

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

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

Marktmanipulation als Verbrechen 215

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Michael Racky, Frankfurt a.M.

LG Bochum, Beschluss vom 16.03.2016 – 6 Qs 1/16 225

Internationales

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln

Italienisches Steuerstrafrecht - Befristete Möglichkeit zur strafbefreienden Nacherklärung in Italien (Gesetzesdekret Nr. 193 vom 22.10.2016) 240

Veranstaltungen und politische Diskussion

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau;

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Stellungnahme zum „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit organisierter Formen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung“ 251

Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

Legitimation, Umfang und Interpretation der Straftatbestände gegen Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben 256

Editorial

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

Das Korruptionsstrafrecht hat das laufende, sich langsam dem Ende zuneigende Kalenderjahr (aus Sicht des Wirtschaftsstrafrechts) maßgeblich geprägt. Das gilt insbesondere für die Einführung der neuen §§ 299a, 299b StGB zur Sanktionierung von Korruption im Gesundheitswesen, die Gegenstand einer lebhaften Diskussion waren und nach wie vor sind. Die in der Entscheidung des Großen Strafsenats aus dem Jahr 2012 aufgrund der Ablehnung einer Beauftragten-Stellung der Vertragsärzte i.S.v. § 299 StGB konstatierte „Gesetzeslücke“ wurde damit (mehr als) geschlossen.

Diese Entscheidung, die sich (erstmalig) dezidiert mit dem Verhältnis der Vertragsärzte zu den gesetzlichen Krankenkassen auseinandersetzt, hat allerdings auch die Frage aufgeworfen, ob die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vertragsarztuntreue aufrechterhalten werden kann. Denn der Große Strafsenat hat nicht nur eine (damals angenommene) Vertreter-Stellung des Vertragsarztes in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts verneint, sondern auch betont, als primäre Pflicht des Vertragsarztes sei die Patientenfürsorge anzusehen. Die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Versorgung treffe den Vertragsarzt nicht unmittelbar im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen und könne „nicht bewirken, dass der Arzt aus dem Auftragsverhältnis zu dem Patienten gleichsam herausgebrochen und zum Beauftragten der Krankenkasse wird“ (BGHSt 57, 202, 217). Der 4. Strafsenat des BGH hat gleichwohl in einer Entscheidung vom 16.08.2016 die vorinstanzliche Verurteilung eines Vertragsarztes wegen Untreue bestätigt (Az. 4 StR 163/16, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=76007&pos=0&anz=1>). Trotz fehlender unmittelbarer Rechtsbeziehung zu den Krankenkassen und primärer Verpflichtung gegenüber den Patienten treffe den Vertragsarzt aufgrund seiner bedeutenden Rolle bei der Konkretisierung der Ansprüche der gesetzlich Versicherten eine „weitere“ Hauptpflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen der Sozialversicherungsträger. Überzeugen kann diese Entscheidung nicht, die das Spannungsverhältnis der beiden vermeintlichen „Hauptpflichten“ übergeht und nicht hinreichend zwischen der (vorgelagerten) Fragestellung des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht und der Frage einer tatbestandsmäßigen Pflichtverletzung differenziert. Wenn schon der nach h.M. „weite“ Beauftragtenbegriff i.S.d. § 299 StGB nicht einschlägig ist, der auch „Außenstehende“ erfassen soll, dann drängt sich – trotz Verschiedenartigkeit und unterschiedlicher Schutzgüter beider Tatbestände – (vor dem Hintergrund der Entscheidung des Großen Strafsenats) die Frage auf, wie die Stellung des Vertragsarztes im System der gesetzlichen Krankenversicherung ein Näheverhältnis begründen soll, das die Annahme einer Schädigung der Krankenkassen „von innen heraus“ (i.S.v. § 266 StGB) rechtfertigen könnte. Eine überzeugende Antwort bleibt der 4. Strafsenat schuldig; für die Beratungs-Praxis hat die Entscheidung gleichwohl erst einmal Klarheit geschaffen.

Die praktische Bedeutung dieser Thematik wird dem Leser der vorliegenden Ausgabe durch eine von *Kathie Schröder* angemerkte verwaltungsgerichtliche Entscheidung zur Entziehung der ärztlichen Approbation aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen anschaulich vor Augen geführt. *André-M. Szesny* widmet sich einem weiteren „Liebling“ der Strafverfolgungsbehörden, dem Banken- und Finanzsektor, und untersucht den Anwendungsbereich des neuen Verbrechenstatbestandes des § 38 Abs. 5 WpHG n.F. *Markus Rübenstahl* mit seiner Darstellung zur befristeten Möglichkeit einer strafbefreienden Nacherklärung im italienischen Steuerstrafrecht sowie *Sandra Alton*, *Katrin Ehrbar* und *Marcus Januschek* mit ihrem Länderbericht zu Österreich bieten zudem einen interessanten Blick über den berühmten Teller rand hinaus.

Ebenso zeigen die anschließenden Diskussionsbeiträge zum Arbeitsstrafrecht, zum Sportstrafrecht und zum Bereich Compliance auf, dass auch in der letzten Ausgabe des laufenden Jahres die spannenden wirtschaftsstrafrechtlichen Themen naturgemäß nicht ausgingen... Ich wünsche viel Vergnügen bei der Lektüre.

Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

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

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., 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, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

Manuskripte: Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

Newsletter: Anmeldung zum Newsletterbezug unter newsletter@wi-j.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Editorial	I
Inhaltsverzeichnis	II
Aufsätze und Kurzbeiträge	215
Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf Marktmanipulation als Verbrechen	215
Entscheidungskommentare	225
Rechtsanwalt Michael Racky, Frankfurt a.M. LG Bochum, Beschluss vom 16.03.2016 - 6 Qs 1/16	225
Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M. VG München; Urteil vom 14.06.2016 - M 16 K 15.4215	228
Dr. Daniel Gutman, LL.M., Berlin VGH München, Beschluss vom 02.09.2016 - 11 ZB 16.1359	232
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	235
Internationales	239
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln Italienisches Steuerstrafrecht - Befristete Möglichkeit zur strafbefreienden Nacherklärung in Italien durch Neueröffnung der „collaborazione volontaria“ („Voluntary Disclosure“) mit Gesetzesdekret Nr. 193 vom 22.10.2016	239
Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschek, MBA; Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; RAA Mag. Sandra Alton, alle Wien Weisungen des Vorstands einer AG als Ausschluss des Befugnismissbrauchs des GmbH-Geschäftsführers?	244
Veranstaltungen und politische Diskussionen	251
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck Stellungnahme zum „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit organisierter Formen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung“	251
Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln Legitimation, Umfang und Interpretation der Straftatbestände gegen Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben	256
Rechtsanwalt Michael Racky, Frankfurt a.M. Internal Investigations - Ein Mittel der Praxis und seine rechtlichen Grenzen	267
Rezensionen	268
Rechtsanwalt Joachim Schwede, Aichach Eberhard Eichenhofer, Constanze Janda, Klausurenkurs im Sozialrecht	268
Akad. Rat Dr. Christian Brand, Konstanz Arztstrafrecht in der Praxis. Handbuch. Hrsg. von Klaus Ulsenheimer	269
Akad. Rat Dr. Christian Brand, Konstanz Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum April bis August 2016	272

Aufsätze und Kurzbeiträge

Kapitalmarktstrafrecht

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

Marktmanipulation als Verbrechen

Zum neuen Verbrechenstatbestand des § 38 Abs. 5 WpHG n. F.:

Mit Inkrafttreten des Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes¹ am 2. Juli 2016 ist u.a. das Marktmissbrauchsrecht – die Insider- und Marktmanipulationsverbote sowie die Sanktionierung von deren Verletzung – grundlegend neu gestaltet worden. In Umsetzung der Zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie² sind auch die Straftatbestände geändert, teilweise erweitert, teilweise eingeschränkt worden.³ Nicht vom europäischen Richtliniengeber vorgegeben⁴ war die in diesem Beitrag beleuchtete Ergänzung des Marktmissbrauchsrechts um einen Sondertatbestand, demzufolge bestimmte Tätergruppen für Marktmanipulation mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft werden. Der Beitrag untersucht den Anwendungsbereich des neuen Verbrechenstatbestandes und stellt dar, wer als „Kapitalmarktverbrecher“ in Betracht kommt.

I. Einordnung des § 38 Abs. 5 WpHG als Verbrechen

Die in § 38 Abs. 5 WpHG n. F. verordnete Regelung ist entgegen der ansonsten durchaus üblichen Gesetzgebungstechnik⁵ nicht als besonders schwerer Fall des Grunddelikts des § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG (Marktmanipulation) ausgestaltet, sondern als eigenständiger Tatbestand, der wegen seiner Mindeststrafandrohung als Verbrechen kategorisiert wird. Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen stellen einen anlasslosen Bruch mit der Systematik im Bereich der besonders schweren Fälle dar, der trotz seiner Augenfälligkeit in der Gesetzesbegründung nur wenig substantiell begründet wird.⁶ Die Einordnung als Verbrechen i. S. von § 12 StGB hat strafprozessuale Weiterungen: Im Ermittlungsverfahren ist die Anordnung eines Haftbefehls mit Blick auf die empfindliche Strafandrohung eher möglich als beim Grunddelikt. Denn die Erwartung einer hohen Strafe kann in Verbindung mit weiteren Umständen Fluchtgefahr begründen, die wiederum die Anordnung der Untersuchungshaft rechtfertigt.⁷ Die Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153, 153a StPO sind bei Verbrechen unanwendbar, weil diese nur bei Vergehen Anwendung finden. Und schließlich kann das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalisten bei Ermittlungen wegen des Kapitalmarktverbrechens gem. § 53 Abs. 2 Satz 2 StPO ausgehebelt werden. Eine Begründung für diese erheblichen Beschränkungen strafprozessualer Rechte und Gestaltungsmöglichkeiten sucht man in der Begründung des Gesetzes ebenso vergeblich wie Gründe, die für die Einführung eines Verbrechenstatbestandes streiten.

Der Verf. dankt Frau Rechtsreferendarin Anne Mertes für die Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrags.

¹ Die Verabschiedung erfolgte i.d.F. der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drs 18/8099.

² Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation, ABl. (EU) L 173 vom 12.6.2014, S. 179 ff.

³ Siehe dazu ausf. Eggers/Gehrmann/Szesny, Wij 2016, 123, 125 ff.

⁴ Vgl. Eggers/Gehrmann/Szesny, Wij 2016, 123, 126.

⁵ Etwa in § 263 Abs. 3 StGB (Betrug) oder § 370 Abs. 3 AO (Steuerhinterziehung).

⁶ Näher Eggers/Gehrmann/Szesny, Wij 2016, 123, 126.

⁷ Vgl. KG StV 1995, 383; OLG Hamm NStZ-RR 2000, 188; Graf in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 112 Rn. 19 m. w. N.

II. Voraussetzungen des § 38 Abs. 5 WpHG

1. Grunddelikt: Vorsätzliche Marktmanipulation

§ 38 Abs. 5 WpHG bezieht sich allein auf Marktmanipulation i. S. von §§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG i. V. mit Art. 15 der Marktmanipulationsverordnung (MAR)⁸. Was Marktmanipulation ist, regelt Art. 12 MAR, die Strafbarkeit des Grunddelikts erfordert vorsätzliches Verhalten und ein Einwirken auf den Preis des jeweiligen Finanzinstruments.

