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

Dr. Max Blome, London

**Brüssel oder Bonn: Die Gretchenfrage im
Kartellbußgeldrecht** 142

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Fremdpersonaleinsatz – Der Anfang vom Ende 153

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - 1 StR 523/15 158

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Essen

OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.12.2014, 4 Ss 232/14 162

Veranstaltungen und politische Diskussion

**Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen
Vereinigung e.V. zum Referentenentwurf „Reform
der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“** 175

**Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen
Vereinigung e.V. (WisteV) zum „Referentenentwurf eines
Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren
Ausgestaltung des Strafverfahrens“** 191

Editorial

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

Liebe Leser der WiJ,

wir befinden uns in Zeiten des Umbruchs, im Großen und im ganz Kleinen.

„Ausnahmestand in der Türkei“ – der Rechtsstaat wird abgeschafft, die türkische Regierung setzt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) aus. Nimmt Deutschland, nimmt die EU auch das in Kauf? Wann wird der „Preis“ zu hoch, den man in Europa für den „Flüchtlingsdeal“ zu zahlen bereit ist in Zeiten der Angst vor einem nächsten Attentat? Begangen von einem Flüchtling? Nachträglich angeeignet und zu eigen gemacht durch den IS? Was ist aus der ursprünglichen Politik „der offenen Arme“ geworden?

Aber der Umbruch findet auch mitten im „Alten Europa“ statt – Großbritannien stimmt für den Austritt aus der EU (BREXIT). Ganz Großbritannien? Nein! Schottland strebt nach einem Unabhängigkeitsreferendum und möchte in der EU bleiben, in Nordirland werden Stimmen zur Wiedervereinigung mit Irland (EU) laut, und Gibraltar möchte sich auf lange Sicht Spanien anschließen und in der EU bleiben; während rechtslastige Stimmen im restlichen Europa ihrerseits den Austritt ihrer jeweiligen Nation aus der EU fordern.

Und Deutschland? Bundesjustizminister Heiko Maas verweist in seiner zur Eröffnung des 67. Deutschen Anwaltstages im Juni 2016 in Berlin gehaltenen Rede auf die nach den Strafrechtsreformen der 60er und 70er Jahre gewonnene Erkenntnis, dass es beim Strafrecht weder um Zeitgeist noch um Moralvorstellungen gehe, und dass das Strafrecht immer das Mittel der letzten Wahl sein müsse. Kriminalpolitik sei ein „Gradmesser für die Gemütsverfassung einer Nation“. Diese Aussagen stehen in Kontrast zu den umfangreichen strafrechtlichen Gesetzgebungsaktivitäten der Bundesregierung, seitdem Bundesjustizminister Maas sein Amt angetreten hat; in der Öffentlichkeit wurden dabei zuletzt das neue Sexualstrafrecht und die Abschaffung des Beleidigungstatbestandes zum Nachteil ausländischer Staatsoberhäupter diskutiert. Weit bedeutender für die Strafrechtspraxis und insbesondere auch das Wirtschaftsstrafrecht sind jedoch die umfassenden, teilweise bereits erfolgten und teilweise noch umzusetzenden weiteren Änderungen sowohl des Straf- als auch des Strafprozessrechts, die in ihrer Gesamtheit durchaus zu einem Umbruch des deutschen Strafrechts führen werden.

Die vorliegende Ausgabe der WiJ steht ganz im Zeichen dieser Gesetzesnovellen: Sie finden hier die von der WisteV abgegebenen Stellungnahmen zu der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, die zu dem im März 2016 vorgelegten Referentenentwurf abgegeben wurde und bereits in den nun aktuell vorgelegten Regierungsentwurf eingeflossen ist; sowie zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (insoweit Wirtschaftsstrafverfahren davon betroffen sein können).

Dr. Max-Niklas Blome, Preisträger des WiJ-Aufsatzwettbewerbes 2016, unterbreitet einen eigenen Reformvorschlag zur Vereinheitlichung des Kartellbußgeldrechts, der insbesondere die bestehenden Diskrepanzen zwischen dem deutschen und europäischen Recht beseitigen soll, um die „goldene Mitte“ zwischen dem deutschen und dem EU-Haftungsregime zu finden. *Antje Klötzer-Assion* nimmt kritisch Stellung zu den gesetzlichen Änderungen zum Dienst- bzw. Werkvertragsrecht sowie zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung, auf die sich die Große Koalition jüngst verständigt hat.

Die WiJ schafft überdies mit der vorliegenden Ausgabe einen eigenen, kleinen, aber (hoffentlich) ganz und gar positiven Umbruch: das wirtschaftsstrafrechtliche Journal präsentiert sich Ihnen heute im neuen Gewand. Die WiJ-Homepage wurde auf den aktuellen Stand der Technik gebracht, sie passt sich nunmehr Ihren mobilen Geräten an und bietet vor allem eine optimierte und zuverlässig funktionierende Suchfunktion.

Ich wünsche Ihnen bei der Lektüre der aktuellen Sommerausgabe und beim Ausprobieren der neuen Homepage viel Vergnügen!

Milena Piel, Düsseldorf

Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	142
Dr. Max-Niklas Blome, London Brüssel oder Bonn: Die Gretchenfrage im Kartellbußgeldrecht	142
Rechtsanwältin und Diplom – Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. Fremdpersonaleinsatz – Der Anfang vom Ende?	153
Entscheidungskommentare	158
Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - 1 StR 523/15	158
Rechtsanwältin Ines Ullrich, Essen Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in § 17 UWG	162
OSTa Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	166
Internationales	169
Rechtsanwalt Dr. Roland M. Ryser, Rechtsanwalt Friedrich Frank; beide Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	169
Veranstaltungen und politische Diskussion	175
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwältin Sarah Landsberg, Frankfurt a. M.; Rechtsanwalt Patrick Müller-Sartori, Köln; Rechtsanwalt Dr. Christian Rosinus, Frankfurt a. M.; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Rechtspflegerin und Gerichtsvollzieherin Gundula Seeger, Stuttgart; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Hansestadt Lübeck Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. zum Referentenentwurf „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“	175
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Björn Krug, Frankfurt a.M.; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl; Köln Rechtsanwältin Milena Piel, Düsseldorf Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“	191
Rechtsanwältin und Diplom – Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. Tagungsbericht zum 28. Europäischen Zollrechtstag: „Der Unionszollkodex“, am 23. und 24. Juni 2016 in Köln	196
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Tagungsbericht zum 3. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 19.5.2016	198
Rechtsanwältin Dr. Anouschka Velke, LL.M., Frankfurt a.M. Tagungsbericht zur WisteV-medstra-ILF-Veranstaltung „Korruption im Gesundheitswesen“ am 18. Mai 2016 in Frankfurt am Main	202
Rezensionen	207
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Reiß, Roman, Das Treueverhältnis“ des § 266 StGB – Ein Tatbestandsmerkmal zwischen Akzessorietät und faktischer Betrachtung	207
Ass. jur. Björn Fleck M.A., Hannover Mitarbeiter Compliance, Strategien für die erfolgreiche Einbindung	210

Impressum

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

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

Kontakt: info@wi-j.de

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

Aufsätze und Kurzbeiträge

Kartellrecht

Dr. Max-Niklas Blome, London

Brüssel oder Bonn: Die Gretchenfrage im Kartellbußgeldrecht

Vorschlag für einheitliche Regeln in Europa

I. Einleitung

Wer haftet für Kartellverstöße? Diese Frage ist für Unternehmen außerordentlich wichtig, denn Jahr für Jahr steigen die Bußgelder: Allein das deutsche Bundeskartellamt in Bonn hat im vorläufigen Rekordjahr 2014 Geldbußen von mehr als EUR 1 Milliarde verhängt¹, die EU-Kommission² gar mehr als EUR 1,6 Milliarden.³ Die zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungen unterscheiden sich jedoch fundamental voneinander, ohne dass die Kompetenzen klar voneinander abgegrenzt wären: Die Kommission kann Geldbußen gegen Konzerne im Sinne „wirtschaftlicher Einheiten“ verhängen, während die deutschen Kartellbehörden auf einzelne Konzerngesellschaften beschränkt sind.

Vor allem die europäischen Regelungen und ihre mögliche Unvereinbarkeit mit universellen rechtsstaatlichen Prinzipien sind Gegenstand einer lebhaften Diskussion. Diese hat unter dem Eindruck der bis Ende 2016 umzusetzenden Kartellschadensersatzrichtlinie⁴ erneut an Dynamik gewonnen, da der hierin verwendete Unternehmensbegriff sich nicht in die Dogmatik des geltenden deutschen Kartellrechts einfügt.

Zentrales Anliegen dieses Beitrags ist es, einen konkreten Vorschlag in die Diskussion über notwendige Reformen einzubringen.⁵ Dieser will die „goldene Mitte“ zwischen deutschem und dem EU-Haftungsregime finden und so (mehr) Rechtssicherheit für alle Beteiligten schaffen.

II. Grundzüge kartellrechtlicher Sanktionierung

Das deutsche Kartellrecht hat sich im Laufe der Zeit stetig in Richtung des EU-Kartellrechts entwickelt⁶, gleichwohl ohne es vollständig nachzubilden. Es basiert auf einem „doppelten Rechtsträgerprinzip“, wohingegen das EU-Kartellrecht lediglich auf Ebene der Sanktionierung, also für die Rechtsfolge, konkrete Rechtsträger adressiert. Für die Haftungsbegründung bzw. den Kartellverstoß als solchen knüpft es hingegen an das an wirtschaftlich-faktischen Kriterien orientierte Gebilde der „wirtschaftlichen Einheit“ an.

1. Das „doppelte Rechtsträgerprinzip“ des deutschen Kartellrechts

Die zentralen Normen für Geldbußen bei Kartellverstößen sind § 81 GWB sowie die Regeln der §§ 9, 30 OWiG.

¹ BKartA, Pressemitteilung v. 23.12.2014, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de (letzter Abruf am: 12.8.2015).

² Im Folgenden „Kommission“.

³ Statistik der Kommission, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition> (letzter Abruf am 12.8.2015).

⁴ Richtlinie 2014/103/EU v. 26.11.2014, ABl. 2014 L 349, S. 1 (im Folgenden: „Schadensersatzrichtlinie“).

⁵ Einen weiteren Reformvorschlag, der das Konzept der wirtschaftliche Einheit für das deutsche Wettbewerbsrecht fruchtbar macht, unterbreitet auch Kersting WuW 2014, 564 (565 f.). Vgl. ferner Makatsch/Mir EuZW 2015, 7 (8) und Stauber/Schaper NZKart 2014, 346 (347).

⁶ Zentrales Ziel etwa der 7. GWB-Novelle war die Angleichung an das EU-Kartellrecht. Das Ergebnis war unter anderem die 10%-Regel des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB, vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 21 ff.; ausführlich zur fortschreitenden Annäherung des deutschen an das EU-Kartellrecht Aberle, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit, 2013, S. 11 ff. u. 212 ff.

a) Kartellrechtlicher Sanktionstatbestand (§ 81 GWB)

Auf Grundlage von § 81 GWB können die deutschen Kartellbehörden Geldbußen in Höhe von 10% des weltweiten Umsatzes der „wirtschaftlichen Einheit“, worunter insbesondere die Rechtsprechung den Konzernumsatz versteht⁷, verhängen. Es handelt sich hierbei – anders als im EU-Kartellrecht – um eine echte Obergrenze, der Sanktionsrahmen ist also auf 10% des Konzernjahresumsatzes begrenzt.⁸

Materiell knüpft der Sanktionstatbestand an die §§ 1, 19 f. GWB bzw. Art. 101 f. AEUV an. Diese Sonderdelikte richten sich an „Unternehmen“.⁹ Der Unternehmensbegriff wird wie im EU-Kartellrecht wirtschaftlich-funktional interpretiert.¹⁰ Ein Unternehmen in diesem Sinne liegt vor bei jeder selbständigen Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet und nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt ist.¹¹ Ein „Unternehmen“ in diesem Sinne muss als solches nicht selbst rechtsfähig sein.¹²

b) Natürliche Personen als Täter der Bezugstat des § 30 OWiG

Gleichzeitig sind im geltenden¹³ deutschen Sanktionsrecht – anders als im EU-Kartellrecht¹⁴ – nur natürliche Personen deliktstauglich (vgl. etwa § 12 OWiG).¹⁵ Eine allgemeine Unternehmensgeldbuße ist dem deutschen Kartellrecht bislang fremd.¹⁶ Dies stellt auch so lange keine Schwierigkeit dar, wie ein Einzelunternehmer einen Kartellverstoß begeht; gegenüber diesem kann gem. § 81 GWB ohne Weiteres eine Geldbuße verhängt werden.

Die im Hinblick auf natürliche Personen, die für Unternehmen handeln, entstehende Sanktionslücke schließen auch im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrechts die §§ 30, 9 OWiG. Durch letzteren, dessen Pendant § 14 StGB ist, wird die Unternehmenseigenschaft auf den handelnden Repräsentanten übertragen, was den Verstoß technisch überhaupt erst begründet.¹⁷ Diese sog. Bezugstat bildet die Grundlage der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG. Hierfür kommt lediglich die Verletzung „betriebsbezogener Pflichten“ in Betracht, wozu neben §§ 1, 19 f. GWB und Art. 101 f. AEUV¹⁸ auch die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG zählt.¹⁹

c) Juristische Personen als Adressat der Verbandsgeldbuße

Wegen dieser Bezugstat kann gem. § 30 Abs. 1 OWiG eine Verbandsgeldbuße gegen diejenige juristische Person verhängt werden, als deren Repräsentant die natürliche Person gehandelt hat.

⁷ BGH NJW 2013, 1972 Rn. 67 – *Grauzementkartell*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.6.2009, VI-2a Kart 2 - 06/08 OWi, Rn. 620 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.2.2014, V-4 Kart 5/11 OWi, Rn. 172 ff. – *Kaffeeöster*.

⁸ BGH NJW 2013, 1972 Rn. 55 ff. – *Grauzementkartell*.

⁹ Unternehmensvereinigungen bleiben vorliegend außer Betracht.

¹⁰ Siehe etwa Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 23; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 18 ff.; Bechtold, in: ders., GWB, 7. Aufl. 2013, § 1 Rn. 7; Heinichen, WRP 2012, 159 (161).

¹¹ St. Rspr.; siehe etwa BGH NJW 1962, 196 (199 f.) – *Gummistrümpfe*; BGH NJW 1976, 1941 (1942) – *Autoanalyzer*; BGH GRUR 1976, 739 (741) – *Architekten-Gebühren*; BGH NJW 1993, 789 (791) – *Selbstzahler*; BGH WRP 2008, 1242 (1244) – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

¹² Vgl. etwa Bechtold, in: ders., GWB, § 1 Rn. 7 ff.

¹³ In jüngerer Zeit gab es jedoch immer wieder mehr oder weniger konkrete Reformbestrebungen, ein Unternehmensstrafrecht einzuführen. Vgl. etwa den Entwurf der NRW-Landesregierung für ein Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E); abrufbar unter www.justiz.nrw.de (letzter Abruf am 12.8.2015); hierzu Kutschaty, ZRP 2013, 74 sowie Witte/Wagner, BB 2014, 643. Zum Stand der Diskussion auch Leipold, ZRP 2013, 34.

¹⁴ Täter ist allein die „wirtschaftliche Einheit“, hierzu unter II 2.

¹⁵ Rogall, in: KK OWiG, 4. Aufl. 2014, Vorb. Rn. 19; siehe auch Gürtler, in: Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, Vorb. § 1 Rn. 10 f. u. 31.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2012, 164 Rn. 15 – *Versicherungsfusion*; OLG Düsseldorf NZKart 2013, 166 Rn. 34. Siehe auch die Gesetzesbegründung zu § 30 OWiG: „Die juristische Person (...) ist als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen weder einer Schuld fähig noch einer sozialetischen Missbilligung zugänglich“, BT-Drs. V/1269, S. 58.

¹⁷ Achenbach, in: FK Kartellrecht, Stand: 79. Erg.-Lfg., § 81 GWB Rn. 241, Vorb. § 81 GWB, Rn. 51 ff.; Cramer/Panaris, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 81 GWB Rn. 5; Többers NSTZ 1999, 1 (7); siehe auch Aberle, Sanktionsdurchgriff, S. 147 ff.

¹⁸ Biermann/Dannecker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorb. 81 Rn. 141.

¹⁹ Rogall, in: KK OWiG, § 30 Rn. 92. Beispiele bei Gürtler, in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 27a; siehe ferner Hüneröder, Aufsichtspflichtverletzung im Kartellrecht, 1989, S. 57 ff.

aa) Vertretungsbezug

Der Adressat wird anhand des sog. Vertretungsbezugs ermittelt. Hierfür gelten die gleichen Grundsätze wie für § 9 OWiG und § 14 StGB.²⁰ Die Literatur fordert seit jeher im Wesentlichen einen objektiv-funktionalen Zusammenhang zwischen Handlung und Stellung des Repräsentanten innerhalb der Gesellschaft (sog. Funktionstheorie).²¹ Es kommt hiernach darauf an, ob der Repräsentant nach außen als Vertreter des hinter ihm stehenden Verbands auftritt und nicht nur „bei Gelegenheit“²² handelt. Bei rechtsgeschäftlichem Handeln reicht aus, wenn der Täter im Namen der Gesellschaft auftritt²³, während bei (nur) tatsächlichem Handeln lediglich die Tat nach außen als Wahrnehmung von Gesellschaftsangelegenheit erscheinen muss.²⁴ Der Zweck der Gesellschaft und deren Interessen sind irrelevant.

Die Rechtsprechung hat zwischenzeitlich die bislang verfolgte Interessentheorie²⁵ aufgegeben und sich ausdrücklich der Funktionstheorie angeschlossen.²⁶

Den paradigmatischen Fall im Kartellrecht stellen Preisabsprachen dar, die etwa ein Geschäftsführer offenkundig „unter der Flagge“ des hinter ihm stehenden Unternehmens – präziser: des Rechtsträgers – mit dem Wettbewerber trifft.

bb) Keine Haftung weiterer juristischer Personen

Den Vertretungsbezug zu bestimmen ist vor allem dann so wichtig wie problematisch, wenn ein Rechtsverstoß innerhalb einer Konzernstruktur begangen wurde. Hier ist nicht von vornherein klar, für welche Gesellschaft der Täter gehandelt hat. Eine echte Konzernhaftung ist allein deswegen jedoch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall allein anhand der Kriterien der Funktionstheorie ein konkreter Zurechnungsadressat zu ermitteln. Mit diesem ist die Haftung im Grundsatz untrennbar verbunden; sie teilt folglich dessen Schicksal. Der Wortlaut von § 30 Abs. 1 OWiG ist eindeutig: Zurechnungsadressat kann alleine diejenige („diese“) juristische Person sein, „als“ deren Repräsentant der Täter bei der Bezugstat handelte; andernfalls ist das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) verletzt.²⁷ Eine Konzernmutter kann z.B. wegen einer entsprechenden Weisung²⁸ oder eines Unterlassens²⁹ ihrer Repräsentanten nach § 30 OWiG haften.

Auf sie kann jedoch *de lege lata* nicht „durchgegriffen“ werden.³⁰ Entgegen der insbesondere vom Bundeskartellamt geäußerten Auffassung kann hierfür weder über Art. 5 VO 1/2003, der allein die kartellbehördliche Zuständigkeit regelt, noch über § 81 Abs. 4 S. 2 GWB, der nur für die Bußgeldzumessung relevant ist, auf die weitergehenden Sanktionsbefugnisse des EU-Kartellrechts³¹ zurückgegriffen werden.³² Gleiches gilt auch für den zuerst von *Mansdörfer* und *Timmerbeil* befürworteten Weg über § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG.³³ Der Gesetzgeber

²⁰ Vgl. *Rogall*, in: KK OWiG, § 30 Rn. 106.

²¹ Siehe schon *Rotberg*, OWiG, 5. Aufl. 1975, § 19 Rn. 14; *Hannich*, in: Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, Stand: 18. Erg.-Lfg. zur 3. Aufl., § 9 Rn. 28; *Gürtler*, in: Göhler, OWiG, § 9 Rn. 15a; *Perron*, in: Sch/Sch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 14 Rn. 26; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 16 u. 18; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 14 Rn. 8; *Arloth*, NSTZ 1990, 570 (574 f.); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 8 (12 f.); *Kawan*, Organ- und Vertreterhaftung, 1992, S. 106 ff.

²² BGH NJW 2012, 2366 (2368); BGH NSTZ 1997, 30 (31); *Hannich*, in: Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, § 30 Rn. 28.

²³ BGH NJW 2012, 89 (91); BGH NJW 2012, 2366 (2368 f.); *Perron*, in: Sch/Sch, StGB, § 14 Rn. 26 unter Hinweis auf BGH NJW 1980, 406 (407).

²⁴ *Hannich*, in: Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, § 30 Rn. 28; *Perron*, in: Sch/Sch, StGB, § 14 Rn. 26.

²⁵ Vgl. hierzu nur BGH NJW 1969, 1494; BGHSt 28, 371 (372 f.); BGHSt 30, 127 (128); BGHSt 34, 221 (223 f.); OLG Karlsruhe NJW 2006, 1364 (1365). Eingehend *Perron*, in: Sch/Sch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 14 Rn. 26.

²⁶ BGH NJW 2012, 2366 (2367 ff.). Mit ersten Zweifeln an der Interessentheorie bereits BGH NJW 2009, 2225 (2227); BGH NSTZ-RR 2009, 373 sowie der entsprechende Anfragebeschluss des BGH NSTZ 2012, 89.

²⁷ Siehe hierzu sowie den daraus folgenden Implikationen für das Kartellbußgeldrecht noch unten IV 1 b.

²⁸ Etwa im Falle aktienrechtlicher Weisungsrechte im Vertragskonzern sowie der Eingliederung (§§ 308, 323 AktG), oder im Rahmen GmbH-Gesellschafterversammlung (§ 37 GmbHG); vgl. *Gürtler*, in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 5 u. Vorb. § 1 Rn. 13; siehe auch schon *Tiedemann*, NJW 1979, 1849 (1852 f.). Zur Beteiligung durch Weisung *Aberle*, Sanktionsdurchgriff, S. 181 ff.

²⁹ Zur Beteiligung durch Unterlassen am Kartellverstoß *Gürtler*, in: Göhler, OWiG, Vorb. § 1 Rn. 13; ausführlich auch *Koch* ZHR 171 (2007), 554 (569 u. 573 ff.); *Vogt*, Verbandsgeldbuße gegen eine herrschende Konzerngesellschaft, 2009, S. 85 ff.; *Aberle*, Sanktionsdurchgriff, S. 184 ff.

³⁰ So auch *Achenbach* NZWiSt 2012, 321 (325); in der Sache ferner *Achenbach* ZWer 2009, 1 (10); *Ackermann* ZWer 2010, 329 (345); *Bürger* WuW 2011, 130 (132 f. u. 135); *Löbbe* ZHR 177 (2013), 518 (541 f.); *Aberle*, Sanktionsdurchgriff, S. 202 f.

³¹ Hierzu unter 2.

³² Eingehend zu diesen Fragen und m.w.Nachw. jüngst BGH, Beschl. v. 16.12.2014, KRB 47/13, Rn. 24 ff. u. 13 – *Maxit*; siehe auch OLG Düsseldorf NZKart 2013, 166 Rn. 39 ff.

³³ *Mansdörfer/Timmerbeil* WM 2004, 362 (368 f.); so ferner *Rogall*, in: KK OWiG, § 30 Rn. 87; *Reichling* NJW 2012, 166 (166). Zurecht a.A. auch *Kirch-Heim*, Sanktionen gegen Unternehmen 2007, S. 85; *Aberle*, Sanktionsdurchgriff, S. 202 f.

wollte hiermit nicht die Haftung nach oben in Richtung einer Muttergesellschaft, sondern vielmehr den Täterkreis um Leitungspersonen unterhalb der Geschäftsleitungs- oder Gesellschafterebene und damit nach unten erweitern.³⁴ Schließlich haftet die Muttergesellschaft bei Verstößen einer Tochter nach zutreffender Ansicht nicht nach § 130 OWiG. Inhaber des Unternehmens im Sinne von § 130 OWiG ist die Tochtergesellschaft; die Muttergesellschaft ist „Inhaberin des Inhabers“ und damit nicht vom Wortlaut umfasst.³⁵

2. Das Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ im EU-Kartellrecht

Dem EU-Kartellrecht liegt demgegenüber faktisch ein Unternehmensstrafrecht zu Grunde. Täter sind nicht wie im deutschen Recht ausschließlich natürliche Personen, sondern das Unternehmen bzw. die wirtschaftliche Einheiten selbst.³⁶

a) Art. 23 VO 1/2003 als Sanktionstatbestand

Das Pendant zu § 81 GWB auf europäischer Ebene ist Art. 23 VO 1/2003, auf dessen Grundlage die Kommission bei Verstößen gegen materielles Kartellrecht (insbes. Art. 101, 102 AEUV) die rechtsgebietstypischen und öffentlichkeitswirksamen Geldbußen in Millionen- oder gar Milliardenhöhe verhängen kann, zumal die 10%-Grenze anders als im deutschen Recht eine Kappungsgrenze darstellt.³⁷ Es besteht also ein nach oben offener Bußgeldrahmen; das konkret festgesetzte Bußgeld wird nur gekappt, soweit es 10% des Vorjahresumsatzes übersteigt.³⁸

b) Doppelgleisiger Unternehmensbegriff

Im EU-Kartellrecht existieren zwei Unternehmensbegriffe, anhand derer die Haftungssubjekte in einem zweistufigen Verfahren ermittelt werden. Für Fragen des Kartellverstoßes als solchem (Art. 101 f. AEUV) ist ein Unternehmen jede wirtschaftliche Einheit unabhängig von Rechtsform oder Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (täterschaftlicher Unternehmensbegriff³⁹).⁴⁰ Diese wirtschaftliche Einheit kann aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen⁴¹ und muss als solche nicht rechtsfähig sein.⁴² Besondere Bedeutung hat die sog. *Akzo Nobel*-Vermutung, nach der mehrere juristische Personen bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von (nahezu) 100% eine wirtschaftliche Einheit bilden. In diesen Fällen wird nach Auffassung der Unionspraxis die rechtliche Selbstständigkeit durch ein Autonomiedefizit überlagert.⁴³ Wenngleich diese Vermutung nach Auffassung des EuGH widerlegbar sein soll⁴⁴ (und wegen Art. 6 Abs. 2 EMRK auch muss), ist dies – obwohl regelmäßig zentraler Bestandteil der Verteidigung – bislang nicht gelungen.⁴⁵

Im Rahmen von Art. 23 VO 1/2003 hingegen wird der Unternehmensbegriff institutionell interpretiert (bußgeldrechtlicher Unternehmensbegriff⁴⁶), da es hierbei um die Identifizierung

³⁴ BT-Drs. 14/8998, S. 11.

³⁵ Eingehend etwa *Achenbach*, NZWiSt 2012, 321 (326); vgl. ferner etwa *Vogt*, Verbandsgeldbuße, S. 281 ff.

³⁶ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Vorb. Art. 23 f. VO 1/2003 Rn. 124; *Dannecker*, in: Schönemann/Suárez Gonzáles, Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, S. 331 (331 ff.); *Dannecker/Fischer-Fritsch*, EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 252 ff.; *Hamann*, Unternehmen als Täter, 1992, S. 153 ff.

³⁷ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 15.10.2002, Rs. C-238/99 P, Slg. 2002, I-8375 Rn. 592 f. – *Limburgse Vinyl Maatschappij*; EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425 Rn. 278 – *Dansk Rørindustri*.

³⁸ Das Modell der umsatzbezogenen Bußgeldbemessung wurde auch in die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 übernommen (s. dort Art. 83).

³⁹ Zu diesem Begriff *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge, 2011, S. 34.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21 – *Höfner und Elser*; vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/00, Slg. 2001, I-691 Rn. 22 – *Cisal*; EuGH, Urt. v. 16.3.2004, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493 Rn. 58 – *AOK-Bundesverband*. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 3.10.2013, Rs. C-59/12, Rn. 25 ff. – *BKK Oil Mobil*.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 12.7.1984, Rs. 170/83, Slg. 1984, 2999 Rn. 11 – *Hydrotherm*; vgl. ferner EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, Slg. 2006, I-11987 Rn. 40 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*; EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 55 – *Akzo Nobel*; EuGH, Urt. v. 20.1.2011, Rs. C-90/09 P Rn. 35 – *General Química*; EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-520/09 P, Rn. 37 – *Arkema*.

⁴² St. Rspr.; siehe etwa EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425 Rn. 113 – *Dansk Rørindustri*; EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 54 – *Akzo Nobel*; EuGH, Urt. v. 20.1.2011, Rs. C-90/09 P, Rn. 34 – *General Química*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Rs. C-440/11 P, Rn. 36 – *Stichting Administratiekantoor Portielje*.

⁴³ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 62 – *Akzo Nobel*. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 20.1.2011, Rs. C-90/09 P, Rn. 50 u. 84 ff. – *General Química*; EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-508/11 P, Rn. 47 f. – *ENI*.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-520/09 P, Rn. 46 ff. – *Arkema*; EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-521/09 P, Rn. 59 ff. – *Elf Aquitaine*; EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-501/11 P, Rn. 107 – *Schindler Holding*; EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-508/11 P, Rn. 68 – *ENI*.

⁴⁵ Statt vieler prägnant *Joshua/Bottemann/Atlee*, The European Antitrust Review 2012, 5: “You Can’t Beat the Percentage”.

⁴⁶ *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge, S. 122.

eines möglichen Vollstreckungsschuldners geht. Unternehmen in diesem Sinne sind die Rechtsträger der wirtschaftlichen Einheit zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes.⁴⁷ In Anlehnung an die *Enichem Anic*-Entscheidung des EuG wird diese Haftungsregel als *Anic*-Grundsatz oder -Regel bezeichnet.⁴⁸ Die Rechtsträger haften gesamtschuldnerisch.⁴⁹

c) Personales Zurechnungsmodell

Die Relevanz natürlicher Personen beschränkt sich darauf, dass ihr Handeln der – jedenfalls in faktischer Hinsicht handlungsunfähigen – wirtschaftlichen Einheit zugerechnet wird. Diese von der Unionspraxis entwickelte Zurechnung umfasst das Verhalten derjenigen natürlichen Personen, die befugterweise⁵⁰ für die wirtschaftliche Einheit tätig geworden sind.⁵¹ Hierzu muss das Verhalten wenigstens zu den Aufgaben der handelnden natürlichen Person gehören und diese fahrlässig handeln.⁵² Irrelevant ist jedoch sowohl, ob eine gesonderte Vertretungsbefugnis besteht, als auch, ob Gesellschafter oder die Geschäftsleitung in den Verstoß involviert waren.⁵³ Der von diesem personalen Zurechnungsmodell des EU-Kartellrechts umfasste Personenkreis ist bedeutend weiter als der des § 30 OWiG, da Ersteres sämtliche natürlichen Personen und nicht nur Repräsentanten umfasst.

3. Fallverteilung zwischen nationalen Kartellbehörden und Kommission

Angesichts dieser erheblichen dogmatischen wie praktischen Unterschiede wiegt es umso schwerer, dass klare Regeln über die Kompetenzverteilung der Kartellbehörden fehlen. Zuständigkeit und Fallverteilung regeln auf Ebene des Unionsrechts die VO 1/2003 sowie die sog. Netzwerkbeachtmachung.⁵⁴ Grundsätzlich sind Kommission und Bundeskartellamt unabhängig voneinander zuständig⁵⁵, soweit nicht nur nationales Kartellrecht – etwa mangels spürbarer Handelsbeeinträchtigung – betroffen ist.⁵⁶ Nicht zu Unrecht spricht *Baron* in diesem Zusammenhang von einer „Mischverwaltung“⁵⁷.

Allerdings mangelt es der Verordnung an einer konkreten Bestimmung darüber, wie die einzelnen Verfahren zu verteilen sind. Gem. Art. 4, 5 VO 1/2003 ist prinzipiell die Kommission zuständig, die nationalen Kartellbehörden nur in durch die Netzwerkbeachtmachung konkretisierten „Einzelfällen“. Es soll jeweils diejenige Behörde tätig werden, die „gut geeignet“ ist, das entsprechende Verfahren durchzuführen.⁵⁸ Dies ist der Fall, wenn – erstens – das Hoheitsgebiet der jeweiligen Kartellbehörde betroffen ist, sie – zweitens – die Zuwiderhand-

⁴⁷ Grundlegend EuG, Urt. v. 17.12.1991, Rs. T-6/89, Slg. 1991, II-1623 Rn. 236 – *Enichem Anic*; EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 Rn. 47 – *Anic Partecipazioni*. Seither st. Rspr., siehe etwa EuGH, Urt. v. 16.11.2000, Rs. C-297/98 P, Slg. 2000, I-10101 Rn. 27 ff. – *SCA Holding*; EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 57 – *Akzo Nobel*. Siehe auch GA Mengozzi, Schlussanträge v. 19.9.2013, verb. Rs. C-231/11 P u.a., Rn. 79 – *Siemens Österreich*.

⁴⁸ Soweit ersichtlich geht diese Bezeichnung zurück auf *Dyckjær-Hansen/Høegh*, ECLR 2003, 203.

⁴⁹ St. Rspr., siehe etwa EuGH, Urt. v. 16.11.2000, Rs. C-294/98 P, Slg. 2000, I-10065 Rn. 25 ff. – *Metsä-Serla*; EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 77 – *Akzo Nobel*; EuGH, Urt. v. 20.1.2011, Rs. C-90/09 P, Rn. 89 – *General Química*; EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-521/09 P, Rn. 57 – *Elf Aquitaine*; EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-520/09 P, Rn. 41 – *Arkema*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Rs. C-440/11 P, Rn. 41 – *Stichting Administratiekantoor Portielje*.

⁵⁰ Auch eine Überschreitung der Befugnisse schließt die Zurechnung nur im Falle einer Exzesstat aus, vgl. etwa Komm., Entsch. v. 5.12.1983, Sa. IV/30.671, Rn. 17 – *IPTC Belgium*; zur Zurechnung des Verhaltens natürlicher Personen ferner *Dannecker/Fischer-Fritsch*, EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 258 f.; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Vorb. Art. 23 VO 1/2003 Rn. 129.

⁵¹ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 7.6.1983, verb. Rs. 100/80 u.a., Slg. 1983, 1825 Rn. 97 f. – *Musique Diffusion Française*; EuGH, Urt. v. 18.9.2003, Rs. C-338/00 P, Slg. 2003, I-9189 Rn. 98 – *Volkswagen*; siehe ferner *Kindhäuser/Meyer*, in: FK Kartellrecht, Bußgeldrechtliche Folgen Art. 101 AEUV Rn. 20 ff.; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Vorb. Art. 23 f. VO 1/2003 Rn. 125 ff.

⁵² Eingehend zur subjektiven Zurechnung *Timmerbeil/Mansdörfer*, EuZW 2011, 214 (216 f.); *Muders*, wistra 2011, 405 (405 ff.).

⁵³ Ausdrücklich EuGH, Urt. v. 7.6.1983, verb. Rs. 100/80 u.a., Slg. 1983, 1825 Rn. 97 – *Musique Diffusion Française*; EuG, Urt. v. 20.3.2002, Rs. T-15/99, Slg. 2002, II-1613 Rn. 58 – *Brugg Rohrsysteme*; EuG, Urt. v. 17.5.2013, verb. Rs. T-146/09, Rn. 151 – *Parker ITR*. Siehe auch *Nowak*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 17.

⁵⁴ ABl. 2004 C 101, S. 43 ff.

⁵⁵ Vgl. Erwägungsgrund 6 zur VO 1/2003; i.Ü. Art. 4, 5, 16 VO 1/2003; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 4 VO 1/2003 Rn. 1. Siehe zur parallelen Zuständigkeit auch EuGH, Urt. v. 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 69 ff. – *Toshiba Corporation* sowie zur daraus folgenden Problematik im Zusammenhang mit Kronzeugenregelungen EuGH, Urt. v. 20.1.2016, Rs. C-428/14, Rn. 29 ff. – *DHL Express*.

⁵⁶ Vgl. *Weiß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Art. 4 VO 1/2003 Rn. 1 ff.; *Krohs/Timmerbeil*, BB 2012, 2447 Fn. 23.

⁵⁷ *Baron*, in: FS Canenbley, 2012, S. 25 (31).

⁵⁸ Nr. 6 u. 8 Netzwerkbeachtmachung; vgl. zu diesem Kriterium auch *Schwarze*, in: FS Bechtold, S. 483 (487 f.).

lung tatsächlich effektiv bekämpfen kann und – drittens – die Beweiserhebung sichergestellt ist.⁵⁹

Welche Kartellbehörde tätig wird, hängt also davon ab, ob eine spürbare Handelsbeschränkung vorliegt und die Behörde „gut geeignet“ ist. Beide Kriterien eröffnen jeweils sehr weite Spielräume und schaffen eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies wiegt umso schwerer, als bislang unklar ist, ob und inwieweit Rechtsschutz im Zusammenhang mit den gesetzlich nicht geregelten Bekanntmachungen besteht.⁶⁰

III. Haftungsnachfolge

Besonders im Fokus der Öffentlichkeit steht regelmäßig die Frage einer Rechtsnachfolge in die bußgeldrechtliche Verantwortung. Die Diskussion kreist darum, ob und unter welchen Voraussetzungen andere juristische Personen als diejenige, gegen die eine Geldbuße festgesetzt werden kann oder wurde (sog. unmittelbares Haftungssubjekt), sanktioniert werden können. Zuletzt in besonderem Maße öffentlich diskutiert wurde eine Konstellation im Rahmen des *Wurstkartells*, wobei die betroffene Unternehmensgruppe dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ausgesetzt war.⁶¹ Die deutsche und die europäische Antwort unterscheiden sich erheblich voneinander.

1. Beschränkung auf Fälle einer Gesamtrechtsnachfolge im deutschen Recht

In Deutschland wurde mit der 8. GWB-Novelle von 2013 eine abschließende Regelung getroffen. Nach § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG kann eine Geldbuße auch gegenüber Gesamtrechtsnachfolgern, also insbesondere bei Verschmelzungen und Aufspaltungen nach dem UmwG, festgesetzt werden. Bei derartigen Umwandlungsmaßnahmen erlischt das unmittelbare Haftungssubjekt ohne gesonderten Liquidationsakt.⁶² Das von § 30 Abs. 1 OWiG adressierte unmittelbare Haftungssubjekt steht also fortan nicht mehr als Haftungssubjekt zur Verfügung. Der staatliche Sanktionsanspruch liefe also leer, da das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG einer Haftung weiterer juristischer Personen entgegensteht.⁶³

Seit der BGH-Entscheidung *Bußgeldhaftung* von 1986 und bis zur 8. GWB-Novelle ist die Rechtsprechung derartigen Konstellationen mit dem Institut der „wirtschaftlichen (Nahezu-)Identität“ begegnet und tut dies für Altfälle bis heute. Hiernach konnte die Haftung auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen, wenn dieser bei faktischer Betrachtung dem unmittelbaren Haftungssubjekt entsprach.⁶⁴ Diese Rechtsfigur war jedoch von vornherein nicht auf Fälle der Einzelrechtsnachfolge, d.h. asset deals, anwendbar.⁶⁵ Sie greift daher nicht in Fällen „wirtschaftlicher Gesamtrechtsnachfolge“⁶⁶. Wegen der eindeutigen Willensbekundung des Reformgesetzgebers, in derartigen Fällen keine Haftungsnachfolge anzuordnen, wurde ihr nunmehr vollends der ohnehin dünne Boden entzogen.⁶⁷ Für Fälle der Einzelrechtsnachfolge besteht bis zu einer anderweitigen gesetzlichen Regelung allein die Arrestmöglichkeit nach § 30 Abs. 6 OWiG.

2. Zerfaserte Kasuistik im EU-Kartellrecht

Während also eine Haftungsnachfolge im deutschen Recht tendenziell nicht möglich ist oder durch Umstrukturierungen per asset deal vermieden werden kann, ist sie im Rahmen des EU-Kartellrechts die Regel. Entscheidende Bedeutung kommt der *Anic*-Ausnahme als

⁵⁹ Nr. 8 Netzwerkbekanntmachung.

⁶⁰ Hierzu Schwarze, in: FS Bechtold, 2006, S. 483 (491 ff.); Walzel, Bindungswirkung ungeregelter Vollzugsinstrumente, 2008, S. 182 ff.

⁶¹ Etwa FAZ v. 4.2.2015, S. 22: „Wurstfabrikant Tönnies führt das Kartellamt vor“.

⁶² § 20 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 (für die Aufspaltung i.V.m. § 125 S. 1) UmwG.

⁶³ Vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 16.12.2014, KRB 47/13, Rn. 21 – *Maxit*.

⁶⁴ Grundlegend BGH WuW /E BGH, 2265 – *Bußgeldhaftung*; in der Sache so auch schon OLG Frankfurt a.M. WuW /E OLG 3314 – *U-Bahn-Lose*. Siehe ferner BGH NJW 2005, 1381 (1383) – *Quotenkartell*; BGH NJW 2007, 3652 (3653) – *Akteneinsichtsgesuch*; BGH, Beschl. v. 16.12.2014, KRB 47/13 – *Maxit*; BGH, Beschl. v. 27.1.2015, KRB 39/14 – *Melitta*.

⁶⁵ BGH NJW 2005, 1381 (1383) – *Quotenkartell*; BGH NJW 2012, 164 Rn. 16 – *Versicherungsfusion*; BGH BeckRS 2011, 26167 Rn. 12 – *Transportbeton*; BayObLG wistra 2002, 395 (396); OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.2.2014, V-4 Kart 5/11 OWi, Rn. 470.

⁶⁶ So die Terminologie des Bundeskartellamts für sog. Asset-Leerkäufe, vgl. BKartA, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des BMJ zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung v. 25.5.2012, S. 5.

⁶⁷ So aber *Bosch/Fritzsche* NJW 2013, 2225 (2229); *Rogall*, in: KK OWiG, § 30 Rn. 46, die von einer Alternativität beider Tatbestände ausgehen. Doch selbst in diesem Fall läuft das Kriterium faktisch leer: Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge ist § 30 Abs. 2a OWiG als *lex specialis* vorrangig; bei einer Einzelrechtsnachfolge greift es nach der eindeutigen Rechtsprechung bereits tatbestandlich nicht.

zweitem wesentlichem Element der *Anic*-Rechtsprechung⁶⁸ zu. Hiernach geht die Haftung auf den Rechtsnachfolger über, wenn erstens das unmittelbare Haftungssubjekt rechtlich oder wirtschaftlich erlischt und zweitens das übertragene Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität, d.h. faktisch unverändert, weitergeführt wird.⁶⁹ Diese Kontinuität liegt vor, wenn der Rechtsnachfolger die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen fortführt, also etwa Geschäftsgegenstand⁷⁰, Unternehmenssitz⁷¹ oder Geschäftsleitung⁷² beibehält und ferner die kartellrechtlich infizierten Vermögensgegenstände übernimmt.⁷³ Sofern zwei Gesellschaften über eine gemeinsame Mutter strukturell verbunden sind, kann sich die Haftung auch auf eine weitere Gesellschaft erstrecken, wenn das unmittelbare Haftungssubjekt unverändert fortbesteht.⁷⁴ Darüber hinaus hat die Unionspraxis auch Haftungsübernahmen durch schriftliche Erklärung gegenüber der Kommission akzeptiert.⁷⁵

IV. Reformbedarf

Das Kartellrecht ist ein Hybrid: Formal gehört es dem Ordnungswidrigkeitenrecht an. Die Bußgelder sind jedoch regelmäßig drakonisch und die damit verbundene sozialetische Missbilligung von Kartellverstößen dementsprechend groß, sodass sie faktisch (Unternehmens-)Strafen darstellen. Hinsichtlich dieses „Kartellstrafrechts“ sind daher auch die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen, deren Geltung freilich nicht auf die Bundesrepublik beschränkt ist⁷⁶, an hoheitliche Sanktionen in besonderem Maße zu beachten. Hieran mangelt es jedoch dem derzeitigen Konzept der wirtschaftlichen Einheit. Das „doppelte Rechtsträgerprinzip“ des deutschen Kartellrechts ist zwar verfassungsrechtlich weit weniger problematisch, beinhaltet allerdings eine unangemessen große Missbrauchsgefahr.

