benwelt gefiltert und durch das subjektive Sieb persönlichen Wissens und Erlebens“ gedrückt wird (Rn. 172), attestiert dann (a. a. O.) jedoch im Wechselspiel der Kräfte von Richter, Staatsanwaltschaft und Verteidigung („*triadisches Kräftefeld*“) der „*richterlichen Leitung der Beweisaufnahme Distanziertheit und Sicherheit*“, die sich dem Praktiker in der Mehrzahl der strafrechtlichen Hauptverhandlungen so einschränkungslos nicht recht erschließen will. Unerwähnt bleibt in diesem Zusammenhang – auch das nur weit am Rande – das die Verteidigung stets umtreibende Sujet des „Inertia“-Effekts und der strukturbedingte Umstand, dass das Gericht der Hauptverhandlung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses noch vor ihrem Beginn selbst eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit anzunehmen hatte. Womöglich zu profane Selbstverständlichkeiten, die gehaltvollerem gewichen waren.

Welche Brücken Kühne aus seinem reichen Wissensschatz hin zur Praxis und umgekehrt zu schlagen im Stande ist, zeigen exemplarisch seine Ausführungen zu § 46 *Befangenheit von Entscheidungsträgern und Kommunikationsgarantie* (Rn. 731 ff.), in denen es dem Verfasser trotz einer sehr kasuistisch angelegten Entscheidungsmaterie vorzüglich gelingt, grundlegende Erwägungen mit praktischen Einzelfallbeispielen (Rn. 733) zu verquicken. Verzeihlich ist dann auch, wenn die 9. Auflage aus 2015 eine im Strafverteidiger 2006 abgedruckte Entscheidung des Bundesgerichtshofs immer noch (S. 474, Fn. 59) als „*neuerdings vom BGH entschieden*“ erwähnt (Rn. 738). Dass dem Verfasser eine wissenschaftliche Entrücktheit zur besprochenen Materie wahrlich nicht vorgeworfen werden kann, zeigen auch die instruktiven Ausführungen zum Protokoll (§ 58 *Das Sitzungsprotokoll*), mit denen Kühne z. B. die – im Übrigen auch dem Rezensitionsverfasser bis dahin nicht genügend präsent – starke Position des Protokollführers in Abgrenzung zum Vorsitzenden herausarbeitet (Rn. 969 f.) und trefflich markiert, dass die Juristenausbildung auf bestmögliche und authentischste Protokollführung nicht angelegt ist. Was der Übung der Vorsitzenden zum wörtlichen Diktat von Protokollinhalten zusätzliches Verzerrungspotenzial verschafft.

Die den Ausführungen zur Revision gewidmeten 22 Seiten des Werks (S. 670 – 692) sind – ohne nach der Anlage des Lehr- und Handbuchs hier natürlich erschöpfend sein zu können – eine jederzeit informative Verzahnung von formalen und inhaltlichen Aspekten der Revision (zu empirischen Komponenten des Revisionsverfahrens generell (Rn. 1087 ff.) und schaffen für ein Lehrbuch sinnvolle Ergänzungen der formal-ablaufbezogenen Informationen zum Rechtsmittel).

Im Rahmen der „*Einführung in Strafverfahrenssysteme europäischer Nachbarstaaten*“ (7. Kapitel, Rn. 1146 ff.) gibt der Autor das Versprechen einer seriösen rechtsvergleichenden Vorstellung, bei der „*vermieden werden*“ solle, dass „*aus dem Zusammenhang gerissene Details sachfremd miteinander verglichen werden*“. Es wird mehr als eingelöst, sind die Vorstellungen der einschlägigen Verfahrensrechte Englands und Wales (§ 71, Rn. 1149 ff.), Frankreichs (§ 72, Rn. 1206 ff.), Italiens (§ 73, Rn. 1250 ff.), Österreichs (§ 74, Rn. 1309 ff.), Spaniens (§ 75, Rn. 1356) und der Niederlande (§ 76, Rn. 1402) durchweg von solcher Güte, dass der sinnvolle Aufbau in seiner wiederkehrenden Unterteilung (*Rechtsquellen, Verfahrensbeteiligte, Verfahrensprinzipien und Zwangsmaßnahmen*) fast wegen der enormen Qualität des Gesamtwerks untergeht.

Bisweilen nachgerade erfrischend ist es, den Kopf über die vertraute Streitlandschaft der bundesdeutschen Strafprozessordnung zu heben und – teilweise konsterniert (so z. B. zum Verständnis der Rolle des Verteidigers im Nachbarland Österreich, vgl. Rn. 1337 ff.) – zur Kenntnis zu nehmen, was im europäischen Ausland seit jeher für selbstverständlich erachtet bzw. aktuell kritisch diskutiert wird. Dass Kühne ans Ende seines Lehrbuchs – freilich mit einleitenden Worten (Rn. 1481) – den Entwurf des „*Corpus Iuris*“ setzt, und dabei mahnend die möglichen Auswirkungen eines „*europäischen Strafverfahrensrechts als Rahmen für Verfahren mit internationalem europäischem Bezug*“ herausstellt, ist folgerichtiger Schlusspunkt eines Lehr- und Handbuchs, das bei aller Detailliertheit in der Befassung mit der bundesdeutschen Strafprozessrechtsmaterie deren europäischen Pendant – zu Recht – viel Aufmerksamkeit beimisst.

III. Zusammenfassung

In jeder denkbaren Hinsicht löst Kühne die Versprechen des Buchdeckels ein. Systematischer ist eine Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts nicht denkbar, die Überschrift als „*Lehr- und Handbuch*“ trägt sein Werk zu Recht. Die Lehrbuchkomponente wird, neben den bereits ausgeführten Stärken des Werks, auch und gerade

durch eine lebhafte und immer weiterführende Fußnotenkultur bedient. Aus welch breiten Erkenntnisquellen von bundeslandspezifischen Besonderheiten aus Landesverfassungen bis hin zu speziellsten strafverfahrensrechtlichen Abhandlungen des europäischen Auslands geschöpft wird, ist hilfreich und beeindruckend zugleich.

Weder Schönverfärbungen, noch Übertreibungen braucht es bei der Quintessenz alles Gesagten: Auch wenn es im Marktsegment solcher breit angelegter Verfahrensrechtsdarstellungen Mitbewerber geben mag, ist Hans-Heiner Kühne's Lehr- und Handbuch in seiner 9. Auflage letztlich konkurrenzlos. Die nennenswerte Strafprozessrechtsbibliothek kommt ohne dessen Anschaffung nicht aus.