2. Weitere Voraussetzungen

Die Anwendung des Verbrechenstatbestandes des § 38 Abs. 5 WpHG erfordert zudem, dass der Täter entweder gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt (Nr. 1) oder er die Marktmanipulation in Ausübung seiner Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes begeht (Nr. 2).

a) Gewerbsmäßiges Handeln

Die Hürden der Annahme der Gewerbsmäßigkeit sind niedrig: Gewerbsmäßig handelt, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.⁹ Erforderlich ist, dass sich der Täter zumindest mittelbare Eigenvorteile aus der Tat verspricht, etwa wenn die Vermögenswerte an eine von ihm beherrschte Gesellschaft fließen, solange er ohne Weiteres darauf Zugriff hat.¹⁰ Wer also durch marktmanipulatives Handeln – etwa stetiges *Layering* – fortlaufend aus der Handelsmarge verdient, kommt als gewerbsmäßig handelnder Täter einer Marktmanipulation in Betracht.

b) Bandenmäßiges Handeln

Für eine bandenmäßige Begehung muss sich eine Bande zur fortgesetzten Begehung einer Mehrzahl von selbstständigen, im Einzelnen noch ungewissen Taten der Marktmanipulation verbunden haben. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nach der Rechtsprechung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs hierzu nicht erforderlich.¹¹ Eine Bandenmitgliedschaft soll danach unabhängig von der Beteiligungsform – Täterschaft, Beihilfe, Anstiftung – denkbar sein.¹² Dieser extensive Ansatz ist abzulehnen, denn er führt dazu, dass Bandenmitgliedschaft und (Mit-) Täterschaft auseinanderfallen können, obwohl der Besondere Teil des Strafrechts – und hierzu gehört die Strafnorm des § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, obwohl sie nicht im Kernstrafrecht des StGB verortet ist – täterschaftlich konzipiert ist. Es spricht mehr dafür, die Bandenmitgliedschaft als intensivere Form der Mittäterschaft zu verstehen.¹³

Eine Bande liegt danach noch nicht vor, wenn der zweiköpfige Vorstand einer börsennotierten AG unter Einbeziehung eines angestellten, aber nicht im Papier der AG engagierten IR-Leiters falsche Ad hoc-Mitteilungen veröffentlicht – es fehlt am über die nach allgemeinen Zurechnungsvorschriften hinausgehenden bandenspezifische Begehung. Auch wer zu dritt *circular trading* als einmalige (unzulässige) Stabilisierungsmaßnahme betreibt, handelt noch nicht bandenmäßig. Erfolgt das *circular trading* allerdings des Öfteren und aufgrund eines entsprechend allgemein gefassten Willensentschlusses immer dann, wenn der Kurs „sackt“, liegt die Annahme bandenmäßigen Vorgehens nicht fern. Bandenmäßige Begehung ist des Weiteren z. B. bei abgestimmtem Veröffentlichungsverhalten durch Börsenjournalisten denkbar.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2015, ABl. (EU) L 173 v. 12.6.2014, S. 1 ff.

⁹ Hefendehl in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 841 m. w. N.

¹⁰ BGH NSTZ-RR 2011, 373 (in Bezug auf § 263 Abs. 3 StGB).

¹¹ BGH (GSSt) NJW 2001, 2266.

¹² Vgl. BGH wistra 2013, 97.

¹³ Hefendehl in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 842; Lackner/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, § 244 Rn. 6 m. w. N.

c) In Ausübung der Tätigkeit als „Kapitalmarktprofi“

Der Verbrechenstatbestand des § 38 Abs. 5 WpHG ist zudem als Sonderdelikt für denjenigen Personenkreis eröffnet, der die Marktmanipulation in Ausübung seiner Tätigkeit als einer in Nr. 2 der Vorschrift genannten „Kapitalmarktprofi“ begeht. Erfasst sind Tätigkeiten für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes.

aa) Inländische Finanzaufsichtsbehörde

§ 1 Abs. 5 KWG definiert, dass als Aufsichtsbehörde im Sinne dieses Gesetzes 1. die Europäische Zentralbank, soweit sie in Ausübung ihrer gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a bis i und Artikel 4 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank¹⁴ übertragenen Aufgaben handelt und diese Aufgaben nicht gemäß Artikel 6 Absatz 6 dieser Verordnung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) wahrgenommen werden, und 2. die BaFin, soweit nicht die Europäische Zentralbank nach Nummer 1 als Aufsichtsbehörde im Sinne dieses Gesetzes gilt. *Inländische* Finanzaufsichtsbehörde ist demnach i.S.v. § 1 Abs. 5 KWG die BaFin. Ihre Mitarbeiter fallen damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG; um den Verbrechenstatbestand zu erfüllen, müssen sie freilich *in Ausübung ihrer Tätigkeit* handeln (hierzu unten II.2.c)ee)

bb) Wertpapierdienstleistungsunternehmen

In § 2 Abs. 4 WpHG findet sich die Legaldefinition für Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Darunter fallen Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und nach § 53 Abs. 1 S. 1 KWG tätige Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapiernebenleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

(1) Erfasste Unternehmen

Kreditinstitute sind nach § 1 Abs. 1 S. 1 KWG Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Darunter fallen Unternehmen, die mindestens eines der in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-12 KWG angeführten Bankgeschäfte betreiben.¹⁵ Um als Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu gelten, müssen sie die Dienstleistung gewerbsmäßig erbringen, oder sie muss in einer Art und Weise erfolgen, die kaufmännische Einrichtungen in zuvor dargestelltem Sinne verlangt.

Finanzdienstleistungsinstitute sind nach § 1 Abs. 1 lit. a S. 1 KWG Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert und die keine Kreditinstitute sind.

Unternehmen im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 KWG unterfallen inländische Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im Ausland, die Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen. Damit unterfällt auch die Zweigstelle dem Begriff des Kreditinstituts bzw. Finanzdienstleistungsinstituts und unterliegt der deutschen Einzelaufsicht.¹⁶ Als Zweigstellen i. S. von § 53 Abs. 1 S. 1 KWG gelten zunächst alle unselbstständigen, örtlich vom Hauptunternehmen getrennten, aber an dessen Geschäftstätigkeit mitwirkenden Betriebsstellen eines Unternehmens.¹⁷ Es genügt zudem, dass wesentliche Teile der Bankgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-12 KWG im Inland durchgeführt werden.¹⁸ Als Zweigstellen können unter den gleichen Voraussetzungen Einzelpersonen oder selbstständige Unternehmen gelten, wenn sie im Namen eines Unternehmens mit Sitz im Ausland in einem von diesem Unternehmen bestimmten Rahmen tätig werden.¹⁹ Werden seitens eines Unternehmens mehrere

¹⁴ ABl. (EU) L 287 vom 29.10.2013, S. 63 ff.

¹⁵ Die BaFin hat auf ihrer Website (www.bafin.de) zu zahlreichen der Bankgeschäften Auslegungshilfen in Merkblättern veröffentlicht.

¹⁶ Fuchs in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 150.

¹⁷ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, § 2 Rn. 155.

¹⁸ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 155.

¹⁹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 156.

inländische Zweigstellen unterhalten, so gilt jede der Zweigstellen als ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1 KWG. Dass diese Zweigstellen zusammen nicht als nur ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen gelten, folgt bereits aus der auf § 53 Abs. 1 S. 1 KWG beschränkten Verweisung des § 2 Abs. 4 WpHG.²⁰

§ 2a WpHG definiert, welche Unternehmen wiederum von dem Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ausgenommen sind. Kreditinstitute, Unternehmen und Personen, die von vornherein nicht hierunter fallen, sind in § 2 Abs. 1 KWG aufgeführt, etwa die Deutsche Bundesbank oder die Kreditanstalt für den Wiederaufbau. Für Finanzdienstleistungsinstitute gelten die in § 2 Abs. 6 KWG aufgeführten Ausnahmen.

(2) Erbringung von Wertpapierdienstleistungen

Die erfassten Unternehmen müssen Wertpapierdienstleistungen erbringen, dies ggf. – aber nicht zwingend – verbunden mit Wertpapiernebenleistungen. Unter Wertpapierdienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1-9 WpHG versteht man Finanzkommissionsgeschäfte, Eigenhandel, Abschlussvermittlung, Anlagevermittlung, Emissionsgeschäfte, Platzierungsgeschäfte, Finanzportfolioverwaltung, Betrieb eines multilateralen Handelssystems sowie Anlageberatung.

(a) Finanzkommissionsgeschäfte § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 WpHG

Unter Finanzkommissionsgeschäft des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 WpHG fällt die Anschaffung oder Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung. Dabei ist entscheidend, dass es sich um ein Kommissionsgeschäft nach den §§ 383 ff. HGB handelt.²¹ Es kommt dabei nicht zwingend auf den Erwerb des Eigentums an dem jeweiligen Finanzinstrument an. Auch Tausch und Leihe (Wertpapierleihe) von auf Finanzinstrumente gerichteten Geschäften können Finanzkommissionsgeschäfte sein.²²

(b) Eigenhandel, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 WpHG

Die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für eigene Rechnung als Dienstleistung für andere stellt Eigenhandel i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 WpHG dar. Davon erfasst sind sämtliche Transaktionen, bei welchen der Händler nicht für Rechnung des Kunden, sondern für eigene Rechnung tätig wird und beide sich als Verkäufer und Käufer gegenüberstehen.²³ Nicht unter diesen Begriff fallen Eigengeschäfte eines Händlers mit denen dieser Finanzinstrumente für sich an- oder verkauft, ohne einen entsprechenden Auftrag eines Kunden.²⁴

(c) Abschlussvermittlung, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 WpHG

Die Abschlussvermittlung umfasst die Anschaffung oder Veräußerung von Finanzinstrumenten in fremdem Namen für fremde Rechnung einer Wertpapierdienstleistung und erfasst so alle Fälle der Ausführung von Kundenaufträgen über Finanzinstrumente im Rahmen der offenen Stellvertretung. Nicht davon erfasst sind Fälle des Erwerbs und der Veräußerung von Finanzinstrumenten im Rahmen einer organschaftlichen oder gesetzlichen Vertretung.²⁵

(d) Anlagevermittlung, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 WpHG

Anlagevermittlung i. S. von § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 WpHG meint allein die Vermittlung von Anlagegeschäften. Damit wird deutlich, dass eine reine Nachweistätigkeit ohne sonstige Vermittlungstätigkeit oder Anlageberatung keine Wertpapierdienstleistung darstellt.²⁶ Von einer Anlagevermittlung lässt sich daher nur dann sprechen, wenn der Betroffene mit beiden am Geschäft beteiligten Parteien in Verbindung tritt und so zum Vertragsschluss beiträgt oder zwei zum Vertragsschluss entschlossene Parteien zusammenführt.²⁷ Dabei muss die Vermittlung unmittelbar auf Geschäfte gerichtet sein, welche die Anschaffung oder Veräußerung von Finanzinstrumenten zum Gegenstand haben.²⁸ Nicht in diesen Anwendungsbereich fallen Geschäftsabschlüsse, die auf der Grundlage einer vorangegangenen Anlagebe-

²⁰ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 157.

²¹ BVerwG v. 27.2.2008 – 6 C 12.07; Dreher ZIP 2004, 2161.

²² Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 67.

²³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 74.

²⁴ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 74.

²⁵ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 78.

²⁶ BT-Drucks. 16/4028, 56.