1. Wirtschaftliche Einheit im Rechtsstaat

Das EU-Kartellrecht ist wie gesehen äußerst flexibel dabei, auf etwaige Umgehungen oder sonst auftretende Sanktionslücken zu reagieren. Dies ist jedoch nur möglich, da grundlegende Prinzipien des Rechtsstaats flächendeckend außer Acht bleiben. Eine vollständige Adaption des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit für ein einheitliches Sanktionsregime kommt daher schon von Verfassungs wegen nicht in Betracht.

a) Gesetzesvorbehalt

Unabdingbare Voraussetzung einer jeden staatlichen Sanktion ist eine gesetzliche Grundlage: *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG).⁷⁷ Zwar normiert das EU-Kartellrecht sowohl das materielle Recht (Art. 101 f. AEUV) als auch die Sanktionsnorm (Art. 23 VO 1/2003). Vor allem Art. 23 VO 1/2003 enthält hinsichtlich des Sanktionsadressaten aber kaum mehr als die Aussage, dass die Kommission Bußgelder gegen Unternehmen verhängen kann. Die zentralen Elemente des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit – Zurechnung von Tochter- zu Muttergesellschaften und personales Zurechnungsmodell, *Anic*-Regeln sowie gesamtschuldnerische Haftung – sind jedoch mit keinem Wort bedacht. Sie alle sind durch die Unionspraxis entwickelt worden und – wenig verwunderlich – primär vom Gedanken effektiver Sanktio-

⁶⁸ Siehe bereits oben unter II 2 b.

⁶⁹ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 Rn. 145 – *Anic Partecipazioni*. Siehe zur Fallgruppe des wirtschaftlichen Erlöschens EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893 Rn. 40 – *ETI*; EuG, Urt. v. 11.3.1999, Rs. T-134/94, Slg. 1999, II-239 Rn. 136 u. 127 – *NMH Stahlwerke*.

⁷⁰ So die Kommission in EuGH, Urt. v. 28.4.1984, verb. Rs. 29/83, Slg. 2009, I-8237 Rn. 9 – *CRAM und Rheinink*.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663 Rn. 84/87 – *Suiker Unie*; EuGH, Urt. v. 28.4.1984, verb. Rs. 29/83, Slg. 1984, 1679 Rn. 9 – *CRAM und Rheinink*.

⁷² EuGH, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663 Rn. 84/87 – *Suiker Unie*; EuGH, Urt. v. 28.4.1984, verb. Rs. 29/83, Slg. 1984, 1679 Rn. 9 – *CRAM und Rheinink*.

⁷³ Vgl. EuG, Urt. v. 17.12.1991, Rs. T-6/89, Slg. 1991, II-1623 Rn. 237 – *Enichem Anic*; EuG, Urt. v. 14.12.2006, Rs. T-259/02, Slg. 2006, II-5169 Rn. 325 f. – *Raiffeisen Zentralbank Österreich*.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893 Rn. 48 f. – *ETI*; EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-511/11 P, Rn. 57 – *Versalis*.

⁷⁵ EuG, Urt. v. 13.12.2001, verb. Rs. T-45/98 u.a., Slg. 2001, II-3757 Rn. 62 – *Krupp Thyssen Stainless*; EuG, Urt. v. 4.7.2006, Rs. T-304/02, Slg. 2006, II-1887 Rn. 121 f. – *Hoek Loos*. Implizit auch EuGH, Urt. v. 14.7.2005, verb. Rs. C-65/02 P, Slg. 2005, I-6773, Rn. 81 f. – *ThyssenKrupp Stainless*.

⁷⁶ Vgl. v.a. Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 49 GR-Ch. Hierzu auch *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20 sowie *Ackermann*, NZKart 2015, 17 (18 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 9, 167 (170); BVerfGE 71, 108 (114); BVerfGE 87, 363 (391); BVerfG NJW 2005, 349 (349).

nierung geprägt.⁷⁸ Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage existiert trotz der hohen Eingriffsintensität nicht.

b) Bestimmtheitsge- und Analogieverbot

Auch das Bestimmtheitsge- bzw. Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) gilt im Kartellrecht.⁷⁹ Hiernach muss im Vorfeld insbesondere absehbar sein, wem wann welche Sanktion droht.⁸⁰

Art. 23 VO 1/2003 äußert sich jedoch weder zu den Merkmalen oder Grenzen eines „Unternehmens“ noch zum Kreis etwaiger Haftungsnachfolger. So wurde zum einen eine weithin unübersichtliche Vielfalt an Merkmalen geschaffen, die ein Autonomiedefizit im Rahmen der *Akzo Nobel*-Vermutung begründen können, die zudem mitunter beliebig interpretiert werden. Beispielhaft sei auf Compliance-Systeme verwiesen: Wird ein solches installiert, begründet dies ein Autonomiedefizit; wird es nicht eingeführt, entlastet es die Muttergesellschaft jedoch nicht.⁸¹

Ferner ist die Haftung der Rechtsnachfolger beständig und nur gestützt auf den Unternehmensbegriff in Art. 23 VO 1/2003 ausgedehnt worden. War die *Anic*-Ausnahme ursprünglich nur beim rechtlichen Erlöschen des unmittelbaren Haftungssubjekts anwendbar⁸², greift sie mittlerweile auch beim nur wirtschaftlichen Erlöschen oder in Konzernstrukturen auch völlig unabhängig vom Zustand des unmittelbaren Haftungssubjekts.⁸³ Im Übrigen ist weithin unklar, wann ein solches wirtschaftliches Erlöschen überhaupt vorliegen soll.

Zwar bedurfte der Unternehmensbegriff im EU-Kartellrecht generell anfangs einer konkretisierenden Auslegung. Wenn jedoch – wie im Bereich der Haftungsnachfolge – Regeln wie die der *Anic*-Rechtsprechung einmal gefunden und definiert sind, muss das Mandat der Unionsgerichte zur Rechtsfortbildung enden.⁸⁴ In diesem Fall muss stattdessen der Gesetzgeber in seinem Sinne tätig werden.⁸⁵

c) Unschuldsvermutung

Mit der ebenfalls geltenden Unschuldsvermutung⁸⁶ (Art. 6 Abs. 2 EMRK) kollidiert die *Akzo Nobel*-Vermutung, weil sie faktisch unwiderlegbar ist. Zwar sind Vermutungen im Bereich des Sanktionsrechts nach der Rechtsprechung von BVerfG⁸⁷ und EGMR⁸⁸ nicht schlechthin unzulässig. Es muss jedoch die realistische Möglichkeit bestehen, sie zu widerlegen.⁸⁹ Andernfalls würde dieses grundlegende rechtsstaatliche Prinzip entkernt.

d) Schuldprinzip

Auch im Kartellrecht⁹⁰ gilt das Schuldprinzip als der „unantastbare Grundsatz allen Strafs“⁹¹. Eine Sanktion darf nur für eigene Schuld verhängt werden, wobei die Schuld derjenigen Personen, die den Verband repräsentieren und die wesentlichen Entscheidungen treffen („kollektive Sinnbestimmung“⁹²), eigene Schuld des Verbandes ist.⁹³ Entsprechend der Organtheorie *Otto Gierkes* ist der Verband nicht nur rechts-, sondern auch willens- und

⁷⁸ Zu Recht konzedieren *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Vorb. Art. 23 f. VO 1/2003 Rn. 114, dass es primäres Ziel der Unionspraxis sei, einen zahlungsfähigen Schuldner der Geldbuße zu ermitteln.

⁷⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 16.12.2014, KRB 47/13, Rn. 20 – *Maxit*.

⁸⁰ Vgl. nur BVerfG NJW 1962, 1563 (1564); BVerfGE 32, 346 (362).

⁸¹ Siehe hierzu EuG, Urt. v. 2.2.2012, Rs. T-76/08, Rn. 73 f. – *El Du Pont de Nemours*; EuG, Urt. v. 2.2.2012, Rs. T-77/08, Rn. 101 – *Dow Chemical*; mit Recht kritisch zu dieser Vorgehensweise *Gehring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, 1 (3). Vgl. auch Komm., Entsch. v. 3.9.2004, Sa. COMP/E-1/38.069, Rn. 543 – *Kupfer-Installationsrohre*.

⁸² Ausdrücklich noch EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 Rn. 145 – *Anic Partecipazioni*.

⁸³ Hierzu bereits oben III 2.

⁸⁴ Vgl. *de Bronett*, EWS 2012, 113 (122).

⁸⁵ Dies ist im deutschen Recht mit der Rechtsprechung zu „wirtschaftlichen (Nahezu-)Identität“ geschehen, siehe BGH NJW 2012, 164 Rn. 25 – *Versicherungsfusion*. Das Ergebnis ist § 30 Abs. 2a OWiG.

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 9, 167 (169 f.); BVerfGE 35, 311 (320); BVerfGE 74, 358 (370 f.); BVerfGE 110, 1 (13 f.); BVerfG NJW 2013, 1418 (1424).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 9, 167 (169); BVerfG NJW 1988, 1715 (1716).

⁸⁸ EGMR v. 23.7.2002, Nr. 34619/97, Rn. 101 f. – *Janosevic/Schweden*; siehe auch schon EGMR v. 7.10.1988, Nr. 10519/83, Rn. 28 – *Salabiaku/Frankreich*.

⁸⁹ EGMR v. 30.9.2011, Nr. 30754/03, Rn. 40 – *Klouvi/Frankreich*; vgl. auch EGMR v. 23.7.2002, Nr. 34619/97, Rn. 104 – *Janosevic/Schweden*; GA Bot, Schlussanträge v. 26.10.2010, Rs. C-201/09 P, Rn. 212 – *ArcelorMittal Luxembourg*.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 20, 323 (335 f.); BVerfGE 27, 18 (29 f.); BVerfGE 50, 125; BVerfGE 86, 288 (311); BVerfGE 110, 1 (13). Siehe BT-Drs. 10/318, S. 39 sowie *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 123.

⁹¹ BGHSt 2, 194 (202); siehe auch BVerfGE 20, 323 (331).

⁹² *Rogall*, in: KK OWiG, § 30 Rn. 8 f.

⁹³ BVerfGE 20, 323 (336). Vgl. eingehend *Rogall*, in: KK OWiG, § 30 Rn. 8 f. Siehe auch *Muders*, wistra 2011, 405 (405 u. 412).

handlungsfähig. Im Rechtssinne handelt er durch diese Repräsentanten selbst, so dass es keiner Zurechnung im eigentlichen Sinne bedarf.⁹⁴ Nichts anderes gilt im Ergebnis, wenn mit der Fiktionstheorie ein eigenes Verbandshandeln fingiert wird.⁹⁵

Eine verfassungsrechtlich unzulässige Zurechnung fremden Verschuldens liegt jedoch in der unterschiedslosen Zurechnung sämtlicher natürlicher Personen ohne Rücksicht auf deren Fähigkeit zur kollektiven Sinnbestimmung wie im Rahmen des personalen Zurechnungsmodells.⁹⁶ Eine Reform der Haftungsregeln hätte dies daher zu berücksichtigen; § 30 Abs. 1 OWiG drängt sich als Vorbild geradezu auf.

Im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken bestehen jedoch dagegen, der wirtschaftlichen Einheit selbst und unmittelbar das Verhalten ihrer Repräsentanten zuzurechnen. Die Schuld, die der wirtschaftlichen Einheit zugerechnet wird, ist damit eine eigene Schuld ihrer Rechtsträger. Die Grenzen zwischen zwei separaten Rechtsträgern müssen somit nicht überwunden werden.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der *Bertelsmann-Lesering*-Beschluss des BVerfG von 1966. Hiernach ist

„die juristische Person [...] als solche nicht handlungsfähig. Wird sie für schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne in Anspruch genommen, so kann nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgebend sein.“⁹⁷

Zwar ließe sich diese Entscheidung mit Stimmen aus der kartellrechtlichen Literatur⁹⁸ dahingehend interpretieren, dass Zurechnungsadressat allein juristische Personen im technischen Sinne sein könnten. Wirtschaftliche Einheiten, die regelmäßig selbst nicht rechtsfähig sind, schieden also von vornherein aus.

Die eigentlich enthaltene Aussage des BVerfG tritt jedoch hervor, wenn man sich von der juristischen Person als *terminus technicus* löst. Die „juristische Person“ im Sinne des Beschlusses lässt sich besser als „Verband“ begreifen, also als Oberbegriff für tatsächlich handlungsunfähige Subjekte. Die Aussage, dass nicht-rechtsfähige Verbände von Verfassungs wegen als Zurechnungsadressat auszuschneiden hätten, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Auch sonst ist kein zwingender Grund ersichtlich, der dem entgegenstünde.⁹⁹ Die Rechtsfähigkeit ist zwar unerlässliche Voraussetzung dafür, Adressat einer Geldbuße zu sein. Eine solche entsteht jedoch durch die Zurechnung gerade noch nicht. Vielmehr führt die Zurechnung erst in einem weiteren Schritt zur konkreten Haftung der – wiederum rechtsfähigen – Träger der wirtschaftlichen Einheit.

Rechtsträger und wirtschaftliche Einheit unterscheiden sich damit zwar hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit. Beide sind aber nicht handlungsfähig und treten durch ihrer Repräsentanten nach außen hin auf. Da die Rechtsfähigkeit aber für reine Zurechnungsfragen außer Acht bleiben kann, sind die Verbände insoweit gleich zu behandeln und damit grundsätzlich taugliche Zurechnungsadressaten.

Schließlich scheint schwer nachvollziehbar, dass bereits 1966 der verfassungsrechtliche Stab über das Prinzip der wirtschaftlichen Einheit gebrochen werden sollte¹⁰⁰ – das Prinzip gab es zu dieser Zeit schlicht noch nicht.¹⁰¹ Es steht daher im gestalterischen Spielraum des Gesetzgebers, eine solche Zurechnung anzuordnen.

⁹⁴ Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1963, S. 603 u. 624 f. Siehe auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 I b.

⁹⁵ Näher zur Fiktionstheorie etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 II u. § 10 I; Beuthien, NJW 1999, 1142 (1142 ff.).

⁹⁶ Hierzu bereits oben unter II 2 c.

⁹⁷ BVerfGE 20, 323 (335 f.).

⁹⁸ Vgl. nur Schwarze/Bechtold/Bosch, Rechtstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 49 f.; Voet van Vormizeel, WuW 2010, 1008 (1014 ff.); Bechtold/Bosch, ZWeR 2011, 160 (167); Bosch, ZHR 177 (2013), 454 (461). Implizit ferner Bodenstein, NZKart 2015, 141 (141).

⁹⁹ Gleichwohl a.A. Muders wistra 2011, 405 (412).

¹⁰⁰ Vgl. auch Ackermann, ZWeR 2012, 3 (18); trotz a.A. in der Sache lehnt auch Bosch, ZWeR 2011, 160 (167) diesen Ansatz nicht rundweg ab.

¹⁰¹ Siehe zur Entwicklung des Prinzips der wirtschaftlichen Einheit etwa Heinichen, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge, S. 36 ff.

2. „Doppeltes Rechtsträgerprinzip“ und Missbrauchsgefahr

Im Rahmen des „doppelten Rechtsträgerprinzips“ liegt jedoch die Missbrauchsgefahr und damit ein Verstoß gegen die Verpflichtung des Rechtsstaats auf materielle Gerechtigkeit¹⁰² auf der Hand. Unternehmen können sich ihrer Haftung allein dadurch entziehen, dass sie das kartellrechtlich infizierte Vermögen auf eine andere juristische Person per asset deal übertragen. Je nachdem, ob das unmittelbare Haftungssubjekt danach liquidiert wird, liegt jedenfalls ein Fall wirtschaftlichen Erlöschens vor, der den staatlichen Sanktionsanspruch vereitelt. Der Wortlaut des § 30 Abs. 2a OWiG steht einer Haftungsnachfolge des Einzelrechtsnachfolgers ausdrücklich entgegen. Es dürfte daher Teil pflichtgemäßer Verteidigung sein, auf diese Möglichkeit hinzuweisen.¹⁰³ Derart offenkundige Schlupflöcher müssten im Zuge einer Reform geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als die Effektivität der Arrestmöglichkeit des § 30 Abs. 6 OWiG als Gegenmaßnahme sehr fraglich ist, weil die Kartellbehörde freilich nur bei Kenntnis von beabsichtigten Umstrukturierungen tätig werden kann.

3. Haftungsnachfolge als verfassungsrechtliches Dilemma

Unabhängig davon kann eine Haftungsnachfolge in die Bußgeldpflicht außerdem nicht in verfassungsrechtlich einwandfreier Art und Weise gestaltet werden, weshalb im Rahmen einer Reform ganz auf sie verzichtet werden sollte. Die zentrale Frage ist, ob sowohl bei rechtlichem als auch nur wirtschaftlichem Erlöschen eine Haftungsnachfolge möglich sein soll. Je nachdem wird entweder der Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 GG) oder das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG), in jedem Fall aber das Schuldprinzip verletzt.

Wird wirtschaftliches dem rechtlichen Erlöschen gleichgestellt, muss der Tatbestand des „wirtschaftlichen Erlöschens“ dem Bestimmtheitsgebot entsprechend definiert werden. Wenngleich der Rechtsverkehr ein natürliches Verständnis von diesem Begriff haben mag, kann dies nicht die Grundlage für einen strafrechtsähnlichen Sanktionstatbestand sein. So ist weithin unklar, ob ein wirtschaftliches Erlöschen erst bei der Insolvenz oder schon bei ersten wirtschaftlichen Schwierigkeiten vorliegt. Entsprechendes gilt für die Frage, an welchen Kriterien eine etwaige Einstellung der Geschäftstätigkeit gemessen werden soll. Auch soweit vorrangig auf den Erwerber abgestellt wird, ergibt sich kein klareres Bild: Die „wesentlichen Wirtschaftsgüter“, deren Übernahme nach dem Vorschlag der NRW-Landesregierung¹⁰⁴ entscheidend sein soll, werden sich nicht so definieren lassen, dass durch starre Grenzen nicht erneut dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet werden.

Wenn wegen dieser Bedenken aber eine Haftungsnachfolge auf die klar gelagerten Fälle rechtlichen Erlöschens wie bei Verschmelzung und Aufspaltung beschränkt ist, wird wesentlich Gleiches ungleich behandelt und damit Art. 3 GG verletzt.¹⁰⁵ Wirtschaftlich unterscheiden sich Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge nicht entscheidend voneinander, da in beiden Fällen zumindest faktisch das gesamte Vermögen übertragen wird bzw. werden kann. Vorrangiges Ziel des Umwandlungsrechts ist es, Vermögensübertragungen im Hinblick auf den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu erleichtern.¹⁰⁶ Der von diesem Motiv getragene strukturelle Unterschied von Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge stellt jedoch keinen sachlichen Grund im Sinne von Art. 3 GG dar, der eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der Haftungsnachfolge rechtfertigen könnte.

Unabhängig von der jeweiligen Variante wird jedoch immer das Schuldprinzip verletzt, da die Haftung eines Rechtsnachfolgers für Vergehen des Rechtsvorgängers stets eine Haftung für fremde Schuld ist.

V. Reformvorschlag

Hieraus folgt ein Reformvorschlag, der grundsätzlich auf dem Prinzip der wirtschaftlichen Einheit beruht, jedoch durch das „doppelte Rechtsträgerprinzip“ eingehegt wird. Außerdem schließt der Wortlaut eine Haftungsnachfolge in die Bußgeldpflicht aus. Dies bedeutet eine

¹⁰² Vgl. hierzu BVerfGE 3, 225 (237 f.); BVerfGE 15, 313 (319); BVerfGE 35, 41 (47); BVerfGE 122, 190 (203).

¹⁰³ So auch *Reichling*, NJW 2012, 166 (166).

¹⁰⁴ § 1 Abs. 4 VerbStrG-E (Fn. 13).

¹⁰⁵ Vgl. etwa BVerfGE 4, 1 (7); BVerfGE 13, 132 (150); BVerfGE 86, 59 (62 f.); BVerfGE 90, 145 (196); BVerfGE 94, 241 (260).

¹⁰⁶ Siehe hierzu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 12 I 6; *Löbbe*, ZHR 177 (2013), 518 (524 u. 529 f.).

Schwerpunktverschiebung, da im Gegenzug für die ausgeschlossene Haftungsnachfolge für die unmittelbare Haftung die wirtschaftlich-faktische Betrachtung des EU-Kartellrechts gilt.

Es handelt sich insgesamt um exemplarische Änderungen sowohl der materiellen Kartelltatbestände als auch der Sanktionsnormen, die als Diskussionsgrundlage für notwendige Reformen im Bereich kartellrechtlicher Geldbußen gegen Unternehmen dienen sollen und sich auf das für Unternehmensgeldbußen Wesentliche beschränken.

Im Einzelnen:

1. Entwurf § 1 GWB

(1) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

(2) ¹Ein Unternehmen ist jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (wirtschaftliche Einheit). ²Mehrere juristische Personen bilden keine wirtschaftliche Einheit, es sei denn, dass zum Zeitpunkt des Verstoßes nach Absatz 1 eine dieser juristischen Personen ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt hat, sondern Weisungen einer anderen unterlag. ³Ein Autonomiedefizit im Sinne von Satz 3 liegt in der Regel vor, wenn eine maßgebliche Beteiligung an der juristischen Person vorliegt und die juristischen Personen

1. strukturell oder personell miteinander verflochten sind oder
2. dem Rechtsverkehr gegenüber einheitlich auftreten.

(3) Das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten einer natürlichen Person, die für die wirtschaftliche Einheit

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

handelt, steht dem der wirtschaftlichen Einheit gleich.

2. Entwurf § 81 GWB

(1) ¹Wenn eine wirtschaftliche Einheit vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 101 oder Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt, kann die zuständige Behörde eine Geldbuße gegen diejenigen juristischen Personen und rechtsfähigen Personenvereinigungen als Gesamtschuldner festsetzen, die die wirtschaftliche Einheit zum Zeitpunkt des Wettbewerbsverstoßes getragen haben. ²Die Geldbuße beträgt bis zu 10 vom Hundert des Gesamtumsatzes der wirtschaftlichen Einheit im Geschäftsjahr, was der Behördenentscheidung vorausgeht. ³Die Geldbuße entfällt auf die Gesamtschuldner zu gleichen Teilen, soweit die Behördenentscheidung nichts anderes bestimmt.

(2) Das Gleiche gilt, wenn das Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen §§ 1, 19 verstößt.

VI. Fazit

Reformen im Kartellrecht tun Not. Die derzeitige Diskussion in Öffentlichkeit und Politik sollte Anlass sein, anstelle punktueller Änderungen nunmehr das Sanktionssystem grundle-

gend zu überarbeiten. Der hier unterbreitete Reformvorschlag will seinen bescheidenen Beitrag zu einer Vereinheitlichung leisten, freilich ohne Vollständig- oder gar Richtigkeit für sich zu beanspruchen. Gleichwohl bildet er ein mögliches System als einheitliche Handlungsgrundlage im Netz der Wettbewerbsbehörden ab. Ein gemeinsamer europäischer Wirtschaftsraum verträgt sich mit dem bisherigen Dualismus kartellbehördlicher Sanktionsbefugnisse nicht (mehr). Europa wächst in jeder Hinsicht enger zusammen. Dem kann und sollte sich das Kartellrecht nicht verschließen, sondern den letzten – ohne jeden Zweifel großen – Schritt tun.

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin und Diplom – Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Fremdpersonaleinsatz – Der Anfang vom Ende?

I. Einführung

Die große Koalition hat sich auf gesetzliche Änderungen zum Dienst- bzw. Werkvertragsrecht sowie zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung verständigt. Das „monatelange Gezerre“¹ hat eine beachtliche Vorgeschichte. Seit der AÜG-Novelle 2011 sind es insbesondere die Arbeitnehmervertretungen, welche vortragen, die Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung würden durch den Abschluss von Scheinwerk- bzw. Scheindienstverträgen umgangen. Im Positionspapier des DGB Bundesvorstandes gegen die missbräuchliche Nutzung von Werkverträgen war davon bereits Ende 2012 zu lesen.²

Eine belastbare empirische Untersuchung mit solchem Ergebnis fehlt indes. Vielmehr ergibt sich aus einer vom BMAS in Auftrag gegebenen und im Dezember 2012 vorgelegten „Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen“³, dass die „bisher vorhandene Evidenz zur Nutzung von Werkverträgen durch Unternehmen [...] wenig systematisch“⁴ sei.

Dessen ungeachtet bereitete u.a. diese Studie den Weg zum aktuellen Gesetzesvorhaben, denn darin wurde schon formuliert: „Es liegt in der Natur von profitorientierten Unternehmen, nach betriebswirtschaftlich profitablen Flexibilisierungsmöglichkeiten zu suchen, unter anderem auch im Bereich der Beschäftigung. Einige dieser Flexibilisierungsstrategien können jedoch volkswirtschaftlichen und/oder sozialpolitischen Zielen zuwiderlaufen. Darum besteht ein öffentliches Interesse an Informationen, wie Arbeitgeber rechtliche Möglichkeiten zur Flexibilisierung nutzen, wie dadurch arbeits- und sozialrechtliche Absicherungen beeinflusst werden, und wie viele Beschäftigte davon betroffen sind. Dies gilt erst recht dann, wenn arbeitsrechtliche Vorschriften mit rechtlich kritischen Beschäftigungskonstruktionen umgangen werden.“⁵

Schon im Oktober 2013 gab es eine gesetzgeberische Initiative zur Bekämpfung missbräuchlicher Werkvertragsgestaltungen. In dem damaligen Gesetzesentwurf hieß es: „Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland gehen nach der letzten Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Jahr 2011 zunehmend dazu über, bislang durch eigenes Personal oder Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter erledigte Arbeiten nunmehr durch Fremdpersonal auf der Basis von Werkverträgen ausführen zu lassen. In den letzten Monaten aufgedeckte Fälle nicht nur in der Fleischindustrie, sondern auch in anderen Branchen mit erheblicher Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Deutschland, offenbaren dabei nicht nur die allein profitorientierte Umgehung arbeits- und tarifrechtlicher Standards zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Sie dokumentieren

¹ Beitrag in der FAZ vom 11.05.2016 „Koalition einigt sich auf Begrenzung der Leiharbeit“.

² Positionspapier des DGB Bundesvorstandes Arbeitsmarkt aktuell Nr. 5, Juni 2012, abrufbar unter www.dgb.de.

³ Abrufbar unter <http://www.bmas.de>.

⁴ Abrufbar unter <http://www.bmas.de>.

⁵ Forschungsbericht Nr. 432 des BMAS vom Dezember 2012, Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen, S. 1, abrufbar unter <http://www.bmas.de>.

darüber hinaus, dass mitten in Deutschland tausende vor allem aus den südosteuropäischen Mitgliedstaaten stammende Menschen wegen fehlender Beschäftigungsalternativen in den Heimatländern bei uns unter nicht mehr für möglich gehaltenen, nach sozialstaatlichen Maßstäben untragbaren und zum Teil sogar menschenunwürdigen Arbeits- und Lebensbedingungen arbeiten müssen.“⁶

II. AÜG-Novelle 2017

Dem Anliegen, dies zu ändern, hat sich die Bundesregierung nun angenommen. Die Koalition einigte sich auf die „Begrenzung der Leiharbeit“⁷, das Bundeskabinett hat den Gesetzesentwurf des BMAS inzwischen gebilligt.⁸ Ein Fassungsvergleich zwischen dem Referentenentwurf Stand April 2016 und dem jetzt zugänglichen Gesetzesentwurf offenbart noch einige beachtliche Anpassungen, z.B. im Ordnungswidrigkeitentatbestand § 16 AÜG-E.

Im Übrigen lässt der Gesetzesentwurf deutlich erkennen, dass mit der Novelle nicht nur die Rechte von Leiharbeitnehmern gestärkt, sondern vor allem die Unternehmen angehalten werden sollen, Leistungen mit eigenem Personal zu erbringen. Ob diese arbeitsmarktpolitische Steuerung vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklungen im Bereich flexibler Erwerbsformen wirksam sein kann, wird sich zeigen.

Für Unternehmen, die sich wie bisher insbesondere zur Abdeckung von Auftragsspitzen, zum Schließen von Personallücken und vor dem Hintergrund des vielbeklagten Fachkräftemangels das Instrument des Fremdpersonaleinsatzes erhalten wollen, wird insbesondere Folgendes bedeutsam:

1. Farbe bekennen

Künftig müssen sich Unternehmen bereits bei Vertragsschluss darüber bewusst sein, ob sie einen Auftrag an Nachunternehmen vergeben, d.h. einen Werk- oder Dienstvertrag schließen wollen, oder ob Personal zur Auftragsausführung entliehen werden soll. Für den letzten Fall sieht § 1 AÜG-E vor, Arbeitnehmerüberlassungsverträge entsprechend zu bezeichnen. Dieser „Transparenz-Offensive“ ist auch geschuldet, dass Leiharbeitnehmer vor ihrem Einsatz über ihren Verleih zu unterrichten sind. Beachtlich ist vor allem die Konkretisierungspflicht in Bezug auf den einzelnen Leiharbeitnehmer. Dass eine Überlassungserlaubnis vorliegen muss, versteht sich von selbst.

Abgesehen davon, dass Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des AÜG-E gemäß §§ 9, 10 AÜG-E unter gewissen Voraussetzungen die Unwirksamkeit des Überlassungsvertrags nach sich ziehen (können), werden sie allesamt bußgeldbewehrt sein, § 16 AÜG-E.

2. Abschaffung des Ketten-Verleihs

Mit der angestrebten Regelung, Leiharbeitnehmer nur noch einsetzen zu dürfen, wenn zwischen ihnen und dem Auftragnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht, soll der Ketten-Verleih in Zukunft ausgeschlossen werden.

3. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Referentenentwurf sieht des Weiteren vor, dass die Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens und die entliehenen Arbeitnehmer den gleichen Arbeitsbedingungen unterliegen sollen. Hervorzuheben ist der im Entwurf verankerte Grundsatz der Gleichstellung, § 8 AÜG-E. Auf diese Regelung sollte man sich frühzeitig einstellen. Zwar gibt es Übergangsfristen zum Equal Pay - Grundsatz vor. Dies wird in der Praxis Auswirkungen auf bereits bestehende Verträge haben, die ab in Kraft Treten des AÜG 2017 unter Umständen anzupassen sind.

4. Vorübergehender Fremdpersonaleinsatz

§ 1 Abs. 1b AÜG-E begrenzt die Überlassungshöchstdauer pro Leiharbeitnehmer auf 18 aufeinanderfolgende Monate. In bestimmten Fällen ist eine Höchstdauer bis zu 24 Monaten möglich.

⁶ BT-Drs. 18/14 vom 28.10.2013.

⁷ Beitrag in der FAZ vom 11.05.2016 „Koalition einigt sich auf Begrenzung der Leiharbeit“.

⁸ Entwurf abrufbar unter <http://www.bmas.de>.

5. Übergangsfristen

Für die Berechnung der Einsatzdauer sind Übergangsfristen vorgesehen, § 19 Abs. 2 AÜG-E.

III. Dienst-/Werkvertragsrechts-Novelle

Die AÜG-Novelle wird flankiert werden durch die Einführung des § 611a BGB-E mit einer Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs. Auf diese Weise soll eine rechtssichere Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Werk- oder Dienstvertrag ermöglicht werden.

Der gegenwärtige Entwurf sieht folgenden Wortlaut vor: „Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Zu begrüßen ist, dass der aktuelle Entwurf des § 611a BGB-E auf die zuerst vorgesehene, umgekehrte, jedoch widerlegliche Vermutung für das Bestehen eines Arbeitsvertrags verzichtet, die davon abhängig gemacht werden sollte, dass die Deutsche Rentenversicherung im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV zu einer – sozialversicherungspflichtigen – Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV gelangt.

Auch der im Referentenentwurf vom 16.11.2015 noch enthaltene Kriterienkatalog zur vorgeblich rechtssicheren Abgrenzung von Dienst-, Werk- und Arbeitsverträgen ist gestrichen.⁹ Abgesehen davon, dass in ständiger Rechtsprechung ebensolche Kriterien entwickelt wurden, welche im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung bei jeweiliger Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls zugrunde zu legen sind, darf an das Schicksal des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. erinnert werden: Der im Sozialversicherungsrecht eingeführte Kriterienkatalog zur Abgrenzung einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung von der selbständigen Betätigung wurde trotz verschiedentlich Anpassungen abgeschafft, nachdem er sich als praxisuntaugliches Regelungsinstrument erwiesen hatte.

IV. Ins Licht gerückt: Die „Schattenwirtschaft“ im Fokus der Strafverfolgung

Die regulatorischen Eingriffe arbeitsmarktpolitischer Natur komplettieren letztlich, was mit der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit, dem Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen, sowie der Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung schon heute verfolgt wird: Der „Flucht“ von Unternehmen aus Arbeitgeberverpflichtungen soll begegnet werden.

Zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung werden seit Langem in nahezu allen Bundesländern konzertierte Aktionen gegen die „Schattenwirtschaft“ durchgeführt. Schwerpunktprüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) sind freilich keine Neuigkeit. Bemerkenswert ist aber die intensivierte Zusammenarbeit der Beamten der Bundeszollverwaltung mit der Polizei, Vertretern der Ausländerbehörden, der Deutschen Rentenversicherung, der Arbeitsverwaltung sowie den nach Landesrecht für die Kontrolle der handwerks- und gewerberechtlichen Vorschriften zuständigen Behörden.

Laut dem 12. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung¹⁰ lassen sich Umfang und Entwicklung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung nach wie vor nicht messen bzw. nicht mit verlässlichem Zahlenmaterial belegen. Gleichwohl wird von Politik, Gewerkschaft und den Verbänden gefordert, die Kontrollmöglichkeiten zu verbessern, Befugnisse der zuständigen Behörden zu erweitern, Schwerpunktstaatsanwaltschaften für die Bekämpfung illegaler Beschäftigung einzurichten und Strafen zu verschärfen.

⁹ Zu dieser Entwurfsfassung äußerst kritisch *Thüsing/Schmidt*, ZIP 2016, 54 ff.

¹⁰ BT-Drs. 17/14800 vom 27.09.2013, S. 3 f.

Gleichsam durch die Hintertür, nämlich im Zuge der Migrationsdebatte¹¹, wurde per 1.1.2015 noch die Gewerbeanzeigenverordnung geändert. Nunmehr obliegt es den Gewerbeämtern, Gewerbeanzeigen auf Anhaltspunkte für Scheinselbständigkeit zu prüfen und Verdachtsfälle an die Behörden der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu übermitteln.¹² In § 3 Abs. 3 GewAnzV ist die Verpflichtung der Gewerbeämter enthalten, den Behörden der Zollverwaltung, also der FKS, Daten aus der Gewerbeanmeldung bei Anhaltspunkten für eine Scheinselbständigkeit oder Schwarzarbeit zu übermitteln. Mithin wird auf die Gewerbeämter eine Art Vorprüfung verlagert, die dazu führen soll, dass die FKS „(...) nur die Daten [erhält], die diese für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Rahmen der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit und Schwarzarbeit“¹³ benötigt. Das Bundesministerium der Finanzen und die Länder haben im Rahmen einer Verwaltungsvereinbarung einvernehmlich festgelegt, in welchen Fällen Anhaltspunkte für eine Scheinselbständigkeit oder für Schwarzarbeit vorliegen.

V. Konsequenzen

Gesetzliche Verschärfungen oder der Abbau von Vollzugsdefiziten beseitigen die „Schattenwirtschaft“ nicht allein. Die regelmäßig auf Umgehungskonstellationen fokussierte Berichterstattung lässt häufig genug den Hinweis vermissen, dass der politische Wille in den vergangenen Jahren und vom Gesetzgeber verursachte bzw. nicht beseitigte Rechtsunsicherheiten Teil des beklagten Problems sind.

Es darf nicht übersehen werden, dass Existenzgründer-Unterstützung und Instrumente zur Förderung der Selbständigkeit wie die „Ich-AG“ heute zunehmend als „scheinselbständig“ qualifizierte Beschäftigungen oft erst hervorgebracht haben. Nach einem Bericht der Europäischen Kommission (Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit) vom September 2010 gab es im Jahr 2009 32,5 Mio. selbständig Erwerbstätige in 27 EU-Mitgliedstaaten. In Deutschland – so die Kommission – hätten offensichtlich Fördermaßnahmen starken Einfluss auf die Zahl der Unternehmensgründungen, da eine „bemerkenswert hohe Zahl geförderter Arbeitsloser eine eigene Existenz gegründet hat und 20% aller Unternehmensgründer im Jahr 2009 vorher arbeitslos waren“.¹⁴

Zugleich liefern die von allen Seiten befürwortete Flexibilisierung auf dem Arbeitsmarkt und der sozioökonomische Strukturwandel bei Wegfall einfacher Tätigkeiten im Industriesektor, aber auch im Bereich des Handwerks sowie Hochspezialisierung und Arbeitsteilung Gründe für atypische Beschäftigungen.

Die bußgeldrechtlichen, strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Folgen bei Zuwiderhandlungen gegen die diffizilen Vorschriften werden noch immer unterschätzt. Es drohen Kriminalstrafen und empfindliche Geldbußen bis hin zu hohen Verbandsgeldbußen.

Verstöße gegen das Recht der Arbeitnehmerüberlassung werden nach § 16 AÜG-E als Ordnungswidrigkeiten sanktioniert. Für die Mehrzahl der vorsätzlichen Verstöße ist ein Bußgeldrahmen von bis zu EUR 30.000,- vorgesehen.

Wegen der Rechtsfolgen aus §§ 9, 10 AÜG-E gerät der Entleiher überdies in strafrechtlich relevantes Fahrwasser, da bei Unwirksamkeit des Verleihvertrages Arbeitsverhältnisse fingiert werden. Entsprechend obliegen dem Entleiher die Arbeitgeberpflichten, deren Verletzung in Form des Vorenthaltens und Veruntreuens von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht ist. Die damit regelmäßig verbundene Hinterziehung von Lohnsteuer, ggfs. auch Umsatzsteuer gemäß § 370 AO zieht ebenfalls Kriminalstrafe nach sich.

Bedenklich ist, dass künftig der Leiharbeitnehmer „das Zünglein an der Waage“ sein soll, wenn es um die Unwirksamkeit eines Überlassungsvertrages mit den vorbeschriebenen Folgen geht. Denn ihm möchte das BMAS ein Widerspruchsrecht zubilligen, § 9 AÜG-E. Macht der Leiharbeitnehmer hiervon fristgerecht Gebrauch, bleibt das mit dem Verleiher begründete Arbeitsverhältnis bestehen. Für den Entleiher bedeutet dies, dass er nicht in die

¹¹ Dazu auch http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/08/_abschlussbericht-armutsmigration.html.

¹² BGBl. 2014 I vom 25.07.2014, S. 1208.

¹³ BR-Drs. 240/14 vom 28.05.2014, S.12.

¹⁴ Bericht des Europäischen Beschäftigungsobservatoriums, Selbständige Erwerbstätigkeit in Europa 2010, S. 6, abrufbar unter <http://ec.europa.eu>.

Arbeitgeberstellung einrückt, und damit – z.B. - auch nicht Normadressat des § 266a StGB wird.

VI. Fazit: Contractor-Compliance – Das Gebot der Stunde

Zur Vermeidung etwaiger bußgeld- und/oder strafrechtlicher Sanktionen sowie finanzieller Nachteile empfiehlt es sich, frühzeitig und vorausschauend auf die angestrebten Gesetzesänderungen zu reagieren, d.h. die Themen „Fremdpersonaleinsatz und Fremdleister“ im Rahmen einer adäquaten Contractor-Compliance¹⁵ zu behandeln.

Die unter Transparenzgesichtspunkten durchzuführende Abgrenzung bei Auftragsvergabe zwingt die Auftraggeber zu der Festlegung, ob Arbeitnehmerüberlassung gewollt ist oder nicht. Entsprechende Mechanismen müssen dann im Rahmen des Vertragswesens die Gewähr dafür bieten, dass die gesetzlichen Vorgaben vertraglich festgehalten und in praxi umgesetzt werden.

Die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Vergabe von Leistungen an Werk- oder Dienstvertragsunternehmen bildet die Weichenstellung sowohl für das Vertrags- als auch das Dokumentenmanagement.

Die zur Haftungsvermeidung zu implementierenden oder zu optimierenden Compliance-Maßnahmen stehen in Abhängigkeit zu der gewählten Vertragsform.

Z.B. sind vor dem Hintergrund verschuldensunabhängiger Auftraggeberhaftung bei der Vergabe von Werk- und Dienstleistungen bei Vertragsabschluss unter Umständen Verpflichtungserklärungen aufzunehmen. Die Vorlage von Nachweisen zur Einhaltung steuerlicher wie beitragsrechtlicher Pflichten ist im Rahmen des Dokumentenmanagements nachzuhalten. Dies gilt auch und gerade bei branchenspezifischen Pflichten.

Demgegenüber erfordert die legale Arbeitnehmerüberlassung künftig nicht nur den Besitz und die Vorlage einer gültigen Überlassungserlaubnis, sondern die entsprechende Bezeichnung des Vertrages, Vereinbarungen zur Konkretisierungspflicht, ggf. Nachweise zum Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter sowie Passagen bezogen auf das zu zahlende Entgelt. Das Dokumentenmanagement ist zwingend auf die laufende Kontrolle des Fortbestands der Überlassungserlaubnis, die gesetzlich vorgesehene Konkretisierungspflicht zu erstrecken.

Angesichts der zu erwartenden Übergangsvorschriften sowie der geplanten Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung in zeitlicher Hinsicht wird künftig personenbezogen (!) eine Fristenkontrolle durchzuführen sein. Bei mittel- und langfristigen Projekten sollten die vorgenannten Aspekte zum Gegenstand der Projektplanung gemacht werden.

Die Unternehmensorganisation ist auf das Bestehen geeigneter Compliance-Strukturen zu überprüfen. Bei der Übertragung von Unternehmerpflichten und der Erstellung von Arbeitsanweisungen sollten Fragestellungen rund um den Fremdpersonaleinsatz und/oder die Fremdvergabe von Leistungen ausreichend abgebildet werden. Aus Haftungsgründen ist dringend anzuraten, noch nicht oder nicht ausreichend vorhandene Compliance-Strukturen aufzusetzen und die entsprechenden Maßnahmen flankiert von Mitarbeiterschulungen zu implementieren.

Je nach Branche und Unternehmensgröße wird die Compliance-Struktur Besonderheiten unterliegen. Das gilt auch für die Entscheidung, wo Prüfungskompetenzen anzusiedeln sind. Dies kann z.B. mit Blick auf Vertragsgestaltungen in der Rechtsabteilung und/oder Personalabteilung sein, genauso gut kommen die Einkaufsabteilungen, Vertrieb oder Logistik als entscheidende Organisationseinheiten in Betracht. Alle vorgenannten Einheiten müssen im Rahmen einer Schnittstellenüberwachung in die Lage versetzt werden, Abgrenzungsprobleme zu erkennen.

Ein Baustein einer wirksamen Contractor-Compliance ist es, Fehlentwicklungen zu erkennen und gegenzusteuern. In der Praxis ist häufig zu beobachten, dass rechtskonform geschlossene Verträge auf operativer Ebene „verschliffen“ oder – wie es im Referentenentwurf vom 14.04.2016 heißt – umgewandelt werden – in ggf. illegale Arbeitnehmerüberlassungen oder Konstellationen der Scheinselbständigkeit.

¹⁵ Dazu umfassend Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold (Hrsg.), Contractor Compliance, 2016.

Gerade diese Konstellationen sollten durch wirksame Kontrollmechanismen identifizierbar sein. Nachgeordnete Mitarbeiter sind vom Führungspersonal wegen des erheblichen finanziellen, bußgeldrechtlichen und strafrechtlichen Risikos zu sensibilisieren. Auch bei Delegation von Leitungsaufgaben, zu denen zweifellos die Einhaltung der maßgeblichen Unternehmer- und Arbeitgeberpflichten gehört, verbleibt auf Seiten der Geschäftsführer und Vorstände eine weitreichende Organisations- und Überwachungspflicht.

Die Aufgabe ist schwierig genug. Auf die in der Praxis auftretenden Fragen geben die Gesetzesvorhaben keine Antwort. Die Legaldefinition des § 611a BGB-E beseitigt Abgrenzungsprobleme nicht, zumal in den betroffenen Rechtsgebieten kein einheitlicher Arbeitgeberbegriff zugrunde gelegt wird.¹⁶ Im Gegenteil. Deshalb sollte die gebotene Beurteilung stets fachgebietsübergreifend vorgenommen werden. Nur so lassen sich Risiken identifizieren und eindämmen, lässt sich (persönliche) Haftung vermeiden.

Die administrativen Hürden beim Fremdpersonaleinsatz werden höher – was wohl intendiert sein dürfte.

¹⁶ Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold – *Klötzer-Assion*, Contractor Compliance, Teil 2, 5. Kapitel, Gemeinsamkeiten und Divergenzen bei der Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs.

Entscheidungskommentare

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - 1 StR 523/15

Gegenstand der Besprechung ist eine Entscheidung des für Steuerstrafsachen zuständigen 1. Strafsenats des BGH zur Frage der Schätzung der Besteuerungsgrundlagen im steuerstrafrechtlichen Verfahren bei fehlenden Buchhaltungsunterlagen.

I. Sachverhalt

Das LG hat die Angeklagte (A1) der Steuerhinterziehung in 39 Fällen sowie des Vorenthaltes von Arbeitsentgelt in 47 Fällen für schuldig erachtet und gegen sie eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie eine Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 70 Euro verhängt. Den Mitangeklagten (A2) hat es der Steuerhinterziehung in 39 Fällen sowie des Vorenthaltes von Arbeitsentgelt in 29 Fällen für schuldig erachtet und zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie zu einer Gesamtgeldstrafe von 150 Tagessätzen zu je 70 Euro verurteilt.

Die beiden Angeklagten sind miteinander verheiratet und betrieben im verfahrensrelevanten Zeitraum gemeinsam ein Taxi- und Mietwagenunternehmen. Zusätzlich unterhielten sie auch einige Schulbusse. Das Unternehmen war auf A1 angemeldet, der A2 war jedoch als gleichberechtigter Partner im Unternehmen tätig. Sie beschäftigten Taxi- und Mietwagenfahrer auf Stundenlohnbasis. In 2008 hatten sie ca. 18 Mitarbeiter, die laut Arbeitsverträgen jedenfalls in 2008 jeweils zwischen 100 und 200 Stunden tätig waren. Die Mitarbeiter arbeiteten in einem Schichtsystem und erfassten ihre Arbeitsstunden auf sogenannten Fahrtenkontrollblättern. Um Steuern und Sozialabgaben zu verkürzen hatten die Angeklagten mit ihren Mitarbeitern vereinbart, dass diese nicht die tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden, sondern jeweils weniger als diese auf den Fahrtenkontrollblättern eintragen und den übrigen Arbeitslohn unbesteuert und ohne Abgabe von Sozialversicherungsbeiträgen erhalten sollten. Zudem manipulierten die Angeklagten jedenfalls bis 2005 mindestens an neun Fahrzeugen die Tachometer und stellten deren Laufleistung zwischen 9.000 km und 120.000

km zurück. Von den tatsächlich erzielten Umsätzen verkürzten die Angeklagten auf diese Weise in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen 2004 bis 2008 ca. 20 % bis 30 %. Die genaue Höhe der Verkürzung konnte das LG aufgrund von fehlenden Buchhaltungsunterlagen nicht mehr feststellen und hat daher die Besteuerungsgrundlagen geschätzt. Ausgangspunkt der Schätzung waren die in den Jahren gefahrenen Kilometer der einzelnen PKW, aus welchen das LG die Umsätze für die Taxis, Mietwagen und Schulbusse ermittelt hat. Nach den auf den genannten Schätzungen beruhenden Feststellungen haben die Angeklagten in den Besteuerungszeiträumen 2004, 2005 und 2006 insgesamt 12.479 Euro, 16.703 Euro und 28.727 Euro Umsatzsteuer verkürzt. In den Voranmeldungszeiträumen Januar 2007 bis September 2008 lagen die Umsatzsteuerverkürzungsbeträge zwischen 159 Euro und 4.264 Euro. Für die Veranlagungszeiträume 2004, 2005 und 2006 errechnete das LG insgesamt eine Verkürzung von 23.251 Euro, 18.840 Euro und 33.524 Euro Einkommenssteuer und 13.797 Euro, 11.289 Euro und 17.888 Euro Gewerbesteuer. Die geschätzte Lohnsteuerverkürzung für die Anmeldezeiträume Oktober 2004 bis zum zweiten Quartal 2008 lag zwischen 1.166 Euro und 4.972 Euro und für das Jahr 2006 bei 20.577 Euro. Die vorerhaltenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge betragen nach den Feststellungen für die Zeiträume September 2004 bis Juli 2008 zwischen 803 Euro und 4.521 Euro im Monat.

Gegen das Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren (jeweils auf Verfahrens- und Sachrügen) gestützten Revisionen.

II. Entscheidungsgründe

Die Revisionen haben auf die Sachrügen hin Erfolg, weil die zum Schuld- und Strafausspruch getroffenen Feststellungen sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht standhalten. Bei der konkreten Umsetzung der an sich zulässigen Schätzung sind dem LG Fehler unterlaufen, die dazu führen, dass bereits die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Feststellungen nicht durch eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung getragen werden.

Auch im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, die tatsächlichen Verhältnisse, die für die Bemessung der Steuer maßgebend sind, aber ungewiss sind. So verhält es sich hier. Dem LG war es nicht möglich, aus den Aufzeichnungen und Unterlagen der Angeklagten die Besteuerungsgrundlagen in zutreffender Höhe festzustellen. Die Angeklagten haben ihre steuerpflichtigen Umsätze bzw. Einnahmen bewusst falsch aufgezeichnet, indem sie auf den Fahrtenkontrollblättern weniger Arbeitsstunden als tatsächlich geleistet durch ihre Angestellten eintragen ließen, um auf diese Weise Einnahmen zu verschleiern und Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben zu verkürzen. Dementsprechend waren bereits die der Besteuerung zugrunde zu legenden Ursprungsaufzeichnungen falsch und die Ermittlung der Einnahmen und Umsätze durch Schätzung dem Grunde nach zulässig. Überdies hatten die Angeklagten jedenfalls bis 2007 ihre steuerliche Pflicht zur Einzelaufzeichnung der Betriebseinnahmen verletzt, da sie die Schichtzettel der Mitarbeiter nicht aufbewahrten und auch keine tägliche Übertragung des Inhalts der Schichtzettel in ein Kassenbuch erfolgte. Gerade derartige Aufzeichnungen hätten es dem LG jedoch ermöglicht sich davon zu überzeugen, dass die aufgezeichneten Einnahmen den tatsächlichen Einnahmen entsprachen. Fehlen derartige Unterlagen, ist das Tatgericht gehalten, sich seine Überzeugung von dem wirklichen Sachverhalt auf Grund sonstiger Anhaltspunkte zu bilden und den Umfang der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen aus Hilfstatsachen zu erschließen.

Die vom LG gewählte Schätzungsmethode erweist sich hingegen als rechtsfehlerhaft, so dass die Schätzung der Höhe nach der revisionsrechtlichen Prüfung nicht standhält. Zwar obliegen die Ermittlung und Darlegung der Besteuerungsgrundlagen einschließlich der Schätzung dem Tatrichter in freier und eigenverantwortlicher richterlicher Überzeugungsbildung. Allerdings hat er in den Urteilsgründen nachvollziehbar darzulegen, wie er zu den Schätzungsergebnissen gelangt ist. Ziel der Schätzung ist es, aus den vorhandenen Anhaltspunkten in einem Akt des Schlussfolgerns und der Subsumtion diejenigen Tatsachen zu ermitteln, von deren Richtigkeit der Tatrichter überzeugt ist. Die Schätzung ist so vorzunehmen, dass sie im Ergebnis einem ordnungsgemäß durchgeführten Bestandsvergleich bzw. einer ordnungsgemäßen Einnahmeüberschussrechnung möglichst nahekommt. Sie muss daher schlüssig, wirtschaftlich möglich und vernünftig sein. Soweit Tatsachen zur Überzeugung des Tatrichters feststehen, hat er diese der Schätzung zugrunde zu legen. Die im Rahmen des Steuerstrafverfahrens erfolgende Schätzung steht zudem unter dem Gebot,

dass sich unüberwindbare Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirken müssen. Dementsprechend müssen die vom Besteuerungsverfahren abweichenden Verfahrensgrundsätze (§ 261 StPO) eingehalten werden. Erforderlichenfalls hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang festzustellen. Das bedeutet u.a., dass der Tatrichter die Schätzung der Höhe nach auf den Betrag zu begrenzen hat, der „mindestens“ hinterzogen worden ist. Diesen Grundsätzen entspricht die hier vorgenommene Schätzung nicht. Das LG hat die Laufleistung (gefahrte Kilometer) der jeweiligen im Unternehmens- bzw. Betriebsvermögen befindlichen PKW mit einer festgestellten Größe „Umsatz pro Kilometer“ multipliziert, um die Einnahmen bzw. die Umsätze zu ermitteln. Im Ausgangspunkt handelt es sich hierbei um eine sachgerechte Schätzungsmethode. Bei seiner Schätzung hat es zunächst jeweils für die im Unternehmen befindlichen Fahrzeuge die Gesamtkilometerleistung festgestellt und sodann pauschal eine durchschnittliche Nutzung in Kilometern pro Tag errechnet, die es auf die Nutzung pro Jahr hochrechnet. Dieses (rein rechnerische) Ergebnis entspricht nicht stets dem tatsächlichen Sachverhalt. Die Kammer übersieht, dass für einige PKW die Kilometerleistungen pro Jahr aus den vorhandenen Unterlagen erkennbar waren. Anhand der dem Urteil als Anlage beigefügten Übersichten war ersichtlich, dass die PKW zum Teil in den Besteuerungs- bzw. Veranlagungszeiträumen sehr unterschiedliche Laufleistungen pro Jahr aufwiesen, die aufgrund von Rechnungen der Werkstätten, der Dekra und des TÜVs u.ä. annähernd nachvollziehbar waren. Diese Feststellungen hätte die Kammer bei ihrer Schätzung nicht unbeachtet lassen dürfen. Die pauschale Schätzung der Kilometer pro Tag bzw. pro Jahr führt im Ergebnis zu erheblichen Verschiebungen für einzelne PKW. Eine hohe Kilometerleistung in einem Jahr hat eine niedrige Schätzung in einem anderen Jahr zur Folge.

Aufgrund der z.T. festgestellten sehr geringen Verkürzungsbeträge hinsichtlich der einzelnen Taten vermag der Senat nicht auszuschließen, dass derartige Verschiebungen den jeweiligen Schuldsprüchen die Grundlage entzogen hätten. Die Durchführung der damit an sich möglichen Schätzungsmethode ist damit nicht frei von Rechtsfehlern. Dies gilt sowohl für die Umsatz-, Einkommen-, Gewerbe- und Lohnsteuer als auch für die geschätzten Sozialversicherungsabgaben, da Grundlage der Gesamtschätzung jeweils die Kilometerleistung der PKW ist, die zu den entsprechenden Umsätzen führt. Die Kammer ermittelt aus dem jeweils geschätzten Bruttoumsatz die Umsatzsteuer, schätzt Gewinne hinsichtlich der Einkommensteuer- und Gewerbesteuer hinzu und geht davon aus, dass die Lohnsumme als Grundlage der Lohnsteuer bzw. der Sozialversicherungsabgaben 37 % der Umsätze beträgt. Da die Ergebnisse der Schätzung sämtlichen Schuldsprüchen zugrunde liegen und das LG jeweils lediglich geringe Hinterziehungsbeträge festgestellt hat, vermag der Senat nicht auszuschließen, dass bei rechtsfehlerfreier Schätzung die Schuldsprüche für sämtliche verfahrensgegenständliche Taten entfallen.

Hinsichtlich einzelner Umsatzsteuervoranmeldungen in den Jahren 2007 und 2008 fehlt es zudem an Feststellungen dazu, ob die Angeklagten eine Umsatzsteuerzahllast oder eine Umsatzsteuererstattung angemeldet haben und dementsprechend ob eine Zustimmung des Finanzamtes erforderlich gewesen wäre (§ 168 Satz 2 AO). Der Senat kann deshalb nicht nachprüfen, ob diese Taten vollendet worden sind und hebt das Urteil mit den zugrunde liegenden Feststellungen auf, um dem neuen Tatgericht eine erneute Schätzung der Besteuerungsgrundlagen zu ermöglichen, Rechenfehler zu beheben und neue fehlerfreie Feststellungen zu treffen. Sollte das LG zu dem Ergebnis gelangen, dass andere Berechnungsmethoden ebenfalls ähnliche Mängel aufweisen, bleibt es ihm unbenommen, auf andere durchaus auch pauschalere Schätzungsmethoden zurückzugreifen. Erweist sich eine konkrete Ermittlung oder Schätzung der tatsächlichen Umsätze von vorneherein oder nach entsprechenden (darzulegenden) Berechnungsversuchen als nicht möglich und fehlerbehaftet, kann pauschal geschätzt werden, auch unter Heranziehung der Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen oder z.B. unter Heranziehung von Erfahrungssätzen vergleichbarer Betriebe. Der Senat weist zudem darauf hin, dass die jeder Schätzung anhaftende Ungenauigkeit im Hinblick auf nicht ins Gewicht fallende Taten auch durch eine Einstellung des Verfahrens - insoweit - begegnet werden kann.

III. Anmerkungen

Mit seinem Beschluss geht der 1. Strafsenat des BGH hart ins Gericht mit dem Urteil der Vorinstanz.¹ Im Kern – so lässt es sich aus der Entscheidung herauslesen – hat sich die mit dem Verfahren befasste Wirtschaftsstrafkammer im Wesentlichen auf Schätzungen der Ermittlungsbehörde gestützt bzw. deren Schätzmethode unreflektiert übernommen. Die rechtliche Würdigung in dem Beschluss zeigt vorbildhaft auf, wann eine Schätzungsbefugnis überhaupt besteht, wie plausible Schätzungsmethoden aussehen können und welche notwendigen Korrekturen sich aus dem steuerlichen Verfahren einerseits und dem strafrechtlichen Verfahren andererseits ergeben.

1. Schätzungsbefugnis bei fehlenden Aufzeichnungen

Vollkommen zutreffend wird vom 1. Strafsenat ausgeführt, dass eine strafrechtliche Schätzung der Besteuerungsgrundlagen zulässig ist, wenn feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen jedoch ungewiss ist.² Vorliegend hatten die Anklagten den Feststellungen nach ihre Buchführung des Taxiunternehmens³ im Zusammenwirken mit ihren Angestellten „nach unten“ korrigiert und damit den Besteuerungstatbestand dem Grunde nach erfüllt. Die Höhe der hinterzogenen Steuern ließ sich jedoch – dies ist in der Praxis der Regelfall – nicht exakt feststellen, da es schlicht an den notwendigen, zutreffenden Aufzeichnungen fehlte. In diesen Fällen hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang festzustellen.⁴ Der Ermittlung durch eine Schätzung steht dabei im Strafverfahren der Grundsatz *in dubio pro reo* nicht entgegen.⁵ Denn es liegt auf der Hand, dass eine Unmöglichkeit der genauen Berechnung nicht die Straflosigkeit eines Beschuldigten zur Folge haben kann.⁶

2. Unterschiede zwischen steuerlicher und strafrechtlicher Schätzung

Eine Grenze findet die Schätzung im Strafverfahren jedoch, wenn sie wegen der Verletzung steuerlicher Mitwirkungspflichten am oberen Ende eines Rahmens ausgerichtet werden soll.⁷ Dies ist ein steuerlich zwar hinzunehmender Weg, den die Finanzbehörden – sei es aus Überzeugung oder aus taktischen Erwägungen – grundsätzlich häufiger gehen. Eine Grenze ist aber dort erreicht bei inzwischen eher die Ausnahme bildenden (unzulässigen) „Strafschätzungen“. Ermuntert zur Ausnutzung des steuerlichen Schätzungsspielraums auf Grundlage verschiedenster Kalkulationsmöglichkeiten⁸ werden die Finanzbehörden hierbei durch die nicht allzu restriktive finanzgerichtliche Praxis, Schätzungen bis zur Grenze der Unvertretbarkeit (Willkür) hin zu akzeptieren.⁹

Derartige Schätzungen, egal ob an einem oberen Rahmen ausgerichtet oder diesen sogar überschreitend, sind im Strafrecht regelmäßig kritisch zu hinterfragen. Zwar muss nicht die geringstmögliche Schätzung gewählt werden, wenn es konkrete und belegbare Anhaltspunkte für eine bessere Ertragslage gibt.¹⁰ Die Schätzung darf aber nicht „freihändig“ erfolgen, sondern muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nachvollziehbar, wahrscheinlich und wirtschaftlich vernünftig sein.¹¹ Ob dabei der für die steuerliche Schätzung heranzuziehende § 162 AO direkt anzuwenden ist¹² oder aber das Gericht im Ergebnis „nur“ von der Richtigkeit der Schätzung unter Berücksichtigung der vom Besteuerungsverfahren abweichenden strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze überzeugt sein muss (vgl. § 261 StPO),¹³ hat in der Praxis regelmäßig keine größeren Auswirkungen.

¹ LG Kleve, Ur. vom 28.05.2015 - Az. unbekannt, – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht.

² BGH, Beschl. v. 29.01.2014 - 1 StR 561/13, NZWiSt 2014, 353 m. Anm. Rolletschke.

³ Vgl. zu den notwendigen steuerlichen Aufzeichnungen auch FG Hamburg, Ur. vom 11.11.2014 - 6 K 206/11, BeckRS 2015, 94078.

⁴ BGH, Beschl. v. 10.11.2009 - 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635.

⁵ BGH a.a.O. (Fn. 2).

⁶ Quedenfeld/Füllsack-Braun, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 4. Aufl. 2012, Kap. 2 Rn. 318.

⁷ BFH, Ur. v. 20.12.2000 - I R 50/00, DStR 2001, 847.

⁸ Bspw. Nachkalkulationen, Zeitreihenvergleiche, Chi-Quadrat-Tests, Richtsatzvergleiche, Benford-Tests oder auch Geldverkehrs- oder Vermögenszuwachsrechnungen.

⁹ BFH, Ur. vom 15.07.2014 - X R 42/12, HFR 2015, 303.

¹⁰ BGH a.a.O. (Fn. 2).

¹¹ BGH, Beschl. v. 24.05.2007 - 5 StR 58/07, NStZ 2007, 589 m. Anm. Rolletschke in StRR 2007, 234.

¹² Dagegen bspw.: Quedenfeld/Füllsack-Braun, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 4. Aufl. 2012, Kap. 2 Rn. 338.; dafür hingegen die st. Rspr., vgl. BGH, Beschl. vom 04.02.1992 - 5 StR 655/91, wistra 1992, 147.

¹³ BGH a.a.O. (Rn. 11).

3. Kritik

Der Entscheidung des 1. Strafsenats ist inhaltlich in praktisch allen Punkten zuzustimmen. Anders ist dies lediglich, soweit für den Fall, dass eine konkrete Ermittlung oder Schätzung der tatsächlichen Umsätze von vornherein oder nach entsprechenden (darzulegenden) Berechnungsversuchen nicht möglich und fehlerbehaftet ist, auf andere, pauschalere Schätzungen verwiesen wird. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Die beispielhaft benannten Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen oder die Heranziehung von Erfahrungssätzen vergleichbarer Betriebe (sog. „externer Betriebsvergleich“) sind lediglich grobe Erfahrungswerte, deren Vergleichbarkeit stets zu hinterfragen ist. Im Strafverfahren besteht die große Gefahr, dass sich diese Schätzungsgrundlagen so sehr vom konkreten Fall lösen, dass nicht nur in unzulässiger Art und Weise ein zu hoher Steuerschaden, sondern im Extremfall sogar die Straftat an sich geschätzt wird. Für derartige Schätzungen zu Lasten der Beteiligten besteht indes kein Bedürfnis. Denn auch wenn der Sanktionierung von Steuerstraftaten schon aus Zwecken der Steuerehrlichkeit und Gleichbehandlung ein hoher gesellschaftlicher Wert beizumessen ist, so wird – fiskalisch betrachtet – das entstandene finanzielle Ungleichgewicht in der Regel schon durch eine steuerlich unproblematisch höhere Schätzung wieder herzustellen sein. Für das Strafrecht als *ultima ratio* verbleibt dann keine Notwendigkeit, die Strafbarkeit *in dubio contra reo* „herbei zu schätzen“.

Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Essen¹

Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in § 17 UWG

- Zugleich Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.01.2016 (Az.: 2 (6) Ss 318/15 – AK 99/15) -

I. Vorbemerkung

Obwohl ausweislich von Studien² und (zugegebenermaßen unbelegten) Schätzungen³ nahezu jedes vierte Unternehmen in Deutschland bereits durch Betriebsspionage (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG) oder Geheimnishehlerei (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG) betroffen gewesen ist, sind (obergerichtliche) Urteile zu dieser Thematik äußerst selten. Ein Grund hierfür ist offenbar die restriktive Anzeigebereitschaft der betroffenen Unternehmen. Im Jahr 2013 wurden laut polizeilicher Kriminalstatistik lediglich 425 Fälle im Hellfeld dokumentiert⁴. Diese Tatsache beruht letztlich auf der Befürchtung der Unternehmen, dass durch das Einschalten der Behörden Personalentscheidungen oder unzureichende Sicherheitsstandards an die Öffentlichkeit gelangen und hierdurch ein Reputationsschaden entsteht⁵.

Die geringe Anzahl angezeigter Taten und die daher geringen Fallzahlen verhindern die Etablierung einer ständigen Rechtsprechung, die neben den Gegebenheiten einer Volkswirtschaft des 21. Jahrhunderts auch den Grundprinzipien des Strafrechts gerecht wird. Letztlich greifen die Gerichte – so sie denn die seltene Möglichkeiten erhalten sich mit § 17

¹ Frau Rechtsanwältin *Ines Ullrich* ist Rechtsanwältin in der ausschließlich auf das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte in Düsseldorf und Essen.

² http://corporate-trust.de/pdf/CT-Studie-2012_FINAL.pdf

³ Harte/Henning/Harte-Bavendamm, UWG, 2. Aufl. 2009, vor §§ 17-19 Rn. 3; Többens, NSTz 2000, 505, 506 gehen von einem Schaden von jährlich bis zu 25 Mrd. Euro aus.

⁴ Polizeiliche Kriminalstatistik vom 24.01.2014, Grundtabelle Wirtschaftskriminalität; abrufbar unter <https://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2013/2013Standardtabellen/pks2013StandardtabellenFaelleUebersicht.html>

⁵ MüKo/Janssen/Maluga, Nebenstrafrecht, 2. Aufl. 2015, § 17 Rn. 3; http://corporate-trust.de/pdf/CT-Studie-2012_FINAL.pdf.

UWG zu befassen – zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale nicht selten auf die „Stiefelisenpresseentscheidung“⁶ des Reichsgericht aus dem Jahr 1935 zurück.

Vor diesem Hintergrund ist jede (ober-) gerichtliche Entscheidung zu § 17 UWG für den Rechtsanwender von besonderem Interesse. Zwar betreffen die in den letzten Jahren veröffentlichten Entscheidungen⁷ mehrheitlich Fragen der Anwendbarkeit des § 17 UWG auf Geldspielautomaten, Verkehrsmessgeräte und ähnliche. Sie sind damit für die – für Unternehmen eigentlich relevante – Beurteilung der Geheimnisverwertung durch (ehemalige) Mitarbeiter eines Unternehmens von untergeordneter Rolle. Allerdings lassen sich auch diesen Entscheidungen teilweise Ausführungen, die für die Auslegung des gesamten Tatbestandes und insbesondere des Begriffs des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses Bedeutung haben, entnehmen. Dies gilt auch für die Revisionsentscheidung des OLG Karlsruhe vom 29.01.2016 (Az.: 2 (6) Ss 318/15), der der nachfolgend skizzierte Sachverhalt zu Grunde lag.

II. Sachverhalt

Der Betroffene soll in 137 Fällen den Besitzern von Mobiltelefonen die Entsperrung ihrer „Sim-Lock“ (Kartensperre) ermöglicht haben, indem er ohne Einwilligung des jeweiligen Netzbetreibers den Entsperrcode an seine Kunden weitergeben hat. Durch die Verwendung von „Sim-Locks“ in Mobiltelefonen binden die Netzbetreiber dieses Telefon an ein bestimmtes Netz oder teilweise sogar an eine bestimmte Sim-Karte. Mobilfunkanbieter bieten (insbesondere Prepaid Telefone) häufig gratis oder zu erheblich vergünstigten Preisen an, wenn diese mit einer (gesperrten) Sim-Karte versehen sind, sodass der Kunde nur über dieses Netz telefonieren kann. Die Netzbetreiber erhoffen sich bei diesem Angebot, dass der Kunde sein Prepaid-Guthaben letztlich immer wieder auflädt und „vertelefoniert“, sodass sich der auf das Telefon gewährte Rabatt amortisiert. Diese Sperrung beziehungsweise Anbindung des Telefons an ein bestimmtes Netz kann durch die Eingabe eines Entsperrcodes dauerhaft deaktiviert werden. Das Handy kann im Anschluss mit jeder beliebigen Sim-Karte und damit in allen verfügbaren Netzen genutzt werden. Der Entsperrcode wird aus der einzigartigen gerätespezifischen International Mobile Equipment (IMEI) Nummer generiert. Die Netzbetreiber bieten ihren Kunden die Übersendung des Entsperrcodes gegen Zahlung einer Gebühr an.

Der Beschuldigte soll die Entsperrcodes über verschiedene Internetseiten selbst herausgefunden beziehungsweise über einen Kontaktmann im Ausland angekauft haben. Im Anschluss reichte er sie – gegen Bezahlung – an seine Kunden weiter.

III. Entscheidung

Das AG Heidelberg hat den Beschuldigten wegen gewerbsmäßigem Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (gemeint wohl: Geheimnishehlerei) gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG in 137 Fällen verurteilt. Nachdem das Landgericht Heidelberg seine Berufung verworfen hatte, legte der Betroffene Revision zum OLG Heidelberg ein, welches das Urteil des LG Heidelberg, mit dem hier rezensierten Beschluss, vollständig bestätigt hat.

Neben hier nicht weiter interessierenden Ausführungen zu den sonstigen Tatbestandsmerkmalen hat das Landgericht ausführlich zur Auslegung des Begriffs Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG insbesondere zur sogenannten „Nichtoffenkundigkeit“ Stellung genommen.

IV. Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses

Befasst man sich mit den Geheimnisschutzvorschriften des § 17 UWG, so wird schnell deutlich, dass Kernbegriff und Mittelpunkt der Vorschrift der Terminus „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“ ist⁸. Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass weder das UWG selbst, noch eine andere (strafrechtliche) Vorschrift eine entsprechende Legaldefinition enthalten. Obwohl die Auslegung des Begriffs lange Zeit heftig umstritten war⁹, haben Rechtsprechung und Literatur letztlich einen einheitlichen Katalog von Voraussetzungen für die Entstehung

⁶ RG, RGZ 149, 329.

⁷ KG Berlin, Urteil vom 08.12.2014, Az.: (3) 161 Ss 216/13; OLG Naumburg, Urteil vom 27.08.2014, Az.: 6 U 3/14, beide abrufbar über juris.

⁸ MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG Rn. 13.

⁹ Aldoney Ramírez in: FS Tiedemann 2008, 1141, 1144.

eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses entwickelt. Hiernach stellt jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers, der auf einem ausreichenden wirtschaftlichen Interesse beruht, geheim gehalten werden soll, ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis dar¹⁰. Auch wenn sowohl bezüglich dieser Definition Einigkeit herrscht¹¹, ist die Auslegung des Begriffs im Einzelnen noch immer unklar. Dies gilt auch für die (Nicht-) Offenkundigkeit als einer der (unbestimmten) Voraussetzungen.

Offenkundigkeit soll dann vorliegen, wenn die Tatsache leicht zugänglich oder allgemein bekannt ist¹². Eine leichte Zugänglichkeit soll dann gegeben sein, wenn für jeden Interessierten die Möglichkeit der Kenntnisnahme ohne größere Schwierigkeiten und Opfer unter Zuhilfenahme lauterer Mittel besteht¹³. Bereits diese „kettenartige“ Ersetzung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch einen anderen zeigt deutlich, dass diese Definition im Ergebnis mehr Fragen aufwirft als sie beantwortet.

So erzeugt bereits der Terminus „für jeden Interessierten“ erste Verständnisschwierigkeiten, denn sowohl der Zeitaufwand als auch die tatsächliche oder empfundene Schwierigkeit der Aufdeckung eines Betriebsgeheimnisses korrelieren offensichtlich mit der Qualifikation des um Aufdeckung bemühten¹⁴. Was man sich aber im Rahmen des Geheimnisbegriffes des § 17 UWG unter einem solchen Interessierten, insbesondere hinsichtlich seiner fachlichen Qualifikation oder beruflichen Expertise, als Maßstab der Beurteilung der zu erwartenden Schwierigkeiten vorzustellen hat, lassen Rechtsprechung und Literatur weitestgehend unbeantwortet¹⁵.

V. Die Auslegung des Begriffs „Nichtoffenkundigkeit“ durch das OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe nimmt zu dieser Frage in seinem Beschluss nunmehr erstaunlich ausführlich Stellung¹⁶. So führt es aus, dass es auf die – durch die Verteidigung im Rahmen eines Beweisantrages vorgebrachte – Behauptung, es habe zur Tatzeit die Möglichkeit bestanden, die Entsperrcodes über diverse Internetseiten zu erhalten, sei nicht entscheidungserheblich. Selbst wenn eine entsprechende Möglichkeit bestanden habe, so sei die Entsperrung via Internet für die Handybesitzer „mit einem erheblichen und unlauteren Aufwand“ verbunden gewesen. Eine Differenzierung zwischen technisch vorgebildeten Handynutzern (etwa Ingenieuren) und der „Durchschnittsbevölkerung“ nimmt das OLG nicht vor. Vielmehr stellt es darauf ab, dass die vom Vertreiber entwickelte Sperre „mit Hilfe von Technik, die von externen Programmieren entwickelt wurde“, im Internet gesucht und begriffen werden musste. Hierfür habe einiges an (krimineller) Energie eingesetzt werden müssen.

Letztlich legt das OLG Karlsruhe somit den Maßstab des „verständigen Durchschnittsbürgers“¹⁷ an, um die (etwaigen) Schwierigkeiten der Aufdeckung eines Geheimnisses zu prüfen.

VI. Konsequenzen dieses Verständnisses

Den wenig verteidigungsfreundlichen Ausführungen des OLG Karlsruhe kann – dies sei vorangestellt – nicht entgegengehalten werden, dass sie nicht in Einklang mit der sonstigen Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs „jeder Interessierte“ in § 17 UWG stehen würde. Denn eine solche einheitliche oder gar ständige Rechtsprechung hat sich bislang (leider)

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006, Az.: 1 BvR 2087/03 Rn. 87, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/03/rs20060314_1bvr208703.html; BGHSt 41, 140, 142; Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206. EL 2016, § 17 UWG Rn. 8; MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015 Rn. 14 Rützel, GRUR 1995, 557, 557.

¹¹ HK/Kotthoff/Gabel, UWG, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 2; Kunz, DB 1993, 2482, 2483.

¹² BGHSt. 41, 140, 142; OLG Hamburg, GRUR-RR, 137, 139 –PM-Regler-; MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG Rn. 22f.; Többens, NSTZ 2000, 505, 506;

¹³ BGH, GRUR 2009, 603, 604; BGH, GRUR 2006, 1044, 1046; OLG Hamburg, GRUR- RR 2001, 137, 139; OLG München, GRUR 1991, 694, 695.

¹⁴ Reimann, GRUR 1998, 298, 299.

¹⁵ Reimann, GRUR 1998, 298, 299.

¹⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.01.2016, Az.: 2 (6) Ss 318/15 Rn. 33ff.

¹⁷ Möglicherweise in Anlehnung den Begriff der Offenkundigkeit in § 244 Abs. 3 StPO, vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 244 Rn. 50f.; für eine entsprechende Auslegung auch im Rahmen des § 17 UWG; Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 142 Rn. 65; Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206. EL 2016 § 17 Rn. 10; Pfeiffer in: FS Nirk 1992, 861, 866; dagegen: Scholz/Tiedemann, GmbHG, § 85 Rn. 11.

nicht etablieren können. Ganz im Gegenteil könnten die (wenigen) existierenden Entscheidungen zu dieser Thematik nicht unterschiedlicher ausfallen. So führt das OLG Frankfurt in einer Entscheidung aus dem Jahr 1988 zur Frage der Qualifikation des um Aufdeckung Bemühten aus: „Dieses Ergebnis wird von dem Sachverständigen Dr. S bestätigt, nach dessen Ausführungen ein einschlägig vorgebildeter Chemiker weder aufgrund speziellen Fachliteraturstudiums noch durch eigene Versuche in der Lage gewesen wäre, die spezielle Zusammensetzung des zu analysierenden Produkts zu ermitteln¹⁸“. Das OLG Frankfurt stellt somit – den Ausführungen des OLG Karlsruhe diametral entgegengesetzt – nicht nur auf das Know-how eines „durchschnittlichen“ Fachmanns ab. Es verlangt vielmehr neben (fach-) spezifischen Vorkenntnissen sogar gezielte Recherche und eigene Versuche.

Ganz anders argumentiert das Reichsgericht in seiner noch immer viel zitierten Stiefeisenpressenentscheidung aus dem Jahr 1935¹⁹, die als Grundlage der heutigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses angesehen werden kann. Das Reichsgericht nutzt die Kenntnis eines Fachmanns nur als Indiz um aufzuzeigen, dass das was selbst für Fachkreise noch mittelschwer, für den Laien umso schwerer, wenn nicht gar unmöglich ist und so in keinem Fall offenkundig sein könne²⁰. Beide in der Rechtsprechung vertretenen Positionen haben auch in der Literatur Anhänger gefunden²¹.

Mangels gesetzgeberischer Vorgaben und mangels auslegungsfähigem Wortlaut des § 17 UWG – der Begriff „jeder Interessierte“ wird hier noch nicht einmal erwähnt – kann sich keine der beiden Positionen auf die klassischen (straf-) juristischen Auslegungsmethoden stützen.

Entsprechend erscheint auch die durch das OLG Karlsruhe vorgenommene Übertragung der zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze zumindest als möglich. Für eine solche Übertragung spricht der Umstand, dass § 244 Abs. 3 StPO den Terminus „Offenkundigkeit“ enthält und die Auslegung dieses Begriffes durch Rechtsprechung und Literatur präzisiert worden ist²². Ein entscheidendes, gegen das Verständnis des OLG Karlsruhe sprechendes, Argument findet sich jedoch, wenn man sich die (Rechts-) Folgen einer weiten an § 244 Abs. 3 S. 2 StPO orientierten Auslegung vergegenwärtigt. Eine Übertragung der zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze würde bedeuten, dass im Rahmen des § 17 UWG der Maßstab eines des verständigen Durchschnittsbürgers Anwendung finden würde. Entsprechend wäre eine Offenkundigkeit des Geheimnisses erst zu bejahen, wenn verständige und lebenserfahrene Menschen von der behaupteten Tatsache in der Regel Kenntnis haben oder sich über diese ohne besondere Sachkunde oder Fachkenntnisse mit Hilfe allgemein zugänglicher Erkenntnismittel jederzeit zuverlässig unterrichten können²³.

Die Offenkundigkeit eines Betriebsgeheimnisses könnte somit erst zu einem Zeitpunkt angenommen werden, in dem ein Großteil der Bevölkerung Kenntnis von diesem hat oder zumindest in der Lage ist, sich sichere Kenntnis zu verschaffen. Mag dies im Fall von betriebswirtschaftlichen Geschäftsgeheimnissen wie beispielsweise Kundendatenlisten zumindest noch teilweise zu vertretbaren Ergebnissen führen, würde dies für eher technisch geprägte Betriebsgeheimnisse bedeuten, dass sie über einen unabsehbaren Zeitraum und selbst im Falle der Verwendung in weiten Teilen des jeweiligen Fachgebietes weiterhin unter dem Schutz des § 17 UWG stünden²⁴. Denn ein Großteil der Bevölkerung wird selbst bei Veröffentlichung von Skizzen oder Forschungsergebnissen kein sicheres Wissen von komplexen Fertigungsmethoden oder chemischen Prozessen haben oder sich diese kurzfristig aneignen können.

Selbst wenn also für ein Verfahren der Patentschutz bereits abgelaufen wäre – sodass das Verfahren grundsätzlich der Allgemeinheit zur Verfügung steht²⁵ – könnten sich die Nutzer dieses Verfahrens gemäß § 17 UWG strafbar machen. Man würde also neben den zeitlich begrenzten Sonderschutzrechten einen zeitlich unbegrenzten Schutz von Betriebs- und Ge-

¹⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 21. 04. 1988, Az.: 6 U 113/82 Rn. 41, zitiert nach juris.

¹⁹ RGZ, 149, 329, 334 –Stiefeisenpresse.

²⁰ Reimann, GRUR 1998, 298, 300.

²¹ Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206 EL 2016, § 17 Nr. 10; Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2012, S. 142 Rn. 65; Harte /Henning/Harte-Bavendamm, UWG, 2. Aufl. 2009, §17 Rn.3; Fezer/Rengier, UWG, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 16.

²² Fischer, StGB, 59. Aufl. 2016, § 244 Rn. 50f. m.w.N.

²³ BVerfG, BVerfGE 10, 177, 183; KK/Krehl, StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rn. 132; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 244 Rn. 51..

²⁴ Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 142.

²⁵ Keukenschrijver, PatG, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn.22.

schäftsgeheimnissen über § 17 UWG etablieren. Letztlich würde man die Vorgaben des Patentrechts sowie der Musterrechte also durch eine Art „wettbewerbsrechtliches Sonder-schutzrecht“ aushebeln²⁶. Derartige Rechte zu schaffen kann aber nicht Aufgabe des Strafrechts und damit auch nicht die Funktion des § 17 UWG sein.

Aus strafrechtlicher Sicht steht aber noch eine weitere Überlegung dieser Weite des Geheimnisbegriffes und der hiermit verbundenen Extension des Anwendungsbereiches des § 17 UWG entgegen. Wie sich bereits an dem in § 17 StGB normierten Verbotsirrtum zeigt, setzt die Strafbarkeit eines Verhaltens immer auch das Bewusstsein Unrecht zu tun voraus²⁷. Einem Fachmann auf seinem Gebiet, ob Ingenieur, Chemiker, Informatiker oder Pharmazeut, wird aber nicht ernsthaft davon ausgehen müssen, dass er sich strafbar macht, wenn er ein auf seinem Gebiet gängiges und bekanntes Verfahren nutzt.

Die Nutzung, Weitergabe oder Weiterentwicklung eines in Fachkreisen gängigen, dem Durchschnittsbürger aber unbekanntem oder unverständlichen Verfahrens, kann aber kaum als individuell vorwerfbar angesehen werden.

Vor diesem Hintergrund bleibt festzuhalten, dass es der Rechtsprechung – auch mehr als 70 Jahre nach der eingangs erwähnten Stiefeleisen Presse Entscheidung des Reichsgerichts – nicht gelungen ist, eine funktionale und einheitliche Auslegung des Begriffs Geschäfts- und Betriebsgeheimnis zu gewährleisten. Wie auch die rezensierte Entscheidung des OLG Karlsruhe zeigt, führt die immer extensiver Auslegung des Geheimnisbegriffes neben Implikationen mit anderen Rechtsgebieten insbesondere zu Verstößen gegen Grundprinzipien des deutschen Strafrechts. Es bleibt zu hoffen, dass künftig eines der Obergerichte die Möglichkeit erhält – und diese auch nutzt – sich ausführlich mit den Voraussetzungen eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses zu befassen. Dies würde den Ausgang eines geheimnisschutzrelevanten Verfahrens sowohl für das betroffene Unternehmen als auch für die Verteidigung vorhersehbarer machen. Die hierdurch geschaffene Rechtssicherheit würde mehr zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen beitragen, als eine immer extensivere Auslegung des Tatbestandes.

²⁶ ähnlich auch OLG Hamburg, GRUR-RR 2001, 137, 139.

²⁷ Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 17 Rn. 3.

Insolvenzstrafrecht

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Strafprozessualer Arrest - § 111i StPO

Die Wirksamkeit eines bereits vollzogenen allein der Sicherung des staatlichen Auffangrechtserwerbs dienenden dinglichen Arrests in das Vermögen einer Gesellschaft wird durch ein nachfolgendes Insolvenzverfahren nicht berührt.

OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 09.07.2015 – 3 Ws 355/15, ZInsO 2016, 453

Das Gericht ändert explizit seine bisherige Rechtsprechung (s. etwa OLG Frankfurt, Beschluss vom 03.06.2009 – 3 Ws 214/09, ZInsO 2009, 1446) und schließt sich der gegenteiligen Auffassung des KG (Beschluss vom 10.06.2013 – 2 Ws 190/13, ZInsO 2013, 2444) an. Mit dem Beschluss wurde die Entscheidung der Vorinstanz (LG Frankfurt, Beschluss vom 15.01.2015 – 5 – 24 Kls 7580 Js 230342/12 (13/14), ZInsO 2015, 644 m. zust. Anm Bittmann, ZWH 2015, 58) aufgehoben. S. zu der Entscheidung noch Claus, jurisPR-StrafR 9/2016 Anm. 4.

2. Erstreckung des Rechtserwerbs nach § 111i Abs. 5 S. 1 StPO auf gepfändete Drittforderungen - § 111i StPO

Der Rechtserwerb nach § 111i Abs. 5 Satz 1 StPO erstreckt sich nicht auf bei einer dritten Person gepfändete Forderungen, wenn mit dem Urteil keine Entscheidung gemäß § 73 Abs. 3 StGB, § 111i Abs. 2 StPO hinsichtlich der dritten Person getroffen wurde.

OLG Hamm, Beschluss vom 03.12.2015 – 5 Ws 219/15, NZI 2015, 322 m. Anm. Köllner/Lendermann

3. Vollstreckung von Geldstrafen nach insolvenzrechtlicher Anfechtung - § 458 StPO

Geldstrafenforderungen leben nach Anfechtung der Zahlung wieder auf (§§ 143, 144 InsO). Eine Geldstrafe kann anschließend nach den Bestimmungen der StPO vollstreckt werden. Sie ist aus dem pfändungsfreien Teil des Vermögens des Schuldners zu zahlen. Dabei hat die Vollstreckungsbehörde auf Antrag des Verurteilten nach pflichtgemäßem Ermessen über Zahlungserleichterungen zu entscheiden.

LG Göttingen, Beschluss vom 19.01.2016 – 5 Qs 3/15, ZinsO 2016, 858 = wistra 2016, 167. S. zu der Entscheidung die zust. Anm.von Cranshaw, juris-PR-InsR 7/2016 Anm. 2

4. Akteneinsichtsrecht des von Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen - § 475 StPO

Der im Insolvenzverfahren bestellte Sachverständige ist zu einer umfassenden Einsicht in die über den Insolvenzschuldner geführten Strafakten berechtigt, wenn sich daraus Hinweise dazu ergeben können, ob mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Insolvenzschuldner zu rechnen und mit welcher Wahrscheinlichkeit von einer Durchsetzung behaupteter Ansprüche Dritter auszugehen ist. Weil der gerichtlich bestellte Sachverständige im Insolvenzverfahren gem. § 203 Abs. 2 Nr. 5 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, gilt dies auch für aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ansonsten Dritten nicht zugänglichen Aktenbestandteilen.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011.