²⁷ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 81.

²⁸ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 81.

ratung durchgeführt werden, da diese nicht auf Vermittlung sondern auf Beratung beruhen. Anlageberatung und -vermittlung unterscheiden sich darin, dass der Vermittler lediglich die richtige und vollständige Information des Anlegers in Bezug auf die Anlage schuldet und sich ansonsten jeder fachlichen Beurteilung und Bewertung im Hinblick auf die Anlageziele und Risikotragungsfähigkeit des Anlegers enthalten kann.²⁹

(e) Emissionsgeschäfte, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 WpHG

Als Emissionsgeschäfte (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 WpHG) gelten die Übernahme von Finanzinstrumenten für eigenes Risiko zur Platzierung oder Übernahme gleichwertiger Garantien.³⁰ Erfasst sind Fälle, in welchen sich der Emittent zur Platzierung des Finanzinstruments eines anderen Unternehmens oder Konsortiums bedient, welche die Finanzinstrumente gegen Zahlung an den Emittenten fest übernehmen, um sie wiederum auf eigenes Risiko zu platzieren.³¹ Im Rahmen der sog. Eigenemission, bei welcher der Emittent die zu emittierenden Finanzinstrumente selbst platziert, fehlt es an dieser Übernahme, so dass die Tätigkeit nicht vom Begriff der hier genannten Emissionsgeschäfte erfasst wird.³² Erfasst werden nach dem Gesetzeswortlaut daher sowohl die Gesamtübernahme als auch die nur teilweise Übernahme der zu emittierenden Finanzinstrumente, solange diese fest, also unter Übernahme des Absatzrisikos und nicht bloß kommissionsweise erfolgt.³³

(f) Platzierungsgeschäfte, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 WpHG

Der Begriff der Platzierungsgeschäfte umfasst sämtliche Formen der Platzierung von Finanzinstrumenten, die keine Verpflichtung zur festen Übernahme der Finanzinstrumente enthalten, sondern bei denen das Absatzrisiko beim Emittenten verbleibt. Dies stellt das Hauptunterscheidungsmerkmal zu den Emissionsgeschäften dar.³⁴ Die BaFin versteht unter einer Platzierung „die Unterbringung von Finanzinstrumenten im Kapitalmarkt oder an einen begrenzten Kreis von Personen oder Anlegern im Rahmen einer Emission.“³⁵ Daher sind die Voraussetzungen der BaFin für ein Platzierungsgeschäft, „dass die Veräußerung im Rahmen einer Emission erfolgen, und zwischen dem Unternehmen, das die Platzierung vornimmt und dem Emittenten oder solchen Unternehmen, die ihrerseits bereits in die Emission eingebunden sind, eine Platzierungsabrede bestehen muss.“³⁶ Nicht erfasst wird die Eigenemission, also die Platzierung des Finanzinstruments durch den Emittenten selbst, da hier der Dienstleistungscharakter und Kundenbezug fehlt.³⁷

(g) Finanzportfolioverwaltung § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WpHG

Unter den Begriff der Finanzportfolioverwaltung fällt die Verwaltung einzelner oder mehrerer in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum.³⁸ Dabei stellt die Verwaltung fremder Vermögen ein zentrales Merkmal dar, was darauf schließen lässt, dass eine Tätigkeit von gewisser Dauer beabsichtigt ist. Zudem muss die Verwaltung für andere erfolgen. Davon sind nicht kollektive Anlagemodelle erfasst wie beispielsweise Fondsgesellschaften oder die Beteiligung von Anlegern an einem Vermögen in Gestalt von Indexzertifikaten.³⁹ Durch das Erfordernis des Entscheidungsspielraums für den Verwalter des Portfolios, wird die Finanzportfolioverwaltung von der Anlageberatung und -vermittlung abgegrenzt.⁴⁰ Der Entscheidungsspielraum liegt so lange bei dem Verwalter des Portfolios, bis die Dispositionsbefugnis zu einzelnen Geschäften beim Kunden verbleibt.⁴¹

(h) Betrieb eines multilateralen Handelssystems § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG

Der Begriff des multilateralen Handelssystems beschreibt den Betrieb eines multilateralen Systems, das die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zu-

²⁹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 82.

³⁰ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 86.

³¹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 87.

³² Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 87.

³³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 88.

³⁴ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 96.

³⁵ Merkblatt der BaFin zum neuen Tatbestand des Platzierungsgeschäfts, S.1 (www.bafin.de).

³⁶ Merkblatt der BaFin zum neuen Tatbestand des Platzierungsgeschäfts, S.1 (www.bafin.de).

³⁷ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 98.

³⁸ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 101.

³⁹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 102.

⁴⁰ BVerwG ZIP 2005, 385, 390.

⁴¹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 102.

sammenbringt, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führt.⁴² Hier von sind solche Handelssysteme erfasst, die es einer Vielzahl von Personen ermöglichen am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten teilzunehmen.⁴³ Darunter sind Märkte zu fassen, die aus einem Regelwerk und einer Handelsplattform bestehen oder ausschließlich durch das ihr zugrunde liegende Regelwerk funktionieren.⁴⁴ Ein ausschließlich aus einem Regelwerk bestehender Markt ist gegeben, wenn er sich auf Grundlage dieses Regelwerks bildet, wobei dieses Regelwerk nur Fragen der Mitgliedschaft, der Zulassung der Finanzinstrumente zum Handel, des Handels zwischen den Mitgliedern, der Meldung von Geschäften und Regelungen über die Transparenzpflichten trifft, aber keine technischen Handelsfazilitäten bereithält.⁴⁵ Dieser geregelte Markt wird dann zu einem multilateralen Handelssystem, wenn er darauf angelegt ist, die Parteien zu einem Vertragsabschluss zu führen, der nach den Regeln des Systems oder dessen internen Betriebsverfahren ausgeführt wird.⁴⁶ Dabei müssen die Parteien nach sog. nichtdiskretionären Regeln zusammengeführt werden.⁴⁷ Dabei bedeutet nichtdiskretionär, dass *„Regeln des Betreibers des multilateralen Handelssystems dem Betreiber keinerlei Spielraum im Hinblick auf die möglichen Wechselwirkungen zwischen Interessen einräumen.“*⁴⁸

Um ein multilaterales Handelssystem handelt es sich dann, wenn sich der Betreiber auf die Rolle beschränkt, die Parteien eines potentiellen Geschäfts über Finanzinstrumente zusammenzubringen und das System eine Vielzahl von Personen nach gleichen Regeln zum Vertragsabschluss führt, ohne dass es eines Auftrags diesbezüglich bedarf. Zudem muss es sich um den Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten handeln.⁴⁹

(i) Anlageberatung, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 9 WpHG

Die Anlageberatung wird in § 2 Abs. 3 S.1 Nr. 9 WpHG umschrieben, als *„die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder anderen Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird.“*

Kernelement der Anlageberatung stellt die Abgabe einer Empfehlung dar. Darunter ist jeder Erklärung zu verstehen, die ein bestimmtes Verhalten als vorteilhaft für den Adressaten oder im Interesse dessen liegend darstellt.⁵⁰ Entscheidend ist, wie sich die Empfehlung aus der Sicht des Empfängers darstellt, da das Gesetz nicht darauf abstellt, ob die Empfehlung auf Grundlage vertraglicher Verpflichtungen aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag resultieren oder auf Initiative des Empfehlenden.⁵¹ Handelt es sich um ein Auftreten als Anlagevermittler, welcher für den Emittenten die Produkte vertreibt, so darf nicht mehr als die richtige und vollständige Information über die entsprechende Anlage erwartet werden.⁵² Unerheblich ist, ob der Kunde der Empfehlung auch folgt oder nicht.⁵³

Die Empfehlung muss sich also an Kunden oder deren Vertreter richten und damit persönlich erfolgen. Damit sind alle in Betracht kommenden juristischen und natürlichen Personen, ebenso wie potentielle Kunden gemeint. Es kommt nicht darauf an, ob der Kunde über Fachkenntnisse oder Anlegeerfahrung verfügt oder Kleinanleger ist.⁵⁴

Damit von einer persönlichen Empfehlung gesprochen werden kann, muss sich diese Empfehlung auf die persönlichen Umstände des Anlegers beziehen oder die Empfehlung als für den spezifischen Anleger geeignet dargestellt werden. Zudem müssen sie auf dem Weg individueller Kommunikationsformen an den Kunden oder deren Vertretern gelangen. Anlagetipps, Roadshows oder als Werbemaßnahmen zu erkennende Erklärungen fallen daher

⁴² Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 109.

⁴³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 109.

⁴⁴ BT-Drucks. 16/4028, 56.

⁴⁵ BT-Drucks. 16/4028, 56; Spindler/Kasten, WM 2006, 1749 (1754).

⁴⁶ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 109.

⁴⁷ Erwägungsgrund 6 Satz 7 der Finanzmarkttrichilinie (Richtlinie 2004/39/EG, Abl. EU 2004 L 145).

⁴⁸ Erwägungsgrund 6 Satz 7 der Finanzmarkttrichilinie.

⁴⁹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 110.

⁵⁰ Gemeinsames Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum neuen Tatbestand der Anlageberatung (Merkblatt Anlageberatung), Rn. 112.

⁵¹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 113.

⁵² BGH WM 1982, 90; 1993, 1238 (1239); 2000, 426.

⁵³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 113.

⁵⁴ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 114.

nicht unter das Merkmal der persönlichen Beratung.⁵⁵ Nicht unter den Begriff individueller Kommunikationsformen fallen insbesondere Empfehlungen über die Presse, Hörfunk und Fernsehen oder Internet. Davon nicht ausgeschlossen sind jedoch gleich lautende Empfehlungen, die via Post, Fax, E-Mail oder Telefon an die Kunden oder deren Vertreter weitergegeben werden.⁵⁶

Die Geschäfte müssen sich jedoch ausschließlich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten bezogen sein. Darunter fallen solche, die „die Anschaffung oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten“⁵⁷ zum Gegenstand haben.