II. Materielles Strafrecht

1. Bestimmung des Markt- bzw. Verkehrswertes - § 263 StGB

Bei Betrugstaten im Kontext von gegenseitigen Verträgen, die Dienst- oder Sachleistungen eines existierenden Marktes zum Gegenstand haben, ist der maßgebliche objektiv zu verstehende Verkehrs- oder Marktwert entweder auf der Grundlage eines von der individuellen Parteivereinbarung unabhängigen Marktwertes oder auf derjenigen der Wertbestimmung der Parteien mittels des zwischen diesen vereinbarten Preises festzulegen.

BGH, Beschluss vom 02.02.2016 – 1 StR 435/15, StraFo 2016, 169

2. Überweisung auf neu eingerichtetes Geschäftskonto - §§ 266, 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Veranlasst der Beschuldigte Gesellschaftsgläubiger dazu, geschuldete Geldbeträge auf ein hierfür eigens neu eingerichtetes aber auf den Namen der späteren Schuldnerin geführtes Konto zu überweisen, verwirklicht er weder den Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) noch den des Bankrotts (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Beiseitegeschafft iSd § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind zur Insolvenzmasse gehörende Vermögenswerte erst dann, wenn diese in eine veränderte rechtliche oder tatsächliche Lage verbracht werden, in der den Gläubigern der alsbaldige Zugriff unmöglich gemacht oder erschwert wird.

BGH, Beschluss vom 17.03.2016 – 1 StR 628/15, ZInsO 2016, 516

3. Tatbestandsverwirklichung des Bankrotts bei natürlichen Personen - § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Vorsätzlicher Bankrott durch Verheimlichen von Bestandteilen des Vermögens im Sinne von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist im Falle der Insolvenz einer natürlichen Person bei fortwährendem Verheimlichen bis zur Restschuldbefreiung erst dann beendet, wenn diese erteilt wird.

BGH, Beschluss vom 14.03.2016 – 1 StR 337/15, ZInsO 2016, 792

Erst mit Tatbeendigung beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 78a StGB). Insoweit ist auf den Zeitpunkt abzustellen, bis zu dem der Angriff auf das geschützte Rechtsgut fort dauert. Dieses besteht bei Insolvenzdelikten im Schutz der Insolvenzmasse vor unwirtschaftlicher Verringerung, Verheimlichung und ungerechter Verteilung zum Nachteil der Gesamtgläubigerschaft. Verheimlichen ist dabei jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis der Gläubiger oder der des Insolvenzverwalters entzogen wird. Hiervon ist auch auszugehen, wenn der Täter eine Auskunftspflicht (§§ 20, 97 InsO) verletzt. In diesem Fall ist eine beantragte Restschuldbefreiung zwingend zu versagen (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Wenn sie ausgesprochen wird, perpetuiert bzw. vertieft der Täter das Tatunrecht nicht weiter. Erst mit ihr findet das Verfahren also seinen endgültigen Abschluss.

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Disziplinarverfahren gegen einen Urkundsnotar bei Beteiligung an „Firmenbestattungen“ - § 14 Abs. 2 BNotO

Ein Notar muss seine Mitwirkung bereits bei Handlungen versagen, bei denen erkennbar der Verdacht besteht, dass unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden sollen.

BGH, Senat für Notarsachen, Beschluss vom 23.11.2015 - NotSt (Brfg) 4/15, ZInsO 2016, 393

S. zu der Entscheidung die Anm. von Schmittmann, NZI 2016, 124. In der zu entscheidenden Sache waren Anteilsübertragungen auf 19 Gesellschaften mit Sitz in England erfolgt, für die nur 16 Personen aufgetreten waren; überdies war die Mehrzahl der Gesellschaften inaktiv oder gar schon gelöscht. Bei einem derartigen Sachverhalt muss der Notar konkret ergründen, was mit den von ihm beurkundeten Transaktionen bezweckt werden soll, weil mögliche Aktivitäten von „Firmenbestattern“ (s. hierzu etwa Kümmel, wistra 2012, 165; Werner, NZWiSt 2013, 148; Schütz, wistra 2016, 53) hier auf der Hand liegen.

2. Auskunfts- und Mitteilungspflichten des Schuldners - §§ 20, 97 InsO

Die den Schuldner im eröffneten Verfahren treffenden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gelten auch im Nachtragsverteilungsverfahren; sie können mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden.

BGH, Beschluss vom 25.02.2016 – IX ZB 74/15, ZInsO 2016, 898

Zu der momentan verbreitet diskutierten strafrechtlichen (Verwendungs- und Verwertungs-) Problematik im Zusammenhang mit den insolvenzrechtlichen Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 InsO vgl. etwa Püschel/Paradissis, ZInsO 2015, 1786; Weyand, ZInsO 2015, 1948; Püschel, ZInsO 2016, 262; Haarmeyer ZInsO 2016, 545.

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Auswirkung einer Verurteilung wegen verspäteter Insolvenzantragstellung auf die Erlaubnis zur Fahrgastbeförderung - § 11 Abs. 1 Satz 4 FeV

Die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Insolvenzantragspflicht begründet Zweifel an der charakterlichen Eignung zur Beförderung von Fahrgästen.

VG München, Beschluss vom 02.09.2015 - 6b E 15.2962, ZInsO 2016, 582 m. krit. Anm. Weyand

2. Widerruf der Approbation wegen Insolvenzverschleppung - §§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 4 Abs. 2 Satz 1 ZHG

Ein Zahnarzt, der wegen Insolvenzverschleppung, Subventionsbetruges und Betruges zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, genießt nicht mehr das für die Ausübung seines Berufes als Zahnarzt unabdingbar nötige Ansehen und Vertrauen.

BVerwG, Beschluss vom 16.02.2016 – 3 B 68/14, ZInsO 2016, 795

Zur Problematik des Widerrufs der Approbation als Nebenwirkung von Strafverfahren vgl. zusammenfassend von Dorrien, PStR 2016, 114

3. Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister bei anhängigem Insolvenzverfahren - § 11 Abs. 2 Nr. 1 SchfG Sachsen Anhalt

Ein Bezirksschornsteinfegermeister, der erhebliche Zahlungsrückstände bei öffentlich-rechtlichen Gläubigern hat entstehen lassen, ist persönlich und fachlich bzgl. der Ausübung seines Berufs unzuverlässig. Die persönliche Zuverlässigkeit für die Berufsausübung setzt voraus, dass sie der Kläger sowohl willentlich wie hinsichtlich der notwendigen Fähigkeiten aus eigenem Antrieb erbringt. Die für deren Wiedererlangung erforderliche grundlegende Verhaltensänderung ergibt sich nicht bereits aus der Durchführung eines Insolvenzverfahrens.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 03.12.2015 - 1 L 27/14, ZInsO 2016, 796

Mit der Entscheidung führt das Gericht seine bisherige Rechtsprechung fort; vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27.12.2013 - 1 L 112/13, ZInsO 2014, 1371.

Internationales

Schweiz

Rechtsanwalt Dr. Roland M. Ryser, Rechtsanwalt Friedrich Frank; beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der vorliegende Länderbericht wartet mit einer Neuheit auf: dem Entscheid einer Rechtsmittelinstanz, des Obergerichts des Kantons Solothurn, in einem Strafverfahren gegen ein Unternehmen, nämlich der Schweizer Post. Erstmals werden wichtige materiell-rechtliche und prozessuale Fragen rund um das Unternehmensstrafrecht einem Praxistest unterzogen, nachdem dieses bereits seit dem Jahre 2003 in Kraft ist.

Auch wenn dieses Urteil des Obergerichts in der Schweiz zumindest in Rechtskreisen für grosse Aufmerksamkeit sorgte, so ist dies doch nichts im Vergleich zur Umsetzungsgesetzgebung der Ausschaffungsinitiative, welche am 1. Oktober 2016 in Kraft treten und die Wegweisungspraxis insbesondere auch bei wirtschaftsstrafrechtlichen Delikten ganz erheblich verschärfen wird. Die in diesem Zusammenhang geschaffenen Art. 66a ff. nStGB werden auf die Praxis gravierende Auswirkungen haben.

Nicht unerwähnt bleiben sollen aber auch die nachfolgend ebenfalls besprochenen Entscheide des Bundesgerichts, in welchem die Reichweite der Opfermitverantwortung beim Betrug weiter konkretisiert wird, und des Bundesstrafgerichts, in welchem sich das Gericht erneut mit der Anwendbarkeit strafprozessualer Regelungen im Verwaltungsstrafverfahren auseinandersetzt.

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

Am 1. Oktober 2016 tritt die Umsetzungsgesetzgebung der Ausschaffungsinitiative in Kraft, welche bereits in November 2010 vom schweizerischen Stimmvolk angenommen wurde. Das StGB wird in Art. 66a um die obligatorische (und nicht mehr nur fakultative) Landesverweisung ergänzt, wonach ausländische Personen ohne Bürgerrecht bei einer Verurteilung von Straftaten gemäss Katalog des Art. 66a Abs. 1 nStGB für 5 – 15 Jahre zwingend des Landes verwiesen werden, es sei denn es liegt ein persönlicher Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 nStGB vor.¹

Vom Katalog des Art. 66a Abs. 1 nStGB sind neben schweren auch vergleichsweise geringfügige Straftaten erfasst, etwa der Diebstahl, wenn dieser mit einem Hausfriedensbruch kombiniert wird (z.B. beim Wohnungseinbruchsdiebstahl) und der Sozialhilfebetrug. In wirtschaftsstrafrechtlicher Hinsicht sind vor allem die folgenden Katalogtaten relevant: qualifizierte Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB), gewerbsmässiger Betrug (Art. 146 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2 StGB), gewerbsmässiger Wucher (Art. 157 Ziff. 2 StGB), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB), Leistungs- und Abgabebetrug (Art. 14 Abs. 1, 2 und 4 VStrR), Steuerbetrug, Veruntreuung von Quellensteuern oder eine andere Straftat im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben, die mit einer Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist.

Von der zwingenden Landesverweisung kann nur abgesehen werden, wenn die sog. Härtefallklausel des Art. 66a Abs. 2 nStGB greift. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Landesverweisung „für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.“ Hinsichtlich der Anwendung der Härtefallklausel wird es also auf eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen ankommen, wobei zum jetzigen Zeitpunkt nicht abzusehen ist, wie diese von den zuständigen Gerichten vorgenommen werden wird.

Zusammengefasst sei an dieser Stelle auf folgende Besonderheiten hingewiesen:

- Erfasst sind nur Straftaten, welche nach dem Inkrafttreten des Art. 66a StGB, also nach dem 1. Oktober 2016, begangen werden.
- Die Landesverweisung wird bei sämtlichen Begehungsformen zwingend ausgesprochen, also auch bei Anstiftung und Gehilfenschaft zu einer Katalogtat. Dies gilt auch für die versuchte Begehung einer Katalogtat.
- Droht eine Landesverweisung, stellt sich dies immer als ein Fall sog. notwendiger Verteidigung (Art. 130 nStPO) dar.
- Der obligatorische Landesverweis kann nur vom Strafrichter ausgesprochen werden. Im Strafbefehlsverfahren ist dies nicht möglich (Art. 352 Abs. 2 nStPO).
- In Art. 66a^{bis} nStGB wird die fakultative Landesverweisung wieder eingeführt, wonach eine Landesverweisung durch den Strafrichter auch für Delikte ausgesprochen werden kann, die nicht im Katalog des Art. 66a nStGB aufgeführt sind.

¹ Vgl. zum Text der Art. 66a ff. StGB: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/2735.pdf> (zuletzt besucht am 20. Juni 2016). Die Botschaft ist abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/9459.pdf> (zuletzt besucht am 20. Juni 2016). Ausführlich zu alledem auch Münch/De Weck, Die neue Landesverweisung in Art. 66a ff. StGB, Anwaltsrevue 2016, S. 163 ff.

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn Nr. STBER.2011.32 vom 19. November 2015² (Freispruch von "Die Schweizerische Post, Rechtsnachfolgerin Die Schweizerische Post AG" vom Vorwurf der Geldwäscherei)

a) Sachverhalt

Mit Urteil des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 19. April 2011 wurde "Die Schweizerische Post" als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt in Anwendung von Art. 102 Abs. 2 StGB wegen Geldwäscherei i.S.v. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB zu einer Unternehmensbuße von CHF 250'000.-- verurteilt. Auslöser des unternehmensstrafrechtlichen Verfahrens war eine Barauszahlung am Postschalter in Solothurn über CHF 4,6 Mio. am 11. Februar 2005. Dieser Betrag war erst am Vortag auf dem Postkonto des involvierten Finanzintermediärs eingetroffen und stammte aus einem Anlagebetrug. Der von der zuständigen Schalterangestellten wegen des ungewöhnlichen Barbezugs kontaktierte Compliance-Mitarbeiter klärte vor Genehmigung der Transaktion lediglich ab, ob das Konto nicht gesperrt und darauf genügend Geld vorhanden war. Das Gericht befand, dass diese Abklärungen geldwäschereirechtlich ungenügend waren und "Die Schweizerische Post" insbesondere über keine hinreichenden Reglemente für entsprechende Transaktionen verfügte, was einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB begründe.

b) Entscheid

Das Solothurner Obergericht hob diesen Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten mit Urteil vom 19. November 2015 berufsungsweise auf und sprach "Die Schweizerische Post" bzw. deren Rechtsnachfolgerin "Die Schweizerische Post AG" vom Vorwurf der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB vollumfänglich frei. Das Urteil ist nach aktuellem Kenntnisstand noch nicht rechtskräftig und wurde mit Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen, welches als letzte Instanz darüber zu befinden haben wird.

c) Bemerkungen

Nach der per 1. Oktober 2003 in Kraft getretenen unternehmensstrafrechtlichen Haftungsnorm von Art. 102 StGB können sich Unternehmen strafrechtlich verantwortlich machen, wenn ein im Unternehmen begangenes Verbrechen oder Vergehen (die sog. Anlassstat) wegen eines Organisationsmangels keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 StGB) oder das Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um bestimmte in der Norm abschliessend enumerierte wirtschaftsstrafrechtliche Delikte (z.B. Geldwäscherei, Bestechung etc.) zu verhindern (Art. 102 Abs. 2 StGB)³. Bisherige Verurteilungen von Unternehmen erfolgten soweit ersichtlich lediglich in der Form von staatsanwaltschaftlichen Strafbefehlen und wurden mangels Anfechtung nicht gerichtlich überprüft. Insofern stand im vorliegenden Berufungsverfahren am Solothurner Obergericht das Unternehmensstrafrecht erstmals auf dem Prüfstand eines höheren kantonalen Gerichts. Dem Urteil lassen sich Antworten auf einige wichtige unternehmensstrafrechtliche Fragestellungen sowohl materieller als auch prozessualer Natur entnehmen:

Das Solothurner Obergericht gründete den Freispruch darauf, dass die von Art. 102 Abs. 2 StGB vorausgesetzte Anlassstat nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv nachgewiesen werden muss. Vorliegend stellte die Bargeldtransaktion über CHF 4,6 Mio. in objektiver Hinsicht zwar eine Geldwäschereihandlung dar, in subjektiver Hinsicht konnte aber bei keinem Mitarbeiter ein hinreichender Geldwäschereivorsatz festgestellt werden. Die Staatsanwaltschaft hatte ein gegen die verantwortlichen Schalterangestellten geführtes Geldwäschereiverfahren mangels Vorsatzes eingestellt, während gegen den involvierten Compliance-Mitarbeiter überhaupt kein Verfahren eröffnet worden war. Der Auffassung der Vorinstanz,

² Abrufbar unter <https://www.so.ch/gerichte/obergericht/aktuelle-entscheide/urteile/23122015-straftkammer/> (zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

³ Näher zum Unternehmensstrafrecht *Ryser/Kuchowsky*, Die Strafbarkeit des Unternehmens, Der Schweizer Treuhänder, ST 2005, s. 583 ff.; *Ryser*, Outsourcing, Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung, Diss. Zürich 2006.

der erforderliche Geldwäschereivorsatz sei durch die Compliance-Abteilung als Ganzes erfüllt worden, wurde durch das Obergericht eine Absage erteilt. Es könne aufgrund des Beweisergebnisses nicht angehen, beim nachweislich involvierten Compliance-Mitarbeiter den Vorsatz als nicht gegeben zu erachten, bei weiteren unbekannt gebliebenen Mitarbeitern hingegen schon.

In prozessualer Hinsicht hielt das Obergericht fest, dass sich die Verjährung der unternehmensstrafrechtlichen Haftung nach der Verjährungsfrist für die ihr zugrunde liegende Anlasstat richte. Das Schweizerische Bundesgericht hatte bisher lediglich entschieden, dass die unternehmensstrafrechtliche Verjährungsfrist gleichsam mit der Verjährung der Anlasstat zu laufen beginne, ohne jedoch die anwendbare Verjährungsfrist selbst zu bestimmen⁴.

Bemerkenswert sind schliesslich die Ausführungen des Obergerichts zur Anwendung von Art. 102 StGB nach Umstrukturierungen des betroffenen Unternehmens. "Die Schweizerische Post" als öffentlich-rechtliche Anstalt wurde während laufendem Strafverfahren in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft unter der Firma "Die Schweizerische Post AG" umgewandelt. Der von der Anlasstat betroffene bisher unselbständige Geschäftsbereich der PostFinance wurde dabei in eine von "Die Schweizerische Post AG" gehaltene privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgegliedert. Das Gericht hielt fest, dass die Post unter ihrer neuen Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft dieselben Aufgaben wahrnehme wie die bisherige Post und insbesondere weiterhin über die PostFinance AG im Bereich des Zahlungsverkehrs tätig sei. Auch in Beachtung des Schuldprinzips könne deshalb eine strafrechtliche Verantwortung der neuen "Die Schweizerische Post AG" für das der bisherigen "Die Schweizerische Post" als öffentlich-rechtliche Anstalt vorgeworfene Verhalten eintreten.

2. Urteil des Bundesgerichts Nr. 6B_887/2015 vom 8. März 2016⁵ (Kassation des vorinstanzlichen Urteils wegen Betrugs)

a) Sachverhalt

X bestellte im Internet einen Drucker, obwohl er weder willens noch in der Lage war, den Kaufpreis von CHF 2'210.00 zu bezahlen. Nach dessen Lieferung unterliess er die fristgerechte Bezahlung der Rechnung, ignorierte Mahnungen der Verkäuferin und entzog sich jeglichen Kontaktversuchen. Sein Briefkasten war mit Klebeband versehen, so dass keine Post zugestellt werden konnte. Die Verkäuferin konnte den Kaufpreis schliesslich erst unter dem Druck des Betreibungsverfahrens erhältlich machen.

Die Vorinstanz, das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, verurteilte ihn dafür wegen Betrugs nach Art. 146 StGB. Er habe die Verkäuferin bei der Bestellung des Druckers über seine Leistungsfähigkeit und seinen Leistungswillen getäuscht.

b) Entscheid

Das Schweizerische Bundesgericht hob das Urteil des Appellationsgerichts auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung bzw. zum Freispruch von der Anklage des Betrugs zurück. Es erwog, dass die vorinstanzliche Verurteilung von X wegen Betrugs Bundesrecht verletze, da keine arglistige Täuschung i.S. des Betrugstatbestands vorliege.

Mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest, dass die Vorspiegelung des Leistungswillens grundsätzlich arglistig sei, weil sie eine innere Tatsache betreffe, die vom Vertragspartner ihrem Wesen nach nicht direkt überprüft werden könne. Arglist könne bei einfachen falschen Aussagen gegeben sein, wenn eine weitere Überprüfung nicht handelsüblich ist, etwa weil sie sich im Alltag als unverhältnismässig erweise und die konkreten Verhältnisse eine nähere Abklärung nicht nahelegen oder gar aufdrängen und dem Opfer diesbezüglich keine Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann. Arglist scheidet aus, wenn der Getäuschte den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können.

⁴ BGer vom 21. Juli 2014, 6B_7/2014, E. 3 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140721_6B_7-2014.html), zuletzt besucht am 20. Juni 2016; übersetzt in: Die Praxis 12/2014, Nr. 115, S. 915-927).

⁵ Abrufbar unter: http://sorministry.unibe.ch:8080/tools/aBgerDnLd.exe?Command=Get&AZ=6B_887/2015&Format=Cache (zur amtlichen Publikation vorgesehen; zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

Die Vorinstanz hatte unter dem Element der Arglist erwogen, dass es sich beim Verkauf des fraglichen Druckers im Internet um ein Alltagsgeschäft gehandelt habe, bei dem es unüblich sei, vertiefte Abklärungen über die Bonität eines Kunden zu tätigen. Insbesondere mit Blick auf die geringen Margen in dieser Branche wäre dies mit einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand verbunden. Zudem hätten keinerlei konkrete Anhaltspunkte vorgelegen, dass die Verkäuferin, abweichend von ihren handelsüblichen Gepflogenheiten, zur Einholung weiterer Auskünfte veranlasst oder verpflichtet gewesen wäre. Entsprechend hatte das Appellationsgericht Arglist angenommen.

Das Bundesgericht gab der Vorinstanz zwar darin Recht, dass der Regelfall des Geschäftsalltags nicht aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestands ausgeklammert werden dürfe. Allerdings handle es sich bei der vorliegenden Bestellung eines leistungsstarken Druckers der Mittelklasse mit einem Preis von rund CHF 2'200.00 gerade nicht um ein solches Alltagsgeschäft. Die Lieferung auf Rechnung bei im Internet bestellten Waren sei jedenfalls bei Produkten mit einem höheren Warenwert generell eher unüblich. Indem die Verkäuferin den für eine Privatperson unüblich leistungsstarken und teuren Drucker auf Rechnung (statt nach gesicherter Bezahlung über Kreditkarte oder per Vorkasse) an eine ihr unbekannt Privatperson lieferte, sei sie bewusst ein gewisses Risiko eingegangen, zumal sie keinerlei Abklärungen hinsichtlich der Bonität des Käufers tätigte. Das Verhalten der Verkäuferin müsse entsprechend als leichtfertig eingestuft werden, weshalb keine arglistige Täuschung durch den Käufer vorliege.

c) Bemerkungen

Das Urteil des Bundesgerichts zum betrugsrechtlichen Tatbestandsmerkmal der Arglist hat praktische Konsequenzen: Verkäufer, die im Internet bestellte Waren von einigem Wert statt gegen Vorkasse bzw. Bezahlung per Kreditkarte auf Rechnung versenden, sind verpflichtet, Bonitätsabklärungen beim Käufer zu tätigen. Andernfalls müssen sie sich den Vorwurf gefallen lassen, grundlegendste Vorsichtsmassnahmen missachtet zu haben, und es bleibt ihnen die Berufung auf den Tatbestand des Betrugs unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung verwehrt. Entsprechend müssen sie sich auf zivil- bzw. betriebsrechtlichem Weg beim Käufer schadlos zu halten versuchen, statt die Vorzüge eines Strafverfahrens – welches die vergleichsweise einfache adhäsionsweise Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen mittels staatlicher Beweiserhebung ermöglicht – in Anspruch nehmen zu können.

3. Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2015.13 vom 1. März 2016⁶ (Siegelungsbefugnis im Verwaltungsstrafverfahren)

a) Sachverhalt

Das schweizerische Heilmittelinstitut, die Swissmedic, führt seit 2013 ein Verwaltungsstrafverfahren gegen B im Zusammenhang mit der C-AG wegen des Verdachts einer strafbaren Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte durch Herstellung und Inverkehrbringung von Transplantaten. Im Juli 2015 wurde das Strafverfahren auf die Verantwortlichen der Klinik D-AG ausgedehnt, dies auch gegen deren Verwaltungsratspräsidenten, den A. In der Folge kam es zu mehreren Hausdurchsuchungen, unter anderem auch bei der C-AG, bei welchen Dokumente beschlagnahmt wurden.

A reichte daraufhin einen Siegelungsantrag ein und verlangte die Siegelung der bei der C-AG beschlagnahmten Beweismittel und Unterlagen. Die Swissmedic kam diesem Antrag nach, versiegelte die besagten Dokumente und stellte einen Entsiegelungsantrag bei der zuständigen Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts.

b) Entscheid

Das Bundesstrafgericht ging auf den von der Swissmedic gestellten Entsiegelungsantrag nicht ein, da schon die Voraussetzungen für eine Siegelung nicht erfüllt seien. Denn eine solche Siegelungsbefugnis stünde nur dem eigentlichen Inhaber bzw. dem unmittelbaren Besitzer der Aufzeichnungen zu, nicht aber dem A. Denn die fraglichen Unterlagen wurden nicht bei ihm, sondern der C-AG beschlagnahmt.

⁶ Abrufbar unter: http://bstger.weblaw.ch/pdf/20160301_BE_2015_13.pdf (zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

Dies steht im Gegensatz zur neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 248 StPO, nach welcher nicht nur der Inhaber, sondern auch andere Personen, denen ein rechtlich geschütztes Interesse an den Unterlagen oder der Geheimhaltung des Inhalts zukommt, zur Siegelung legitimiert sind.⁷ Das Bundesstrafgericht setzt sich mit dieser Rechtsprechung auseinander, hält sie auf Art. 50 Abs. 3 VStrR indes für nicht anwendbar. Darüber hinaus habe das Bundesgericht schon in Bezug auf die Entsiegelungsfrist des Art. 248 Abs. 2 StPO eine entsprechende Anwendung im Verwaltungsstrafrecht verneint. Zuletzt sei der französische und italienische Wortlaut von Art. 50 Abs. 3 VStrR eindeutiger als jener des Art. 248 Abs. 1 StPO und lasse aufgrund dessen keine andere Auslegung zu.

Nach dem Entscheid der Beschwerdekammer kann die Swissmedic die Dokumente mangels Siegelung also sichten, müsse dabei aber gleichwohl, wie das Bundesstrafgericht ausdrücklich festhält, schützenswerte Berufsgeheimnisse, konkret Arztgeheimnisse, wahren.

c) Bemerkungen

Der Beschluss des Bundesstrafgerichts steht in einer Reihe neuerer Urteile⁸, in welchen es um die Anwendung strafprozessualer Regelungen auf das Verwaltungsstrafverfahrensrecht geht. Mehrheitlich wurde, wie hier, eine solche Anwendung zum Nachteil der Betroffenen verneint. Dies überzeugt nicht.

Im seinem Entscheid vom 27. September 2005 führte das Bundesgericht noch aus, dass es „dem Willen des Gesetzgebers [entspreche], die Durchsuchung von Papieren im Verwaltungs- und im Bundesstrafverfahren nach gleichen Grundsätzen zu regeln.“⁹ An diesem Willen des Gesetzgebers hat sich nichts geändert, was sich auch an der Siegelungsbefugnis im Rahmen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zeigt. Diese wird Dritten auch dann zugesprochen, wenn die Rechtshilfe in einer verwaltungsstrafrechtlichen Anlasstat begründet liegt.¹⁰ Im Übrigen wäre eine Ungleichbehandlung als Verstoß gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch wertungswidersprüchlich, denn es gibt keinen Grund, dem Geheimnisträger in einem Verwaltungsstrafverfahren weniger Schutz zuzusprechen, als in einem ordentlichen Strafverfahren.

An einem solchen Verständnis ändert auch der Entscheid des Bundesgerichts nichts, in welchem das Gericht die 20-Tages-Frist des Art. 248 Abs. 2 StPO zur Stellung des Entsiegelungsantrages im Verwaltungsstrafverfahren für nicht anwendbar erklärt.¹¹ Denn hier ging es um eine behördliche *Pflicht*, innerhalb welcher Anträge gestellt werden müssen, nicht aber um ein *Recht* des betroffenen Geheimnisträgers (nämlich jenes zur Siegelung). Eben dieses Recht ist unzweifelhaft höher und vor allem ganz anders zu gewichten als die behördliche Pflicht zur Fristenwahrung. Im Übrigen wollte das Bundesgericht mit seinem Entscheid sicher nicht die Reichweite des Siegelungsanspruchs festlegen. Denn dies geschah ja bereits durch das vorerwähnte Urteil vom 27. September 2005, in welchem eine Gleichbehandlung des Siegelungsrechts in Bundesstrafprozess- und Verwaltungsstrafverfahrensrecht ausdrücklich postuliert wird.

Zuletzt lässt auch der Wortlaut des Art. 50 Abs. 3 VStrR eine über den Inhaber hinausgehende Siegelungsbefugnis dritter Geheimnisträger im Verwaltungsstrafverfahren zu. Folgerichtig gewährte das Bundesgericht nicht nur dem Inhaber der Papiere, sondern auch dem Angeschuldigten und jedem anderen direkt Betroffenen einen Siegelungsanspruch; dies bis zum bereits mehrfach erwähnten Entscheid vom 27. September 2005 seit seinem Urteil vom 9. Mai 1978.^{12,13}

⁷ Eingehend zur Siegelungslegitimation gemäss StPO *Burckhardt/Ryser*, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses, AJP 2013, S. 165 f.

⁸ Vgl. dazu bereits *Eicker/Frank/Glatthart*, Wij 2013, S. 50 f. (abrufbar unter: <http://www.wij.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/157-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>) und *Blattner/Leu/Frank*, Wij 2013, S. 171 f. (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/196-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>).

⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2005 (15.28/2005), E. 2.4.2., abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/050927_15_28-2005.html (zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

¹⁰ Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 21. März 2012 (BE.2012.1), abrufbar unter: http://bstger.weblaw.ch/pdf/20120321_BE_2012_1.pdf (zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

¹¹ Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2013 (1B_637/2012), abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/130508_1B_637-2012.html (zuletzt besucht am 20. Juni 2016).

¹² BGE 104 IV 125 = Praxis 1978, Nr. 171, vgl. dazu auch *Hauri*, VStrR 1999, Bem. 14a zu Art. 50; ähnlich weitgehend BGE 106 IV 413, E. 8a.

¹³

Veranstaltungen und politische Diskussion

Individual- und Unternehmenssanktionen

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwältin Sarah Landsberg, Frankfurt a. M.; Rechtsanwalt Patrick Müller-Sartori, Köln; Rechtsanwalt Dr. Christian Rosinus, Frankfurt a. M.; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Rechtspflegerin und Gerichtsvollzieherin Gundula Seeger, Stuttgart; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Hansestadt Lübeck

Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. zum Referentenentwurf „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“

Vorbemerkung: Inzwischen liegt der an etlichen Stellen weiterentwickelte Regierungsentwurf vor. Abweichungen zum Referentenentwurf sind kenntlich gemacht. „RegE: +“ zeigt, wo unseren Bedenken Rechnung getragen wurde.

I. Ausgangslage

Neben der Bereitschaft, sich mit dem Gedanken einer völligen Neuregelung des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vertraut zu machen, stößt die dem Referentenentwurf zugrundeliegende Systematik auf im Kern weitgehende Zustimmung. Allerdings erscheint es als erforderlich, manche Schnittstellen zwischen den betroffenen Rechtsgebieten noch präziser herauszuarbeiten. Dabei gilt es ab und an, die Wortfassung auf das inhaltlich Gemeinte zu beschränken, zuweilen um die Frage der Berechtigung eines Vorschlags, zum Teil aber auch um die Prüfung, ob die vorgesehene Abgrenzung tatsächlich i.S. der Ziele des Entwurfs selbst sachgerecht ist.

Auf einige Streitfragen wurde bereits in der Literatur hingewiesen (*Bittmann*, NZWiSt 2016, 131; *ders.*, ZinsO 2016, 873; *Köllner/Cyrus/Mück*, NZI 2016, 329; *Müller-Sartori*, WiJ 2016, 87). Auf sie kann nachfolgend nicht sämtlich eingegangen werden. Neben grundlegenden Themen finden sich jedoch auch Überlegungen zu weiteren Einzelfragen.

Jede Beurteilung des Referentenentwurfs trifft zunächst auf das Problem, dass sich die objektiv-rechtlichen Auswirkungen der Neuregelung nicht wirklich überblicken lassen. Anders als bei anderen Gesetzesvorhaben stellt sich nämlich nicht nur die Frage nach dem Verständnis der neuen Vorschriften je für sich und untereinander, sondern vor allem und das in sehr vielfältiger Weise, wie sie sich zum Gefüge anderer Rechtsgebiete verhalten, es verändern, dies sollen (oder nicht) und ob sich das Neue in das Bisherige harmonisch einfügt (oder nicht). Zudem hat sich herausgestellt, dass sich eine Fülle von Folgeproblemen entweder stellt oder eben gerade nicht, je nachdem, welchen Inhalt und welche Reichweite einer vorgeschlagenen Bestimmung beigemessen wird. Insoweit besteht zusätzlicher Bedarf, Klarstellungen entweder im Gesetzestext selbst oder zumindest in der Begründung des nachgehenden Regierungsentwurfs vorzunehmen.

II. Grundlegende Fragen

1. Übergang vom Rückgewinnungs- zum Entschädigungsmodell

Die Notwendigkeit eines derartigen Systemwechsels kann mangels Vorliegens belastbarer sozialwissenschaftlich gewonnener Erkenntnisse nur schwer beurteilt werden. Letztlich handelt es sich jedoch um eine Entscheidung innerhalb des dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Spielraums.

Unbeschadet dessen stellt sich jedoch die Frage, ob das Entschädigungsmodell nicht näher konkretisiert werden müsste. Das gilt sowohl in Bezug auf die Erstreckung auf Anwalts-, ja selbst auf Bagatellfälle, als auch (und besonders aufgrund der vorgesehenen Ausgestaltung vorläufig sichernder Maßnahmen als Regelfälle) im Hinblick auf die Erforderlichkeit jenseits insolvenznaher Vermögensverhältnisse. Diese Umstände sind gewiss im Zusammenhang mit der vom Entwurf betonten verstärkten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachtlich. Gleichwohl wäre es für die Praxis hilfreich, abwägungsrelevante Umstände in der Begründung näher darzulegen. RegE: +

2. Bruttoprinzip

a) Der Entwurf hält am Bruttoprinzip fest, sieht für die Bestimmung des Erlangten aber zwei Schritte vor. Ausgangspunkt ist der gesamte reine Zufluss, § 73 Abs. 1 StGB-E. Bei der Bestimmung von dessen Wert sind jedoch nicht tatbezogene Aufwendungen abzuziehen, § 73e Abs. 1 StGB-E (RegE: § 73d StGB-E). Der Versuch, der nicht durchweg stringenten Rechtsprechung gesetzlich Konturen zu verleihen, bedarf allerdings noch der Verfeinerung.

Die vorgeschlagene Fassung trennt zwischen „Erlangtem“ und dessen „Wert“. Aufwendungen mindern jedoch nicht den Wert des Erlangten an sich, sondern sind nur geeignet, den Einziehungsumfang zu verringern. Es bedarf deshalb durchweg, d.h. sowohl im Gesetz als auch in der Begründung, der Differenzierung zwischen *Erlangtem* und dem *Einziehenden*.

Im Fall des noch vorhandenen Erlangten wäre der Abzug von Aufwendungen nur mittels Ausgleichzahlungen möglich. Das aber ist ersichtlich nicht gemeint. § 73e StGB-E kann demnach nur für die Einziehung von Wertersatz bedeutsam sein. Das sollte im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden.

b) Die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Erlangtem und Einziehendem belegt zudem, dass die Bestimmung des § 73e Abs. 1 StGB-E selbst nichts über das Erlangte, das Begriffsverständnis und den Umfang, aussagt. Daraus resultiert die Gefahr, dass die von der Rechtsprechung unausgetragenen Konflikte auch unter dem neuen Recht fortauern könnten. Das wäre bedauerlich. Um dies zu vermeiden sollte daher geprüft werden, ob in Gesetz oder Begründung Näheres zum Verständnis des Begriffs des Erlangten aufzunehmen ist.

aa) Der Entwurfssystematik folgend widmet sich der erste Schritt, also im Hinblick auf das Erlangte, allein der Seite des Zuflusses und folgt damit insoweit der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH, spricht sich damit zugleich gegen die Auffassung z.B. des 5. Strafsenats aus, der in Fällen wechselseitiger Leistung und Gegenleistung, wie es idealtypisch beim Vertrag der Fall ist, nur die Abrede, den Vertragsschluss, und damit die Chance auf den Gewinn als erlangt betrachtet. Dem Anliegen derjenigen, welche die Rechtsprechung des 1. Strafsenats ablehnen, trägt der Entwurf jedoch Rechnung, allerdings erst im 2. Schritt, § 73e Abs. 1 StGB-E, und beschränkt auf Aufwendungen, die nicht der Vorbereitung oder Durchführung der Tat dienen.

Die Übernahme der Rechtsprechung des 1. Strafsenats in den ersten Schritt des Entwurfs kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass das neue Merkmal „durch“ an die Stelle des vom 5. Strafsenats befürworteten Unmittelbarkeitsgrundsatzes tritt. Allerdings bestehen Unklarheiten dahingehend, ob schon damit zugleich auch die Beschränkung der Abschöpfung auf das aus der Rechtsgutsverletzung Erlangte verdeutlicht werden soll, oder ob diese Aufgabe allein § 73e Abs. 1 StGB-E zgedacht ist. Beides wäre logisch denkbar. Die systematische Klarheit spricht jedoch für letztere Variante. Dann aber liegt es nahe, das jeweils Gemeinte in beiden Bestimmungen sprachlich schärfer zum Ausdruck zu bringen. *Erlangt* ist danach all das, was dem Empfänger aufgrund des Tatgeschehens und der dabei getroffenen Abreden zufließt. Bei der Einziehung von Wertersatz sind hingegen alle Aufwendungen abzuziehen, deren Zufluss nicht aufgrund *Rechtsgutsverletzung* bemakelt sind.

bb) Auf diese Weise wäre Klarheit geschaffen, dass einerseits nicht allein das aufgrund tatbestandsmäßigen Handelns Zugeflossene erlangt ist, andererseits aber auch das zur Durchführung des Vereinbarten und für sich nicht Bemakelte abgezogen werden könnte. Die bisherige Fassung des § 73e Abs. 1 StGB-E würde demgegenüber die Interpretation erlauben, dass z.B. die reinen Kosten der Durchführung eines Bauvorhabens entweder als der Tat nachfolgend oder der Tatdurchführung (im Beendigungsstadium) dienend nicht abgezogen werden könnten. Es wäre aber unverhältnismäßig, etwa bei einem mittels Zahlung von 10 Mio € ergatterten 100-Millionen-Euro-Auftrag auch die 90 Mio € für (isoliert betrachtet) lega-

le Aufwendungen abzuschöpfen. Damit wandelte sich die Einziehung zu einer Nebenstrafe und könnte nicht mehr wie bisher und im Entwurf als eine kondiktionsähnliche Maßnahme behandelt werden.

Zudem wäre auch die Differenzierung der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen gemäß subjektiver und damit nur indiziell feststellbarer Zwecksetzung, wie sie § 73e Abs. 1 S. 2 StGB-E vorsieht, in sowohl rechtssystematisch zutreffender als auch praxisfreundlicher Weise beseitigt. Gleiches gilt für das bei Zugrundelegen sowohl des Unmittelbarkeitsprinzips als auch dessen Ersetzung im Wege der Aufnahme des Merkmals *durch* auftretende Probleme der Quantifizierung: Anders als etwa bei Betrug und Untreue wäre abschöpfungsrechtlich nicht allein auf den Zeitpunkt der Begehung der Tat abzustellen, sondern allein auf das, was zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich in bemakelter Weise erlangt wurde. Nur, aber eben dies ist auch gemeint!

cc) Da die Fälle des Handelns ohne behördliche Genehmigung in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt sind, sollte die Gelegenheit zu gesetzlicher Klarstellung genutzt werden. Bestand ein Anspruch auf Genehmigung, so sind nur die ersparten Kosten aus der Tat erlangt. Das muss auch für eine im Ermessen stehende Entscheidung gelten, denn sie ist nicht nach freiem, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Damit sollte sie sowohl vorhersehbar, als auch das potenzielle Ergebnis eines Antragsverfahrens nachträglich feststellbar sein. Wäre eine Genehmigung unter Auflagen erteilt worden, so ist allerdings auch der Wert ihrer ersparten Erfüllung abschöpfungsfähig.

dd) Wünschenswert wäre zudem eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung, ob die Einziehung gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann möglich sein soll, wenn die Tat im Versuchsstadium steckenblieb, jemand aber trotzdem bereits etwas erlangt hat.

ee) Erwogen werden könnte ferner, ob auf dem Gebiet der Restitution, bei der es sich der Sache nach trotz strafprozessualer Kleide um Fragen der zivilrechtlichen Güterzuordnung handelt, der Mitwirkung des Betroffenen eine größere Bedeutung als für die Schuld- und Straffrage beigemessen werden sollte. § 73e Abs. 2 StGB-E sieht die Möglichkeit der Schätzung vor. Wie in den Fällen der §§ 266a StGB und 370 AO dürfte dies bedeuten, dass auf eine genaue Spezifizierung nur insoweit verzichtet werden kann, wie weitere Erkenntnisse nicht (in angemessener Weise) gewonnen werden können. Anders als in den genannten Beispielen betrifft § 73e Abs. 2 StGB-E aber keine Fragen des Tatbestands und der Schuld. Demgemäß wäre es verfassungsrechtlich zulässig, den Amtsermittlungsgrundsatz insoweit einzuschränken, als eine Schätzung bereits dann erlaubt würde, wenn der Betroffene keine näheren Angaben zu seinen Aufwendungen zu machen bereit ist und auch keine einschlägigen Belege präsentiert.

In vergleichbarer Weise könnte man dem Betroffenen eine Mitwirkungslast im Hinblick auf Erschwernisse seiner Resozialisierung im Fall vollständiger Vollstreckung der Einziehungsentscheidung, § 459g Abs. 4 StPO-E, und in Bezug auf erbrachte Erfüllungsleistungen, § 73d StGB, hier sogar die Beweislast, auferlegen.

3. Maßgeblichkeit der Ersatzberechtigung

Im Hinblick darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Frage der Ersatzberechtigung eines individuellen Verletzten einen weiteren als den prozessualen Tatbegriff zugrunde legt (kein Verfall gezahlten „Schmiergelds“, wenn es zu Lasten des Auftragnehmers refinanziert wurde; ebenfalls kein Verfall, wenn Umweltschäden von einem Dritten – das kann auch eine Gemeinde sein – beseitigt werden müssen), wäre es sachgerecht, gesetzlich klarzustellen, dass es für die Verletzteneigenschaft dort, wo es für sie weiterhin Sonderregelungen gibt, (z.B. §§ 111i und 459h StPO-E) allein auf die Ersatzberechtigung (und nicht auf die Eigenschaft als Verletzter der materiellen oder prozessualen Tat) ankommt.

Hinzu kommt, dass zuweilen vom *zivilrechtlich* Ersatzberechtigten die Rede ist. Insoweit ist zu bemerken, dass es nicht auf das Rechtsgebiet ankommen kann, aus welchem der Ersatzanspruch resultiert. Das kann z.B. auch das Sozial- und Steuerrecht (§§ 266a StGB, 370 AO) sein. Maßgeblich ist allein, ob ein solcher Ersatzanspruch besteht.

4. Voraussetzungen strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen

Hier sieht der Entwurf insbesondere mit der Aufhebung von § 111b Abs. 2 und 3 StPO eine einschneidende Änderung vor: aus einer Kann-Bestimmung wird eine Soll-Vorschrift (RegE: nur bei Vorliegen „dringender Gründe“). Sichernde Maßnahmen wären danach der Regelfall, obwohl die Notwendigkeit des Vorliegens eines Arrestgrunds entfällt, weiterhin einfacher Tatverdacht genügt und keine Abstufung nach Fristen mehr vorgesehen ist. Nach der Gesetzesbegründung sollen allerdings die entfallenden Kriterien auch zukünftig ihre Bedeutung behalten, diese nur nicht mehr wie bisher in formalisierter Weise entfallen.

a) Das Zutrauen in eine derart vereinfachte gesetzliche Regelung ist berufsspezifisch unterschiedlich ausgeprägt. Wer den Grundsatz der Erforderlichkeit mit dem Bestimmtheitsgebot kombiniert, stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Wer dem Schutz mittels einhegender Formen vertraut, beklagt deren mit ihrem Entfallen für den Beschuldigten eintretende nachteilige Wirkung oder fürchtet umgekehrt eine Häufung von Rechtsmitteln ungeachtet der bisherigen Abstufungen. Wer die Dynamik komplexer Verfahren mit der Arbeitsbelastung sowohl der Justiz als auch der Verteidiger in Verbindung setzt, kann sich leicht vorstellen, dass die Anpassung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen an neue Erkenntnisse in den Hintergrund geraten kann.

b) Obwohl es sich bei den angeführten Umständen (mit Ausnahme der Reichweite des Bestimmtheitserfordernisses für prozessuale Eingriffsgrundlagen) vor allem um Fragen der tatsächlichen Verfahrensgestaltung handelt, also nicht um juristische Grenzen von Eingriffsbefugnissen, erscheint es doch als erwägenswert zu prüfen, ob die bisherige gesetzliche Abstufung nicht beibehalten werden oder zumindest in formeller Hinsicht nicht ersatzlos entfallen sollte.

Zu denken ist z.B. an die Aufnahme einer gesetzlichen Pflicht zu steter Überprüfung etwaigen Anpassungsbedarfs ergriffener vorläufiger Sicherungsmaßnahmen. Ferner könnte evtl. eine Regelung ähnlich wie in § 121 StPO für Haft Sachen, aber angepasst an die nicht deckungsgleichen Umstände bei ergriffenen Sicherungsmaßnahmen, sinnvoll sein, derzufolge das zuständige Oberlandesgericht nach Ablauf bestimmter, allerdings längerer Fristen als bei § 121 StPO die Erfüllung des Anpassungsbedarfs von Amts wegen, auf Antrag auch der sonstigen für den Fortbestand der Maßnahme(n) maßgeblichen Umstände zu prüfen hätte.

Alternativ ist es auf jeden Fall sinnvoll, die Voraussetzungen für die weitere Beschwerde zu erleichtern. Derzeit steht dem Betroffenen jederzeit die nicht fristgebundene Beschwerde offen, gegen die Anordnung eines Arrests von mehr als 20.000 € auch die weitere Beschwerde. Neben der Klarstellung, dass auch die Staatsanwaltschaft weitere Beschwerde einlegen kann, sollte ihre Statthaftigkeit auch auf Vollziehungsmaßnahmen erstreckt werden. Da Beschwerdeentscheidungen nicht in Rechtskraft erwachsen, wäre es überdies sinnvoll, dem Gericht der weiteren Beschwerde (wie in Fällen beantragter vorzeitiger Entlassung aus Strafhaft) auch die Befugnis einzuräumen, eine Frist festzulegen, vor deren Ablauf ein erneuter Antrag auf Überprüfung unzulässig wäre; die Antragsbefugnis aufgrund veränderter Umstände hätte davon natürlich unberührt zu bleiben.

c) Der Umstellung auf das Entschädigungsmodell entsprechend kann es für den Fortbestand einer ergriffenen Sicherungsmaßnahme von vorn herein nicht mehr darauf ankommen, ob der Verletzte seine Rechte selbst verfolgt oder nicht. Es wäre gleichwohl hilfreich, dies in die Begründung ausdrücklich aufzunehmen.

5. Ausgestaltung der strafprozessualen Sicherungsinstrumente

a) Der Entwurf verzichtet darauf, neben der materiellrechtlichen Vereinheitlichung der geltenden Regelungen über Verfall und Einziehung auch ein einheitliches strafprozessuales Sicherungsinstrument zu schaffen. Der wesentliche Grund dafür besteht im Vorrang der gegenständlichen Restitution, die zudem gegenüber dem bisherigen Recht auch auf Fälle verlorener dinglicher Berechtigung, insbesondere des Eigentums, erstreckt wird. Zur Sicherung dieses sehr verständlichen Ziels ist aber die Aufteilung in Beschlagnahme und Vermögensarrest nicht erforderlich. Die Begründung dazu findet sich in der Literatur und muss hier nicht wiederholt werden.

b) Hervorzuheben ist jedoch, dass das Ziel gegenständlicher Restitution auch nach verlorenem Eigentum, auf der Basis des Entwurfs zumindest im Fall der Insolvenz nicht erreicht werden kann, weil der zivilrechtliche Rückübertragungsanspruch (auch im Fall der Aus-

tauschpfändung gemäß § 111d Abs. 2 S. 1 und 2 StPO-E; dazu unten III 7 b cc) eine schuldrechtliche Forderung darstellt, deren Erfüllung im Insolvenzverfahren weder gesichert noch privilegiert ist. Das auf den Insolvenzverwalter verlängerte Verfügungsverbot führt zu einem Patt: der Verwalter darf nicht verwerten, der Verletzte darf aber auch nicht aussondern!

aa) Da das bloße Veräußerungsverbot generell lediglich schuldrechtlich wirkt, bietet es sich an, auch der Beschlagnahme die Wirkung der Begründung eines Arrests beizumessen. Das aber bedeutet, dass es inhaltlich sachgerecht und zudem praxisgerecht wäre, ein einziges Sicherungsinstrument zu schaffen, die einheitliche *strafprozessuale Verfügungssperre*.

bb) Auch ein mit der Beschlagnahme begründetes Pfandrecht, welches den Anspruch auf Rückübertragung des im Zuge der Tat auf einen Dritten übergegangenen Eigentums sichern würde, führte allerdings nur zu einem Recht auf abgesonderte Befriedigung. Da es sich auf den Gesamtwert des körperlichen Gegenstands oder des betroffenen Rechts bezöge, könnte es faktisch zwar am besten mittels Rückübertragung erfüllt werden. Nicht auszuschließen wäre allerdings die Verwertung seitens des Insolvenzverwalters und Auskehr des Verwertungserlöses. Dies widerspräche allerdings dem Ziel des Entwurfs, die gegenständliche Restitution auch in solchen Konstellationen zu ermöglichen. Demgemäß müsste für diese Fälle bestimmt werden, dass das auf der strafprozessualen Verfügungssperre fußende Pfandrecht insoweit sogar zur Aussonderung berechtigt.

c) Diese Regelung wäre Teil der Strafprozessordnung. Hier zeigt sich jedoch exemplarisch, dass die Neuregelung der Vermögensabschöpfung inhaltlich auch das Insolvenzrecht umgestaltet. Um den Beteiligten des Insolvenzverfahrens den Zugang zu den Modifikationen zu erleichtern, wäre es daher sehr hilfreich, in der InsO selbst auf die einschlägigen strafprozessualen Regeln zu verweisen. Dies könnte rechtstechnisch entweder in der Weise geschehen, dass in alle jeweils betroffenen Einzelschriften der InsO ein entsprechender Hinweis aufgenommen werden würde, oder dass in eine neue Vorschrift alle auch insolvenzrechtlich relevanten Bestimmungen der StPO Eingang fänden.

6. Verhältnis von Arresten auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage zueinander

Bislang besteht keine einheitliche Praxis. Zuweilen wird der Arrest gemäß § 324 AO als Sperre für den strafprozessualen Arrest angesehen, zuweilen nicht. Im Verhältnis zwischen zivil- und strafprozessualen Arrest zeigt sich immerhin eine Tendenz dahingehend, dass ein zivilprozessualer Arrest (wenn es dem Verletzten ausnahmsweise gelingt, ihn trotz der restriktiven Rechtsprechung insbesondere der Oberlandesgerichte zu erwirken) das Bedürfnis beseitigen kann, für den (einen) Verletzten Rückgewinnungshilfe zu leisten, umgekehrt aber gerade des Rückgewinnungshilfemodells wegen ein strafprozessualer Arrest den zivilprozessualen Arrestgrund nicht beseitigt. Die Neuregelung will zum einen die „Zwangsvollstreckung“ in einen Vermögensgegenstand, in welchen ein strafprozessualer Vermögensarrest vollzogen wurde, verbieten, § 111h Abs. 2 S. 1 StPO-E, zugleich aber insoweit mit einer Ausnahme davon den steuerrechtlichen Arrest privilegieren, § 111h Abs. 2 S. 2 StPO-E. Beides erscheint systematisch unstimmtig.

a) Dem Entwurf liegt ersichtlich die Annahme paralleler Zulässigkeit von steuerlichem und strafprozessualen (Vermögens-)Arrest zugrunde. Das ist aus der jeweiligen Sachspezifik heraus durchaus verständlich.

aa) Dazu will es jedoch nicht recht passen, die eigene Rechtsverfolgung des Verletzten auf dem Zivilrechtsweg zu beschränken. Zum einen wurde bereits in der Literatur darauf hingewiesen, dass es für die Verletzten wie Steine statt Brot wirken kann, wenn strafprozessual zwar eine erfolgreiche Verwertung gesichert ist, diese aber gerade in Wirtschaftsstrafsachen regelmäßig erst nach Ablauf etlicher, zuweilen mehr als 10 Jahre später zu erwarten ist. Schon deshalb bedarf es der Möglichkeit vorläufiger Vollstreckung, ggf. auch ohne Sicherheitsleistung, in Anlehnung an die ZPO (dazu nachfolgend zu II 7).

Die Beschränkung der Zulässigkeit der Vollstreckung aus einem zivilprozessualen Titel setzt die Verletzten überdies der Gefahr aus, gegenüber anderen Gläubigern ins Hintertreffen zu geraten. Sie kann sich z.B. realisieren, wenn das Verfahren eingestellt wird (näher dazu unten III 4) und der Arrestantrag des Verletzten unter Hinweis auf die strafprozessuale Sicherung wegen Fehlens eines Arrestgrunds abgelehnt worden war. In solcher Lage bleibt der Verletzte ungesichert, obwohl zivilprozessual aufgrund gegenüber dem Strafverfahren anderer Anspruchsgrundlagen und Beweisregeln durchaus ein Anspruch bestehen kann. Zwar

können in einen Gegenstand, in welchen ein strafprozessualer Vermögensarrest vollzogen wurde, auch andere Gläubiger als Verletzte nicht vollstrecken. Ihnen kann zivilprozessual jedoch nicht der Arrestgrund unter Hinweis auf die strafprozessuale Maßnahme verweigert werden. Im Fall der Verfahrenseinstellung oder bei Freispruch und damit jeweils verbundener Aufhebung der strafprozessualen Sicherung wären Allgemeingläubiger folglich sogleich in der Lage, in den freigegebenen Gegenstand zu vollstrecken. Sie verfügten über einen zeitlichen Vorsprung vor Verletzten, die nun erst mit Aussicht auf Erfolg Zivilrechtsschutz suchen und ggf. finden könnten, deren Versuch der Zwangsvollstreckung aber mit der großen Gefahr einer bestenfalls nachrangigen und damit kaum werthaltigen „Sicherung“ verbunden wäre. Diese Benachteiligung Verletzter kann nicht richtig und wird auch nicht intendiert sein.

bb) Angesichts dessen sollte neben einer vorläufigen Vollstreckung im Regierungsentwurf geregelt bzw. in der Begründung angeführt werden, dass

- sich die Anordnung eines Arrests (Vermögensarrest; § 916 ZPO; § 324 AO) jeweils ausschließlich nach den Regeln der einschlägigen Verfahrensordnung richtet, und
- der vollzogene Vermögensarrest nicht die Zwangsvollstreckung und Vollziehung eines anderweit erwirkten Arrests hindert.

Auf diese Weise wäre es Verletzten möglich, sich eine nachrangige Sicherung zu verschaffen, die erst für den Fall der Aufhebung der Vollziehung aus dem strafprozessualen Vermögensarrest ihre volle Bedeutung erlangt, insbesondere erst dann die Verwertung erlaubt. Ergibt sich dies nicht bereits aus der ZPO, so wäre diese Folge strafprozessual im entsprechend veränderten § 111h Abs. 2 StPO-E zu bestimmen.

7. Zeitpunkt der Verwertung

a) Der Entwurf sieht auf der einen Seite die materiellrechtliche Pflicht zu vollständiger Abschöpfung (vorbehaltlich einer Ausblendungsentscheidung gemäß § 421 Abs. 1 StPO-E) vor, auf der anderen Seite ist jedoch der neue § 160b S. 2 StPO-E (im RegE nicht mehr enthalten) nur erklärlich, wenn strafprozessual die Dispositionsbefugnis der zivilrechtlich Beteiligten als vorrangig anerkannt wird. Letzteres sollte in der Begründung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Zudem wäre es aus Gründen der Klarheit sachgerecht, in § 257c StPO selbst, jedenfalls aber in der Gesetzesbegründung zu verdeutlichen, dass die Höhe der Einziehung Gegenstand einer Verständigung sein darf, ersatzweise eindeutig zu bestimmen, dass sich die Ausblendungsentscheidung gemäß § 421 Abs. 1 StPO-E auch auf lediglich einen Teil der begehrten und möglichen Einziehung beschränken darf.

Die Notwendigkeit des Vorrangs folgt nicht nur aus Praktikabilitätsgesichtspunkten – kein Erfordernis hoheitlicher Entscheidung – sondern ist auch materiell-zivilrechtlich und über Art. 14 GG wohl sogar grundgesetzlich geboten.

b) Nach dem Entwurf ist die Entschädigung des Opfers erst nach einer rechtskräftigen Abschöpfungsentscheidung möglich. Diese setzt ein zumindest erstinstanzliches Strafurteil voraus, kann aber auch erst nach dessen Rechtskraft gefällt werden, § 422 StPO-E. Gerade in komplexen Wirtschaftsstrafsachen können Jahre vergehen, bis die Entscheidung über die Einziehung in Rechtskraft erwachsen ist, die Verwertung also erst beginnen kann (s. dazu bereits oben II 6 a aa). Selbst in diesem Stadium können noch aufwendige Hürden zu überwinden sein, bevor zur Auskehrung des Erlöses geschritten werden kann. Abhängig von der Anzahl der Beteiligten und bestehender bzw. fehlender Einigung über Berechtigung und deren Höhe, also auch über die Quote, kann es zu Prätendentenstreitigkeiten kommen, die zwischen verschiedenen Anspruchstellern zivilrechtlich ausgetragen werden. Inzident sind dabei die Rechtsverhältnisse zum Betroffenen, im Fall einer juristischen Person ggf. auch zu einem oder mehreren Verurteilten zu prüfen. Das kann zur Folge haben, dass angesichts der mit dem Wissen vom Geschehen einsetzenden dreijährigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist sämtliche Ansprüche zivilrechtlich nicht mehr durchsetzbar sind.

aa) Es liefe den Zielen des Entwurfs zuwider, in solchen Fällen das Erlangte nicht an die Verletzten auskehren zu müssen, wiewohl der Justizfiskus der „lachende Dritte“ wäre. Zur Sicherung der Durchsetzbarkeit eigener Ersatzansprüche wird jeder Verletzte demzufolge sowieso Rechtsschutz vor den Fachgerichten suchen müssen. Das verhindert der Entwurf zwar nicht, entzieht dem Verletzten aber die strafprozessual arretierten Vermögensgegenstände vorübergehend als Vollstreckungsgrundlage. Bei einer Mehrzahl von Verletzten könnte je-

der einzelne und der Betroffene aufgrund mangelnden Einverständnisses mit der Entschädigung auch nur eines Anspruchstellers die Verwertung bis zur Rechtskraft, also ggf. auf Jahre blockieren.

bb) Der Fachrechtsschutz darf auch nicht mit einer Regelung beschränkt werden, welche allein das Ruhen zivilrechtlicher Verjährung während der Zeiten strafprozessualer Sicherung anordnen würde. Das folgt aus der Tatsache, dass strafprozessual nur das ausgekehrt werden kann, was eingezogen wurde, gemäß dem insoweit korrekturbedürftigen (dazu unten II 9 d; RegE: +) § 459h Abs. 2 S. 1 StPO-E gar nur im Umfang des zuvor strafprozessual gesicherten, der auf den (jeweiligen) Verletzten entfallende Betrag aber erst bei Abschluss des (strafprozessualen oder insolvenzrechtlichen) Verwertungsverfahrens betragsmäßig feststeht. Dem Opfer darf aber nicht verwehrt werden, im Umfang seiner vollständigen zivilrechtlichen Ansprüche selbst Rechtsschutz zu suchen, sofern es sich davon etwas verspricht. Selbst im für den Verletzten besten Fall übersteigt sein zivilrechtlicher Anspruch gegen den Betroffenen und/oder Beschuldigten den Erlös aus dem strafprozessualen Vorgehen, weil er in den seltensten Fällen auf einen actus contrarius (nebst Ersatz von Nutzungen) beschränkt ist, sondern auch Folgeschäden (Sachbeschädigungen, Krankheitskosten, entgangenen Gewinn etc.) und die Kosten der Rechtsverfolgung umfasst – und der Verletzte für all dies keine Hilfe oder gar Erfüllung aufgrund strafprozessualen Vorgehens erwarten kann.

cc) Der Entwurf sichert umfassend die spätere Durchsetzung des Entschädigungsanspruchs (im Umfang des Erlangten), kommt den berechtigten Interessen Verletzter an einer zügigen Durchsetzung ihrer Ansprüche aber nicht (über die Hoffnungen auf den Erfolg einer Erörterung gemäß § 160b S. 2 StPO-E hinaus; im RegE nicht mehr enthalten) entgegen, im Gegenteil, er erschwert Opfern sogar die Verwirklichung ihrer Ansprüche (zumindest für eine gehörige Zeit). Das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung in Gegenstände, in welche ein strafprozessualer Vermögensarrest vollzogen wurde, § 111h Abs. 2 S. 1 StPO-E, darf demgemäß in der vorgesehenen Weise nicht Gesetz werden.

c) Die Befriedigung von Ansprüchen Verletzter vor Rechtskraft ist strafprozessual gewiss ein Fremdkörper. Das hindert aber die Schaffung von Möglichkeiten früherer Hilfe nicht, weil es sich insoweit materiell nicht um Straf-, sondern um Zivilrecht handelt. Demnach kann eine Regelung auch für die Fälle strafprozessualer Sicherung geschaffen werden, welche – ähnlich wie im Zivilrecht die vorläufige Vollstreckbarkeit – eine einstweilige Verteilung ermöglicht. Freiwillig ist nach dem Entwurf sogar eine endgültige Regelung möglich, damit erst recht eine einstweilige. Unter welchen Voraussetzungen eine frühzeitige Auskehr an Verletzte ermöglicht werden soll, bedarf der Prüfung. Die Regelung der ZPO könnte übernommen werden (Arrest- oder Zwangsvollstreckung aus zumindest vorläufig vollstreckbarem Titel gegen oder ohne Sicherheitsleistung) oder es könnte eine Befugnis der Staatsanwaltschaft eingeführt werden, die gerichtlich überprüfbar sein müsste. Nötig wäre für die Fälle möglicher mehrerer Verletzter jedoch immer ein Fristenregime. Dieses könnte an die Mitteilung nach § 111i StPO-E anknüpfen und z.B. nach 3 Monaten die einstweilige Verteilung unter die Verletzten, die sich bis dahin gemeldet haben, in quotal gleichem Umfang gestatten (gegen oder ohne Sicherheitsleistung).

8. Rangfolge der Gläubiger

Die im Entwurf vorgesehene Rangfolge der Gläubiger sollte noch einmal einer grundsätzlichen Überprüfung unterzogen werden. Nach dem bisher Vorgesehenen genießen Verletzte bis zur Insolvenz den Vorrang vor staatlicher Einziehung und vor Allgemeingläubigern des Betroffenen. In der Insolvenz stehen Verletzte und Allgemeingläubiger gleich, § 111i Abs. 1 StPO-E. Ein etwaiges weitergehendes Sicherungsrecht des Justizfiskus ginge hingegen in der Insolvenz beiden Gläubigergruppen vor, ungesicherten Allgemeingläubigern sogar immer, weil das auf einen Vermögensarrest zurückgehende Sicherungsrecht insolvenzfest ausgestaltet ist: § 111h Abs. 1 StPO-E einerseits, § 111i Abs. 1 StPO mit der Beschränkung der Aufhebung im Insolvenzfall auf Sicherungen zu Gunsten Verletzter andererseits.

a) Damit würde wirtschaftlich die Einziehung zu Gunsten des Justizfiskus von den Allgemeingläubigern, ggf. gar auch von den Verletzten finanziert (dazu unten III 8)! Letzteres steht im Widerspruch zu den Zielen des Entwurfs, Ersteres ist mit der Wertung des § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO unvereinbar. Es ist auch im übrigen nicht einzusehen, warum unbeteiligte Dritte ein Sonderopfer erbringen sollen wegen einer Abschöpfungsentscheidung zugunsten des Staates, die ihre Berechtigung nur darin findet, dass aus Straftaten Erlangtes

nicht beim Täter oder sonstigen Begünstigten verbleiben soll. Eine Belastung der Allgemeingläubiger findet in diesem Kondiktionsgedanken keine Rechtfertigung.

aa) Demgemäß ist es zwingend sicherzustellen, dass ein strafprozessuales Sicherungsrecht zu Gunsten des Staates nicht anders behandelt wird als ein Verletzten zu Gute kommendes. Am einfachsten ließe sich dies im Rahmen der Schaffung einer einheitlichen strafprozessualen Verfügungssperre bewerkstelligen, bei der auch insolvenzrechtlich nicht zwischen Delikten mit und ohne individuellen Ersatzberechtigten zu differenzieren wäre.

bb) Dabei könnte es allerdings nicht sein Bewenden haben. Wie der Fall des OLG Nürnberg, ZinsO 2013, 822 zeigt, ist es nicht immer möglich, dass der Insolvenzverwalter strafprozessual gesichertes Vermögen ohne zeitliche Differenz sichert. Um zu verhindern, dass insolvenzbefangenes Vermögen in der Phase zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und tatsächlicher Ausübung der Verfügungsgewalt durch den Insolvenzverwalter beiseitegeschafft wird, ist § 111i Abs. 1 StPO (einheitlich auch für die Fälle des Fehlens eines individuellen Ersatzberechtigten) dahingehend umzugestalten, dass das strafprozessuale Sicherungsrecht nicht etwa wie bislang vorgesehen erlischt (RegE enthält in § 111i Abs. 1 S. 2 StPO-E eine Ausnahme: Fortbestand der Sicherung für Vermögen in Staaten, die das deutsche Insolvenzverfahren nicht anerkennen), sondern in der Weise relativ unwirksam ist, als dass es nicht gegen den Verwalter wirkt (damit aber sowohl für ihn als auch gegen Dritte).

b) Zu erwägen sein könnte überdies, d.h. neben dem Entfallen (bzw. gemäß hiesigem Vorschlag: Nachrang) des Arrestpfandrechts in Verfahren ohne individuellen Ersatzberechtigten, den Erlös im Umfang des strafprozessualen Sicherungsrechts auch in der Insolvenz ausschließlich auf Verletzte zu verteilen. Dies würde ihre Stellung erheblich stärken. Allerdings würde diese Privilegierung den Grundsätzen der Insolvenzordnung widersprechen. Mangels individueller insolvenzfester Sicherung sind auch Verletzte schlichte Insolvenzgläubiger. Dies ließe sich zwar gesetzlich ändern, die wirtschaftlichen Folgen wären aber ausschließlich von ungesicherten Allgemeingläubigern (auch z.B. Lieferanten, Handwerker, Vermieter, kreditierende Lebensmittelhändler etc.) zu tragen: sie müssten auf das verzichten, was die Verletzten nicht aufgrund eigener, sondern staatlicher Initiative erhielten. Über einen derart tiefgreifenden Eingriff in die Verteilungsregeln der InsO dürfte seriöserweise nicht allein im Zusammenhang mit der Reform der strafprozessualen Vermögensabschöpfung diskutiert und entschieden werden.

Den Opfern kommt die Neuregelung auch ohne ein solches Insolvenzprivileg zu gute. Die Zunahme strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen erhöht die Chance auf Entschädigung. Die (weitgehende) Abschaffung des „Windhundrennens“ verringert zudem das Risiko, Kosten für die Rechtsverfolgung vergeblich zu investieren, weil einem anderen Verletzten die Individualvollstreckung früher gelingt. An der Gleichrangigkeit aller (ihre Rechte verfolgenden) Verletzten änderte auch die (oben II 7 insbesondere b cc) vorgeschlagene Umgestaltung des § 111h Abs. 2 S. 1 StPO nichts.

9. Anforderungen an die Feststellung der Berechtigung strafprozessual angemeldeter Forderungen und an den Mangelfall

Nach dem Entwurf ist die Verwertung wie bisher, zusätzlich aber auch alles, was es seitens der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Insolvenz zu bearbeiten und zu entscheiden gibt, dem Rechtspfleger übertragen, § 31 Abs. 1 Nr. 3 RPfIG-E. Insoweit bestehen erhebliche Unklarheiten über Aufgaben und Befugnisse des Rechtspflegers – und abhängig von den Antworten auch im Hinblick darauf, ob die komplette Übertragung angemessen ist.

a) Dies betrifft als erstes die Frage nach Notwendigkeit und ggf. Umfang der Prüfung der Berechtigung geltend gemachter Verletzten-Ansprüche. Sollte gemeint sein, dass die z.B. zivil- oder sozialrechtliche Berechtigung vollständig zu überprüfen sei, so wäre damit der gesamte spezialrechtliche Verfahrensgegenstand zeitaufwendig und fachfremd in das Ermittlungs- und Vollstreckungs-, ggf. auch Straf-)verfahren inkorporiert und mit dem Rechtspfleger jemandem zur Entscheidung zugewiesen, der dafür überhaupt nicht ausgebildet ist. Eine solche Regelung wäre kontraproduktiv. Aber es spricht auch nichts dafür, dass sie in dieser Weise geschaffen werden soll. Allerdings bedarf die Aufgabenstellung des Rechtspflegers der Klarstellung in der Begründung. Sinnvollerweise kann von ihm nur zweierlei verlangt werden. Das ist zum einen eine Plausibilitätsprüfung des geltend gemachten Anspruchs dahingehend, ob er auf eine verfahrensgegenständliche Tat gestützt wird. Da strafprozessual nicht die gesamte Ersatzforderung geltend gemacht werden kann, bedarf es zum zweiten

der Prüfung, ob die (gegenständliche oder wertmäßige) Restitution von spezifisch aus der Tat Erlangtem begehrt wird, wenn ja, in welcher Höhe.

In dem Maße, wie beide Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Anspruch für das weitere Abschöpfungsverfahren maßgeblich. Das bedeutet einerseits, dass er *nur* dann und *insoweit* berücksichtigt werden *darf*, dies aber auch *muss*, es also einer weitergehenden Rechtsprüfung seitens der Strafjustiz, insbesondere seitens des Rechtspflegers, nicht bedarf. Diesbezügliche Streitigkeiten sind vor den Fachgerichten von denjenigen auszutragen, die behaupten, an dem materiellen Rechtsverhältnis beteiligt zu sein. Werden sie geführt, so kann die Staatsanwaltschaft lediglich entscheiden, ob sie abwartet oder Geld bzw. den Erlös aus einer für geboten erachteten Notveräußerung hinterlegt. Erlaubt man Verwertungsmaßnahmen in der oben (II 7 insbesondere c) vorgeschlagenen (oder einer anderen Weise) schon früher als erst im Vollstreckungsverfahren, so stünde auch eine einstweilige Verteilung in Rede.

b) Vergleichbar ist die zweite offene Frage, nämlich die Feststellung des Mangelfalles, § 111i Abs. 2 StPO-E.

aa) Insoweit bedarf die Begründung gegenüber der im Referentenentwurf vorliegenden der Präzisierung (RegE: +). Es kann nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft, noch dazu des Rechtspflegers sein, den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit zu prüfen oder gar festzustellen. Das soll und muss Aufgabe des Insolvenzgerichts bleiben. Strafprozessual kann es allein darauf ankommen, ob die angemeldeten und (als plausibel dargelegt) anzuerkennenden Ansprüche Verletzter vom Wert des strafprozessual Gesicherten gedeckt sind oder nicht (a.A. RegE). Bereits dies kann diffizil sein.

bb) Klarstellend sei hier wiederholt, dass es nicht auf die Höhe des Ersatzanspruchs insgesamt ankommt, sondern nur auf die Auskehr des Erlangten oder von dessen (ggf. anteiligem) Wert. Auch die Rechtsverfolgungskosten sind insoweit unbeachtlich. Alles andere würde zu dem absurden Ergebnis führen, dass die Beschränkung der Abschöpfbarkeit auf das Erlangte selbst und deren strafprozessualer Sicherung nahezu notwendig zu einem Mangelfall führen würde, weil ein solcher nur dann nicht vorliegen würde, wenn eine Sicherung über das Erlangte hinaus bestünde – das kann bei unteilbaren oder Gegenständen unklaren Werts zwar vorkommen, ist aber sicher nicht der Regelfall.

cc) Die Prüfung des Mangelfalles bereitet dann keine über die Notwendigkeit der Feststellung des Umfangs der Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs hinausgehenden Schwierigkeiten, wenn Geld oder Gegenstände mit feststehendem Geldwert gesichert werden konnten (Bargeld, Kontoguthaben, kursnotierte Wertpapiere). In solchen Fällen ergibt sich Vorliegen oder Fehlen eines Mangelfalles aus einer einfachen Rechenoperation: Sicherstellung minus Summe der Ansprüche. Anders verhält es sich, wenn die Höhe der Sicherstellung vom späteren Verwertungserlös abhängt. Hier bedarf es der Schätzung, im Streitfall möglicherweise gar sachverständiger Hilfe. Die unverkennbaren Probleme sind allerdings nicht größer als bei jeder Vollstreckungsmaßnahme eines Gerichtsvollziehers oder sonstigen Pfändungsmaßnahme. Unterschiede können allerdings im Verwertungsgeschick liegen – aber dies wird sich bei entsprechender Ausbildung und Erfahrung auch beim Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft einstellen, zumal da die Umstände der Verwertung nicht festgelegt sind, also zumindest unter besonderen Umständen auch ein sachkundiger Dritter einbezogen werden darf und die Verwertung in den schwierigen Fällen durchweg in den Händen des Insolvenzverwalters liegen dürfte. Demnach kommen zwar auf die staatsanwaltlichen Rechtspfleger zusätzliche, aber durchaus bewältigungsfähige Aufgaben zu.

c) Das dritte Problem kreist um die Frage, ob die Staatsanwaltschaft nur als berechtigt zum Stellen eines Insolvenzantrags gilt, oder ob sie dazu auch strafprozessual wie innerdienstlich verpflichtet ist. Sachgerecht erscheint insoweit eine abgestufte Antwort: Nur im Mangelfall gilt die Staatsanwaltschaft als berechtigt. Gelingt es ihr, z.B. im Zuge von Erörterungen, zulässig auch nach Entfallen von § 160b S. 2 StPO-E, dass alle Protagonisten eine auch für die Staatsanwaltschaft akzeptable Lösung finden (nicht akzeptabel wäre die Auskehr an den Beschuldigten wesentlich über den zur Sicherung des Lebensunterhalts erforderlichen Umfang hinaus), so kann es nicht sachgerecht sein, sie als zum Stellen eines Insolvenzantrags verpflichtet zu betrachten. Bleibt eine derartige freiwillige Regelung jedoch aus, so ist die Staatsanwaltschaft nicht zur Verwertung befugt. Demgemäß hat sie von der Möglichkeit zum Stellen eines Insolvenzantrags Gebrauch zu machen, falls ihr nicht ein Dritter zuvor kommt.

Spielraum besteht für die Staatsanwaltschaft dann lediglich in Bezug auf den Zeitpunkt. Insofern wird sie spätestens nach Rechtskraft der Einziehungsentscheidung eine verbindliche Entscheidung treffen und im Mangelfall Insolvenzantrag stellen müssen. Sie hat aber bereits im Ermittlungsverfahren zu prüfen, ob sie diesen Schritt geht. Dafür könnte insbesondere sprechen, dass eine frühzeitige Antragstellung dem Insolvenzverwalter (gerade im Fall von Aushöhlungshandlungen oder sonstigen Manipulationen) Anfechtungsmöglichkeiten erhält, die ihm mit jedem späteren Tag wegen Fristablaufs ganz oder teilweise entgehen könnten.

d) Während es im Ermittlungsverfahren, überhaupt vor Rechtskraft der Einziehungsentscheidung, nur zu einer einvernehmlichen Restitution, ggf. nebst Verteilung auf mehrere Verletzte kommen kann oder der Rechtspfleger im Mangelfall das Insolvenzgericht einschaltet, es also in keinem Fall einer eigenständigen Zuweisung sichergestellten Vermögens gegen den Willen auch nur eines Beteiligten bedarf, sieht dies im Fall rechtskräftiger Einziehung anders aus. Bereits hingewiesen (oben II 7 b bb) wurde darauf, dass in § 459h Abs. 2 S. 1 StPO-E nicht auf das vorläufig Sichergestellte, sondern auf die Einziehungsentscheidung und deren Vollstreckung abgestellt werden muss, eine Anpassung des Gesetzeswortlauts dahingehend also erforderlich ist (RegE: +).

aa) Spätestens nach der Verwertung und dem Abzug der Verwertungskosten steht der Betrag fest, der zur Verteilung an Verletzte gemäß § 459k StPO-E zur Verfügung steht. Übersteigt er die Summe der von Verletzten angemeldeten und zu berücksichtigenden Ansprüche, so kann der Rechtspfleger leichten Herzens zur Verteilung schreiten. Bleibt die Summe hingegen wie wohl regelmäßig hinter der der Ansprüche zurück, so kann er erstmals vor der Frage stehen, ob er auch im Fall des Bestreitens der Berechtigung eines Gläubigers seitens eines oder mehrerer anderer Gläubiger (der Betroffene hat sein Recht mit Rechtskraft der Einziehung verloren – er kann aber evtl. noch eine Rolle als Zeuge im Prätendentenstreit spielen) eine *verbindliche Streitentscheidung* zu treffen hat. Die Frage stellen, heißt, sie zu verneinen, und zwar schon aus Gründen des Verfassungsrechts, handelt es sich doch insofern um den Kernbereich der Rechtsprechung, die dem Richter vorbehalten ist, Art. 92 GG.

bb) Es muss dem Rechtspfleger demnach möglich sein, von der Verteilung Abstand zu nehmen. Der Entwurf lässt es allerdings offen, wie er zu verfahren hat. Es wäre daher sachgerecht, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Handlungsmöglichkeiten, ggf. -notwendigkeiten des Rechtspflegers festzuschreiben. Denkbar ist, dass er sich wieder auf eine Plausibilitätsprüfung beschränken und gemäß § 459h Abs. 2 S. 2 StPO-E das Insolvenzgericht anrufen kann. Der Prätendentenstreit wäre in das Insolvenz(eröffnungs)verfahren verlagert. In Betracht zu ziehen ist zudem, dass die Staatsanwaltschaft auf der Vorlage eines vollstreckbaren zivilrechtlichen Titels (Gegen wen? Den Betroffenen? Die Staatsanwaltschaft?) bestehen könnte, ihr die Befugnis zustünde, eine Frist zur Klageerhebung (Gegenüber wem?) zu setzen, oder dem Justizfiskus die Verwertung und (die einstweilige) Verwahrung des Erlöses zu gestatten – Hinterlegung wäre hingegen mangels fortbestehender Berechtigung des Betroffenen und dem Recht der Staatsanwaltschaft, den Betrag zu behalten, wenn sich kein anderer Prätendent einen Titel verschafft, unzulässig.

Der Entwurf gestattet dem Rechtspfleger die Überleitung in das Insolvenzverfahren. Das aber muss nicht zwangsläufig zur Verteilung dort führen, weil es durchaus denkbar ist, dass die Eröffnung mangels Vorliegens eines Insolvenzgrundes oder mangels Masse abgelehnt wird. In solcher Lage fällt die Verteilungsnotwendigkeit an die Staatsanwaltschaft zurück. Einigen sich die Prätendenten nicht zumindest über das weitere Vorgehen (private Veräußerung; Versteigerung von Seiten einer bestimmten Stelle), so ist es sowohl sachgerecht als auch am wenigsten aufwendig und kostenträchtig, der Staatsanwaltschaft die Verwertung zu gestatten und den Erlös bis zum Vorliegen einer die Berechtigung eines Dritten rechtskräftig belegenden Entscheidung zu gestatten.

e) Insgesamt wäre es demnach sehr hilfreich klarzustellen, welche Stelle über welche Rechtsfragen (vorläufig oder verbindlich) zu entscheiden hat. Leitlinie sollte auch dabei die Aufgabenverteilung kraft Sachkenntnis sein.

Dem Entwurf kann dazu bisher (wohl) folgendes entnommen werden:

aa) Der Rechtspfleger hat im Ermittlungsverfahren nur darüber zu befinden, ob der vom Verletzten geltend gemachte Anspruch aus der Tat herrührt und wie weit er sich auf das Erlang-

te bezieht (oben II 9 a). Zudem hat er das Erlangte zu bewerten, soweit dessen Wert in Geld nicht sowieso schon feststeht (oben II 9 b).

bb) Einem zivilrechtlichen Vergleich darf die Staatsanwaltschaft Rechnung tragen, ggf. im Wege einer partiellen Ausblendungsentscheidung, § 421 Abs. 1 StPO-E.

cc) Im Erkenntnisverfahren hat das Gericht über die Einziehung zu befinden. Das schließt die Feststellung der bisherigen dinglichen Berechtigung ebenso ein wie die mit Rechtskraft (§ 75a Abs. 1 S. 1 StGB-E; RegE: § 75 Abs. 1 S. 1 StGB-E) oder 6 Monate (§ 75a Abs. 1 S. 2 StGB-E; RegE: § 75 Abs. 1 S. 1 StGB-E) später wirksam werdende Übertragung des Eigentums auf den Staat.

dd) Im Vollstreckungsverfahren hat der Rechtspfleger nur das zu verteilen, was an Eigentum bzw. Rechtsinhaberschaft auf den Staat übergegangen ist.

ee) Nicht ausdrücklich geregelt ist hingegen, welche Aufgaben dem Zivilgericht verbleiben. Soweit sich dies nicht aus bereits bestehenden Vorschriften ergibt, sollte festgelegt werden, dass es zuständig ist für die Entscheidung über alle streitigen zivilrechtlichen Fragen mit Ausnahme derjenigen, die im direkten Zusammenhang mit der Einziehung stehen. Darüber, ob „etwas“ aus der Tat erlangt ist, hat das Strafgericht zu befinden. Streitigkeiten über das Eigentum, die Rechtsinhaberschaft oder das Bestehen beschränkter dinglicher Rechte kann hingegen ebenso wie über eine bestrittene zivilrechtliche Berechtigung eines Opferanspruchs nur das Zivilgericht verbindlich entscheiden.

Es bedarf zudem strafprozessualer Festlegung, unter welchen Umständen welches Organ (Staatsanwalt, Rechtspfleger, Richter) die Beteiligten bürgerlich-rechtlich umstrittener Fragen auf den Zivilrechtsweg verweisen darf. Das gilt auch für die Herausgabe nach § 111n StPO-E, demzufolge im Gegensatz zum bisherigen § 111k S. 3 StPO nicht einmal mehr possessorische Ansprüche der (straf-)richterlichen Entscheidung überantwortet werden können sollen (RegE: +). Ohne derartige und eindeutige Zuständigkeitsnormen droht nicht nur ein permanenter Auslegungstreit, sondern auch die Gefahr, dass einer weniger sachkompetenten Stelle Entscheidungen zugewiesen werden, die für dieses Organ fachfremd sind.

10. Rechtsweg

Nach § 111f Abs. 5 StPO können Maßnahmen, die in Vollziehung einer Beschlagnahme oder eines dinglichen Arrests ergriffen werden, dem gemäß § 162 StPO zuständigen Gericht zur Prüfung unterbreitet werden. Das soll gemäß § 111k Abs. 3 StPO-E auch nach Einführung des Vermögensarrests so bleiben. Zu bedenken ist jedoch, dass dies sowohl aufgrund der zu erwartenden quantitativen Zunahme von Abschöpfungsmaßnahmen als auch wegen der nach Ausgestaltung der Schnittstelle zum Insolvenzrecht qualitativ schwierigeren Rechtsfragen zu einer spürbaren Verschränkung der Rechtsschutzwege führen wird: Zahlreiche Streitfragen des Zwangsvollstreckungs- und des Insolvenzrechts, die in die originäre Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen, müssen demnach von den Strafgerichten entschieden werden, denen dafür aber das Spezialwissen und die Erfahrung fehlen.

a) Für das bisherige Recht wird nicht nur die Zuständigkeit der Strafjustiz für Drittwiderspruchsklagen, § 771 ZPO, bejaht, sondern teilweise auch für Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters gegen die Staatsanwaltschaft. Bislang darf in den Fällen des § 111k S. 3 StPO auch der Staatsanwalt das Strafgericht anrufen. Abgesehen davon, dass diese Möglichkeit auch für § 111o StPO-E bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen zur Wahrung des Richtermonopols erhalten bleiben sollte, kann es aus den oben zu II 9 a und d aufgeführten Gründen bei der Verwertung und Verteilung auf die Antworten auf sehr komplexe zivil- und insolvenzrechtliche Fragen ankommen.

b) Zudem drohen aufgrund der uneinheitlichen Zuständigkeiten auch verschiedene Antworten auf dieselben Rechtsfragen. Ferner kann die Streitentscheidung davon beeinflusst werden, welche Prozessordnung einschlägig ist. Der IX. Zivilsenat des BGH stützt sich nahezu durchweg auf die sinnlich fassbare und deswegen relativ leicht zu beweisende Zahlungseinstellung. Er kann dies tun, weil § 17 Abs. 2 InsO die Vermutung enthält, dass die Zahlungseinstellung auf Zahlungsunfähigkeit beruht. Diese Vermutungswirkung ist nach einhelliger Auffassung nicht auf den Strafprozess übertragbar. Eine Ausnahme für Abschöpfungsentscheidungen könnte zwar geschaffen werden. Trotzdem blieben unterschiedliche Gerichte für die Entscheidung derselben Rechtsmaterie zuständig. Zudem könnte ein Interessierter möglicherweise Rechtsschutz bei dem Gericht suchen, das ihm das genehmere ist

(z.B. Entschädigungsklage vor den Zivilgerichten vor Ausfechten des Streits um den Erlös). Für den Beklagten ist es dann eine Art Zufall, vor welchem Gericht er sich wiederfindet.

c) Rechtsklarheit durch ein gemeinsames oberes Gericht ist schon deshalb nicht zu erwarten, weil es ein solches für die meisten Fälle nicht gibt, endet der Rechtszug im Ermittlungs- und Vollstreckungsverfahren sowie in amtsgerichtlichen Verfahren doch meist beim Land-, spätestens aber beim Oberlandesgericht. Rechtszersplitterung führt zu Rechtsunsicherheit. Es gilt sie zu vermeiden. Ein Weg dazu bestünde in der Rückkehr zur Aufteilung in strafrechtlich-/strafprozessualen und zivilrechtlich-/zivilprozessualen Rechtsschutz. Auf diese Weise würde zudem dem Grundanliegen des Entwurfs, der Verteilung der Zuständigkeit auf vorhandenen (speziellen) Sachverstand, Rechnung getragen.