(3) Wertpapiernebenleistungen

Wertpapiernebenleistungen werden in § 2 Abs. 3a Nr. 1-7 WpHG legaldefiniert. Darunter sind Depotgeschäfte, Kredite für Wertpapierdienst- und Wertpapiernebenleistungen, Unternehmensberatung, Devisengeschäfte, Anlageempfehlungen, Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Emissionsgeschäft sowie Dienstleistungen nach § 2 Abs. 3a Nr. 7 WpHG zu verstehen:

(a) Depotgeschäfte, § 2 Abs. 3a Nr. 1 WpHG

Ein Depotgeschäft liegt vor, wenn das beauftragte Unternehmen die Verwahrung oder die Verwaltung von Finanzinstrumenten für andere erbringt. Für die Verwahrung sind die in §§ 2 ff. des Depotgesetzes angegebenen Formen maßgeblich. Eine Verwaltung liegt vor, wenn vertragliche Regelungen bestehen.⁵⁸

(b) Kredite für Wertpapierdienst- und Wertpapiernebenleistungen, § 2 Abs. 3a Nr. 2 WpHG

§ 2 Abs. 3a Nr. 2 WpHG setzt grundsätzlich die Gewährung von Krediten oder Darlehen voraus. Davon mit erfasst sind auch die Stundung oder die zeitlich hinausgeschobene Zahlung eines Geldbetrages. Sachdarlehen fallen jedoch nicht unter die von der Norm erfassten Kredite oder Darlehen.⁵⁹ Die Kredite oder Darlehen müssen zudem der Durchführung von Wertpapierdienstleistungen dienen, an denen das Unternehmen auch selbst beteiligt ist.⁶⁰

(c) Unternehmensberatung

Vom Begriff der Unternehmensberatung werden lediglich allgemeine Beratungsleistungen erfasst. Dabei kann sich die Beratung auf eine Kapitalstruktur oder die industrielle Strategie beziehen. Zusätzlich umfasst ist das Angebot von Dienstleistungen bei Unternehmenskäufen und Unternehmenszusammenschlüssen.⁶¹

(d) Devisengeschäfte

Durch die Streichung der Beschränkung der Devisengeschäfte auf bestimmte Wertpapierdienstleistungen werden nun alle Devisengeschäfte im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 3 WpHG als Wertpapiernebenleistung erfasst. Erforderlich ist lediglich ein sachlicher Zusammenhang mit der Wertpapierdienstleistung und nicht nur ein zeitlicher.⁶²

(e) Anlageempfehlungen

Unter den Begriff der Anlageempfehlungen fallen solche, die nicht dem Begriff der Anlageberatung nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 9 WpHG unterfallen,⁶³ so dass es sich um eine Auffangnorm handelt. Er erfasst alle Informationen über Emittenten von Finanzinstrumenten oder über diese. Jedoch erfasst die Vorschrift nur die Erstellung, Verbreitung und Weitergabe von Informationen um nicht jede auch private Form der Kommunikation einer Anlageempfehlung zu erfassen.⁶⁴

(f) Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Emissionsgeschäft

⁵⁵ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 115ff.

⁵⁶ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 117.

⁵⁷ Im Anschluss an das Merkblatt Anlageberatung, Rn. 112, S. 1 zu Gliederungspunkt 2.

⁵⁸ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 125.

⁵⁹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 127.

⁶⁰ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 128.

⁶¹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 130.

⁶² Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 131.

⁶³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 133.

⁶⁴ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 135.

Die Vorschrift des § 2 Abs. 3a Nr. 6 WpHG erfasst die Übernahme von Finanzinstrumenten für eigenes Risiko zur Platzierung oder die Übernahme gleichwertiger Garantien. Dabei ist auch hier ein zeitlicher und nicht nur ein sachlicher Zusammenhang mit dem Emissionsgeschäft erforderlich.⁶⁵

(g) Dienstleistungen i.S. von § 2 Abs. 3a Nr. 7 WpHG

Von § 2 Abs. 3a Nr. 7 WpHG werden Dienstleistungen erfasst, die sich auf einen Basiswert i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 oder 5 WpHG beziehen und Wertpapierdienstleistungen wären, wenn sie sich auf ein Finanzinstrument i.S.d. § 2 Abs. 2b WpHG beziehen würden.⁶⁶ Die Dienstleistung muss dabei im sachlichen Zusammenhang mit der Erbringung der Wertpapierdienstleistung stehen, wie beispielsweise Spotgeschäfte in Waren.⁶⁷

(4) Gewerbsmäßige Erbringung

Ursprünglich fielen nur Unternehmen unter den Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens, die Wertpapierdienstleistungen erbrachten, welche einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erforderten. Von § 2 Abs. 4 WpHG werden inzwischen auch solche Unternehmen erfasst, die die fraglichen Dienstleistungen zwar gewerbsmäßig, jedoch nicht in einem solchem Umfang erbringen, der einen eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert.⁶⁸

Für die Beurteilung der Frage, wann eine gewerbsmäßige Tätigkeit vorliegt, ist der handelsrechtliche Gewerbebegriff maßgeblich.⁶⁹ Gewerblich ist danach jede außengerichtete, selbstständige, planmäßige, von der Absicht der Gewinnerzielung getragene Tätigkeit.⁷⁰ Um zu beurteilen, wann die Dienstleistungen einen solchen Gewerbebetrieb erfordern, stellt § 2 Abs. 4 WpHG vor allem auf den Umfang ab, darüber hinaus kann aber auch schon die Art der Geschäftstätigkeit einen solchen Betrieb erforderlich machen.⁷¹ Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen müssen nicht je für sich einen kaufmännische Einrichtungen erfordernden Umfang haben; es genügt, wenn sich dieser aus der Zusammenschau von Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen ergibt.⁷²

Der nur ehrenamtlich tätig werdende Geschäftsführer oder Vorstand eines als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bzw. als nicht rechtsfähiger Verein geführten Investmentclubs handelt grundsätzlich nicht gewerbsmäßig.⁷³ Etwas anderes gilt dann, wenn die Tätigkeit in einem Umfang erfolgt, der einen wie oben dargestellten Geschäftsbetrieb erfordert. Nach der BaFin soll dies dann nicht der Fall sein, wenn die betroffene Person nicht mehr als drei Portfolios oder ein Gesamtvolumen von EUR 511.000 verwaltet.⁷⁴

cc) Börse

Taugliche Täter des Sonderdelikts des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG sind auch Mitarbeiter von Börsen.

(1) Börsenbegriff

Unter den Begriff der Börse fallen nach § 2 Abs. 1 BörsG teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, die nach Maßgabe dieses Gesetzes multilaterale Systeme regeln und überwachen, welche die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von dort zum Handel zugelassenen Wirtschaftsgütern und Rechten innerhalb des Systems nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zusammenbringen oder das Zusammenbringen fördern, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Handelsobjekte führt. Dieser Börsenbegriff umfasst zwei unterschiedliche Bereiche, und zwar zunächst eine formale Begriffsbestimmung an Hand der Rechtsform und der vorgeschriebenen Struktur sowie eine materiel-

⁶⁵ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 137.

⁶⁶ BT-Drucks. 16/4028 S. 57.

⁶⁷ BT-Drucks. 16/4028 S. 57.

⁶⁸ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 2 Rn. 147.

⁶⁹ BR-Drucks. 963/96, S. 62; Mielk WM 1997, 2200 (2201 f.).

⁷⁰ BGHZ 33, 321 (324 ff.).

⁷¹ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 150.

⁷² Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 150.

⁷³ Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG § 2 Rn. 149.

⁷⁴ Schreiben des BAKred v. 2.6.1998, Az. VII 4 – 71.51 – 142/98, unter Aufgabe der im Schreiben des BAKred v. 28.4.1998, unter gleichem Az., angeführten engeren Grenzen.

le Begriffsbestimmung an Hand der Börse als Handelsplattform.⁷⁵ Für die materielle Begriffsbestimmung werden vier Voraussetzungen aufgestellt: (1.) ein durch zwingende Regeln reglementiertes, (2.) Zusammenbringen von Angebot und Nachfrage nach (3.) Börsenzugelassenen Wirtschaftsgütern und Rechten zu (4.) Vertragsabschlüssen im System.⁷⁶

Ein Handelssystem ist materiell als Börse zu klassifizieren, wenn es nach den Regeln des Börsengesetzes funktioniert und die im System handelnden Unternehmen und Personen eine gesonderte Zulassung gem. § 19 Abs. 2 BörsG benötigen. Nach § 19 Abs. 1 BörsG ist für den Börsenhändler eine Zulassung durch die Geschäftsführung erforderlich. Eine Zulassung ist danach erforderlich für den Besuch der Börse, die Teilnahme am Börsenhandel und für Personen, die berechtigt sein sollen, für ein zugelassenes Unternehmen an der Börse zu handeln.

Die Abgrenzung der Börse von multilateralen Handelssystemen erfolgt auf einer rein formalen Ebene.⁷⁷ Denn Börsen unterscheiden sich materiell nicht von multilateralen Handelssystemen i. S. der §§ 31f-g. WpHG, so dass für die Unterscheidung allein auf die nach § 4 Abs. 1 BörsG entstehende Anstalt des öffentlichen Rechts, nach Erteilung der Erlaubnis durch die Börsenaufsicht, abgestellt wird.⁷⁸

(2) Erfasste Börsen

Vom Börsenbegriff des § 2 Abs. 1 BörsG und damit auch von § 38 Abs. 5 WpHG erfasst sind Computerbörsen, Alternative Trading Systems, die Xetra, die Eurex Deutschland, Wertpapier- und Warenbörsen.

(a) Computerbörsen

Computerbörsen gelten als Börsen i.S.v. § 2 Abs. 1 BörsG, wenn die Geschäfte direkt im System abgeschlossen werden. Nicht ausreichend sind daher reine Informations- und Kommunikationssysteme, wenn sie die Geschäfte nur vorbereiten und innerhalb des Systems keine Umsätze getätigt werden.⁷⁹ Demzufolge sind die Angestellten einer Computerbörse vom Anwendungsbereich des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG erfasst.

(b) Xetra

Unter dem Exchange Electronic Trading (Xetra) ist ein vollelektronisches Handelssystem für den Kassamarkt zu verstehen. Hier finden das Zusammenführen von Orders, das sog. ordergetriebene Matching sowie hybride Handelsformen statt.⁸⁰ § 12 BörsG weist die Zustimmungskompetenz zum elektronischen Handelssystem der jeweiligen Börse zu, hier nach § 12 Abs. 2 S. 2 BörsG dem Börsenrat, so dass dieses System Bestandteil der einzelnen Börse ist.⁸¹ Damit unterfällt der Xetra dem Börsenbegriff des § 2 Abs. 1 BörsG und die Angestellten des Xetra der Anwendung des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG.

(c) Eurex Deutschland

Die frühere Deutsche Termin Börse (DTB) wurde nach dem Zusammenschluss 1998 mit der Schweizerischen Terminbörse (Soffex) in Eurex Deutschland umbenannt. Die DTB wurde ursprünglich vom Hessischen Wirtschaftsminister genehmigt⁸² und ist eine überregionale und organisatorisch von den bestehenden Wertpapierbörsen unabhängige Börse, was durch § 2 Abs. 2 BörsG klargestellt wird. Mithin ist § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG auch auf die Angestellten des Eurex Deutschland anwendbar.

(d) Wertpapierbörsen und Warenbörsen

Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 BörsG, fallen unter den Begriff der Wertpapierbörse solche Börsen, an denen Wertpapiere oder Derivate i.S. des § 2 Abs. 2 WpHG gehandelt werden. Bei den in Deutschland existierenden Warenbörsen muss immer im Einzelfall geprüft werden, ob es sich um eine Börse im Sinne des Börsengesetzes handelt.⁸³ Nach § 2 Abs.

⁷⁵ BT-Drucks. 16/4028, S. 76.

⁷⁶ Groß, in: Handelsgesetzbuch Kommentar Band 2, 3. Aufl. 2015, § 2 BörsG Rn. IX 42.

⁷⁷ Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 46.

⁷⁸ Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 47.

⁷⁹ Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 48.

⁸⁰ Einzelheiten dieses Handelssystems finden sich in: Köndgen/Mues WM 1998, 53.

⁸¹ Köndgen/Mues WM 1998, 53 (54).

⁸² Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 55.

⁸³ Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 56.

3 BörsG ist die Warenbörse definiert, als Börsen, an denen Waren im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. c des WpHG und Termingeschäfte in Bezug auf Waren gehandelt werden. Zusätzlich können an ihnen auch Termingeschäfte i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 WpHG und die diesen zugrunde liegenden Basiswerte gehandelt werden. Warenbörsen sind beispielsweise die Mannheimer Produktenbörse, die Frankfurter Getreide- und Produktenbörse sowie die Stuttgarter Waren- und Produktenbörse.⁸⁴ Vorliegend kommt es auf den Einzelfall an, ob die Angestellten einer Wertpapier- oder Warenbörse die Anforderungen des § 2 Abs. 2, 3 WpHG erfüllen und damit in den Anwendungsbereich des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG fallen.

(e) Nicht erfasst: Alternative Trading System (ATS)

Das Alternative Trading System (ATS) stellt den Oberbegriff für verschiedene elektronische Handelsplattformen dar.⁸⁵ Diese lassen sich in sogenannte Bulletin Boards (BB), Electronic Communication Networks (ECN) und Proprietary Trading Systems (PTS) unterscheiden. Für die Frage, ob diese Systeme als Börse oder multilaterales Handelssystem qualifiziert werden, kommt es allein auf die Ausgestaltung des Systems an. BB stellt ein elektronisches System dar, in das Interessenten Angebote einstellen, die dann nach ggf. erfolgten Verhandlungen, zu einem Geschäft, jedoch außerhalb des Systems führen, so dass BB keine Börse im Sinne des § 2 Abs. 1 BörsG darstellen.⁸⁶ Ebenso verhält es sich mit den ECN, da die Geschäfte in diesen Fällen immer mit demselben Kontrahenten zustande kommen.⁸⁷ PTS stellen elektronische Systeme dar, die den Teilnehmern ermöglichen, untereinander oder mit dem Betreiber des Systems Wertpapiergeschäfte abzuschließen. Da sie jedoch nicht als teilrechtsfähige Anstalten öffentlichen Rechts betrieben werden, fehlt ihnen eine der Voraussetzungen um als Börse im Sinne des § 2 Abs. 1 BörsG zu gelten.⁸⁸ Mithin fallen die ATS und die für diese tätigen Personen aus dem Anwendungsbereich des § 38 Abs. 5 WpHG heraus.

dd) Mitarbeiter eines Betreibers eines Handelsplatzes

Tauglicher Täter des § 38 Abs. 5 WpHG ist schließlich der Mitarbeiter des Betreibers eines Handelsplatzes. Nach einer Legaldefinition für diesen Tätertyp sucht man im Gesetz indes vergeblich. Unter den Begriff des Handelsplatzes fallen jedoch im hier gegebenen Zusammenhang Börsen und multilaterale Handelssysteme, so dass Betreiber eines solchen Handelsplatzes die jeweilige Trägerorganisationen bzw. deren gesetzliche Vertreter, darstellen. So ist beispielsweise die Deutsche Börse AG Betreiber der Frankfurter Wertpapierbörse (FWB) und damit Betreiber dieses Handelsplatzes, vertreten durch den Vorstand der Aktiengesellschaft.⁸⁹

ee) In Ausübung der Tätigkeit

Nach dem Wortlaut des § 38 Abs. 5 WpHG muss der Täter in Ausübung seiner Tätigkeit für eine der vorgenannten Stellen handeln. Erforderlich ist hierfür ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der Tathandlung und der beruflichen Tätigkeit. Ein solcher innerer Zusammenhang kann auch dann gegeben sein, wenn der Mitarbeiter seine Befugnisse eigenmächtig überschreitet oder missbraucht, etwa der Vollmachtsmissbrauch, Veröffentlichung fehlerhafter Unternehmenszahlen etc. Kein Zusammenhang zwischen der Tathandlung und der Tätigkeit für eine der vorgenannten Stellen besteht bei reinen Gelegenheitsdelikten. Der Mitarbeiter der Eurex, der an seinem Arbeitsplatz-PC *wash sales* auf eigene Rechnung durchführt, unterfällt dem Verbrechenstatbestand des § 38 Abs. 5 WpHG daher nicht.

III. Zusammenfassung

Durch das Finanzmarktnovellierungsgesetz hat der bundesdeutsche Gesetzgeber mit § 38 Abs. 5 WpHG einen Verbrechenstatbestand für bestimmte Fälle der Marktmanipulation eingeführt. Die Schaffung eines solchen Verbrechens war weder zur Umsetzung europarechtlicher Vorgaben erforderlich noch lässt er sich mit der Regelungssystematik bzgl. besonders schädlich erscheinender Strafbarkeitsvarianten etwa beim Betrug oder bei der Steuerhinter-

⁸⁴ <http://www.warenboersen-suedwest.de/verein/index.php?SID=15>.

⁸⁵ Spindler, WM 2002, 1325 (1327 f.).

⁸⁶ Dornau, Alternative Handelssysteme in den USA und Europa, 1999, S. 25.

⁸⁷ Dornau, Alternative Handelssysteme in den USA und Europa, 1999, S. 25.

⁸⁸ Groß, in: Handelsgesetzbuch Band 2, § 2 BörsG Rn. IX 51.

⁸⁹ Abgerufen unter: <http://www.boerse-frankfurt.de/impressum>.

ziehung, wo besonders schwere Fälle in Form von Qualifikationstatbeständen mit erhöhter Strafandrohung ausgestaltet wurden, vereinbaren. Taugliche Täter der verbrecherischen Marktmanipulation sind gewerbs- oder bandenmäßig handelnde Personen oder solche, die in Ausübung ihrer Tätigkeit für bestimmte kapitalmarktnahe Institutionen – Börsen, Aufsichtsbehörden etc. – die Marktmanipulation begangen haben.

Entscheidungskommentare

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Dr. Michael Racky, Frankfurt a.M.

LG Bochum, Beschluss vom 16.03.2016 – 6 Qs 1/16

Durchsuchung bei einer als Ombudsfrau tätigen Rechtsanwältin

I. Sachverhalt

In seinem Beschluss vom 16.03.2016 verwirft das Landgericht Bochum die Beschwerde einer als Ombudsfrau tätigen Rechtsanwältin gegen einen Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Bochum als unbegründet. Die Rechtsanwältin hatte als Ombudsfrau eines Unternehmens eine anonyme Anzeige erhalten, in der der Vorwurf der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr im Rahmen eines Unternehmensverkaufs gegen einen Manager der Firma erhoben wurde. Dieser soll Geld dafür erhalten haben, um Einfluss auf die Veräußerer des Unternehmens auszuüben, damit ein bestimmter Dritter bei dem Verkauf auf unlautere Weise bevorzugt werde.

Das anonyme Schreiben hatte die Rechtsanwältin an die Integritätsbeauftragte des Unternehmens weitergeleitet. Bei einer dort durchgeführten Durchsuchung erlangten die Ermittlungsbehörden Kenntnis von dem anonymen Brief.

Das Amtsgericht Bochum hatte auf Antrag der Staatsanwaltschaft Bochum die Durchsuchung der Rechtsanwaltskanzlei angeordnet. Im Laufe der Durchsuchung der Geschäftsräume übergab die Rechtsanwältin das Original der anonymen Anzeige zur Abwendung der Durchsuchung. Gleichzeitig widersprach sie dieser und legte Beschwerde ein.

Das Landgericht Bochum wertet die Beschwerde als zulässig, jedoch als unbegründet.

II. Entscheidungsgründe

Seine Rechtsauffassung erläutert das Gericht wie folgt:

Nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO unterlägen der Beschlagnahme solche Gegenstände nicht, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO genannten Personen erstreckte.

Gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO seien zur Verweigerung des Zeugnisses unter anderem Rechtsanwälte über das berechtigt, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden sei.

Entgegen ihrem umfassenden Wortlaut sei die Regelung in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nach herrschender Meinung aber dahingehend einschränkend auszulegen, dass das Beschlagnahmeverbot nicht das allgemeine Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts aus § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Sinne einer ebenso umfassenden Freistellung von der Beschlagnahme widerspiegeln. Allein das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Zeugnisverweigerungsberechtigten soll durch ein Beschlagnahmeverbot geschützt sein, nicht jedoch die Beziehung eines Nichtbeschuldigten zu einem Berufsgeheimnisträger.¹

Diese Zielrichtung der Vorschrift lasse sich insbesondere den Regelungen in § 97 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO entnehmen, die ausdrücklich allein auf den Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigtem ausgerichtet sind. Als Ergänzung dieser Regelungen hat § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Bedeutung, den Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbots auf „andere Gegenstände“ als die in § 97 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO genannten zu erweitern, nicht dagegen den Zweck, das Beschlagnahmeverbot nunmehr umfassend und unter Einschluss am Strafverfahren nicht direkt beteiligter Dritter zu erweitern, wodurch die Ausdifferenzierung des für den Beschuldigten geltenden Beschlagnahmeschutzes aus § 97 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO teilweise unterlaufen würde.²

Dieses Verständnis der Vorschrift, wonach die Beziehung eines Nichtbeschuldigten zu einem Berufsgeheimnisträger nicht der Schutznorm des § 97 Abs. 1 StPO unterliegt, sei auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.³

Im vorliegenden Fall ist der anonyme Hinweisgeber nicht Beschuldigter, sondern kommt in dem Ermittlungsverfahren lediglich als Zeuge in Betracht.

Zudem sei vorliegend zwischen dem anonymen Hinweisgeber und der Rechtsanwältin auch kein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ entstanden, aus dem sich eine Schutzwirkung des § 97 StPO zugunsten der Beschwerdeführerin ergeben könnte.

Die Durchsuchung sei deshalb in der Sache unbegründet.

III. Anmerkungen

1. Mandatsverhältnis des Ombudsmann besteht mit beauftragendem Unternehmen

Die Entscheidung erscheint auf den ersten Blick in gewisser Weise streng zu sein, wird doch die Kommunikation zwischen der Ombudsfrau und dem anonymen Hinweisgeber nicht durch ein Beschlagnahmeverbot geschützt. Die Tätigkeit eines sog. Ombudsmannes für ein Unternehmen gehört mittlerweile zu den gängigen Instrumenten aus dem Compliance-Werkzeugkasten. Oft bedient man sich hierzu externer Rechtsanwälte, die weisungsfrei und unabhängig sowie in räumlicher Trennung diese Funktion ausüben sollen. Umso mehr erscheint es ungerechtfertigt, dass dessen Unterlagen „einfach so“ beschlagnahmt werden können. Besteht dann nicht die Gefahr, dass sich ein potentieller Hinweisgeber - wissend um diese „Gefahr“ - dem Ombudsmann gegenüber nicht anzuvertrauen getraut?

Diese Sichtweise, die auf den ersten Blick einleuchtend klingt, vermag auf den zweiten Blick wenig zu überzeugen. Ein Blick auf das eigentliche Mandatsverhältnis bringt hier schnell Aufklärung. Der Zweck eines Ombudsmannes besteht darin, die Interessen eines Unternehmens dahingehend wahrzunehmen, dass Meldungen über Regelverstöße im Unternehmen entgegengenommen und anonymisiert an dieses weiterzuleiten sind. Das Mandatsverhältnis mit all seinen Pflichten besteht mit dem Unternehmen.

Würde man soweit gehen und von einer konkludenten Mandatsübernahme für den Hinweisgeber ausgehen, könnte dies einen strukturellen, die Standespflichten des Rechtsanwalts berührenden, Konflikt mit den gegenläufigen Interessen des beauftragten Unternehmens hervorrufen.⁴

¹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 97 Rn. 10.

² LG Hamburg, B. v. 15.10.2010, 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942.

³ BVerfG, B. v. 27.10.2003, 2 BvR 2211/00, NStZ-RR 2004, 83; BVerfG, B. v. 11.07.2008, 2 BvR 2016/06, NJW 2009, 281.

⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, § 97 Rn. 10b.

Auch die Zusicherung der Vertraulichkeit durch den Ombudsmann an den Hinweisgeber reicht für den Aufbau eines mandatsähnlichen Verhältnisses, das ein Beschlagnahmeverbot begründet, nicht aus. Eine solche Zusage ist als privatrechtliche Disposition ohne Wirkung auf strafprozessualer Maßnahmen zu werten.⁵

2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt hier ein Beschlagnahmeverbot nicht in Betracht. Zwar können sich nach dessen Rechtsprechung Beschlagnahmeverbote unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben, wenn wegen der Eigenart des Beweisthemas in grundrechtliche geschützte Bereiche unter Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingegriffen wird.⁶

Jedoch bedarf es dann, wenn ausnahmsweise über das geschriebene Strafprozessrecht hinaus unmittelbar von Verfassungs wegen ein Zeugnisverweigerungsrecht oder ein dieses Recht flankierendes Beschlagnahmeverbot bestehen soll, im Einzelfall einer näheren Begründung, weil Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote die im Interesse der Allgemeinheit bestehende Pflicht der staatlichen Strafverfolgungsorgane zur umfassenden Sachaufklärung begrenzen. Fehlt es an einer eindeutigen Begründung für das Vorliegen eines besonderen Ausnahmefalles, welche die Beschränkung der Strafverfolgungstätigkeit über gesetzliche Ausnahmetatbestände hinaus rechtfertigen soll, dann geht das öffentliche Interesse an vollständiger Wahrheitsermittlung im Strafverfahren dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen vor.⁷

Derartige besondere Gründe, die im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem anonymen Hinweisgeber unmittelbar von Verfassungs wegen einen Vertrauensschutz mit der Folge eines Beschlagnahmeverbots auslösen könnten, sind in diesem Fall nicht ersichtlich. Weder ist ein besonders sensibler Bereich der Privatsphäre des Hinweisgebers betroffen, noch würden durch die Beschlagnahme prozessuale Schutzvorschriften umgangen, da dieser lediglich als Zeuge in dem Ermittlungsverfahren in Betracht kommt.

Auch auf einen weiteren Grundsatz des Bundesverfassungsgerichts lässt sich hier nicht rekurrieren: Zwar besteht nach dessen Rechtsprechung dann, wenn sich eine strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsheimnisträger in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung richtet, regelmäßig die Gefahr, dass unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG stehende Daten von Nichtbeschuldigten - etwa den Mandanten eines Rechtsanwalts - zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen.⁸ Dadurch würden nicht nur die Grundrechte der Mandanten berührt; der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant läge auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege. Deshalb verlangt der Erlass eines Beschlusses zur Durchsuchung in einer Anwaltskanzlei die besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit der Zwangsmaßnahme. Da im vorliegenden Fall die zu beschlagenden Gegenstände zweifelsfrei und eindeutig im Beschluss genannt wurden, ist dieser ansonsten überaus wichtige Prüfungsmaßstab hier nicht einschlägig.

Der Compliance-Praxis kann im Ergebnis nur mit auf den Weg gegeben werden, dass von Hinweisgebern an Ombudsmänner und -frauen überlassene Informationen auch in deren Kanzleiräumen in der Regel keinem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Dies gilt es bei der Beratungspraxis entsprechend zu berücksichtigen.

⁵ LG Hamburg a.a.O.

⁶ BVerfG, B. v. 27.10.2003, 2 BvR 2211/00, NStZ-RR 2004, 83.

⁷ BVerfG, a. a. O.

⁸ BVerfG, B. v. 11.07.2008, 2 BvR 2016/06, BeckRS 2008, 40691.

Arztstrafrecht

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

VG München; Urteil vom 14.06.2016 - M 16 K 15.4215

Gegenstand der Besprechung ist ein Urteil des VG München über die (Nicht-) Wiedererteilung der Approbation eines Arztes, dem diese aufgrund von Verurteilungen zu bewährungsfähigen Freiheitsstrafen wegen Unwürdigkeit entzogen worden ist.

I. Sachverhalt

Der Kläger begehrt die Wiedererteilung der Approbation als Arzt. Mit Bescheid vom 03.12.2010 widersprach die zuständige Behörde die Approbation des Klägers als Arzt wegen fehlender Würdigkeit und Zuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs. Vorausgegangen waren mehrere rechtskräftige Verurteilungen des Arztes, zuletzt wegen Steuerhinterziehung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung sowie einer Gesamtgeldstrafe von 360 TS. Die gegen den Approbationsentzug erhobene Klage wurde von dem zuständigen Gericht abgewiesen, wobei offen blieb, ob der Kläger zur Ausübung des ärztlichen Berufs auch unzuverlässig sei, da er nach einer Gesamtwürdigung des Gerichtes zur weiteren Ausübung des ärztlichen Berufs jedenfalls unwürdig ist. Diese Entscheidung wurde am 10.05.2012 rechtskräftig.

Am 18.02.2014 wurde gegen den Kläger eine erneute Geldstrafe per Strafbefehl ausgesprochen und zwar wegen Missbrauchs von Titeln und Berufsbezeichnungen, uneidlicher Falschaussage, Fälschung von Gesundheitszeugnissen, Verstoß gegen das Heilpraktikergesetz sowie vorsätzlicher Körperverletzung. Dem lagen im Wesentlichen die Feststellungen zugrunde, dass der Kläger nach dem 10.05.2012 die Bezeichnungen „Arzt“, „Facharzt für Innere Medizin“ sowie „Facharzt für Arbeitsmedizin“ weiter geführt hatte. Er hat u.a. unter diesen Bezeichnungen gegenüber Gerichten schriftliche und mündliche Sachverständigengutachten erstattet, wobei er auch zu Protokoll gab, „Arzt und Sachverständiger“ zu sein.

Unter dem 13.04.2015 beantragte der Kläger die Wiedererteilung der Approbation und begründete dies damit, dass ihm eine Befristung des Entzugs der Approbation bis Anfang 2015 in Aussicht gestellt worden sei. Der Zeitraum für die Bemessung der Wohlverhaltensphase müsse nach seiner Ansicht ab Mitte 2012 angesetzt werden und nicht erst ab Rechtskraft des Strafbefehls. Diesen habe er nämlich nur aus finanziellen Gründen akzeptiert und um auch ein erneutes medienträchtiges Verfahren zu vermeiden, das seine Familie erheblich beeinträchtigt hätte. Er habe zwischenzeitlich nicht als Arzt gearbeitet und sich auch nicht als solcher bezeichnet. Zu keinem Zeitpunkt habe er Patienten geschädigt oder gegen ärztliche Berufspflichten verstoßen. Der Kläger wolle nach der Wiedererteilung der Approbation auch keine Niederlassung mehr beantragen, sondern lediglich in geringem Umfang arbeitsmedizinisch tätig werden.

Den Antrag auf Wiedererteilung der Approbation als Arzt wurde abgelehnt, was behördenseitig damit begründet wurde, dass der Kläger in regelmäßigen Abständen mit dem Gesetz in Konflikt gerate. Dies lasse Rückschlüsse auf eine charakterlich mangelnde Bereitschaft zu einer korrekten Berufsausübung als Arzt zu, was regelmäßig nicht mit dem Vertrauen der Bevölkerung in den ärztlichen Berufsstand in Einklang gebracht werden könne.

Eine Wiedererteilung seiner Approbation komme nach ständiger Rechtsprechung erst nach einer außerberuflichen Bewährungsphase von in der Regel drei bis fünf Jahren in Betracht, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen seien, was im Fall des Klägers einen Zeitraum von fünf Jahren bedeuten würde. Wird jedoch ein Arzt während der außerberuflichen Bewährungszeit erneut straffällig, so beginnt die Wohlverhaltensphase von neuem an zu laufen, also hier ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Strafbefehls. Für die Bewertung der Würdigkeit und Zuverlässigkeit sei nicht der jeweilige Tatzeitpunkt maßgebend, sondern der rechtskräftige Abschluss des daraus resultierenden Strafverfahrens. Da zwischen Tatbegehung und Verurteilung noch der Druck des Strafverfahrens auf dem Betroffenen laste, könne einem Wohlverhalten in diesem Zeitraum nicht die gleiche Bedeutung beigemessen werden, wie nach einer rechtskräftigen Verurteilung.

Eine nur auf arbeitsmedizinische Tätigkeiten bezogene Approbation könne auch nicht erteilt werden, weil eine Approbation nicht beschränkbar ist.

Gegen diesen Bescheid wurde Klage eingereicht. Diese ist zwar zulässig aber unbegründet.

II. Entscheidungsgründe

Der Kläger hat zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung durch das Gericht keinen Anspruch auf eine Wiedererteilung der Approbation als Arzt (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

Nach § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO ist eine Approbation zu widerrufen, wenn nachträglich die Voraussetzung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BÄO weggefallen ist, also ein Arzt sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergibt. Daraus folgt für die nach § 8 Abs. 1 BÄO vorgesehene Möglichkeit, einen Antrag auf Wiedererteilung der Approbation zu stellen, dass dem Antragsteller mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und das Verhältnismäßigkeitsgebot die Approbation nicht länger verwehrt werden kann, als es die den Widerruf tragenden Gründe erfordern. Hat er die Würdigkeit oder Zuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs zweifelsfrei wiedererlangt und liegt auch sonst kein Versagungsgrund vor, hat er einen Anspruch auf erneute Erteilung der Approbation¹.

Ein Arzt ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unwürdig im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BÄO, wenn er ein Fehlverhalten gezeigt hat, das mit dem Berufsbild und den allgemeinen Vorstellungen von der Persönlichkeit eines Arztes schlechthin nicht zu vereinbaren ist, und er daher nicht mehr das Ansehen und das Vertrauen besitzt, das für die Ausübung seines Berufes unabdingbar nötig ist. Entsprechend setzt die Wiederherstellung der Würdigkeit voraus, dass sich die Sachlage „zum Guten geändert“, also der Arzt das erforderliche Ansehen und Vertrauen zurückerlangt hat. Das ist der Fall, wenn bei Würdigung aller Umstände nicht mehr zu besorgen ist, dass dessen selbstständige Berufstätigkeit das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand nachhaltig erschüttern könnte. Im Wiedererteilungsverfahren sind daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung Art und Schwere des Fehlverhaltens sowie der zeitliche Abstand zu den die Unwürdigkeit begründenden Verfehlungen zu berücksichtigen, des Weiteren alle Umstände, die nach Abschluss des behördlichen Widerrufsverfahrens eingetreten sind. Ein beanstandungsfreies Verhalten, insbesondere eine nachträgliche berufliche Bewährung, fällt hiernach positiv ins Gewicht, während umgekehrt etwaige neue Verfehlungen negativ zu Buche schlagen². Erforderlich ist regelmäßig ein innerer Reifeprozess zur Kompensation der zu Tage getretenen charakterlichen Mängel³. Dessen Erfolg ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Persönlichkeit unter Einbeziehung der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Allein der bloße Zeitablauf ist kein maßgebender Faktor⁴.