III. Einzelthemen

1. § 73a StGB-E

Die erweiterte Einziehung soll zukünftig für sämtliche Delikte offenstehen (im RegE sogar noch verschärft). Dies lässt sich in verschiedener Hinsicht unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit problematisieren.

a) Unbedingt verhindert werden muss jedenfalls, dass eine Durchsuchung quasi automatisch zur Notwendigkeit des Betroffenen führt, einen Eigentums- oder Nachweis seiner sonstigen Berechtigung für sämtliche in seinem Besitz befindlichen Gegenstände führen zu müssen. Es gilt nicht nur uneingeschränkt die Eigentumsvermutung gemäß § 1006 BGB fort, sondern es dürfen auch nur konkrete, tatsächengestützte Zweifel einen strafprozessualen Prüfungsbedarf auslösen.

b) Die Notwendigkeit, im Ausgangspunkt sämtliche Delikte genügen zu lassen, anstatt möglicherweise entweder aus Gründen der Angemessenheit als Unteraspekt der Verhältnismäßigkeit oder zwecks Schonung knapper Justizressourcen nur eine Ausdehnung auf einen gegenüber dem geltenden Recht lediglich erweiterten Kreis vorzunehmen, erschließt sich anhand der Begründung nicht. Gleichwohl dürfte sich die vorgesehene Neuregelung innerhalb des dem Gesetzgeber offenstehenden Gestaltungsspielraums bewegen.

In einer Erweiterung auf alle Vermögensdelikte läge zwar möglicherweise eine Präzisierung, nicht aber eine Einschränkung gegenüber der vorgeschlagenen Fassung, da dort, wo nichts erlangt wurde (z.B. Körperverletzung), ohnehin nichts abgeschöpft werden kann.

2. Verschiebungsfälle

Der Praxis kommt die ausdrückliche Regelung der Verschiebungsfälle entgegen. Hingegen erscheint es fraglich, ob die Ausgestaltung des § 73b StGB-E in der vorgeschlagenen Form Gesetz werden sollte.

a) Der Wortlaut ist insoweit zu eng, als er weder Verschiebungsketten noch die Weitergabe seitens eines Drittempfängers erfasst. Beides erscheint als korrekturbedürftig (RegE: +).

b) Die Vorschrift weckt aber auch Bedenken, weil sie in gewisser Hinsicht zu weit formuliert ist. Die uneingeschränkte Haftung von Erben und Pflichtteilsempfängern reicht sehr weit, sogar weiter als bei Tatmitteln und -produkten, §§ 74 Abs. 3, 74a StGB-E. Es dürfte deshalb noch einmal zu prüfen sein, ob dies wirklich als geboten erscheint. Denkbar ist zum einen, dem kondiktionsrechtlichen Hintergrund zum Trotz die Haftung von auch in ihrer Person vorliegenden subjektiven Elementen abhängig zu machen oder zwecks Verdeutlichung in der Vorschrift selbst auf die gegenüber Tätern und Teilnehmern erweiterte Härteklausele, § 75 Abs. 1 S. 2 StGB-E, hinzuweisen (RegE: keine Haftung nach rechtmäßigem Zwischenerwerb eines Dritten). Zum anderen sollte zumindest eine zeitliche Grenze eingeführt werden, zumal da § 76a StGB-E die Abschöpfung auch jenseits der Grenzen strafrechtlicher Verjährung vorsieht (dazu unten III 4).

3. Verhältnis der Einziehungsentscheidung zum Insolvenzrecht

Im Insolvenzverfahren sind dingliche Rechtsänderungen nur unter Beteiligung des Insolvenzverwalters möglich, d.h. wirksam. Eine Ausnahme davon sollte aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung und zur Vermeidung weitergehender Belastung der übrigen Insolvenz-

gläubiger auch nicht für die Einziehung vorgesehen werden. Der Vorrang von § 91 InsO vor § 75a StGB-E sollte ausdrücklicher Teil des Gesetzes werden.

4. Selbständige Abschöpfung unabhängig von Verjährung

Zukünftig soll die selbständige Einziehung, § 76a Abs. 1 StGB-E, schon dann zulässig sein, wenn wegen der Straftat keine natürliche Person (mehr) verfolgt oder verurteilt werden kann. Die Differenzierung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Umständen entfällt demnach. Wenn es für die Einziehung aber nur noch auf die gegenständliche Eigenschaft (Tatertrag, Tatprodukt, Tatmittel, Tatobjekt) ankommt, dann kann sie zeitlich unbeschränkt angeordnet werden. Ob eine Auslegung dahingehend möglich ist, dass die Tat als solche noch verfolgbar sein müsse, ist einerseits offen (so aber der RegE) und wäre andererseits kaum sachgerecht, weil die Dauer der Verfolgung auch von Umständen in der Person des Verfolgten abhängen kann (Durchsuchung beim Beschuldigten auch als Verlängerung der Abschöpfungsfrist bei § 76a Abs. 1 StGB?) und es sich zudem nicht immer sicher feststellen lässt, ob nicht irgendeine Staatsanwaltschaft wegen der Tat gegen irgendeine Person eine verjährungsunterbrechende Handlung vorgenommen hat.

Obwohl die Feststellbarkeit des Herrührens mit der Zeit abnimmt (und dies sogar überproportional), so dass eine positive Abschöpfungsentscheidung mit jedem weiteren Tag unwahrscheinlicher wird, diene es der Rechtsklarheit, die selbständige Einziehung nur innerhalb abgestufter Fristen vorzusehen.

Die selbständige Einziehung ist nach dem Entwurf auch dann zulässig, wenn das Verfahren gegen einen Beschuldigten oder Angeklagten eingestellt wurde. Dabei sind keine Unterschiede vorgesehen, obwohl Einstellungen nach ganz unterschiedlichen Vorschriften (z.B. §§ 170 StPO bzw. Freispruch, 153, 153a, 154 StPO) möglich sind (RegE: kein objektives Verfahren, wenn ein Gericht Einziehung ausdrücklich abgelehnt hat). Das dürfte zwar im Ergebnis sinnvoll sein, weil eine Mehrzahl von Personen dasselbe „erlangt“ haben kann, so dass das Unterbleiben der Verurteilung einer von ihnen nichts am Charakter ändern muss, dass ein bestimmter Vermögensgegenstand aus der Tat „erlangt“ wurde. Gleichwohl ist das nur eine der möglichen Konstellationen. Hat hingegen nur eine Person, der Beschuldigte bzw. Angeklagte, etwas „erlangt“, so ist die selbständige Abschöpfung nach einer Einstellung bzw. einem Freispruch aufgrund Handelns im Zustand der Schuldunfähigkeit durchaus konsequent, wohl ebenso im Fall eines Verfahrensabschlusses gemäß §§ 153 oder 154 StPO, nicht aber auch bei einer Einstellung oder einem Freispruch mangels tatbestandlichen Handelns. Im Fall des § 153a StPO besteht die Möglichkeit, Schadenswiedergutmachung aufzuerlegen. Daneben kann durchaus ein Bedürfnis nach selbständiger Einziehung bestehen. Zwingend ist es hingegen nicht.

Angesichts dessen wäre es sinnvoll, zumindest in der Gesetzesbegründung auf die unterschiedlichen Fallgestaltungen und deren nach den Vorstellungen der Verfasser des (Regierungs-)Entwurfs angemessener Lösung einzugehen. Das ist auch für das Schicksal einstweiliger Sicherungsmaßnahmen und damit für den Rang der Verletzten von ausschlaggebender Bedeutung. Angemessen erscheint die Einziehung trotz Einstellung des bzw. Freispruchs im subjektiven Verfahren(s) im Rang der (falls tatsächlich auch zukünftig vorgesehen) Beschlagnahme bzw. des Vermögensarrests. Dazu bedarf es jedoch gesetzlicher Vorkehrungen, etwa dergestalt, dass die Aufhebung der einstweiligen Maßnahmen aufschiebend bedingt durch das Ausbleiben eines Antrags im selbständigen Verfahrens binnen gesetzlich festzulegender Frist bestimmt wird.

5. Begrifflichkeiten

§ 75a Abs. 1 StGB-E (RegE: § 75 Abs. 1 StGB-E) ist zu entnehmen, dass der Begriff Gegenstand sowohl Sachen als auch Rechte umfasst. Gleichwohl erleichterte es die Handhabbarkeit, wenn das Gesetz für das gesamte Abschöpfungsrecht eine entsprechende ausdrückliche Definition enthielte. Ein Verweis auf das BGB wäre nur in Bezug auf „Sachen“ möglich, da es „Gegenstände“ nicht definiert.

6. Verlagerung der Härteklausele in das Vollstreckungsverfahren

Gemäß § 75 Abs. 1 S. 2 StGB-E (RegE: § 73e Abs. 2 StGB-E) begründet die Entreichung des Täters oder Teilnehmers keine unbillige Härte der Einziehung. Erschwernisse der Wiederein-

gliederung aufgrund Vollstreckung trotz Entreicherung sollen allerdings die Vollstreckung hindern.

a) Die Verlagerung in das Vollstreckungsverfahren mindert zwar die Privilegierung konsumorientierter Angeklagter (anders laut § 459g Abs. 4 StPO-RegE, demzufolge Entreicherung die Vollstreckung sperrt – ohne Rücksicht auf die Gründe), führt aber auch zu etlichen verfahrensrechtlichen Änderungen. Sie birgt bereits die Gefahr ggf. aufwendiger Ermittlungen und Beweisaufnahmen für eine Einziehungsentscheidung, die vielleicht gar schon ersichtlich nicht (vollständig) vollstreckt werden wird. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und der Verfahrensökonomie bedenklich, könnte aber auch zum Unterlaufen der Beschränkung der Härtegründe durch die Novelle führen.

Während Finanzermittlungen im Ermittlungs- und Hauptverfahren auch Erkenntnisse zur Schuld- und Straffrage mit sich bringen können, Durchsuchungen überdies sowohl zwecks Gewinnung von Beweismitteln als auch zur Vorbereitung der Abschöpfungsentscheidung vorgenommen werden dürfen, überdies beide Verfahrensabschnitte in den Händen des Staatsanwalts bzw. Richters liegen, ist das Vollstreckungsverfahren Domäne des Rechtspflegers. Wie soll er sich die Überzeugung von der Entreicherung verschaffen? Neue Finanzermittlungen einschließlich Durchsuchungen und Beschlagnahmungen (von Kontounterlagen)? Soll er bewerten, ob die Wiedereingliederung (Kriterium in § 459g Abs. 4 StPO-RegE entfallen) erschwert ist? Welches Maß reicht aus? Jede Erschwernis? Wie weit reicht sie? Vor der Tat Hartz IV = keine Erschwernis, nur nach der Tat Hartz IV aber sehr wohl? Kosten einer Aus- oder Fortbildung? In welcher Höhe? Alles Sache des Rechtspflegers? Und das bei zwingendem Vollstreckungshindernis, wenn die Voraussetzungen vorliegen?

b) Die Verlagerung in das Vollstreckungsverfahren erscheint danach als nicht angemessen. Über die etwaige Unbilligkeit ist sowieso im Erkenntnisverfahren zu entscheiden (nach § 73e Abs 2 StGB-RegE nicht mehr). Dies erlaubt es, auch das Resozialisierungsinteresse trotz Irrelevanz der Entreicherung zu berücksichtigen. Um auch ein später eintretendes Resozialisierungsinteresse anerkennen zu können, sollte § 459d StPO, anwendbar über § 459g Abs. 2 StPO-E, auf die Einziehung erstreckt werden. Die Bestimmung ist flexibler und die Zuständigkeit liegt beim Richter. § 459g Abs. 4 S. 1 StPO-E würde damit entbehrlich. § 459g Abs. 4 S. 2 StPO-E könnte in § 459d StPO inkorporiert werden, allerdings nicht unverändert. Vielmehr sollte die Wiederaufnahme nur innerhalb gewisser Grenzen ermöglicht werden. Es wäre z.B. nicht sachgerecht, die volle Vollstreckung anzuordnen, wenn der Betroffene eine dreijährige Ausbildung erst im letzten halben Jahr abbricht.

7. § 111d Abs. 2 StPO-E

a) § 111d Abs. 1 StPO-E stellt ausdrücklich – und systematisch zutreffend – auf die Vollziehung der Beschlagnahme ab. Trotz der sich auch auf Abs. 2 erstreckenden Überschrift ist fraglich, ob es wirklich auch insoweit auf die durchgeführte Beschlagnahme ankommen soll. Schließlich wäre es überflüssig, eine Beschlagnahmeanordnung nur deshalb auszuführen, um anschließend eine Austauschpfändung vornehmen zu können. Der Sache nach muss deshalb für die Anwendbarkeit von § 111d Abs. 2 StPO-E die Anordnung der Beschlagnahme genügen.

b) Die Bestimmung birgt weitere Unklarheiten.

aa) Fraglich ist, ob nach erfolgtem Austausch nur der beigebrachte, dem Wert der ursprünglich beschlagnahmten beweglichen Sache entsprechende Betrag, gesichert ist. Dafür spricht § 111d Abs. 2 S. 2 StPO-E. Demnach entspräche der Austausch in Bezug auf den ursprünglichen Gegenstand dessen Freigabe. Das aber widerspricht dem Ziel des Entwurfs, der gegenständlichen Restitution den Vorrang vor dem bloßen Wertausgleich zu sichern und sie sogar auf die Fälle der tatbedingt entzogenen dinglichen Berechtigung zu erstrecken.

bb) Diese Unstimmigkeit setzt sich in der Einziehungsentscheidung fort. Soll nur der Geldbetrag eingezogen werden können? Dann würde die Rückübertragung oder Rückgabe einer beweglichen Sache, § 459h Abs. 1 S. 1 bzw. 3 StPO-E, ausscheiden. Der Zweck der Erweiterung gegenständlicher Restitution auf Konstellationen verlorengegangenen Eigentums wäre eingeschränkt, könnte unterlaufen werden. Eine Auslegung dahingehend, dass es in solchen Fällen allein sachgerechten Ermessensgebrauchs entsprechen würde, keine Austauschpfändung zu akzeptieren, nähme der Bestimmung ihren (nahezu?) gesamten Anwendungsbereich.

cc) Da auch der beigebrachte Betrag nicht etwa gepfändet werden, sondern nur ein Veräußerungsverbot gelten soll, ist die Auskehr an den Verletzten im Insolvenzfall ebensowenig möglich wie bei dem ursprünglich gesicherten Gegenstand, wenn der Verletzte sein Eigentum verloren hat (vgl. dazu oben II 5 b).

8. Arreste für Taten mit und ohne individuellen Verletzten

Die vermehrte Anordnung abschöpfungssichernder Maßnahmen wird in einer nennenswerten Anzahl von Verfahren dazu führen, dass ein Arrest für Erlangtes aus Straftaten sowohl mit als auch ohne individuellen Ersatzberechtigten angeordnet wird. Das in Vollziehung eines solchen „gemischten“ Vermögensarrests entstandene einheitliche Pfandrecht sichert einheitlich die Einziehungsentscheidung für Verurteilungen mit und ohne individuellen Ersatzberechtigten. Bis zur Vollziehung ist das unproblematisch – nur bis dahin.

a) Das ändert sich im Fall der Insolvenz. Soweit das Pfandrecht die Einziehung wegen einer Tat ohne individuellen Verletzten sichert, ist es (vorbehaltlich Rückschlagsperre und Insolvenzanfechtung) insolvenzfest. Soweit es den Entschädigungsanspruch des Opfers sichert, tritt es gemäß § 111i Abs. 1 StPO-E außer Kraft. Darin liegt nicht nur eine Ungleichbehandlung von Fiskus und Opfer, sondern benachteiligt Letzteres ohne erkennbaren sachlichen Grund noch zusätzlich dadurch, dass es nicht nur in Konkurrenz zu den sonstigen Insolvenzgläubigern tritt, sondern auch noch zusätzlich die zur Verteilung stehende Masse durch den Vorrang des Pfandrechts zu Gunsten des Fiskus geschmälert wird. Hier zeigt sich erneut (vgl. oben II 8 a), dass sich die Wirkung des Pfandrechts im Insolvenzfall für Opfer und Justizfiskus nicht unterscheiden darf und dies in sachgerechter Weise dadurch erreicht zu werden vermag, dass es als lediglich relativ unwirksam gegenüber dem Insolvenzverwalter ausgestaltet wird.

b) Auf der Ebene der Vollstreckung stellt sich ein vergleichbares Problem auch ohne Insolvenzverfahren. Es ist nämlich offen, wem der Verwertungserlös gebührt. Schwierigkeiten treten nur dann nicht auf, wenn der Erlös so hoch ausfällt, dass das aus beiden Arten von Taten Erlangte wertmäßig zurückgeführt werden kann. Das wird aber regelmäßig nicht der Fall sein. § 459h Abs. 2 S. 1 StPO-E bestimmt insoweit die Maßgeblichkeit des Vermögensarrests (anders der RegE). Dieser erging aber in den hier beleuchteten Fällen sowohl zugunsten des Verletzten als auch zur Sicherung der dem Justizfiskus verbleibenden Einziehung: Quote? Insolvenz, § 459h Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 111i Abs. 2 StPO? Wäre der Fiskus dann als einer von mehreren *Verletzten* anzusehen? Sachgerecht erscheint allein die bereits oben allgemein vorgeschlagene Regelung, dass die Einziehung zu Gunsten des Fiskus wirtschaftlich nicht zu Lasten anderer Gläubiger vollstreckt werden darf (vgl. oben II 8 a).

9. Klarstellung innerhalb von § 111i Abs. 1 StPO-E

§ 111i Abs. 1 StPO befasst sich mit dem Schicksal des Vermögensarrests im Insolvenzfall und ist dahingehend zu verstehen, dass die Anordnung des Vermögensarrests bestehen bleibt, das in dessen Vollziehung entstandene Arrestpfandrecht aber erlischt. Diese Differenzierung ist auch dann sachgerecht, wenn § 111i Abs. 1 StPO-E gemäß hiesigem Vorschlag (oben II 8 a bb) anstelle des Erlöschens nur die Anordnung relativer Unwirksamkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter trifft. Da es jedoch in der Rechtsprechung selbst einiger Oberlandesgerichte zur Vermengung von Anordnung und in Vollziehung entstandenem Pfandrecht gekommen ist, wäre es hilfreich, diese Differenzierung im Gesetz selbst zum Ausdruck zu bringen (z.B.: ... bei fortbestehender Anordnung des Vermögensarrests...).

10. Herabsetzung des Arrests aufgrund von Erfüllungsleistungen in der Vollstreckung

§ 111i Abs. 3 S. 1 StPO-E (RegE: § 111i Abs. 4 S. 2 StPO-E) bedarf einer Ergänzung in Bezug auf den Höchstbetrag, bis zu dem sich das staatliche Pfandrecht am Übererlös fortsetzt. Als Maßstab kann dann nicht mehr der Vermögensarrest dienen, wenn bereits eine Einziehungsentscheidung vorliegt. Zudem müssen etwaige Erfüllungsleistungen nach Anordnung des Vermögensarrests ebenso wie nach Rechtskraft der Einziehungsentscheidung Berücksichtigung finden und vom Höchstbetrag des Pfandrechts abgesetzt werden.

11. Glaubhaftmachung des Insolvenzantrags

Da § 111i Abs. 2 StPO der Staatsanwaltschaft kein eigenes Antragsrecht auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen einräumt, sondern sie lediglich als *von den Verletzten* ermächtigt gilt, ist die Annahme konsequent, sie müsse auch i.S. von § 14 Abs. 1 a.E. InsO den Insolvenzantrag glaubhaft machen. Es wäre jedoch zur Vermeidung sowohl von Unklarheiten als auch unnötiger Ermittlungen praxistgerecht, im Gesetz zu präzisieren, welche Informationen dem Insolvenzgericht genügen, um tätig werden zu können. Nur diese müsste die Staatsanwaltschaft in ihrem Insolvenzantrag anführen.

Nicht erforderlich erscheint, dass sie Angaben zu *sämtlichen* Verletzten zu machen hat. Es dürfte für Zwecke des Insolvenzverfahrens die Angabe genügen, dass ein Vermögensarrest erwirkt wurde, in dessen Vollziehung weniger Vermögenswerte gesichert werden konnten als Verletzte vom Betroffenen in plausibler Weise Restitution erstreben (= teilweise Befriedigung mittels Rückführung von aus der Tat Erlangtem). Danach reicht es zum Zwecke der Glaubhaftmachung aus, dem Insolvenzgericht eine

- Ablichtung des Arrestbeschlusses,
- Aufstellung der gesicherten Vermögensgegenstände und
- Liste der auf Plausibilität geprüften Forderungen der Verletzten

zu übersenden (a.A. RegE). Die Tatsache, dass trotz durchgeführter Vermögensermittlungen nicht mehr Vermögen sichergestellt werden konnte, macht das Vorliegen des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit plausibel. Die Feststellung, ob er tatsächlich vorliegt, kann dem Insolvenzeröffnungsverfahren überlassen werden.

12. Kostenfolgen für Gläubiger

Auf denjenigen, der einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Dritten stellt, können Kostenfolgen zukommen. Das gilt auch dann, wenn ein anderer, in den Fällen des § 111i Abs. 2 StPO: die Staatsanwaltschaft, den Eröffnungsantrag, dies aber in seinem Namen stellt. Das wirft verschiedene Probleme auf.

Um niemanden zu benachteiligen, erscheint es als stimmig, dass die Staatsanwaltschaft als von *den Verletzten* zum Stellen eines Eröffnungsantrags ermächtigt gilt. Damit würde sie den Antrag im Namen *aller* Verletzten stellen. Diese namentlich zu bezeichnen ist sie aber gar nicht durchweg in der Lage. Der Aufwand, die Entschädigungsbeträge für alle Verletzten aufzuführen, wäre überdies sehr hoch und auch nur einigermaßen rechtssicher, da erst in einem sehr späten Verfahrensstadium möglich. Immerhin lässt sich eine Beschränkung auf die Verletzten in die Bestimmung hineininterpretieren, die ihre Forderung der Staatsanwaltschaft in plausibler Weise kundgetan haben. Allerdings könnte die Bestimmung auch so gelesen werden, dass die Staatsanwaltschaft zwar von allen Verletzten als ermächtigt gilt, es aber ihr überlassen bliebe, ob sie den Antrag im Namen eines, mehrerer oder aller Verletzten stellt. Für die Durchführung des Eröffnungs- und des Insolvenzverfahrens würde Letzteres vollauf genügen.

Damit würde die Staatsanwaltschaft aber auch darüber entscheiden, welcher Verletzte möglicherweise für die Kosten aufkommen müsste. Ein Anfrageverfahren mit der Bitte um Einverständnis verbietet sich des Aufwands und der möglicherweise notwendigen Beschleunigung wegen. Sachgerecht ist es demgemäß allein, die Verletzten bei einem von der Staatsanwaltschaft gestellten Insolvenzantrag von sämtlichen Kostenfolgen freizustellen (RegE: +, § 111i Abs. 3 StPO-E). Die (für sich ebenfalls problematische) Regelung über den Abzug der Verwertungskosten vor der Verteilung des Erlöses, § 459h Abs. 2 S. 1, letzter HS StPO-E (im RegE entfallen), bliebe davon unberührt.

13. Nachverfahren und Strafzumessung

Die Möglichkeit, über die Einziehung im Nachverfahren zu entscheiden, § 422 StPO-E, ist dort problematisch, wo die Einziehung bisherigen Rechts auch zukünftig Strafcharakter trägt und deshalb einen anzuerkennenden Milderungsgrund bildet. Er könnte nicht mehr berücksichtigt werden, folgte die Einziehungsentscheidung dem Urteil erst nach. Dem wird die Praxis dadurch Rechnung zu tragen haben, dass bei solcher Möglichkeit das Vorziehen des Urteils ausscheidet. Es wäre allerdings hilfreich, diesen Zusammenhang in die Begründung aufzunehmen.

14. Vorbeugung gegen Verzögerungen des Nachverfahrens

Die Abtrennung der Abschöpfungsfragen setzt voraus, dass andernfalls die Entscheidung über die weiteren Rechtsfolgen unangemessen erschwert (eher selten) oder (praxisrelevant) verzögert würden. Was im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen völlig angemessen ist, kann sich in Bezug auf die Abschöpfungsthematik als sehr nachteilig erweisen. Es droht aufgrund anderer Haft- und sonstiger Eilsachen eine unangemessene Verzögerung – zumal da die Befassung mit der Materie selten den Schwerpunkt des Interesses eines Strafrichters ausmachen dürfte. Es gilt daher, der Verzögerungsgefahr entgegenzuwirken. Dies ist angesichts des Gebots, die richterliche Unabhängigkeit zu wahren, allerdings nur begrenzt möglich.

Vorzuschreiben, die begonnene Hauptverhandlung nach Abtrennung fortzuführen, wäre demnach schon deshalb bedenklich, aber auch nicht durchweg zielführend, weil es durchaus sein kann, dass sachgerechterweise auf außerhalb des Verfahrens angesiedelte Umstände (z.B. einen Zivilprozess) Rücksicht genommen oder der Eingang eines Wertgutachtens abgewartet werden soll. Ähnlich problematisch wäre es, die Fortsetzung binnen einer bestimmten Frist vorzuschreiben. Denkbar wäre es immerhin, für Fälle vollzogener strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen festzulegen, dass sie als Eilfälle anzusehen sind. Der bloße Appellcharakter einer solchen Bestimmung ließe sich jedoch dadurch etwas aufwerten, dass man den Verfahrensbeteiligten nach fruchtlosem Ablauf einer Frist (von vielleicht 3 oder 6 Monaten) die Möglichkeit einer Art Untätigkeitsbeschwerde einräumte.

IV. Fazit

Das Thema Vermögensabschöpfung ist derart komplex, dass es aller Ehren wert ist, sich darum zu bemühen, seine Handhabung zu verbessern und zu erleichtern. Den systematischen Ansätzen des Entwurfs ist die Förderung dieser Ziele bestimmt nicht abzusprechen. Die Notwendigkeit der Umstrukturierung mancher Kernelemente sollte jedoch ebenso nochmals einer intensiven Überprüfung unterzogen werden wie sich die Nachjustierung etlicher Detailregelungen als erforderlich erwiesen hat. Um der Gefahr noch besser vorzubeugen, dass das zukünftige Recht der Vermögensabschöpfung in der Hand weniger Spezialisten liegt und damit zugleich zwecks zusätzlicher Stärkung der Praxisfreundlichkeit sollten zudem weitere Möglichkeiten zur Reduktion von Komplexität ausgelotet und auch ausgeschöpft werden. Der Referentenentwurf dient der weiteren Diskussion als eine die Gedanken in vielerlei Hinsicht anregende Grundlage. Es ist erfreulich, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zu dessen intensiver Prüfung aufgerufen hat und sich damit der weiteren Diskussion stellt. An ihr teilzunehmen, ist die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. auch in Zukunft gern bereit.

Strafprozessrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl; Köln Rechtsanwältin Milena Piel, Düsseldorf

Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“

Als „Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.“ nehmen wir lediglich insoweit Stellung, als die Neuregelungen Auswirkungen auf Ermittlungs- und Strafverfahren auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität zeitigen können. Das trifft auf verschiedene Aspekte aus dem „Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ zu, nicht aber auf den weiteren „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des

Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung“, auf den wir deshalb nicht gesondert eingehen.

Als berufsübergreifender Verband können wir zudem nur entweder allgemeine Leitlinien oder bedenkenswerte Aspekte aufzeigen, ohne bei letzteren durchweg Stellung zu beziehen.

Die Funktionsfähigkeit der Justiz auch bei dauerhaft hoher Belastung zu sichern und das Verfahren effektiv zu gestalten, sind ebenso aner kennenswerte Ziele wie die effiziente Sicherung der Verteidigungsmöglichkeiten von Beschuldigten, Angeschuldigten und Angeklagten. Deren Verkürzung allein aufgrund von personeller oder sächlicher Minderausstattung der Justiz wäre demgemäß nicht legitim.

I. Zu Nummern 1, 2 und 3 (§§ 26, 26a und 29 StPO-E):

Angesichts der Auswirkungen einer Verschiebung des Beginns der Hauptverhandlung auf die Besetzung, zumindest bei den Schöffen, und der damit notwendigerweise verbundenen Berührung des Rechts auf den gesetzlichen Richter, sind Bemühungen verständlich, den Einfluss des Zeitpunkts des Anbringens eines Ablehnungsantrags auf den Beginn der Hauptverhandlung de lege ferenda auszuschließen. Es ist allerdings nicht ersichtlich, wie der Grundsatz der Mündlichkeit und die damit verbundene Transparenz der Hauptverhandlung in diesem frühen Stadium sachgerecht mittels Verweisung auf die Möglichkeit schriftlichen Anbringens des Gesuchs gemäß § 257a S. 1 StPO sachgerecht eingeschränkt werden könnte.

Der Rechtssicherheit würde es dienen, im Gesetz eine Entscheidungsfrist vorzusehen. Diese könnte sich in Anlehnung an § 29 Abs. 2 S. 1 StPO auf 3 Arbeitstage belaufen.

II. Zu Nummern 4 und 20 (§§ 58a und 254 StPO-E):

Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes von Beschuldigten und Zeugen, aber auch von sonstigen Beteiligten wie Sachverständigen und Vernehmungsbeamten, muss die Gefährdungsbräuchlicher Verwendung von Aufzeichnungen gebannt werden. Dazu bedarf es (zumindest: auch) einer technischen Lösung: Das Gesetz muss insoweit bestimmen, dass die Justiz Aufzeichnungen nur dann weitergeben darf, wenn sie mit einem wirksamen Kopierschutz versehen sind.

Eine derartige Lösung würde zugleich den Anreiz für Zeugen zu verringern, der Weitergabe an Einsichtsberechtigte zu widersprechen. Das liegt im Interesse aller Verfahrensbeteiligten, da andernfalls die gesamte Aussage verschriftlicht werden müsste. Es ist nur eine Frage der Zeit, wann dieser Kostenfaktor ersatzfähig ausgestaltet werden wird.

Ob und inwieweit videographierte Vernehmungen tatsächlich zu einer verbesserten Aufklärung beitragen können, ist weiterhin ungeklärt und mag vom Einzelfall abhängen. Da viele Menschen ihr Verhalten ändern, wenn ihnen bewusst ist, dass sie von einer Kamera aufgezeichnet werden, lassen sich Auswirkungen auch auf den Inhalt von Vernehmungen nicht als bloß theoretisch abtun. Allerdings nimmt die Kameraerfahrung technisch bedingt täglich zu und bei den Akteuren in Wirtschaftsstrafsachen handelt es sich vielleicht überproportional häufig auch um bereits medienerfahrene Personen.

Jeder Beweistransfer in die Hauptverhandlung steht in einem Spannungsverhältnis zum Unmittelbarkeitsgrundsatz und kann, sind Zeugen oder Sachverständige betroffen, zu einer Verletzung des Konfrontationsrechts des Angeklagten führen. Demgemäß kann das erleichterte Abspielen der Videoaufzeichnung einer Vernehmung in der Hauptverhandlung bestenfalls einzelfallabhängig zu ihrer Beschleunigung beitragen. Diesem Effekt stehen jedoch zu erwartende Erweiterungen der Beweisaufnahme gegenüber.

Anerkennung verdient der Versuch, die Beweisaufnahme von für die Wahrheitsfindung unnötigen Passagen freizuhalten, soll doch die Videoaufzeichnung als bloße Hilfe für die Aufnahme einer Aussage im Ermittlungsverfahren dienen, während sie die Vernehmung in der Hauptverhandlung nur bei Einvernehmen ersetzen können soll, § 254 StPO-E. Es bestehen aber Zweifel, ob dieses Ziel erreicht werden kann.

Die Auffassung, bei § 58a StPO-E handele es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift (S. 23), überzeugt nicht, denn das Fehlen einer *gebotenen* Aufzeichnung wäre sehr wohl pro-

zessordnungswidrig: Liegen die Voraussetzungen vor, so "ist" die Aufnahme nach dem Entwurf zwingend vorgeschrieben. Erfolgte die Aufzeichnung umgekehrt trotz fehlender Voraussetzungen, so würde ihr eine Rechtsgrundlage fehlen. Das Einstufen als bloße Ordnungsvorschrift dürfte der Erwägung geschuldet sein, dass das Aufheben eines Urteils in der Revisionsinstanz allein aufgrund einer Fehlabbildung bei der Aufzeichnungsentscheidung als übermäßig erscheinen mag. Suchte man eine praxistaugliche Alternative in der Ausgestaltung als eingeschränkte Ermessensvorschrift („soll“), so wäre zumindest in der Begründung klarzustellen, dass eine willkürliche Handhabung die Revision aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen das Fairnessgebot begründen könnte.

Auch wenn § 58a StPO als bloße Ordnungsvorschrift verstanden würde, könnten Beweisanträge, die darauf gerichtet sind, weitere Teile einer Aufzeichnung vorzuführen, nur gemäß § 244 Abs. 3 StPO abgelehnt werden. Es hinge vom Geschick des Antragstellers ab, dies zu verhindern. Die mit jedem nicht erhobenen Beweis verbundenen Ungewissheiten würden allerdings vorsichtige Richter geneigt sein lassen, die erbetenen Teile trotz des Zeitaufwands gemäß § 244 Abs. 2 StPO von Amts wegen in die Hauptverhandlung einzuführen. Um einer nicht intendierten und der Wahrheitsfindung nicht dienlichen Ausweitung der Beweisaufnahme entgegenzuwirken erscheint es als sachgerecht, § 244 Abs. 5 S. 1 StPO ausdrücklich für (entsprechend) anwendbar zu erklären, ohne eine dogmatische Entscheidung treffen zu müssen, ob (bzw. unter welchen Umständen) das Einführen einer Videoaufzeichnung den Regeln des Augenscheins- oder des Urkundenbeweises zu folgen hat.

Streitträchtige Abgrenzungsfragen könnten sich auch im Zusammenhang mit Beginn und Ende der Aufzeichnung stellen. Dem zu begegnen, hält der Entwurf eine fakultative Bekräftigung der Vollständigkeit nebst Erwähnung etwaiger Vorgespräche für ausreichend (S. 22). Der Misstrauische wird aber gerade jeden Hinweis auf ein Vorgespräch zum Anlass nehmen, dessen Notwendigkeit und Inhalt zu problematisieren. Es lässt sich allerdings nie gewährleisten, dass sämtliche Kontakte zwischen Verfahrensbeteiligten, insbesondere Polizisten und Staatsanwälten, und einem Zeugen vollständig, quasi 1 : 1, dokumentiert werden. Lässt sich ein verängstigter Zeuge vom verteidigungsseits befürchteten machtvollen Polizisten oder vom justizseits vermuteten erpresserischen Mittäter einschüchtern, so führt dieser "Erfolg" konsequenterweise zum Verschweigen oder Verschleiern der vorangegangenen Einflussnahme. Die unvermeidlich bestehenbleibenden Imponderabilien bestärken nicht nur die Zweifel an der Sachgerechtigkeit vermehrter Videoaufzeichnungen, sondern zeigen auch die Notwendigkeit eines gewissen Grundvertrauens in die Redlichkeit des Agierens aller Verfahrensbeteiligter bzw. des Akzeptierens der damit verbundenen Ungewissheiten. Selbst der intensivste Überwachungsstaat könnte die Komplexität eines jeden Geschehens immer nur aus bestimmter Perspektive und damit ausschnittsweise dokumentieren. Bei Einhaltung gebotener Sprachdisziplin, wenn also immer nur einer spricht, das dann aber klar und deutlich, ist die vermehrte Zulassung von Videoaufzeichnungen sicherlich geeignet, den aufgenommenen Ausschnitt umfassender als eine bloße, noch dazu nicht wortgetreue Niederschrift wiederzugeben. Angesichts dessen ist ein Bedarf zusätzlicher Vorsorge gegen theoretisch immer denkbaren Missbrauch nicht zu erkennen.

Rein praktisch bleiben Zweifel an der Realisierbarkeit der Vorstellung, eine Aufzeichnung könne - und das wäre für Wirtschaftsstrafsachen durchaus typisch (Begründung S. 23 und 24) - auch in Verfahren mit hohen Vermögensschäden geboten sein. Sollte damit gemeint sein, dass mit steigender Straferwartung mehr Sorgfalt auf die Beweisaufnahme zu verwenden ist, so wäre dies durchaus plausibel, ohne dass damit leichtherziger Verurteilung in Bagatellsachen das Wort geredet werden soll; dies bedürfte aber wohl kaum einer Regelung. Zur Quantifizierung des Schadens selbst dürften videographierte Aussagen eines Sachverständigen (über § 72 StPO wäre § 58a StPO-E auch insoweit einschlägig) aus dem Ermittlungsverfahren indes eher ungeeignet und jedenfalls kaum ausreichend sein, um im Streitfall eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung zu vermeiden.

Näherer Prüfung dürfte es wert sein, ob eine Korrelation besteht zwischen Beweismitteltransfer aus dem Ermittlungs- in das Hauptverfahren und der Gegenwart eines (ggf.: Pflicht-)Verteidigers. Bejahendenfalls könnten sich Überlegungen zur Ausgestaltung dieser Verbindung anschließen.

III. Zu Nummer 5 (§ 73 StPO-E):

Die Überführung einer Bestimmung aus den RiStBV in das Gesetz ist inhaltlich unproblematisch.

Allerdings dürfe naheliegende Auswirkungen auf die Tätigkeit der Wirtschaftsreferenten bei den Staatsanwaltschaften nicht übersehen werden. Sie würden zukünftig ebenfalls § 73 Abs. 3 StPO-E unterfallen. Daher würde (nahezu) jedem Gutachtenauftrag an einen Wirtschaftsreferenten (insbesondere in Verfahren wegen Insolvenzdelikten) das Anhörungsverfahren vorausgehen - und sicherlich auch mit einer Begründung für dessen Auswahl abgeschlossen werden müssen. Entweder erschöpften sich diese Begründungen alsbald in Stereotypen - und wären damit überflüssig - oder die Staatsanwaltschaften entgingen einer streitigen Entscheidung mittels Einigung auf einen externen Gutachter. Das würde im Fall eines Schuldspruchs dem Verurteilten höhere Kosten aufbürden, da die Kostenrechnung eines Wirtschaftsreferenten regelmäßig deutlich niedriger auszufallen pflegt als diejenige eines externen Sachverständigen.

IV. Zu Nummer 9 a (§ 136 Abs. 1 S. 3 StPO-E):

Es erschließt sich nicht, warum es geboten sein soll, zukünftig – im gewissen Gegensatz zu §§ 141 Abs. 2 und 244 StPO – bei der Belehrung vor der ersten Vernehmung auf die Pflicht hinzuweisen, im Verurteilungsfall die Kosten des Verteidigers selbst tragen zu müssen. Zum einen gilt Gleiches bei Einstellung des Verfahrens im Ermittlungsverfahren und zum anderen sollte das Missverständnis vermieden werden, ein solcher Hinweis solle vom Einschalten eines Verteidigers abschrecken.

V. Zu Nummer 11 (§ 148 StPO-E):

Da die Neuregelung (zumindest) weitgehend den Stand der Rechtsprechung rezipiert, und zudem Vorsorge gegen Missbräuche bestünden, erscheint dieser Vorschlag als akzeptabel.

VI. Zu Nummer 14 (§ 163 StPO-E):

Über Sinnhaftigkeit und Nutzen der Einführung einer Pflicht von Zeugen, auf Ladung zur polizeilichen Vernehmung zu erscheinen, wenn die Staatsanwaltschaft einen entsprechenden Auftrag erteilt hat, lässt sich heftig, tiefgründig, staatsrechtlich und in Bezug auf die Rolle der Staatsanwaltschaft diskutieren, sicherlich auch entlang der unterschiedlichen Blickrichtungen des jeweiligen Berufs. Dabei handelt es sich jedoch um kein spezifisch wirtschaftsstrafverfahrensrechtliches Thema.

Bedeutung für Wirtschaftsstrafsachen hätte bei Einführung einer Pflicht zum Erscheinen von Zeugen bei der Polizei allerdings die Frage nach den Anforderungen an die Ausgestaltung der an einen staatsanwaltschaftlichen Auftrag zu stellenden Anforderungen. Soll eine Pauschalermächtigung genügen, so würde das die Filterfunktion der Einschaltung der Staatsanwaltschaft weitgehend mindern. Im Fall der Erforderlichkeit einer Einzelermächtigung müsste sich die Staatsanwaltschaft (ggf. sogar mehrmals) zwischendurch mit demselben Fall beschäftigen. Ein Beschleunigungseffekt wäre damit nicht verbunden, zumal da Zeugen, die nicht bereitwillig aussagen, nicht selten noch einmal von der Staatsanwaltschaft vernommen werden müssten.

Für Wirtschaftsstrafsachen ist daher das Einführen einer Pflicht des Zeugen, nach staatsanwaltschaftlichem Auftrag bei der Polizei aussagen zu müssen, entbehrlich.

VII. Zu Nummern 16 und 22 (§§ 213 und 265 StPO-E):

Die Soll-Pflicht, den Ablauf der Hauptverhandlung mit anderen notwendig Beteiligten in umfangreicheren Verfahren abzustimmen, § 213 Abs. 2 StPO-E, und die Erweiterung der Hinweispflichten, § 265 Abs. 2 StPO-E, erscheinen inhaltlich als sachgerecht. Sie enthalten allerdings terminologische Ungereimtheiten, die geeignet sind, zu erheblichen Differenzen bei der Auslegung zu führen.

Das BVerfG differenzierte in seinem Verständigungsurteil vom 19.3.2013 nicht nur zwischen Verständigung und Erörterung, sondern grenzte letztere noch zusätzlich von Gesprächen über rein organisatorische Fragen ab, welche von vorn herein nicht dem Regime des Ver-

ständigungsgesetzes unterfielen. Mit dem Entwurf bedeutet das, dass Organisationsfragen zwar Gegenstand einer Erörterung sein können (Begründung S. 44), aber nicht müssen, während inhaltliche Fragen allein Erörterungen (i.S. des Verständigungsgesetzes) vorbehalten sind (je nach Verfahrensstadium gemäß §§ 160b, 202a, 212 oder 257b StPO). Es ist dieser Unterschiedlichkeit des Inhalts der Fachtermini wegen zu vermeiden, in § 213 Abs. 2 StPO-E (ganz am Ende) von "erörtern" zu sprechen. Das könnte zu der (wohl nicht intendierten) Auslegung verleiten, damit wären die Dokumentations- (§§ 160b S. 2, 202a S. 2 StPO), Mitteilungs- (§ 243 Abs. 4 StPO) und Protokollierungspflichten (§ 273 Abs. 1 S. 2 StPO) verbunden. Der systematischen Klarheit wegen sollte anstatt von "erörtern" von z.B. "abstimmen" die Rede sein.

Aus vergleichbaren Gründen bedarf es einer Klarstellung in § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO-E. Hier wird auf eine gerichtlich "mitgeteilte" Bewertung der Sach- und Rechtslage abgestellt. Der Wortlaut nimmt damit Bezug auf § 243 Abs. 4 StPO. Abgesehen davon, dass keineswegs zwingend ist, dass die bloße Mitteilung über verständigungsbezogene Erörterungen auch als Mitteilung über deren (nach den spezifischen Vorschriften sowieso zu dokumentierenden) Inhalt interpretiert werden müsste, will der Entwurf zu Recht auch keine Beschränkung auf Fälle des § 243 Abs. 4 StPO vornehmen, nennt er doch ausdrücklich auch § 257b StPO als Anwendungsfall (Begründung S. 44), der von § 243 Abs. 4 StPO nicht erfasst wird. Der Entwurf stellt - ebenfalls zu Recht - überhaupt keine Verbindung zu Regelungen des Verständigungsgesetzes her. Das bedeutet, und nur das ist sachgerecht, dass auch einseitig geäußerte vorläufige Bewertungen seitens des Gerichts unter § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO-E fallen sollen. Demgemäß ist es sachgerecht, das Wort "mitgeteilten" an dieser Stelle nicht Gesetz werden zu lassen. Zu denken ist als Alternative an "geäußerten". Damit wären die terminologischen Bedenken ausgeräumt.

Das gilt jedoch nicht für ein weiteres Problem, welches sich als sehr streitträchtig erweisen könnte. Das Gesetz selbst und auch die Begründung befasst sich nämlich nicht mit der Frage, wann denn eine Bewertung "mitgeteilt" bzw. nach hiesigem Vorschlag: "geäußert" wurde. Genügt eine Bemerkung des Einzelrichters oder Gerichtsvorsitzenden irgendwann vor der Hauptverhandlung? Reicht eine konkludente Handlung wie etwa das Ablehnen eines Beweisantrags mangels Bedeutung? Wirkt eine "Bewertung" fort, wenn sich das Gericht (etwa aufgrund neuer Erkenntnisse) später danach in Widerspruch zu ihr setzt, ohne die "Bewertung" ausdrücklich aufzugeben? Noch weitere konfliktträchtige Konstellationen ließen sich leicht darstellen. Im Ergebnis zeigt sich jedoch der Bedarf nach einer Festlegung dahingehend, dass allein schriftliche (oder eben protokollierte) "Bewertungen" zu einer allgemeinen Bindung aus Fairnessgesichtspunkten führen und damit die Hinweispflicht auslösen können. Das würde Rechtssicherheit bieten, ohne dass konkret unfaires Verhalten damit unangreifbar würde (z.B. mittels Beweisantrags: Vorsitzender Richter R. hat am ... gesagt, er sehe beim Angeklagten A keine Vermögensbetreuungspflicht; Zeuge: Staatsanwalt S).

Demgemäß sollte auf eine "schriftlich dokumentierte" vorläufige Bewertung abgestellt werden. Aufgrund des Sachzusammenhangs erscheint eine entsprechende Erweiterung des § 265 StPO als sachgerecht.

VIII. Zu Nummer 17 (§ 243 StPO-E):

Wie bei der Frage nach einer Pflicht des Zeugen, bei der Polizei erscheinen zu müssen (oben <6>), so sind auch die Argumente pro und contra eines verteidigungsseitigen "Eröffnungsplädoyers" ausgetauscht. Angesichts dessen sei hier nur darauf verwiesen, dass der Vorstellung des Entwurfs, etwaigen Missbräuchen mit der Anwendung von § 257a StPO begegnen zu können, dieselben Bedenken wie beim Verweis der Begründung eines Ablehnungsantrags auf die Schriftform (oben <1>) entgegenstehen. Stattdessen könnte über eine (relative oder absolute) zeitliche Begrenzung nachgedacht werden.

IX. Zu Nummer 18 (§ 244 StPO-E):

Die Modifizierung des Beweisantragsrechts greift einen von der Rechtsprechung entwickelten Gedanken auf, fällt allerdings hinter die vom BVerfG gebilligte Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Fristsetzung für Beweisanträge und deren Ablehnbarkeit wegen Prozessverschleppung zurück. Es dürfte sich um eine Regelung handeln, die für alle professionell am Strafprozess Beteiligten akzeptabel ist.

X. Zu Nummer 22 b (§ 265 Abs. 3 StPO-E):

Der Entwurf beschränkt die unflexible Rechtsfolge der Aussetzung auf wie bisher Änderungen der Sachlage. Das erscheint aufgrund des häufig untrennbaren Zusammenhangs von Rechts- und Sachlage als wenig praktikabel und lenkt den Blick auf das Hauptproblem der Vorschrift: Sie ist viel zu unflexibel.

Das gilt in zwei Richtungen, die gegensätzlich sind: Zum einen erscheint die Aussetzung einer ggf. bereits über Monate andauernden Hauptverhandlung als übertrieben und damit unnötig. Zum anderen kann eine Unterbrechung von 3 Wochen nicht ausreichen, damit sich die Verteidigung auf die neue Situation einzustellen vermag. Beiden Erfordernissen könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass die von der Verteidigung angemahnte längere Vorbereitungsdauer einem Verhinderungsfall i.S. von § 229 Abs. 3 StPO gleichgestellt werden würde – dann aber gleichlautend sowohl für tatsächliche wie für rechtlich neue Umstände.

Zollstrafrecht

Rechtsanwältin und Diplom – Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Tagungsbericht zum 28. Europäischen Zollrechtstag: „Der Unionszollkodex“, am 23. und 24. Juni 2016 in Köln

Am 23. und 24. Juni 2016 trafen sich in Köln Vertreter aus Wissenschaft, Wirtschaft und Verwaltung zum 28. Europäischen Zollrechtstag des Europäischen Forums für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V. (EFA), um über aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Zoll- und Verbrauchsteuerrechts sowie des angrenzenden Umsatzsteuerrechts und Herausforderungen der Exportkontrolle zu sprechen. Das EFA veranstaltet in jedem Jahr einen Europäischen Zollrechtstag mit dem Ziel, rechtliche Entwicklungen aufzuzeigen und den Erfahrungsaustausch zwischen Vertretern aller Berufsgruppen, die in der Praxis mit grenzüberschreitendem Warenverkehr zu tun haben, weiter zu fördern. Es ist ein großer Verdienst des EFA, stets auch internationale, höchst fachkundige Referenten als Vortragende und Diskutierende für Round-Table-Gespräche zu gewinnen. Die Veranstaltung wird simultan englisch und französisch übersetzt und findet Niederschlag im zugehörigen Tagungsband.

Die vielschichtigen Themen in diesem Jahr hätte man gut auch unter der Überschrift „Import – Export – Brexit“ diskutieren können.

I. Import

Einen Schwerpunkt bildete die Reform des Europäischen Zollrechts in Form des seit Mai 2016 anzuwendenden Unionszollkodex (UZK), der nunmehr zwar vollständig wirksam ist, aufgrund zahlreicher Übergangsvorschriften seiner endgültigen Umsetzung aber wohl bis voraussichtlich Ende 2020 harren wird.

Man mag überrascht sein, dass so kurz nach Anwendbarkeit des UZK bereits über Änderungs- bzw. Ergänzungsbedarf diskutiert wurde. Diesbezüglichen Fragen stellte sich *Dr. Susanne Aigner* von der Europäischen Kommission, Generaldirektion Steuern und Zoll, Leiterin der Abteilung Customs Legislation. *Aigner* hob zutreffend hervor, dass die Zollunion und das harmonisierte Zollrecht, das über die VO (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates Nr. 952/13 vom 09.10.2013 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar Anwendung findet, DAS Beispiel gelungener europäischer Integration und Fundament für die wirtschaftliche Integration und das Wachstum Europas ist.

Man müsse den seit 01.05.2016 anzuwendenden UZK vor dem Hintergrund der Herausforderungen an die Wirtschaft und den Zoll sehen. Der Zoll bewältige 15% des Welthandels. Die Zollunion sei „der operative Arm für den Großteil der handelspolitischen Maßnahmen

der EU“. Es werde seit vielen Jahren an der Modernisierung des Zollrechts gefeilt, um Vorschriften zu vereinfachen, Handelserleichterungen sicherzustellen, zugleich aber auch dem Sicherheitsbedürfnis im grenzüberschreitenden Warenverkehr gerecht zu werden.

Eine enorme Herausforderung stelle die Fertigstellung der IT-Systeme bzw. deren Anpassung auf das neue Recht dar. Solange die elektronische Datenverarbeitung, die nach dem UZK in vielen Regelungen vorausgesetzt wird, nicht reibungslos möglich ist, muss auf Basis von Übergangsregelungen operiert werden. Übergangsweise sei daher die Verwendung von papierhaften Formularen oder bereits bestehender IT-Systeme festgelegt. Einzelheiten ergeben sich aus den sog. IT-Übergangsregeln in der Delegierte-VO der Kommission (IT-Übergangsfristen) Nr. 2016/341 vom 17.12.2015.

Laut *Aigner* ist der UZK „relativ gelungen“, wenn man bedenke, dass 28 Mitgliedstaaten am Rechtstext im Umfang von mehr als 1.500 Seiten mitgewirkt haben und es erforderlich war, Kompromisse zu erzielen. Die sehr zeitaufwendigen Verhandlungen hätten letztlich dazu geführt, dass der UZK sowie die zu seiner Durchführung erlassene Durchführungsverordnung einschließlich der Delegierte-Verordnung (IT-Übergangsfristen) mit einiger Verzögerung fertiggestellt wurden. Verschiedene Prozesse seien nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Neuland sowohl für die europäischen Institutionen, als auch die Mitgliedstaaten gewesen. Erfahrungen mit dem Verfassen bzw. dem Verabschieden von Delegierten- und Durchführungsverordnungen in einem solchen Umfang hätten nicht bestanden.

Es sei ein wesentliches Ziel des UZK, Zollverfahren zu modernisieren und zu digitalisieren, um die Abläufe für die Wirtschaftsteilnehmer zu vereinfachen und in der Europäischen Union gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.

Im Anschluss an *Aigner* wurden Fragen rund um die Schnittstellen, welche das Unionszollrecht zum nationalen Steuerrecht und Verbrauchsteuerrecht aufweist, erörtert. Vertreter der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung in Münster berichteten über die Auswirkungen des UZK auf das Verbrauchsteuerrecht sowie das Verhältnis zur Abgabenordnung.

Dr. Nathalie Harksen stellte Wechselwirkungen zwischen UZK und UStG vor. Sowohl im Zusammenhang mit der Untersuchung der Auswirkungen des UZK auf die Verbrauchsteuern als auch auf die Umsatzsteuer wurde deutlich, dass der UZK bzw. die beachtlichen EU-Richtlinien unterschiedliche Verweise enthalten (nämlich entweder statische oder dynamische), welche insoweit Anwendungsschwierigkeiten hervorrufen, als eine konsequente Anpassung an das neue Unionszollrecht (noch) nicht in allen Punkten stattgefunden hat.

II. Export

Der zweite Veranstaltungstag widmete sich dem Thema Exportkontrolle, hier den (vermeintlichen) Lockerungen von Sanktionen gegen den Iran. *Dr. Gerd Schwendinger* erläuterte die aktuelle Rechtslage aus Perspektive der EU nach dem Wiener Nuklearabkommen vom 14. Juli 2015 (Joint Comprehensive Plan of Action, Anhang A der UN-Resolution 2231(2015)). Schnell wurde den Teilnehmern klar, dass entgegen der zum Teil irreführenden öffentlichen Darstellung längst nicht alle Exporte und sonstigen Rechtsgeschäfte in den bzw. mit dem Iran zulässig sind. *Schwendinger* erläuterte, dass es bei einem abgestuften System verbotener und genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte bzw. Handlungen bleibe und das denkbare Wiederaufleben von Sanktionen („Snap-Back“) viele Fragen rund um den Vertrauensschutz aufwerfe.

Aus Perspektive der USA berichtete Rechtsanwältin *Douglas N. Jacobsen* über – vermeintliche – Lockerungen der US-Sanktionsvorschriften. Sinngemäß führte *Jacobson* in seinen Vortrag ein mit dem Hinweis „nothing changed“. Dargelegt wurde, dass die USA – anders als die EU – den Großteil der seit Langem bestehenden Embargovorschriften gerade nicht gelockert oder gar aufgehoben hat, sondern lediglich einige wenige sekundäre Sanktionen, d.h. Restriktionen, die sich für ausländische, US-gesteuerte Unternehmen ergeben, gelockert hat. Mit diesem Themenblock wurde den Wirtschaftsbeteiligten vor Augen geführt, dass sich die Risiken, welche sich aus den Iran-Embargovorschriften ergeben, keineswegs in Luft aufgelöst haben.

III. „Brexit“

Eine mit politischem Zündstoff und weitreichenden Auswirkungen für die Praxis versehene Diskussionsrunde wurde am zweiten Veranstaltungstag spontan als Reaktion auf das in

Großbritannien tags zuvor durchgeführte Referendum über den Verbleib des Landes in der Europäischen Union eingerichtet.

Wolfgang hatte noch am Vortag an die Vertreterin der Europäischen Kommission die ernsthaft - ironische Frage gerichtet, ob die Europäische Kommission „einen Plan B“ für den Fall vorsehe, dass Großbritannien tatsächlich die Europäische Union verlässt - was *Aigner* klar verneinte.

Einen solchen „Plan B“ wird man vor dem Hintergrund der zahlreichen zollrechtlichen und handelspolitischen Auswirkungen eines solchen Austritts eines Mitgliedstaats nun wohl erarbeiten müssen.

Die vielschichtigen Herausforderung rund um das neue Unionszollrecht werden – da waren alle einig – ausreichend Stoff für die Veranstaltungen der kommenden Jahre bieten.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Tagungsbericht zum 3. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 19.5.2016

Als gemeinsame Veranstaltung der ZInsO und des WisteV-Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ fand –unterstützt vom DIAI e.V. und den Ausschüssen für Insolvenz- und Strafrecht des KAV – am 19.5.2016 im Hotel „Mondial am Dom“ der 3. Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt. Die circa 80 Interessierten wurden mit ihren hohen Erwartungen auf ein spannendes aktuelles Tagungsangebot und umfassende Diskussionsmöglichkeiten nicht enttäuscht.

I. Die Zukunft des Insolvenzrechts - Ministerialdirektorin *Marie-Luise Graf-Schlicker*, BMJV, Berlin

Den Auftakt bildete – nach einem Grußwort von RA *Jörg Gollnick* vom KAV und einer Einführung durch den WisteV-Vorstandssprecher LOStA *Folker Bittmann* sowie den Sprecher des Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ der WisteV, RA *Christof Püschel*, die beide auch die weitere Moderation der Veranstaltung übernommen hatten - traditionell ein Referat von Ministerialdirektorin *Marie-Luise Graf-Schlicker* aus dem BMJV.

Die Referentin gab einen Überblick über die aktuell diskutierten Gesetzesvorhaben. Noch nicht unmittelbar vor seiner Verabschiedung steht das Konzerninsolvenz, dessen aus 2013 stammender Gesetzentwurf noch immer diskutiert wird. Es sieht einen Gruppengerichtsstand für konzernangehörige Unternehmen vor, also eine Bündelung von Gerichtsständen sowie damit einhergehend die Möglichkeit, einen einheitlichen Insolvenzverwalter zu installieren. Sein Schicksal ist, so die Referentin, verknüpft mit der unmittelbar bevorstehenden Insolvenzrechtsreform, hier namentlich mit der Änderung des Insolvenzanfechtungsrechts.¹ Dabei steht die Reform der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) im Fokus, desgleichen aber auch die Ausweitung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO). Konkrete zeitliche Angaben zur Frage, wann die Rechtsänderungen tatsächlich in Kraft treten, waren dem Referat indes nicht zu entnehmen.

Einen weiteren Brennpunkt bildet die EulnsVO, die am 20.5.2015 beschlossen wurde,² und die 20 Tage nach ihrer Veröffentlichung in Kraft getreten ist. Sie ist in allen ihren Teilen unmittelbar verbindlich und wird unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten.³ Gemäß Artikel 84 ist die neue Verordnung nur auf solche Insolvenzverfahren anzuwenden, die nach dem

¹ S. aus der nahezu unüberschaubaren aktuellen Diskussion etwa die Beiträge von *Marotzke*, ZInsO 2014, 745; *Laroche*, ZInsO 2015, 2511; *Berner*, ZInsO 2015, 2457; *Blank/Blank*, ZInsO 2015, 1705; *Dahl/Schmitz/Taras*, ZInsO 2016, 20.

² ABIEU L 141 vom 5.6.2015, 19.

³ Vgl. hierzu etwa *Albrecht*, ZInsO 2015, 1077; *Parzinger*, NZI 2016, 63.

26.6.2017 eröffnet werden. Wichtig ist hier insbesondere auch die Schaffung eines EU-weiten Insolvenzregisters.

Schließlich sind die Regelungen zur Kapitalmarktunion (Capital Markets Union, CMU) von Bedeutung.⁴ Sie sollen den freien Kapitalverkehr vertiefen und erweitern.⁵ In diesem Zusammenhang ist ein Legislativentwurf der Europäischen Kommission angekündigt. Vor allem soll hier das Insolvenzrecht in allen 28 Mitgliedstaaten der Gemeinschaft harmonisiert werden. Aber auch ein vorinsolvenzrechtliches Sanierungsverfahren, weitgehend ohne gerichtliche Beteiligung bzw. ohne Einschaltung eines bestellten Verwalters, wird hier angestrebt.⁶

Letztlich ist die Neuregelung der Vermögensabschöpfung, zumal mit ihren insolvenzstrafrechtlichen Implikationen, momentan Gegenstand intensiver parlamentarischer und juristischer Auseinandersetzungen.⁷ Hier liegt ein umfangreicher Referentenentwurf⁸ vor, der noch in dieser Legislaturperiode umgesetzt werden soll.

II. Der „nicht richtig“ gestellte Eröffnungsantrag – Was ist strafbar nach § 15a Abs. 4 u. 5 InsO? – OStA (HAL) a.D. Dr. Hans Richter, Stuttgart

In seinem dreigeteilten Vortrag befasste sich der Nestor des deutschen Wirtschaftsstrafrechts einleitend zunächst mit der Sanierungsberatung, die aus seiner Sicht als kriminogenes Feld anzusehen ist. Diese These vertiefte er anhand verschiedener Beispielfälle. So hat etwa das OLG Stuttgart sich bereits 1984 mit der Problematik befasst und festgestellt, dass ein zum Zwecke einer Sanierung von einer Unternehmung eingeschalteter Berater sich der Untreue zum Nachteil der Gläubiger der Unternehmung schuldig machen kann, wenn er zur Herbeiführung eines Stundungsvergleichs die Auszahlung von Geldern aus einem hierfür eingerichteten Fond zusagt, die bereitgestellten Gelder aber bei Scheitern der Sanierung abredewidrig anders verwendet.⁹

Schwerpunktmäßig erläuterte der Vortragende dann die in § 15a InsO verankerte Insolvenzantragspflicht unter strafrechtlichen Aspekten. Bei der Bestimmung handelt es sich nach dem eindeutigen Wortlaut nicht um ein Erfolgs- sondern um ein echtes Unterlassungsdelikt. Da sich durch das strafbare Unterlassen ein rechtswidriger Zustand perpetuiert, hat die Bestimmung überdies den Charakter eines Dauerdelikts. Anders als die h.M. in der Literatur¹⁰ will Richter zur strafrechtlichen Beurteilung allein auf die (strikt insolvenzrechtlich zu beurteilende) Frage der Zulässigkeit des Antrags abstellen: Ob das Insolvenzgericht darüber hinausgehende Angaben gefordert hat und ob solche – richtig oder falsch – gemacht wurden und welche Schlüsse das Insolvenzgericht daraus gezogen hat, ist aus seiner Sicht strafrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Verschleppung unerheblich. Erläuternd verwies der Dozent in diesem Zusammenhang auf aus seiner Sicht stets strafbare „Gerichtsstanderschleichungen“.¹¹

Als Beispiel für unzulässige Anträge verwies Richter ferner auf dem Antrag nicht beigefügte oder lückenhafte Gläubigerverzeichnisse (§ 13 Abs. 1 S. 3 InsO). Ein Insolvenzantrag ist schon als unzulässig zurückzuweisen, wenn auch nur bei einem Gläubiger eine Angabe zu den Forderungen fehlt.¹² Allein derjenige erfüllt nach alledem die gesetzliche strafbewehrte Handlungspflicht, der einen zulässigen Antrag beim zuständigen Gericht einreicht.

Allgemein gilt aus Sicht des Referenten: Zur Strafbarkeit führt eine Falschangabe nur dann, wenn diese geeignet ist, wesentliche Entscheidungen des Insolvenzrichters zur Verfahrenssteuerung fehlzuleiten. Erforderlich ist mithin ein falscher Tatsachenvortrag, während (blo- ße) Wertungen und Rechtsbehauptungen in die Verantwortungssphäre des Insolvenzrich-

⁴ S. einleitend Veil, ZGR 2014, 544.

⁵ S. hierzu etwa Plötzsch, WM 2016, 11; Parmentier, EuZW 2016, 45.

⁶ S. hierzu ausführlich Brömmekamp, ZInsO 2016, 500.

⁷ S. dazu aktuell erschöpfend Bittmann, ZInsO 2016, 873; ders., NZWSt 2016, 131. Vgl. auch – teils sehr krit. – Köllner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 321.

⁸ Veröffentlicht unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Reform_strafrechtliche_Vermögensabschoepfung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 13.12.1984 – 4 Ss (22) 493/83, wistra 1984, 114. S. auch BGH, Urt. v. 10.9.2015 – IX ZR 215/13, ZInsO 2015, 2180.

¹⁰ S. nur – grundlegend – Bittmann, NStZ 2009, 113; vgl. auch Schmal, NZI 2008, 113.

¹¹ S. dazu AG Göttingen, Beschl. v. 19.06.2015 – 71 IK 53/13, ZInsO 2016, 287.

¹² S. weiter Blankenburg, ZInsO 2013, 2196; AG Hannover, Beschl. v. 23.12.2015 – 908 IN 730/15, ZInsO 2016, 236.

ters fallen, damit also auch keine strafrechtliche Bedeutsamkeit aufweisen. Schlichte kleinere Fehler sind ebenfalls irrelevant – Falschgaben müssen gravierend sein. Dies ist – neben den schon erwähnten fehlenden oder lückenhaften Gläubigerverzeichnissen – z.B. auch bei unterbliebenen Angaben zu den Größenmerkmalen (§ 13 Abs. 1 S. 4 iVm § 22a Abs. 1 InsO) oder einer fehlenden Erklärung nach § 13 Abs. 1 S. 7 InsO der Fall.

Anträge auf Eigenverwaltung bzw. auf Schutzschirmverfahren unterfallen demgegenüber nicht der Strafdrohung des § 15a InsO, da sie keine Pflichtanträge im Sinne der Bestimmung sind, es sei denn, sie enthalten – gegebenenfalls auch konkludent – einen Eröffnungsantrag.¹³ Auch Insolvenzanträge wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) sind nicht strafbewehrt.

Abschließend widmete sich *Richter* – hier aus aktuellem Anlass über das eigentliche Thema seines Referats hinausgehend – noch den praktischen Konsequenzen einer aktuellen BGH-Entscheidung. Nach Auffassung des 1. Strafsenats ist der vorsätzliche Bankrott durch Verheimlichen von Bestandteilen des Vermögens (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB) im Falle der Insolvenz einer natürlichen Person bei fortwährendem Verheimlichen bis zur Restschuldbefreiung erst dann beendet, wenn diese erteilt wird.¹⁴ Hierdurch kommt es durch die Verlagerung des Verjährungsbeginns zu einer erheblichen Ausweitung der Strafverfolgungsmöglichkeit,¹⁵ die der Dozent umfassend erläuterte.

III. Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren – ein schmaler Grat zwischen InsO und StGB - *Dr. Peter Laroche, Richter am AG Köln, und OStA Marc Wollenweber, StA Köln*

Laroche und *Wollenweber* verwiesen zunächst auf die Gefahren „kreativer“ Geschäftsideen. So erfolgt eine kurzfristige Liquiditätsbeschaffung in der Krise bisweilen über Maßnahmen wie Factoring, sale-and-lease-back von Anlagevermögen und dergleichen. Vorteil dieser Maßnahmen ist es, dass schnell Liquidität generiert wird. Unproblematisch ist dies nur, wenn der tatsächliche wirtschaftliche Wert und der vereinbarte Erlös entsprechen und die Zugriffsrechte der Gläubiger gewahrt bleiben.¹⁶ Auch Sozialversicherungsbeiträge, können, wenn sie nicht oder nur teilweise an die Einzugsstellen abgeführt werden, zur Liquiditätsschöpfung beitragen. *Laroche* wies hier auf mögliche Umgehungsstrategien zur Vermeidung strafrechtlicher Konsequenzen hin. So könne etwa das Insolvenzgericht im Zusammenhang mit Anträgen auf Eigenverwaltung eine entsprechende Einzelermächtigung (§ 21 Abs. 1 S. 1 InsO) erlassen;¹⁷ auch könne man im Eröffnungsverfahren die Kassenführung an den Sachwalter analog § 275 Abs. 1 InsO übertragen.¹⁸ In beiden Fällen stehen indes mögliche Vorwürfe der Beihilfe (§ 27 StGB) im Raum. Gleiches gilt, wenn Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren durch gerichtliche Einzelermächtigung begründet werden. Hierin kann eventuell auch eine Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) liegen: Soweit die Zahlung bereits im Eröffnungsverfahren möglich ist, handelt es sich bei der entsprechenden Einzelermächtigung (§ 21 Abs. 1 S. 1 InsO) um eine bloße Sicherungsmaßnahme. Ist die Rückführung hingegen erst im eröffneten Verfahren möglich, führt dies demgegenüber zur Privilegierung eines Gläubigers.

Das Referat setzte sich ferner mit der Frage auseinander, inwieweit die Zahlung sonstiger Verbindlichkeiten vor und nach Antragstellung strafrechtlich relevant sein kann. Unproblematisch sind insoweit Leistungen auf laufende Verbindlichkeiten, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind. Zahlungen auf Altverbindlichkeiten, z.B. auf rückständige Mieten, sind regelmäßig nach Antragstellung insolvenzzweckwidrig und führen zu Haftungsansprüchen. Werden (alte) Lieferantenschulden beglichen, etwa zur Sicherung des Neugeschäfts, kann hierin auch eine Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) liegen.

¹³ S. dazu OLG Dresden, Urt. v. 18.6.2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294; LG Hamburg, Urt. v. 19.11.2014 – 303 O 335/13, ZInsO 2015, 451.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 14.3.2016 – 1 StR 337/15, ZInsO 2016, 792. Zu der Entscheidung s. ausführlich *Richter*, ZInsO 2016, 1346, sowie *Kemperdick*, ZInsO 2016, 1148.

¹⁵ S. in diesem Zusammenhang noch *Weyand*, PStR 2016, 139.

¹⁶ S. hierzu etwa *Cyrus/Köllner*, NZI 2016, 288, 291.

¹⁷ Beispielhaft jüngst AG Heilbronn – Beschl. v. 23.3.2016 - 12 IN 149/16, ZInsO 2016, 1024 Demgegenüber aber etwa AG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2014 - 67b IN 196/14, ZInsO 2014, 2390.

¹⁸ S. hierzu AG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2014 - 67b IN 196/14, ZInsO 2014, 2390.

Schließlich widmete sich der Vortrag möglichen Gefahren bei der Eigenverwaltung, zumal im Zusammenhang mit der Einschaltung externer – gegebenenfalls überbeurteilt „eingekaufter“ – Berater: Hier können Vorwürfe der Untreue (§ 266 StGB)¹⁹ im Raum stehen, desgleichen eine Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB), wenn die Geschäftspartner über das Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung nicht aufgeklärt werden; zumindest eine – bereits strafrechtlich relevante – Vermögensgefährdung liegt dann häufig vor. Auch Nebenabreden, seien es „Schubladenverträge“, seien es „kick-backs“ oder der Verzicht auf die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen,²⁰ können strafrechtliche Vorwürfe nach sich ziehen.

IV. Die Honorierung des Beraters/Verteidigers in Krise und Insolvenz – Prof. Dr. Hans Haarmeyer, Bonn

Gerade in der Krise wird die mögliche Anfechtung von Honorarzahlungen an Steuerberater, beratende Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer zum „Objekt der Begierde“ des Verwalters, der sein Bestreben, möglichst viel Masse zu generieren, insbesondere auch durch erfolgreiche Anfechtungen bzw. erfolgreiche Geltendmachung von Regressansprüchen umzusetzen versucht. Die erwähnten Berufsgruppen gelten dabei als „leichtes Ziel“: Sie sind Insider; die Berufung auf Unkenntnis der Krisensituation hat im anfechtungsrechtlichen Sinne keine Aussicht auf Erfolg.

Anknüpfungspunkte können hier die Krisen- und Sanierungsberatung ebenso sein wie die Beratung und Hilfe bei der Vorbereitung eines Insolvenzantrags bzw. die Honorare von CRO und Beratern nach der Antragstellung.

Die Rechtsprechung differenziert hier durchaus. So lässt der BGH²¹ in ständiger Rspr. die Zahlung angemessener Honorare (als Bargeschäft) in der Krise zu. Die Inanspruchnahme professioneller Krisenberatung gegen angemessene Vergütung darf nach der Rspr. nicht an § 133 Abs. 1 InsO scheitern.²²

Grundsätzlich trifft den Steuerberater keinerlei Informations- und Hinweispflicht auf eine Insolvenzsituation. Dies gilt auch im Fall eines „Dauermandats“. Es besteht insbesondere auch keine Pflicht, auf einen Anlass zur Prüfung der Insolvenzsituation hinzuweisen. Aber: Wird ein Auftrag zur Prüfung erteilt, dann besteht eine haftungsrelevante Pflicht zur Prüfung.²³ Überobligationsmäßige Äußerungen müssen indes immer „stimmen“.²⁴ Regressforderungen sind hier vorprogrammiert.

Krisen- und Sanierungsberatung sind ihrerseits stets in höchstem Maße anfechtungsgefährdet. Zahlreiche Entscheidungen aus jüngster Zeit wurden insoweit durch *Haarmeyer* beispielhaft vorgestellt.²⁵ Generell gilt hier: Die Beratung auf diesen Gebieten ist rechtlich vermintes Gelände. Besondere Vorsicht ist bei von vornherein aussichtslosen Sanierungsmaßnahmen geboten.

Insgesamt schützt die Rspr. aber Bargeschäfte und „ähnliche Lagen“: Die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ist gleichermaßen bei Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen, wenn eine angemessene Vergütung für eine professionelle Krisenberatung gezahlt wird.²⁶ Auch für den Geschäftsbetrieb „unentbehrliche Gegenleistungen“ sind vor Anfechtungen regelmäßig bewahrt, z.B. Buchungsarbeiten durch den Steuerberater.²⁷ Entsprechend können Anfechtungsrisiken durch die Vereinbarung von Bargeschäften, namentlich durch eine kurzfristige leistungsbezogene Bezahlung, die laufende und stets sorgfältige Dokumentation sowohl der geleisteten Arbeit als auch der Erfolgsaussicht der eingeschlagenen Strategie, und durch nachweislich gute Sanierungskonzepte minimiert werden. Ansonsten zählt, so *Haarmeyer*, der Grundsatz: Honorare sichert man in Krise und Insolvenz nicht durch pfiffige Verträge, sondern nur durch hohe und messbare Qualität.

¹⁹ S. dazu auch *Weyand*, ZInsO 2014, 1934.

²⁰ S. hierzu *Weyand*, ZInsO 2014, 1934, 1938.

²¹ BGH, Urte. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101.

²² LG Berlin, Urte. v. 26.06.2014 – 63 O 11/14, ZIP 2014, 1688.

²³ BGH, Urte. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZInsO 2013, 826.

²⁴ BGH, Urte. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, ZInsO 2013, 1409; BGH, Urte. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, ZInsO 2014, 546.

²⁵ Vgl. etwa OLG Bremen, Urte. v. 3.7.2015 – 2 U 145/14, ZInsO 2015, 1791; OLG Bremen, Urte. v. 7.5.2015 – 2-32 O 102/13, ZInsO 2015, 1688; LG Dessau-Roßlau, Urte. v. 24.7.2015 – 2 O 480/14, ZInsO 2015, 2384; OLG Celle, Urte. v. 08.10.2015 – 16 U 17/15, ZInsO 2015, 2444.

²⁶ . Vgl. z.B. LG Berlin, Urte. v. 26.6.2014 – 63 O 11/14, ZIP 2014, 1688; LG Würzburg, Urte. v. 16.12.2013 – 92 O 2268/12, ZInsO 2014, 564.; s. auch *Buchalik/Hiebert*, ZInsO 2014, 1423.

²⁷ S. BGH, Urte. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602.

Die vorgenannten Grundsätze gelten im Übrigen auch für den Verteidiger. Anfechtungsrelevant kann hier insbesondere die Zahlung von Verteidigerhonoraren aus dem Gesellschaftsvermögen sein, z.B. im Rahmen der Verteidigung eines Organs ohne ersichtliche Verbindung zur den Unternehmensinteressen. „Sichere“ Zahlungen – oder das Stellen von Sicherheiten – können hier etwa von dritter Seite erfolgen.

Strafrechtlich kann sich der Berater überdies dem Vorwurf der Beihilfe (§ 27 StGB) ausgesetzt sehen. Hier gelten die vom BGH aufgestellten Kriterien zur „professionellen Adäquanz“.²⁸ Eine „Straftatberatung“ zur Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen oder andere Hilfestellungen, z.B. durch „frisierete“ Belege oder „geschönte“ Bilanzen, dürfen hier ebenso wenig erfolgen wie die Übernahme faktischer Organstellung.²⁹

V. Fazit und Ausblick

Nach den einzelnen Vorträgen konnten die Teilnehmer nachhaltige und konstruktive Diskussionen mit den Referenten führen; deutlich wurden dabei durchaus unterschiedliche und teils auch kontroverse Standpunkte der Insolvenzrechtler einerseits, der Strafrechtler andererseits. Im Anschluss an die Veranstaltung bot sich die gleichfalls gern angenommene Gelegenheit, bei Fingerfood und Kölsch die bei der erfolgreichen Veranstaltung gewonnenen Anregungen und Impressionen weiter zu erörtern und zu vertiefen.

WisteV und ZInsO laden schon jetzt ein zum 4. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Frühjahr 2017 stattfinden wird. Ein interessantes und abwechslungsreiches Programm sei bereits versprochen.

²⁸ Grundlegend hierzu bereits BGH, Beschl. v. 20.9.1999 – 5 StR 729/98, wistra 1999, 459.

²⁹ S. dazu Weyand, ZInsO 2015, 1773.

Medizin- und Arztstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Anuschka Velke, LL.M., Frankfurt a.M.

Tagungsbericht zur WisteV-medstra-ILF-Veranstaltung „Korruption im Gesundheitswesen“ am 18. Mai 2016 in Frankfurt am Main

Eine spannende Veranstaltung hatten die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung (WisteV), die Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) und das Institute for Law and Finance (ILF) in den repräsentativen Räumen der Goethe Universität Frankfurt organisiert. Die fast vierstündige Veranstaltung befasste sich mit dem brandaktuellen Thema der Korruption im Gesundheitswesen. Wenig überraschend hatte die anstehende Einführung der Straftatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gemäß den §§ 299 a und b StGB zahlreiche Teilnehmer für den Besuch der Veranstaltung begeistern können. Tatsächlich sind die neuen Vorschriften zweieinhalb Wochen nach der Veranstaltung mit Verkündung im Bundesgesetzblatt am 3. Juni 2016 in Kraft getreten.

Nach einer kurzen Begrüßung und Einführung in das Thema durch den Regionalvertreter Mitte der WisteV, Rechtsanwalt Ole Mückenberger von White & Case, stellte Rechtsanwalt Dr. Erno Burk aus der Kanzlei Gleiss Lutz in Berlin den gesundheits-, sozial- und heilmittelwerberechtlichen Rahmen dar.

Zu Beginn gab er einen Überblick über die bisherigen Praktiken des Arzneimittelvertriebes. Er erläuterte die üblichen Zuwendungen der Pharmaindustrie an Apotheker in Form von Rabatten, Regalmieten und Umsatzkooperationen sowie der Apotheker an Ärzte durch Direktbelieferungsabsprachen, Bezahlung des ärztlichen Personals oder der Beteiligung an der Praxismiete. Anschließend benannte er konkrete Beispiele der bisher gängigsten im

Markt bekannten Zuwendungen in Form der Umsatzbeteiligung für verordnete Medikamente, der Finanzierung von Anwendungsbeobachtungen, dem Honorar für Patientenbefragungen zur Medikamentenzufriedenheit, dem Kongresssponsoring sowie der Auftragserteilung an Familienangehörige. Spätestens nach dieser Darstellung Burks musste man sich auch als Verteidiger eingestehen, dass eine solche Zuwendungspraxis aufgrund ihres möglichen Einflusses auf die Objektivität des Arztes oder Apothekers bei einer Behandlungs- oder Medikamentenempfehlung nicht immer im Sinne des Patienten sein kann.

Burk stellte klar, dass die bisherige Rechtslage bereits jetzt – also noch vor Einführung der neuen Straftatbestände – über mannigfaltige Sanktionsmöglichkeiten verfüge. So verbiete bereits § 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG) die Gewährung von Zuwendungen, sofern nicht eine der hierin abschließend aufgeführten Ausnahmen vorliege (Geringwertigkeit; klar berechenbare Bar- oder Naturalrabatte; handelsübliches Zubehör oder Nebenleistungen sowie kostenfreie Kundenzeitschriften). Burk wies darauf hin, dass ein Verstoß nach § 15 Abs. 1 Ziff. 4a HWG mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- € belegt werden könne. Auch stellte er klar, dass mit § 130 OWiG auf der Leitungsebene und § 30 OWiG auf Unternehmensebene weitere Sanktionsmöglichkeiten mit durchaus höheren Bußgeldrahmen bestünden. Des Weiteren wies Burk auf das Verbot der Arzneimittel-Bevorzugung in § 10 Apothekengesetz (ApoG) und das Kooperationsverbot in § 11 ApoG hin, die im Falle einer Zuwiderhandlung nicht nur wettbewerbsrechtliche Auswirkungen nach den §§ 3a und 8 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), sondern auch als Ordnungswidrigkeit nach § 25 ApoG mit einer Geldbuße von bis zu 20.000,- € sanktioniert werden könnten.

Zum Abschluss seines Vortrages ging Burk auf die sozial- und berufsrechtlichen Verbotsvorschriften ein. Hierbei wies er für die Apotheker auf die sozialrechtliche Sanktionsmöglichkeit des § 128 Sozialgesetzbuch V (SGB V) hin, der bei einer unzulässigen Zusammenarbeit mit Vertragsärzten einen Vergütungswegfall durch die Krankenkassen vorsieht, § 128 Abs. 3 SGB V. Letztlich ging er auf die bereits bestehenden berufsrechtlichen Verbote der § 31 (Unerlaubte Zuweisung) und § 32 (Unerlaubte Zuwendung) der (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBÖ-Ä) ein, die allerdings mit Inkrafttreten der neuen §§ 299 a und b StGB an Bedeutung verlieren werden.

Insgesamt gelang es Rechtsanwalt Dr. Burk mit seinem Vortrag in bemerkenswert kurzer Zeit einen guten Überblick über die bestehende heilmittelberber-, sozial- und berufsrechtliche Gesetzeslage zu vermitteln, was als ideale Überleitung für die Ausführungen seiner Kollegen von Gleiss Lutz in Frankfurt, den Rechtsanwälten Dr. Dirk Scherp und Dr. Christoph Skoupil diene.

Scherp und Skoupil, die sich thematisch mit den „Risiken im Lichte der neuen §§ 299 a und b StGB“ befassten, gingen zunächst auf die Entwicklung, den Hintergrund sowie den aktuellen Stand der neuen Vorschriften ein.

Hieraus wurde deutlich, dass mittlerweile bis heute mehr als vier Jahre seit der Entscheidung des Großen Senats des BGH für Strafsachen (29.3.2012, GSSt 2/11) zu Vertragsärzten und seiner hierin geäußerten unverhohlenen Aufforderung an den Gesetzgeber, aktiv zu werden, vergangen sind. Erst im August und Oktober 2015 hatte die Bundesregierung einen ersten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ vorgelegt (BR-Drucksache 360/15, abrufbar unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2015/0360-15.pdf> sowie BT-Drucksache 18/6446, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/064/1806446.pdf>).

Dabei machten aus Sicht des Gesetzgebers die Wertigkeit der zu schützenden Rechtsgüter (fairer Wettbewerb, Verteuerung medizinischer Leistungen sowie Vertrauen der Patienten in die Integrität der Heilberufe), die unzureichenden berufs- und sozialrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten sowie der hohe Unrechtsgehalt von Verstößen eine strafrechtliche Regelung als ultima ratio erforderlich. Am 13. Mai 2016 passierte der „Gesetzesentwurf zur Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen“ nach diversen Beratungen (siehe die Gesetzeshistorie unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/685/68571.html>) endlich den Bundesrat, wenn auch mit der Empfehlung, die Gesetzesanwendung nach Einführung der Vorschriften zu beobachten und ggfls. nachzubessern (BR-Drucksache 181/16, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0181-16B.pdf>). Mittlerweile ist das Gesetz mit Verkündung im Bundesgesetzblatt am 3. Juni 2016 in Kraft getreten (siehe hierzu: [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//\[*\]@\[attr_id](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//[*]@[attr_id)

=%2527bgbl116s1254.pdf%2527]#__bgbl__%2F%2F*[%40attr_id%3D%27bgbl116s1254.p
df%27]__1465392822236).

Die Referenten erläuterten sodann die Voraussetzungen der neuen Tatbestände. Hierbei werde der künftige § 299 a StGB die Nehmerseite und § 299 b StGB die Geberseite erfassen. Zur Vermeidung von Regelungslücken habe sich der Gesetzgeber für einen weiten Anwendungsbereich entschieden und sowohl die akademischen Heilberufe als auch die Gesundheitsfachberufe in den Tatbestand mitaufgenommen. Auch habe er sich für einen weiten Vorteilsbegriff entschieden, womit bereits jede Leistung ohne Rechtsanspruch unter den neuen Tatbestand zu fassen sei. Von einer Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenze (die beliebten Kugelschreiber oder Taschentücher mit Werbeaufdruck) habe man ausdrücklich Abstand genommen, so dass auch die geringste Zuwendung zunächst als Vorteil gelte. Allerdings könnten diese auf der Ebene der notwendigen „Unrechtsvereinbarung“ als sozialadäquat ausscheiden. Eine solche Unrechtsvereinbarung bestehe dann, wenn der Vorteil als Gegenleistung für eine Bevorzugung im Wettbewerb diene. Hierbei könne man sich an den bisherigen Maßstäben der §§ 299 ff. StGB sowie an den Kodizes des Gesundheitsmarktes und am Berufsrecht orientieren. Allerdings wiesen die Referenten auf die Schwierigkeit hin, dass nicht jede Handlung, die berufsrechtlich erlaubt sei, künftig auch straflos sein werde und umgekehrt. Bereits dieser Hinweis ließ erahnen, welche Rechtsunsicherheiten zukünftig zu erwarten sein werden. Des Weiteren müsse der Vorteil nach dem neuen Gesetzeswortlaut im Zusammenhang mit der Verordnung von (auch nicht verschreibungspflichtigen) Produkten oder dem Bezug von Produkten bzw. der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial stehen. Das Erfordernis einer Bevorzugung im Wettbewerb werde – so die Referenten – regelmäßig gegeben sein. Lediglich bei einer vorliegenden Monopolstellung sei eine solche Konstellation zu hinterfragen, wobei der Gesetzgeber bereits darauf hingewiesen habe, dass wegen nahezu immer bestehender Therapiealternativen oder Generika stets eine Wettbewerbssituation vorliegen werde.

Zum Abschluss ihres Vortrages machten Scherp und Skoupil auf eine äußerst praxisrelevante Regelungslücke aufmerksam. Hiernach werde der korruptive Arzneimittelbezug durch Apotheker nicht von dem aktuellen Gesetzeswortlaut des neuen § 299 a StGB erfasst. Denn das Gesetz verlange in seiner jetzigen Ausgestaltung die „unmittelbare Anwendung“ der bezogenen Produkte „durch den Heilberufsangehörigen“. Der Apotheker fungiere indes lediglich als Verkäufer, so dass an diesen bei Arzneimittelbezug gewährte Rabatte, Skonto oder Boni nicht hiervon erfasst würden. Da hier wohl kaum eine geplante Regelungslücke vorliegen dürfte, war zu diskutieren, ob dieses Regelungsdefizit durch die bestehenden Korruptionsvorschriften aufgefangen wird. Die Referenten äußerten ihre Zweifel, ob der Apotheker als Angestellter oder Beauftragter der Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB oder als Amtsträger nach § 331 StGB zu werten sei. Da sich der Große Senat in seiner damaligen Entscheidung letztlich aber nicht mit Apothekern, sondern lediglich mit Vertragsärzten befasst habe, sei die Anwendung der allgemeinen Korruptionsvorschriften laut Scherp und Skoupil nicht ausgeschlossen. Sicher sei allerdings, dass branchenübliche und allgemeingültige Rabatte, die jedem Wettbewerber gleichermaßen zuteilwürden, jedenfalls mangels Unrechtsvereinbarung nicht von den Korruptionsvorschriften erfasst würden. Als Präventionsmaßnahmen zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die neuen §§ 299 a und b StGB schlugen die Referenten vor, auf ein ausgewogenes Leistungs- und Gegenleistungs-Verhältnis zu achten, eventuelle Vorteile strikt von der Entscheidungsfindung zu trennen sowie jede Vorteilsgewährung oder Zuwendung transparent zu dokumentieren und offenzulegen.