Gemessen an diesen Grundsätzen geht das Gericht nach Prüfung der Umstände des Einzelfalls davon aus, dass die Voraussetzungen für die Wiedererteilung der Approbation an den Kläger derzeit nicht vorliegen, da er die Würdigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs noch nicht wiedererlangt hat. Berücksichtigt und gewürdigt wurden dabei Art, Schwere und Zahl der Verfehlungen, die zur Annahme der Unwürdigkeit geführt haben, der zeitliche Abstand zu den die Unwürdigkeit begründenden Verfehlungen sowie alle weiteren Umstände, die nach Abschluss des behördlichen Widerrufsverfahrens eingetreten sind. Der Kläger hat kein Verhalten gezeigt, das zur Annahme einer persönlichen Entwicklung im Sinne eines erfolgten inneren Reifeprozesses führen würde. Maßgeblich für diese Bewertung war das über viele Jahre hinweg mittels strafgerichtlicher Verurteilungen geahndete Verhalten des Klägers, aus dem sich ein Gesamtbild seiner Person ableiten lässt. Insbesondere die Steuerhinterziehung war mit den Höchstsätzen der Strafaussetzung zur Bewährung bzw. der Geldstrafen geahndet worden. Dem Kläger traf ein erheblicher Schuldvorwurf (auch wenn er die Verantwortung dem Steuerberater zuschob), den er durch Urteilsabsprache bzw. Verzicht auf Rechtsmittel letztlich auch akzeptierte. Selbst wenn das im Jahre 2006 geahndete vorwerfbare Verhalten lediglich einen Teilaspekt für die Persönlichkeit des Klägers liefert, so ergibt

¹ BVerwG, B. v. 15.11.2012 - 3 B 36/12.

² BVerwG, B. v. 15.11.2012 - 3 B 36/12.

³ NdsOVG, U. v. 11.5.2015 - 8 LC 123.14; B. v. 29.7.2015 - 8 ME 33/15; SächsOVG, U. v. 13.3.2012 - 4 A 18.1/11; VG München, U. v. 12.4.2016 - M 16 K 15.3571; VG Augsburg, B. v. 29.7.2015 - 8 ME 33/15.

⁴ BVerwG, B. v. 16.7.1996 - 3 B 44/96; SächsOVG, U. v. 13.3.2012 - 4 A 18.1/11; NdsOVG, B. v. 29.7.2015 - 8 ME 33/15.

sich auch aus der verwirklichten Abfolge strafgerichtlicher Verurteilungen eine Unwürdigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO. Der Kläger hatte über Jahre hinweg einen besonders leichtfertigen Umgang mit (straf-) gesetzlichen Vorschriften an den Tag gelegt, die den Eindruck erwecken, er halte sich für letztendlich darüberstehend. Auch hatte das sanktionierte Verhalten des Klägers jeweils stets einen entsprechenden Berufsbezug, auch wenn es nicht um ärztliche Tätigkeiten im engeren Sinne gehandelt hatte.

Nach dem bestandskräftigen Abschluss des Widerrufsverfahrens wurde der Kläger erneut straffällig, indem er Patienten untersuchte und die Bezeichnungen „Arzt“, „Facharzt für Innere Medizin“ sowie „Facharzt für Arbeitsmedizin“ weiter führte, obwohl er wusste, hierzu nicht mehr befugt zu sein. Er erstattete ferner zahlreiche Gerichtsgutachten und gab bei einer Anhörung als Sachverständiger vor Gericht zu Protokoll, dass er Arzt und Sachverständiger sei.

Grundsätzlich können Behörden und Verwaltungsgerichte tatsächliche und rechtliche Feststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils oder Strafbefehls einer Beurteilung der Unwürdigkeit im berufsrechtlichen Sinn zugrunde legen, ohne diese selbst auf ihre Richtigkeit überprüfen zu müssen. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn sich gewichtige Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit solcher Feststellungen ergeben, insbesondere wenn etwa im Fall der Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel Wiederaufnahmegründe im Sinn des § 359 StPO vorliegen oder wenn die Behörden und Verwaltungsgerichte den Sachverhalt nunmehr besser aufklären können als das Strafgericht. Diese Umstände müssen seitens des Arztes entsprechend substantiiert und nachprüfbar dargelegt werden, um eine Unrichtigkeit der im Strafurteil getroffenen Feststellungen belegen zu können⁵. Solche gewichtigen Anhaltspunkte und eine entsprechende Darlegung sind hier allerdings nicht ersichtlich. Der Umstand, dass der Kläger seiner Familie keine medienträchtige Verhandlung habe zumuten wollen und ihm nach seiner Auffassung nichts anderes übrig geblieben sei, als den Strafbefehl zu akzeptieren, da ansonsten der Entzugszeitraum von der Regierung noch weiter verlängert worden wäre, kann nicht dazu führen, dass das Strafverfahren im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wieder aufgerollt wird. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass das Verwaltungsgericht den Sachverhalt nunmehr besser aufklären könnte als das Strafgericht.

Da der Kläger nach dem bestandskräftigen Widerruf seiner Approbation erneut straffällig wurde, kann ihm eine berufliche Bewährungszeit nicht anerkannt werden, so dass die Wohlverhaltensphase wieder neu zu laufen beginnt, was auch nicht unverhältnismäßig ist.

III. Anmerkung

Entscheidungen über die Rücknahme, den Widerruf sowie das Ruhen der Approbation bzw. die Nichtwiedererteilung durch die zuständige Verwaltungsbehörde sind die stärksten Eingriffe in die Berufsausübung eines Arztes und werden von den zuständigen Behörden nur in gravierenden Fällen ausgesprochen. Bei der Beratung und Verteidigung von Ärzten sollten daher – insbesondere vor einem Rechtsmittelverzicht oder einer Verfahrensabsprache – etwaige Auswirkungen eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens bzw. die unterschiedlichen Abschlüsse umfassend erläutert und entsprechend gewichtet werden, um ein späteres böses Erwachen zu vermeiden. Die in einem Strafverfahren getroffenen Feststellungen werden selten von den Behörden oder Verwaltungsgerichten tiefgreifend hinterfragt und haben zumindest eine (starke) Indizwirkung, auch bzw. gerade wenn diese aus einer Verfahrensabsprache resultieren.

1. Berufsbezogene Pflichtverstöße

Ein Arzt wird als **unwürdig** erachtet, wenn er durch sein Verhalten nicht (mehr) das Ansehen und das Vertrauen besitzt, das für die Ausübung des Berufes unabdingbar nötig ist⁶. **Unzuverlässigkeit** liegt hingegen bei dem Arzt vor, der nicht die Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft seine beruflichen Pflichten zuverlässig erfüllen wird⁷. Bei beiden Merkmalen wird insofern eine Berufsbezogenheit gefordert. Diese ist jedoch nicht so eng auszulegen, dass sie sich allein auf die ärztlichen Kerntätigkeiten wie Diagnostik, Behandlung, Operation, Me-

⁵ BVerwG, B. v. 18.8.2011 - 3 B 6/11; B. v. 13.2.2014 - 3 B 68/13; BayVG, B. v. 10.5.2012 - 21 ZB 11.1883.

⁶ VG Köln, 24.04.2012 - 7 K7253/10.

⁷ VG Köln, 24.04.2012 - 7 K7253/10.

dikation, Abrechnung, etc. beziehen, sondern sämtliches Verhalten des Arztes im engeren und weiteren Berufsfeld fließen – ggf. in Abstufungen – in die Bewertung mit ein, wie z.B. die Frage, ob ein Arzt korrekte Steuererklärungen abgibt.

Eine Grenze, wann eine solche Berufsbezogenheit nicht mehr anzunehmen, sondern ein Fehlverhalten allein dem Privatbereich zuzuordnen ist, zog das OVG Münster mit Beschluss vom 15.01.2003⁸. Dort wurde der Widerruf einer Approbation eines Zahnarztes als nicht gerechtfertigt angesehen, der mehrfach wg. Straßenverkehrsdelikten (u.a. Trunkenheit im Straßenverkehr) aufgefallen ist.

2. Zeitpunkt der Beurteilung

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines **Widerrufes** der Approbation kommt es auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung an, denn bei Anfechtungsklagen gegen statusentziehende Verwaltungsakte gibt einzig und allein die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung den Ausschlag⁹. Das bedeutet, dass eine zwischenzeitliche Lebensführung und berufliche Entwicklung des Arztes hier nicht berücksichtigt werden kann. Allerdings besteht die Möglichkeit, diese Argumente in einem Verfahren zur Wiedererteilung der Approbation entsprechend vorzutragen.

Anders hingegen ist es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer **Ruhensanordnung**. In diesem Fall ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend. Hintergrund ist die Konzeption des § 6 Abs. 2 MusterBOÄ, wonach die Anordnung des Ruhens der Approbation aufzugeben ist, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, also alle Änderungen seit Erlass der Entscheidung Berücksichtigung finden müssen¹⁰.

3. Beginn des Bewährungszeitraumes

Der Beginn des Bewährungszeitraumes wird nicht so einheitlich beurteilt, wie dies aus dieser Entscheidung des VG München ggf. herausgelesen werden könnte, in der strikt auf die Bestandskraft der Widerrufsentscheidung abgestellt wird. Vielmehr ist die Rechtsprechung an diesem Punkt uneinheitlich. Teilweise wird der Zeitpunkt als maßgebend für den Beginn der Wohlverhaltensphase angenommen, an dem die zur Annahme der Berufsunwürdigkeit führenden gravierenden Verfehlungen durch den Betroffenen eingestellt worden sind und zwar unabhängig davon, ob dies auf einen freiwilligen Entschluss oder der Aufdeckung oder Ahndung der Verfehlungen beruht¹¹. Ferner wurde auch die letzte Verwaltungsentscheidung im Verfahren über den Widerruf abgestellt¹².

Allerdings ist in dem hier vorliegenden Sachverhalt der konkrete Zeitpunkt eher von untergeordneter Bedeutung, da durch die wiederkehrende strafrechtliche Auffälligkeit des Arztes seine Unwürdigkeit (und ggf. auch Unzuverlässigkeit) sich fortsetzte und manifestierte.

⁸ OVG Münster, B. v. 15.01.2003 – 13 A 2774/01.

⁹ BVerwGE 105, 214.

¹⁰ OVG Saarland MedR 2006, 661.

¹¹ BGH 08.05.2013 – AnwZ (Brfg) 46/12; OVG Lüneburg 29.07.2015 – ME 33/15; Sächsisches OVG 13.03.2012 – 4 A 18/11.

¹² BVerfG 22.12.2008 – 1 BvR 3457/08 für die vertragsärztliche Zulassungsentziehung.

Strafverfahrensrecht

Dr. Daniel Gutman, LL.M., Berlin

**VGH München, Beschluss vom 02.09.2016
- 11 ZB 16.1359**

Grenzen der Berücksichtigung der Strafverfahrenserkenntnisse und des § 153a StPO im verwaltungsrechtlichen Fahrerlaubnisverfahren.

I. Sachverhalt

Der Kläger wendet sich gegen die Aberkennung des Rechts, von seiner slowakischen Fahrerlaubnis im Bundesgebiet Gebrauch zu machen und gegen die Untersagung des Führens fahrerlaubnisfreier Fahrzeuge im öffentlichen Straßenverkehr.