Zusammenfassend gaben die Rechtsanwälte Dr. Scherp und Dr. Skoupil einen hervorragenden Überblick über die neuen Tatbestände, wobei sie bereits zu erwartende Rechtsanwendungsprobleme verdeutlichten.

Auf ebensolche Probleme wies auch Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht und Strafrecht Dr. Michael Tsambikakis mit seinem Vortrag „Korruption durch Kooperation“ hin. Tsambikakis stellte klar, dass künftig auch formal zulässige Kooperationen zwischen Krankenhäusern und Ärzten mit der Pharmaindustrie einerseits, und niedergelassenen Ärzten und Laboren mit Krankenhäusern andererseits sowie letztlich niedergelassenen Ärzten mit Laboren und sonstigen Anbietern medizinischer Hilfsmittel (wie z.B. Hörgeräteakustiker oder Sanitätshäusern) einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sein würden. Das gesteigerte Strafverfolgungsrisiko machte er daran fest, dass bei Kooperationen regelmäßig ein synallagmatisches Verhältnis zwischen Leistung und Vorteil bestehe; darüber hinaus sei die Abgrenzung einer erlaubten von einer unzulässigen Kooperation bereits nach dem Pri-

märrecht (§ 128 SGB V und § 31 MBO-Ä) mit Rechtsunsicherheiten behaftet; letztlich bestünde die Möglichkeit, eine verbotene Kooperation durch die Vorgabe einer formal zulässigen zu verschleiern. Die Staatsanwaltschaft werde mithin bei ihren Ermittlungen Unrechtsvereinbarungen anhand von Indizien herleiten, weshalb Kooperationsvereinbarungen als Manifest eines Leistungsaustauschs regelmäßig kritisch auf deren Üblichkeit, Sozialadäquanz, Transparenz und Dokumentation überprüft werden würden. Oberstes Gebot zur Vermeidung von Strafverfolgungsrisiken sei mithin die volle Transparenz der Kooperation und bestenfalls die strikte Trennung des Einkaufs von den Berufsträgern (z. B. den produktanwendenden Ärzten), wobei Tsambikakis klarmachte, dass sich dies in der Praxis kaum werde durchsetzen können, da letztlich die Berufsträger über den Bedarf und die Beschaffenheit der Produkte zu entscheiden hätten.

Tsambikakis stellte anschließend etliche Fallgestaltungen dar, aus denen deutlich wurde, dass mit Inkrafttreten der §§ 299 a und b StGB der medizinische Sektor hohen Risiken einer Strafverfolgung unterliege. So werde künftig beispielsweise die Zuweisung von Patienten aufgrund der sehr weit gefassten Regelung in der Nummer 3 der §§ 299 a und b StGB riskant werden. Auch die bislang üblichen Kooperationen von Krankenhäusern mit niedergelassenen Ärzten und die Beschäftigung als Honorarärzte werde künftig problematisch sein. Die Schwelle zur Bejahung eines Anfangsverdachts werde hier regelmäßig sehr niedrig sein. Es seien viele Verfahrenseinleitungen aufgrund von Strafanzeigen durch Konkurrenten, ehemalige Kollegen oder Lebenspartner zu erwarten. Eine Empfehlung auszusprechen, die mit einem Vorteil verbunden sei, sei mithin künftig nicht ungefährlich. Da der Staatsanwaltschaft meist nur Indizien vorliegen würden, um die Zuweisung zu beurteilen, sei eine transparente Dokumentation auch hier dringend geboten, aus der die sachlichen Gründe für die Empfehlung und die Aufklärung über etwaige Alternativen hervorgehen würden. Allerdings werde auch eine solche Dokumentation nicht die mit Einführung der neuen Straftatbestände bestehende Rechtsunsicherheit, wann die Grenzen einer zulässigen Kooperation überschritten seien, beseitigen können.

Insgesamt verdeutlichte der ausgezeichnete Vortrag von Rechtsanwalt Tsambikakis, dass der Gesundheitsmarkt mit Inkrafttreten der neuen Tatbestände aufgrund des leicht zu bejahenden Anfangsverdachts schnell mit Ermittlungsverfahren konfrontiert sein wird.

An dieses Fazit Tsambikakis konnte Herr Oberstaatsanwalt Badle von der Generalstaatsanwaltschaft in Frankfurt mit seinem „Zwischenruf aus der Sicht der Staatsanwaltschaft“ nahtlos anknüpfen.

Badle wies gleich zu Beginn darauf hin, dass eine von der Staatsanwaltschaft geforderte Strafverfolgung mit Augenmaß immer eine entsprechende Infrastruktur, Kommunikation und einen Erfahrungsaustausch voraussetze. Ernüchternderweise gab Badle offen preis, dass eine solche Kommunikation zwischen den Staatsanwaltschaften der einzelnen Länder nicht stattfindet. Stattdessen koche „jeder sein eigenes Süppchen“. Badle gab unumwunden zu, dass die Staatsanwaltschaft mit Inkrafttreten der neuen Vorschriften vor enormen Anwendungsproblemen stehe. Plötzlich sei sie über das Strafrecht hinaus mit medizin- und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen befasst. Im Kern gehe es darum, den Markt und dessen Gegebenheiten zu verstehen. Dabei müsse man sich als Staatsanwaltschaft fragen, wie man in Zukunft vernünftig und sachgerecht mit den neuen Tatbeständen umgehe. Auch wenn der Gesetzgeber zahlreiche Probleme erkannt und viele Detailfragen in seiner Gesetzesbegründung behandelt habe, stelle dies die Staatsanwaltschaft vor riesige Herausforderungen. Dabei liege das Hauptproblem der Ermittlungsbehörde in der ihr fehlenden Expertise. Eigentlich müsse man zunächst mehrere Jahre in diesem Bereich gearbeitet haben. „Try and error“ gehe hier klar zu Lasten des Mandanten und der betroffenen Unternehmen. Dies werde auch starke Auswirkungen bei der Verhängung von Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG haben, was eine massive wirtschaftliche Belastung für die Unternehmen darstellen werde.

Nach dieser aus Verteidigersicht alarmierenden Einführung, erklärte Badle dass die Staatsanwaltschaften in Hessen immer bereit seien, zu kooperieren. Es sei ihnen ein Anliegen, eine Strafverfolgung „mit Augenmaß“ zu betreiben, bei der die individuellen Gegebenheiten berücksichtigt würden. Da der Staatsanwaltschaft die niedrige Schwelle des Anfangsverdachts bewusst sei, wolle sie „alles versuchen“, um Durchsuchungen oder auf Verdunklungsfahr gestützte Haftbefehle zu vermeiden. Bereits die Erwähnung dieser strafprozessualen Instrumentarien vermochte den zuhörenden Verteidiger nicht gerade zu beruhigen.

Badle stellte klar, dass er den Hauptanwendungsbereich der neuen Straftatbestände weniger im Bereich der Pharmaindustrie sehe, da diese bereits „ihre Hausaufgaben gemacht“ habe. Vielmehr sehe er den Schwerpunkt im Bereich der ambulanten und stationären Versorgung sowie der Honorararztstätigkeit im Krankenhaus.

Stellvertretend für die Staatsanwaltschaft äußerte Badle die Bitte an die Anwaltschaft, die Strafverfolgungsrisiken durch eine präventive und risikoarme Beratung zu minimieren. Auch wenn dies für die Mandanten möglicherweise mit Umsatzeinbußen einhergehe, sei dies „immer noch besser als ein Strafverfahren“. Das Risiko einer Strafverfolgung sei in Anbetracht der niedrigen Schwelle des Anfangsverdachts enorm und mit gravierenden Folgen, wie dem Reputations- und Arbeitsplatzverlust sowie finanziellen Einbußen verbunden. Daher sei es vorzugswürdig, Zweifelsfragen möglichst im Vorfeld zu klären. Für den Zuhörer drängte sich der Eindruck auf, dass Badle die Veranstaltung als Gelegenheit nutzte, um diese Sicht der Dinge den Adressaten der Vorschriften zu kommunizieren.

Abschließend erklärte Badle, dass die §§ 299 a und b StGB keine neuen Verbote definieren, sondern lediglich eine neue Sanktionsschärfe bedeuten würden. Der Ratiopharm-Skandal habe den Druck auf den Gesetzgeber erhöht. Auch die durch die Pharmaindustrie bezahlten Anwendungsbeobachtungen seien nicht umsonst in Verruf geraten, sondern seien ein Einfallstor gewesen, um den Ärzten getarnt verbotene Zuwendungen zukommen zu lassen. Der Markt habe es versäumt, sich selbst zu regulieren. Der Gesetzgeber habe mithin keine andere Wahl gehabt, als die neuen Straftatbestände zu erlassen. Der Appell des Großen Strafsenats hätte letztlich nur noch den letzten Anstoß hierzu gegeben. Die Beteiligten des Gesundheitsmarktes müssten aber nicht beunruhigt sein. Alles, was bisher erlaubt gewesen sei, werde auch weiterhin erlaubt sein. Allerdings werde künftig die vereinbarte Vergütung ein maßgebliches Indiz für die Abgrenzung eines zulässigen von einem strafbaren Verhalten sein.

Zusammenfassend war Badles „Zwischenruf“ von erstaunlicher Offenheit gekennzeichnet. Weder verhehlte Badle die innerhalb der Staatsanwaltschaften zu erwartenden Anwendungsprobleme infolge unzureichender interner Kommunikation, noch fehlender Expertise und mangelnden Erfahrungsaustauschs, noch beschönigte er, dass diese anfänglichen Defizite letztlich zu Lasten der Mandanten und Unternehmen gehen werde („try and error“). Auch wenn zu vermuten ist, dass Badle in der Sache sicher eine harte Position vertreten wird (ob beispielsweise eine Vergütung als angemessen anzusehen ist oder nicht), vermittelte er doch den Eindruck, sich der möglichen, gravierenden Auswirkungen eines aufgrund eines schnell gegebenen Anfangsverdachts eingeleiteten Ermittlungsverfahrens bewusst und daher gesprächsbereit zu sein, sowie mit Augenmaß vorgehen zu wollen. Allerdings machte Badle deutlich, dass er diese moderate Herangehensweise lediglich von den Staatsanwaltschaften in Hessen in Aussicht stellen könne. Es bleibt daher für die Betroffenen zu hoffen, dass auch die Strafverfolgungsbehörden der anderen Länder sich diesem Vorhaben anschließen und auch tatsächlich umsetzen werden.

Die rundum gelungene Veranstaltung fand ihren Abschluss in einer Paneldiskussion der Referenten, die durch Prof. Karsten Gaede von der Brucerius Law School in Hamburg moderiert wurde. Die Diskussion ergab, dass letztlich das Gesundheitswesen an seiner Compliance arbeiten und für deren Funktionstüchtigkeit sorgen müsse. Dabei zeigte sich allerdings in der anschließenden Diskussion mit den Teilnehmern die Schwierigkeit, die Angemessenheit der Vergütung, beispielsweise von Honorarärzten, beurteilen zu können. So sei z.B. ein ländliches Krankenhaus aufgrund seiner Abhängigkeit eher bereit, dem unterstützenden Arzt ein hohes Honorar zu bezahlen als eines in der Stadt mit einer hohen Arztdichte. Letztlich waren sich die Referenten einig, dass der Markt sich gerade aufgrund der Einführung der neuen Straftatbestände im Wandel befinde und man die Entwicklung weiter abwarten müsse.

Die Veranstaltung fand ihren Ausklang bei einem anschließenden Imbiss im Foyer des House of Finance, bei dem man die Gelegenheit hatte, das Thema noch zu vertiefen. Insgesamt ist der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung, der Zeitschrift für Medizinstrafrecht und dem Institute for Law and Finance ein großer Dank für die Organisation dieser hervorragenden (und noch dazu kostenfreien!) Veranstaltung auszusprechen, die noch einmal mehr mit der gezeigten Qualität der Vorträge und der vorhandenen Fachkompetenz der Referenten ein hohes Niveau unter Beweis gestellt hat.

Rezensionen

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Reiß, Roman, „Das Treueverhältnis“ des § 266 StGB – Ein Tatbestandsmerkmal zwischen Akzessorietät und faktischer Betrachtung

Baden-Baden 2014, 536 S., 119 €

I. Die (zutreffende) Besinnung auf die systematische Auslegung eines heiß diskutierten Tatbestands bietet zwei allgemein anerkannten wissenschaftlichen Kapazitäten des (auch: Wirtschafts-)Strafrechts (Prof. Dr. Ulf Neumann und Prof. Dr. Walter Kargl) genügenden Anlass, die Dissertation von *Roman Reiß* uni sono mit summa cum laude zu bewerten, begleitet von dem Fazit, die Arbeit belege, dass die Instrumente herkömmlicher Strafrechtsdogmatik noch nicht stumpf geworden seien (Kargl). Dem nicht wissenschaftlich geprägten Rezensenten gebietet solcherart Lob Schweigen dort, wo er nicht zu Hause ist, und die Beschränkung auf die Sicht eines Praktikers.

II. 1. a) *Roman Reiß* befaßt sich in seiner Dissertation mit dem „Treueverhältnis“ des § 266 StGB. Er gelangt mit bloßem Blick auf den Tatbestand zu der ebenso richtigen wie möglicherweise dem allgemeinen (Rechts-)Bewußtsein entratenen Erkenntnis, dass zwischen dem Urgrund, der Begründung eines Treueverhältnisses einerseits, und dem Betreuungsverhältnis andererseits unterschieden werden müsse, „Treueverhältnis“ also nicht der Oberbegriff sei (S. 73 f., 109, 111 f. und passim), während der Tatbestand in jedem Fall eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetze (S. 499). Ersteres betrifft das „ob“, den Einstieg, Letzteres das „Wie“, die Qualitätsanforderungen, die nach dem ersten Schritt, dem Einstieg, erfüllt sein müssen, um das auf Gesetz, behördlichem Auftrag, Rechtsgeschäft oder Treue ruhende Grundverhältnis zu einem Betreuungsverhältnis zu erheben (S. 94), verstanden als Zusammenfassung der Umstände, nur deren Verletzung innerhalb des jeweiligen Grundverhältnisses untreuerelevant ist.

b) Diese Differenzierung ist wichtig, sie ist grundlegend – keine Frage. Und es ist in der Tat ein alles andere als gering einzuschätzendes Verdienst, sie gegen die allzu häufige Vermengung beider Aspekte nachhaltig zu betonen. Gleichwohl: mag das bei aktuellem Stand der Diskussion auch ein ausreichendes Thema für eine Dissertation sein, und bewundernswert, dazu über 500 Seiten zu schreiben – der Rezensent steht mit offenem Mund davor – so bleibt es aus praktischer Sicht trotzdem die Befassung allein mit den Einstiegsvarianten des Tatbestands. Wer angesichts der seit Jahren geführten Diskussion über die Anforderungen, die aus einem Schuldverhältnis ein (untreuerelevantes) Betreuungsverhältnis machen, Ausführungen zu diesem Thema erwartet, muss sich mit der als spröde empfundenen Disziplin von *Reiß* abfinden, dessen Blick strikt auf den Basics verharrt oder nach kurzen Ausflügen wieder zu diesen zurückkehrt. Wiewohl das weniger gegen *Reiß* als gegen die üblich gewordene Art der Befassung mit dem Tatbestand spricht, stellt sich doch der Wunsch ein, auch zum Thema „Anforderungen an die Betreuungspflicht“ Näheres erfahren zu wollen, anstatt das Grundverhältnis in einer (gefühlte) 360-Grad-Betrachtung in kleineren als Zehnerschritten (allerdings durchaus interessant) erklärt zu bekommen.

2. Löst man sich von der Frage nach der Berechtigung der vorgenommenen thematischen Konzentration, so fokussiert sich der Blick auf die tatbestandsbegründenden Einstiegsvarianten. Der Extrakt ist griffig: die aus Gesetz, behördlichem Auftrag und Rechtsgeschäft gebildete Gruppe verlange gewährte Rechtsförmigkeit in jeglicher Hinsicht. Demgegenüber erfahre das unbenannte, vorjuristisch in zwischenmenschlich (S. 230) aufgrund (tatsächlichen) gemeinsamen Wollens gebildete Vertrauen im Treueverhältnis (zu dessen Voraussetzungen S. 239-243, auch 499 f.) juristische Anerkennung. Daran ändere selbst Sittenwidrig-

keit (S. 295-304. S. 296: Ganovenuntreue), eingeschränkte oder sogar fehlende Geschäfts- bzw. Schuldfähigkeit nichts, entstehe es direkt im Verhältnis zum Geschäftsherrn, d.h. unter dessen Beteiligung, oder (wie bei Eltern für ihre Kinder) gegenüber einem Dritten, aber zu dessen Gunsten (z.B. 478 f.). In all diesen Fällen gründe das Betreuungsverhältnis notwendigerweise auf Vertrauen, aber auch nur bei diesen, während es bei den anderen Grundvarianten ersetzt werden könne, so dass es dort zuweilen von allem anderen, nur nicht von Vertrauen getragen sei. Alle vier Eingangsmerkmale setzten sich aus zwei Komponenten zusammen: dem Grundverhältnis als solchem und dessen Entstehung in einem Bestellungsakt (S. 84 f. und passim). Die Wahrnehmung fremder (Vermögens-)Interessen allein genüge deshalb nicht. Vielmehr müsse der Geschäftsherr an der Entstehung mitwirken, allerdings nur tatsächlich, nicht notwendig in rechtlich anerkannten Bahnen (S. 84 f., 88, 226 f., 286, 508). In der Variante des (unbenannten) Treuverhältnisses fehle es andernfalls an einer das Vertrauen begründenden Basis. Macht allein begründe keine (Vermögensbetreuungs-) Pflicht (S. 450-453).

3. Diese Überlegungen bilden ein systematisch plausibles Gerüst. Die Frage nach dessen Tragfähigkeit ist damit allerdings noch nicht beantwortet. Auf die Verprobung seiner dogmatischen Abgrenzung an realen Beispielen legt *Reiß* keinen besonderen Schwerpunkt. Ein wirklicher Fall: der Geschäftsführer fiel aufgrund Schlaganfalls aus, seine Gattin kümmerte sich um ihn, aber nicht ums Geschäft. Dies besorgte seine „rechte Hand“ – schon zuvor unersetzlich, aber ohne formale Funktion. Bleibt er straflos, entdeckt er angesichts der Agonie des Übervaters seinen Eigennutz? Einen Tatbestand, auf den der nun sichte Geschäftsführer auch nur de jure vertrauen könnte, hat er nicht gesetzt: Glück des Fitten = Pech des Kranken? Der Nicht-Wissenschaftler fühlt sich allein gelassen, obwohl *Reiß* sein theoretisches Gebäude nicht nur methodisch, sondern auch mit Blick auf das Verfassungsrecht (Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit, S. 308-327) und – innovativ – in ökonomischer Analyse (S. 339-433) sowie teleologisch (S. 434-506) absichert. Es wird der Ungeduld des Rezensenten geschuldet sein, dass ihn die vorhergesehene und tatsächlich auch ebenso verlässlich wie schnell wiederkehrende Bestätigung des immer gleichen Ergebnisses eher langweilt als überzeugt.

4. a) Nicht aus dem Blick geraten dürfen allerdings die durchaus verallgemeinerungsfähigen Erkenntnisse: Das Rekurren auf die zumindest vorstrafrechtliche Begründung eines (unbenannten) Treuverhältnisses, auf dessen zwischenmenschliches Entstehen, ist durchaus überzeugend. Daran ändert auch der Verzicht auf eine methodische Einordnung nichts, so dass letztlich offenbleibt, ob *Reiß* mit seiner faktisch-akzessorischen Betrachtungsweise das „rein strafrechtlich“ zu bestimmende (S. 159, auch 500, 498) Treuverhältnis als normatives Tatbestandsmerkmal versteht (dafür spricht wohl S. 230: „blankettartig“ ist eben gerade kein „Blankett“) oder (wahrscheinlicher, S. 498) doch als Blankett (S. 158 f., 230, 456 f., 498). Der Urgrund liege weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen (S. 493-496): was nun? Tertium non datur! Vielleicht hilft das Einfügen von „ausschließlich“. Zutreffend erscheint jedenfalls die Differenzierung zwischen außerjuristischer Entstehung des Treuverhältnisses und dessen juristischer Adaption. Konsequenz ist es, die zivilistische Anerkennung faktischer Geschäftsführung (nach *Reiß* zutreffend nur bei Vorliegen eines willensgestützten, nicht aber notwendig auch auf Wahrung der Rechtsförmigkeit abzielenden Bestellungsakts, S. 288 f., 293 – das dürfte im Kern tragfähig sein) untreuerechtlich der Grundlagenvariante „Gesetz“ zuzuordnen (z.B. S. 158). Nachhaltig besteht *Reiß* auf der Maßgeblichkeit allein der rechtlich begründeten Pflichten mit der Folge, dass es anders als bei der Unterlassungsstrafbarkeit (dazu S. 161-179, 251-257) nicht auf die tatsächliche Übernahme der Pflichtenstellung ankommen könne (S. 202-205, 248-251, 292, 446-450). Das lässt sich hören und führt zur Strafbarkeit auch des Strohmans.

Mit leichter Hand belegt *Reiß* zudem die Fragwürdigkeit der allgemein akzeptierten Sicht, Untreue schütze gegen Gefahren von „innen“: denn dies ernstgenommen fielen Makler und Anwälte nicht unter den Tatbestand (S. 217). Wünschenswert wäre es allerdings gewesen, er hätte bei diesem Befund nur inne-, aber an ihm nicht auch als Endergebnis festgehalten. Seine Betrachtung zeigt nämlich zwar die mangelnde Präzision der Formulierung auf. Diese ist aber gleichwohl nicht nur eingängig, sondern als Abgrenzung zu anderen Vermögensdelikten, insbesondere zum Betrug, auch richtig und damit geeignet: Untreue befasst sich mit den Gefahren für das Vermögen nur aus dem Lager des Vermögensinhabers, hat das Verhältnis von Inhaber (Geschäftsherrn) zu dessen Betreuer und damit dieses Innenverhältnis zum Gegenstand. Letzteres ist Abstufungen zugänglich (Eltern, GmbH-Gesellschafter-

Geschäftsführer sind enger mit dem Vermögensträger verbunden als Vormundschaftsgericht und Makler), muss aber vorhanden sein, weil es andernfalls an der Differenz zwischen Vermögensträger und Verwalter fehlte, beide identisch wären, § 266 StGB, das Strafrecht allgemein, eine Treuepflicht zum eigenen Vermögen aber nicht kennt.

b) aa) Weniger überzeugend ist die strikte Ablehnung einer Betreuungspflicht im Abwicklungsstadium eines (unbenannten) Treueverhältnisses. Ein solches insoweit zu verneinen, wird zwar dem von *Reiß* entwickelten System gerecht, das allein auf gegenwärtiges tatsächliches Vertrauen abstellt (S. 435 f.), ist aber als letztes Wort weder ausreichend begründet noch im Ergebnis überzeugend. Ausgangspunkt dieser seiner Überlegungen ist das Abstellen auf das außerjuristische Entstehen des Treueverhältnisses. Demgemäß endet es konsequenterweise mit dem Ende des Vertrauenstatbestands. Zutreffend erkennt *Reiß* allerdings, dass dessen Herbeiführen zur Unzeit durchaus selbst treuwidrig sein kann (S. 334 f.). Dann aber drängt sich die Frage auf, ob nicht nur das „Ob“ der Beendigung des „gemeinsamen Wollens“, sondern auch das „Wie“ untreuerelevant sein kann. Das gilt erst recht angesichts seiner eigenen Erkenntnis, dass zwischen außerjuristischer Begründung des Treueverhältnisses und der juristischen Anerkennung darauf aufbauender Pflichten unterschieden werden müsse. Warum soll das nur für die Phase der Begründung, nicht aber auch für das Stadium der Beendigung gelten? Seiner der untreuerechtlichen Behandlung des faktischen Geschäftsführers zugrundeliegenden Dogmatik gemäß müsste *Reiß* zumindest die Abwicklungsphase (oder vielleicht gar jegliche inhaltliche Ausgestaltung aller Betreuungsverhältnisse?) als eine solche ansehen, die kraft Gesetzes Pflichten enthält. Strukturell Gleiches gilt für seine Ablehnung jeglicher Vermögensbetreuungspflicht nicht nur eines Gesellschafters, sondern auch der Obergesellschaft (Konzernmutter) gegenüber einer abhängigen Gesellschaft (S. 509 f.). Für beide parallelen Strukturen bleibt die Frage ungestellt, ob hier Untreue, wenn nicht auf Basis eines „Treueverhältnisses“, so doch wegen Verletzung von auf Grundlage des „Gesetzes“ entstandenen Pflichten in Betracht kommt.

bb) Untreuerechtlich könnte die (von *Reiß* sowieso verneinte) Anerkennung der Beendigungslage als Verwirklichung einer Grundlagenvariante allerdings nicht allein ausschlaggebend sein. Vielmehr käme es auch insoweit darauf an, welche der Abwicklungspflichten den qualitativen Anforderungen an das Gebot, fremde Vermögensinteressen zu betreuen, genügen. Hier schmerzt das Defizit der Aussparung jeglicher Erwägungen zu diesem Thema. Aber nicht nur das. Die pauschale Ablehnung der Abwicklungsphase als untreuerechtliche Grundlagenvariante begründet *Reiß* allein im Blick auf legale Abwicklungspflichten. Insoweit mag man ihm durchaus zustimmen, dass etwa die Herausgabepflicht eines Geschäftsführers vergleichbar ist mit jeglicher anderen Herausgabepflicht (z.B. nach Rücktritt vom Vertrag). Damit ist jedoch nur ein Teil der einschlägigen tatsächlichen Varianten aufgegriffen. Ausgeblendet bleiben dabei andere, per se illegitime Verhaltensweisen wie z.B. das Ausnutzen von innerhalb des Treueverhältnisses erlangten Kenntnissen. Ist das Behalten des geschäftlichen Laptops (missachtete Herausgabepflicht) vergleichbar mit dem privaten Eintreiben von Gesellschaftsforderungen am Insolvenzverwalter vorbei? Betrug scheidet mangels Schadens aus, § 407 BGB, wenn und weil der Schuldner in seinem Vertrauen, an den Berechtigten, eben den (unerkannt: früheren) Geschäftsführer (als Repräsentanten des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens), geleistet zu haben, geschützt ist und nicht nochmals in Anspruch genommen werden kann. Warum in aller Welt soll derartiges Verhalten aber auch sub specie Untreue straflos sein? Anerkannt ist die Tatbestandsmäßigkeit während des Bestehens des (privaten) Amtes. Ist das Handeln weniger illegitim, nur weil das Amt im Extremfall um 0,01 Uhr gerade mal seit einer Minute förmlich beendet ist? Man mag ja unterschiedliche Antworten auf diese Frage geben können – stellen muss man sie jedoch!

III. Fazit: Eine Arbeit mit trotz der ersichtlichen Skepsis gegenüber Teilen der Argumentation wichtigen, mit bleibenden, mit Erkenntnissen, die die Praxis beeinflussen, ja (mit-) bestimmen sollten, sind sie doch nicht nur (mehr oder weniger) wissenschaftlich abgesichert, sondern auch (weitgehend) in sich schlüssig.

Compliance

Ass. jur. Björn Fleck M.A., Hannover

Mitarbeiter Compliance, Strategien für die erfolgreiche Einbindung

Autoren Thomas Schneider und Maike Becker, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2015, 236 Seiten

I. Einleitung

Es ist kein Zufall, dass auf dem Buchcover ein schwimmender Eisberg abgebildet wurde. Dieses Bild symbolisiert die Kernaussage des Buches. Ähnlich wie bei einem Eisberg sieht man 20%, die restliche Masse (80%) ist unter der Oberfläche unsichtbar. Mit den üblichen Compliance-Programmen werden 20% der Mitarbeiter erreicht. Die Masse an Mitarbeitern, im Buch als die „80%“ bezeichnet, wird von der Compliance nicht wahrgenommen und somit nicht erreicht.

Das Ziel dieses Buchs ist die Mitnahme der 80% und nicht nur der einbezogenen 20%. Ein Selbstzweck ist die Einbeziehung möglichst vieler Mitarbeiter nicht. Damit verbunden ist die Erhöhung der Wirksamkeit der Compliance im Gesamtunternehmen. Das Buch dient gleichzeitig als Anleitung zur Umsetzung des Ziel und stellt somit ein Projektanleitung dar.

II. Inhalt

Gegliedert ist das Werk in acht Kapitel:

- 1. Reichweite der Compliance
- 2. Ausgangslage der Compliance
- 3. Spezielle Mitarbeitergruppen
- 4. Anpassung des Compliance
- 5. Ansprechmöglichkeiten
- 6. Zusammenarbeit mit weiteren Unternehmensfunktionen
- 7. Projektdurchführung
- 8. Fallstudie

8. Fallstudie

Für das bessere Verständnis der Buchbesprechung wird der Inhalt des letzten Kapitels vorangestellt.

Das Buch endet mit der Aufdeckung eines Complianceverstoß als Beispielsfall. Den entscheidenden Hinweis gab ein Mitarbeiter aus der Poststelle in einem persönlichen Gespräch. Anhand herkömmlicher Kontrollen wäre der Verstoß nicht entdeckt worden. In diesem Zusammenhang werfen die Autoren die Frage auf, wie derartige Fälle gezielter entdeckt werden können.

Als Lösungsvorschlag wird die Durchdringung der gesamten Organisation mit dem Gedanken der Compliance angesehen (vom Manger bis zur Poststelle). Der erste Schritt ist die Wissensvermittlung auf breiterer Ebene als es in Unternehmen üblich ist.

1. Reichweite der Compliance

In diesem Kapitel wird ein Kernproblem angesprochen. Vielen Mitarbeitern ist die Aufgabe der Compliance-Abteilung unbekannt. Geschult und informiert werden oft nur Entschei-

dungsträger oder Funktionsinhaber (die 20%), in der Hoffnung, dass diese ihr Wissen weitergeben.

Für den Großteil der Mitarbeiter sind – wenn überhaupt – EDV gestützte Schulungen vorgesehen. Wichtig ist nach Ansicht der Autoren, dass der Compliance-Gedanke, Werte und Überzeugungen von möglichst vielen Mitarbeitern verinnerlicht werden. Schulungen sind dabei nicht ausreichend. Darüber hinaus verfügt nicht jeder Mitarbeiter über einen Internet- oder Intranetanschluss, um die Schulungen zu absolvieren.

Die Autoren sprechen weitere Probleme der üblichen Kommunikationswege im Unternehmen an. Zwar besteht die Möglichkeit für alle Mitarbeiter auf die Compliance zuzugehen, doch welche Art von Mitarbeitern wenden sich überhaupt an die Compliance? Grundvoraussetzung dafür wäre, dass den Mitarbeitern verständlich ist, wozu Compliance im Unternehmen eingesetzt wird. Durch diese Unkenntnis werden Mitarbeiter von der Kontaktaufnahme abgehalten.

Neben dem fehlenden Verständnis wird auf die psychologische Ebene oder Gruppenzwänge eingegangen. Dabei erwähnen die Autoren immer wieder, wie wichtig die Einbeziehung der Belegschaft über die 20% hinaus ist. Die tatsächliche Rolle eines Mitarbeiters kann sich deutlich von der organisatorischen Rolle unterscheiden. So kann ein formal nicht zuständiger Mitarbeiter Aufgaben ausführen welche formal ein Vorgesetzter inne hat. So bilden sich parallel Organisationen.

Beispiele:

Die Entstehung von Subkulturen: Durch interne Gruppen im Unternehmen und den damit verbundenen Abweichungen vom offiziellen Unternehmensaufbau. Grundlage für die Gruppenbildung sind eine gemeinsame Zugehörigkeit. Diese kann entstehen durch gemeinsame Erlebnisse (gemeinsame Ausbildung, Herkunft oder Sportgruppen). Solche Gruppen entstehen in jeder Organisation. Diese werden im Idealfall nicht für Complianceverstöße „gegründet“ sondern um einen reibungslosen Arbeitsablauf zu organisieren und sicherzustellen.

Die Abschottung von Spezialisten im Unternehmen: Spezialisten können oft eigenständig und unkontrolliert Entscheidungen treffen, weil die Vorgesetzten nicht die Möglichkeiten für eine hinreichende Kontrolle haben.

Mit weiteren Gründen für Kommunikationshindernisse und praktischen Beispielen wird dem Leser Hilfestellung zur Verbesserung der Handlungsmöglichkeiten für die Compliance im gesamten Unternehmen gegeben. Diese werden so dargestellt, dass sie den Leser zum Nachdenken in der eigenen Organisation und dem eigenen Handeln anregen.

2. Ausgangslage der Compliance

Dieses Kapitel ordnet die Compliance aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ein und gibt weitere konkrete Hinweisen zur Projektverantwortung und -durchführung.

Um viele Mitarbeiter zu erreichen wird die Auswahl und das Auftreten der Compliance-Mitarbeiter berücksichtigt. Denn nach Ansicht der Autoren ist ein guter Weg die persönliche Ansprache und nicht die anonyme Online-Schulung.

Kommunikation in einem persönlichen Gespräch verläuft anders als über schriftliche Ausarbeitungen. Entsprechend muss die persönliche Erscheinung dem Gespräch angepasst sein. So soll auf Fragen eine rasche und verbindliche Beantwortung erfolgen, denn die meisten Mitarbeiter können und wollen nicht auf schriftliche Antworten warten. In der Arbeitswelt gilt das gesprochene Wort. Denn in den Erfahrungen der 80% ist oft verankert, dass allgemeine Aussagen der Führungsebene und das Vorgehen von Vorgesetzten im Einzelfall einander widersprechen. Dieses darf im Rahmen des Projekts nicht der Fall sein. Erforderlich sind verbindliche Richtlinien. Beim gesprochenen Wort sind klare Strukturen notwendig. Damit eignet sich nicht jeder Mitarbeiter aus der Complianceabteilung für die persönliche Ansprache der 80%, so die Autoren.

Die 80 % sprechen (wenn) mit dem einzelnen Menschen und nicht mit einer Abteilung. Aus diesem Grund empfehlen die Autoren, dass der Projektverantwortlichen gewisse Charaktereigenschaften vorweisen und in seiner Position mindestens zwei Jahre verbleiben muss. Angesprochen wird das Thema Respekt, der im täglichen Umgang gegenüber den 80%

entgegengebracht werden muss und nicht nur bei besonderen Anlässen. Dabei zeigt sich Respekt nicht nur im Umgang zwischen Vorgesetzten und Kollegen, sondern ebenso gegenüber Mitarbeiter, die aus den untersten Hierarchieebenen stammen.

3. Spezielle Mitarbeitergruppen

Neben den bekannten Organisationsstrukturen müssen die unbekannt Strukturen mit einbezogen werden. Das bedeutet nicht, dass alle Mitarbeiter im Einzelgespräch erreicht werden sollen. Gefordert wird eine Balance zwischen Zeit und Aufwand. Die vorgeschlagene Lösung ist die Bildung von Gruppen, die priorisiert werden müssen.

Gruppen stellen in jedem Unternehmen eine Sekundärorganisation dar. Diese können für Fehlentwicklungen verantwortlich sein oder für die Einhaltung von Compliance ein Multiplikator. Informelle Multiplikatoren sind oft wichtiger als offizielle Informationen, da diesen Personen eine höhere Relevanz vom Empfänger eingeräumt wird als offiziellen Personen

Der Entstehung von Gruppen als auch dem Thema informelle Multiplikatoren wird jeweils ein eigener Abschnitt gewidmet.

Thematisch wird auf die vorherigen Kapitel Bezug genommen und vertieft dazu ausgeführt. So wird auf das unterschiedliche *Ausbildungs- und Ausdrucksniveau der 80% zu den 20% eingegangen. Entsprechend der Zielgruppe* muss eine verständliche Ausdrucksweisen verwendet werden, ohne Fremdwörter und Anglizismen.

Weitere Punkte im Kapitel sind der Umgang mit Mitarbeiter mit Migrationshintergrund, Spezialisten und weitere Abweichungen von den 20%.

4. Anpassung des Compliance-Auftritts

Ziel des Kapitels ist nicht ein mehr an schriftlichen Regelungen zu schaffen, um mögliche Regelungslücken zu schließen. Denn unternehmensinterne Regelvorgaben können nicht alle Möglichkeiten von Verhaltenserwartungen abdecken und nicht alle Vorgaben werden von allen Mitarbeitern wörtlich eingehalten. Es soll erreicht werden, dass Mitarbeiter die Compliance-Vorgaben kennen und auf dieser Informationsgrundlage die richtige Entscheidung treffen. Dieses wird im Abschnitt problematisiert und anhand mehrere Beispiele und Sprichworte verdeutlicht.

Die Verfasser fordern, dass Regelungen auf allen Ebenen aktiv vorgelebt werden. Die Mitarbeiter überprüfen die Compliancevorgaben auf der Basis der persönlichen Erfahrungen zwischen offiziellen Vorgaben und der tatsächlichen Umsetzung. Die Grundlage für den persönlichen Abgleich stellen eigene Erfahrungen dar, die der Kollegen, Gerüchte und Mutmaßungen. Daraus leiten die Betroffenen die Werte und Überzeugungen ab, welche aus ihrer Sicht das Unternehmen prägen und nicht aus ausliegenden Unternehmensleitbildern in Hochglanzbroschüren.

Weitere Inhalte des Kapitels sind: Loyalität, Anpassung von Texten und Schulungen sowie Einzelansprache von Personen,

5. Ansprechmöglichkeiten

In diesem Kapitel werden verschiedene Möglichkeiten beschrieben, auf welche Art und Weise und unter welchen Voraussetzungen Mitarbeiter angesprochen werden können.

Beispielhaft werden als besonders interessante Ansprechpartner neue und ausscheidende Mitarbeiter genannt. Diese Personen sind für Gespräch besonders attraktiv, da sie sich in Sondersituationen befinden und sich so eine größere Kommunikationsbereitschaft ergibt.

Bei den Einsteigern geht es um die Fragen, welche Werte und welches Wissen vorhanden sind und was vermittelt werden soll. Dieses kann in kleineren Gruppen trainiert und besprochen werden. Dabei führt das Buch sowohl überraschende als auch vorhersehbare Antworten aus.

Bei ausscheidenden Mitarbeiter ist eine individuelle Ansprache vorteilhafter. Für die Compliance sollen besonders interessante Mitarbeiter selektiert werden. Dieses sind beispielsweise Träger besonderer Fachkenntnis. Ebenso kann bei einem Stellenwechsel über ein persönliches Gespräch nachgedacht werden. Weitere Ausführungen zum Gesprächszeitpunkt, Grund, Gesprächsverlauf und Dokumentation runden die Ausführungen ab.

Handlungsmuster von Compliance und Mitarbeitern und wie diese verbessert und erweitert werden können, werden ebenfalls ausgeführt.

6. Zusammenarbeit mit weiteren Unternehmensfunktionen

Eine Zusammenarbeit mit anderen Abteilungen und Funktionen, zu denen es Schnittstellen und Aufgabenüberschneidungen gibt, ist für die Compliance vorteilhaft. Beispielfhaft werden folgende Abteilungen oder Funktionen aufgeführt, zu denen jeweils weitere Ausführungen folgen:

- Unternehmenssicherheit und Werkschutz
- Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz
- Qualitätswesen
- Datenschutzbeauftragter
- Geldwäschebeauftragter
- Personalwesen

Aus dem Blickwinkel der Projektumsetzung liegt der Grund für die Zusammenarbeit im erweiterten Zugang zu den 80%. Was den Ausbildungsstand der Mitarbeiter, den beruflichen Werdegang oder die Arbeitskleidung betrifft, sind die Complianceabteilungen relativ homogene zusammengesetzt. Damit bleibt der Zugang zu vielen der 80% verschlossen. Dieser Ist-Zustand muss für die weitere Umsetzung reflektiert werden. So wird die Hinzuziehung eines Mitarbeiters aus einer anderen Unternehmenseinheit vorgeschlagen, dauerhaft oder nur für die Projektumsetzung.

Weitere Unterpunkte des Kapitels sind

- Auftreten der Compliance
- Anpassung des Compliance Auftritts
- Ansprechmöglichkeiten entwickeln
- Durchführungen von Schulungen
- Einbeziehung Whistleblower Hotline
- Zusammenarbeit mit der Internen Revision

7. Projektdurchführung

Da es sich bei dem Buch gleichzeitig um einen Leitfaden handelt, ist ein Kapitel zur Projektdurchführung die logische Konsequenz. Die Abschnitte sind eher kurz gehalten, da der eigentliche Inhalt für die Umsetzung bereits in den vorangegangenen Kapiteln aufgeführt wurde. Dadurch werden unnötige Wiederholungen vermieden.

Das Kapitel beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Planung und der Reihenfolge der Umsetzung.

Die systematische Planung soll zu folgenden Entwicklungen führen:

- neue Interpretation von Strukturen und Prozessen
- Ersetzung eingespielter Handlungsmuster durch neue, welche in „Trial-and-Error“ Prozess modifiziert werden
- Lernprozesse aktivieren
- im Sinne der „lernenden Organisation“ dazu führen, Werte, Strategien und handlungsleitende Theorien zu reflektieren

Für die Reihenfolge der systematischen Projektdurchführung schlagen die Autoren den Aufbau des Buches vor. Das Buch stellt nach eigenen Angaben einen praxisorientierten und erprobten Ansatz für das Projekt dar. Erste Voraussetzung ist, dass die 20% bereits erreicht sind.

III. Zusammenfassung

Ziel der Autoren war die Aufzeichnung eines Wegs um neben den üblichen 20% möglichst alle Mitarbeiter eines Unternehmens zu erreichen. Die 80% sollen wissen, wofür Compliance steht, welche Vorfälle möglicherweise relevant sind und die Bereitschaft entwickeln die Complianceabteilung anzusprechen. Dazu bedarf es Vertrauen, genauer eines Vertrauensvorschuss für die Compliance,

Geschrieben ist das Buch von Praktikern, die ihr Wissen strukturiert und allgemeinverständlich anhand konkreter Situationen weitergeben. Die Sätze sind kurz und prägnant. Die Autoren verwenden eine klare Sprache. Diese ist bildlich und enthält viele Beispiele mit einem hohen Praxisbezug. Damit hält sich das Buch an seine eigenen Vorgaben, die es für die Kommunikation zwischen Compliance und dem Unternehmen aufstellt.

Es enthält eine Vielzahl von Anleitungen, Hinweisen und Denkanstöße für den Leser. Zielgruppe des Buches sind in erster Linie Personen aus der Compliance, die einen größeren Mitarbeiterkreis als bisher erreichen wollen. Dabei ist das Buch nicht ein einfacher Ablaufplan für die Projektumsetzung. Es geht ebenso um das Verständnis für die Komplexität eines Unternehmens, dessen Kultur und Struktur zu durchdringen und so Fehler zu vermeiden.

Das Buch ist so gestaltet, dass es als Ablaufplan für die Umsetzung genutzt werden kann. Jedoch ergibt sich gelegentlich der Eindruck, dass für einige Inhalte nicht der passende Platz gefunden und so die Informationen an mehreren Stellen im Buch verteilt wurden. Gleichwohl sind diese Abschnitte wichtig.

Mit nur wenig Mühe lassen sich die Ausführungen ebenso für andere Abteilungen/Funktionen adoptieren, die das Verhalten von Mitarbeiter im Sinne ihrer Aufgabe beeinflussen wollen, wie z. B. die Revision, der Datenschutz oder die IT-Sicherheit.