Das Landgericht Amberg stellte mit Beschluss vom 15. September 2014 ein Strafverfahren gegen den Kläger wegen Trunkenheit im Verkehr nach § 153a StPO ein. Dem Verfahren lag zugrunde, dass der Kläger am 13. August 2013 mit einer Blutalkoholkonzentration von 2,19 ‰ mit einem Fahrrad am öffentlichen Straßenverkehr teilgenommen hatte. Aus dem gerichtopsychiatrischen Gutachten des Landgerichtsarztes ergibt sich, dass zwar nicht ausgeschlossen werden könne, dass die medizinischen Voraussetzungen des § 21 StGB vorgelegen hätten, der Kläger sei aber zum Tatzeitpunkt trotz seiner Alkoholisierung in der Lage gewesen, eine Einwilligung zur Blutentnahme zu erteilen.

Die Stadt Amberg forderte ihn daraufhin mit Schreiben vom 1. Oktober 2014, gestützt auf § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b und c FeV auf, bis 19. Dezember 2014 ein Fahreignungsgutachten beizubringen. Es sei zu klären, ob zu erwarten ist, dass der Kläger zukünftig ein fahrerlaubnisfreies Kraftfahrzeug oder sonstige Fahrzeuge unter Alkoholeinfluss führen wird und ob als Folge eines unkontrollierten Alkoholkonsums Beeinträchtigungen vorliegen, die das sichere Führen eines fahrerlaubnisfreien Kraftfahrzeugs und/oder von sonstigen Fahrzeugen in Frage stellen. Darüber hinaus sei zu klären, ob auch nicht zu erwarten ist, dass das (zukünftige) Führen eines fahrerlaubispflichtigen Fahrzeugs und ein die Fahrsicherheit beeinträchtigender Alkoholkonsum nicht hinreichend sicher getrennt werden können. Der Kläger legte kein Gutachten vor.

Mit Bescheid vom 26. März 2015 erkannte die Stadt Amberg dem Kläger das Recht ab, von seiner slowakischen Fahrerlaubnis auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Gebrauch zu machen und forderte ihn auf, unverzüglich eine eidesstattliche Versicherung über den Verlust seines slowakischen Führerscheins abzugeben. Zugleich untersagte die Stadt Amberg ihm das Führen von fahrerlaubnisfreien Kraftfahrzeugen. Die Regierung der Oberpfalz hat den dagegen erhobenen Widerspruch mit Widerspruchsbescheid zurückgewiesen. Die gegen den Bescheid und den Widerspruchsbescheid erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht Regensburg mit Urteil vom 31. Mai 2016 mit der Begründung abgewiesen, dass die Gutachtensanordnung rechtmäßig gewesen, insbesondere habe die durchgeführte Blutprobenuntersuchung im Fahrerlaubnisverfahren verwertet werden können.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

II. Entscheidungsgründe

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg, da sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils ergeben.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Straßenverkehrsgesetzes hat die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich ihr Inhaber als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Bei einer ausländischen Fahrerlaubnis hat die Entziehung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 StVG, § 46 Abs. 5 FeV die Wirkung einer Aberkennung des Rechts, von der Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen. Erweist sich jemand als ungeeignet oder nur noch bedingt geeignet zum Führen von (fahrerlaubnisfreien) Fahrzeugen, wozu auch Fahrräder zählen (vgl. § 2 Abs. 4 StVO), hat die Fahrerlaubnisbehörde ihm das Führen zu un-

tersagen, zu beschränken oder die erforderlichen Auflagen anzuordnen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 FeV). Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass der Führer eines Fahrzeugs zum Führen ungeeignet oder nur noch bedingt geeignet ist, finden (ebenfalls) die Vorschriften der §§ 11 bis 14 FeV entsprechend Anwendung (§ 3 Abs. 2 FeV). Nach § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FeV ist ein medizinisch psychologisches Gutachten beizubringen, wenn wiederholt Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr unter Alkoholeinfluss begangen wurden. Nach § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c FeV ist ein medizinisch psychologisches Gutachten beizubringen, wenn ein Fahrzeug im Straßenverkehr bei einer BAK von 1,6 ‰ oder mehr oder einer Atemalkoholkonzentration von 0,8 mg/l oder mehr geführt wurde. Dies gilt auch für das Fahrradfahren im Straßenverkehr mit entsprechenden Werten. Bringt der Betreffende das Gutachten nicht fristgerecht bei, kann nach § 11 Abs. 8 Satz 1 FeV auf seine Ungeeignetheit geschlossen werden. Der Schluss auf die Nichteignung ist aber nur dann zulässig, wenn die Anordnung des Gutachtens formell und materiell rechtmäßig, insbesondere anlassbezogen und verhältnismäßig ist.

Nach Ansicht des VGH hat die Fahrerlaubnisbehörde hier zu Recht gemäß § 11 Abs. 8 Satz 1 FeV auf die Nichteignung des Klägers zum Führen von Kraftfahrzeugen und fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen geschlossen, weil er das nach § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b und c FeV angeordnete medizinisch psychologische Gutachten nicht beigebracht hat.

Zur Verwertbarkeit der Blutuntersuchung des Ermittlungsverfahrens führt der VGH aus, dass die Einwilligung in die Blutentnahme wirksam und eine richterliche Anordnung nach § 81a Abs. 1 und 2 StPO nicht notwendig war. Denn der Kläger hatte freiwillig einen Atemalkoholtest durchgeführt und konnte dabei trotz der Alkoholisierung den Ausführungen der Polizeibeamten folgen und hat in die Blutentnahme eingewilligt. Einen geordneten Denkablauf sowie einen zwar deutlichen aber weder starken noch sehr starken äußerlichen Anschein des Einflusses von Alkohol stellten auch der blutentnehmende Arzt und das im Strafverfahren eingeholte Sachverständigengutachten fest. Darüber hinaus sind sowohl das erstinstanzliche VG als auch der VGH der Auffassung, es würde auch bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt kein Beweisverwertungsverbot bestehen, da auf der Hand liege, dass der Richter einem solchen Eingriff die Genehmigung nicht hätte versagen können und auch sonst keine Anhaltspunkte für eine gezielte oder systematische Umgehung des Richtervorbehalts zur Fahrerlaubnisentziehung bestehen.

Ferner stellt der VGH fest, dass auch die Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO nicht verbietet, in Verfahren mit anderer Zielsetzung Feststellungen über Tatsachen, die einen Straftatbestand erfüllen, in dem für die dortige Entscheidung erforderlichen Umfang als Grundlage für die daran anknüpfenden außerstrafrechtlichen Rechtsfolgen zu verwerten. Der VGH betont hierbei, dass die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO nicht bedeutet, dass davon auszugehen ist, dass die Straftat nicht begangen wurde. Zwar trifft es zu, dass die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK bei der Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO nicht widerlegt wird. Auch darf allein aus der Verfahrenseinstellung auf dieser Rechtsgrundlage, die nur mit Zustimmung des Angeklagten möglich ist, nicht auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der angeklagten Straftaten geschlossen werden. Die Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO bringt aber keineswegs zum Ausdruck, dass der Tatverdacht gegen den Betroffenen ausgeräumt wäre. Vielmehr wird darauf abgestellt, ob von der Strafverfolgung unter Auflagen und Weisungen abgesehen werden kann, weil die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Nach Auffassung des VGH ist die Anwendung des § 153a StPO gegenüber einem möglicherweise Unschuldigen untersagt, es muss vielmehr nach dem Verfahrensstand mit einer hohen Wahrscheinlichkeit von einer Verurteilung ausgegangen werden können und etwaige Rechtsfragen, ob ein Straftatbestand erfüllt ist, müssen zuvor geklärt sein. Einschränkend sieht der VGH, dass die Verwaltungsbehörde sich auf dieselben Beweismittel stützen kann wie das Strafgericht, an dessen Bewertung jedoch nicht gebunden ist.

III. Anmerkungen

1. Die Grundproblematik von § 153a StPO und der Unschuldsvermutung

Der Umgang mit § 153a StPO ist heikel.

In der öffentlichen Wahrnehmung gilt regelmäßig schon als Verbrecher, bei dem die Polizei klingelt, spätestens aber, wenn staatsanwaltschaftliche Ermittlungen eingeleitet werden.

Das rechtliche Konzept der Unschuldsvermutung in seiner wahren rechtlichen Ausprägung ist für weite Teile der Bevölkerung offenbar nicht begreiflich. Gleichwohl: Nach Art. 11 Abs. 1 der UN Menschenrechtscharta sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 der in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbaren EU Grundrechtecharta ist unschuldig - und zwar absolut - bis die Schuld in einem ordnungsgemäßen Verfahren rechtskräftig festgestellt wurde. Für einen Rechtsstaat ist dies gemäß den Anforderungen von Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 S.1 Grundgesetz existentiell.

Bedauerlicherweise müssen hin und wieder selbst Juristen an das ultimative Prinzip der Unschuldsvermutung erinnert werden. Ein kleines diesbezügliches Versäumnis scheint 1973/74 den Juristen im Bundestag durchgerutscht zu sein, als sie bei der Formulierung des § 153a Abs. 1 S. 1 StPO entweder nicht ganz aufgepasst oder von ihren nicht-juristischen Abgeordnetenkollegen überstimmt wurden. Denn diese Regelung nimmt ausdrücklich Bezug auf "die Schuld", deren Schwere einer Einstellung nicht entgegenstehen darf. Eine konkrete Schuld ist allerdings in den Fällen des § 153a StPO niemals in dem Umfang festgestellt, wie es oben angeführtes Rechtsstaatslichkeitsprinzip erfordert. Denn wenn die Schuld rechtskräftig durch Urteil festgestellt wäre, dann bliebe überhaupt kein Raum mehr für eine Einstellung. Maßgeblich kann daher nur sein, um noch verfassungsgemäß zu bleiben, ob die Schwere der Schuld abstrakt, d.h. der Grad der Kriminalität, der in dem möglicherweise begangenen Delikt zum Tragen kommt, schwer ist oder nicht. Klar ist, dass ein Mord nicht nach § 153a StPO gegen Zahlung einer Auflage eingestellt werden kann. Dies stellt jedoch schon die Einleitung des § 153a Abs. 1 StPO klar, wonach der Anwendungsraum überhaupt nur bei Vergehen und nicht mehr bei Verbrechen eröffnet ist. Da jedoch § 12 Abs. 1 StGB bereits alles mit einer Eingangsstrafverurteilung von einem Jahr oder mehr als Verbrechen definiert, wäre die zumindest für den laienhaften Leser eher missverständliche Formulierung der Schwere der Schuld wahrscheinlich besser weggelassen.

2. Klarstellung durch das BVerfG

Dem Ansatz § 153a StPO gleich "ein bisschen Schuld" bewusst - es ist ja für Folgeentscheidungen aller Art auch verlockend, sich auf den § 153a StPO zu stützen - stellte das BVerfG mit seiner Entscheidung aus 1991¹ mit großer Keule klar, dass das so nicht geht:

"Auf der Grundlage [der Einstellung nach § 153a StPO] kann nicht einmal davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die ihm vorgeworfenen Straftaten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verübt hat. Mit einer Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO wird keine Entscheidung darüber getroffen, ob der Beschuldigte die ihm durch die Anklage vorgeworfene Tat begangen hat oder nicht. Eine Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO setzt keinen Nachweis der Tat des Angeklagten voraus. Dies entspricht auch dem Gebot der Unschuldsvermutung. Dabei handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG um eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips [...]. Die Unschuldsvermutung verlangt, dass dem Täter in einem justizförmig geordneten Verfahren, das eine wirksame Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten gewährleistet, Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen [...]. Bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet [...]. Damit ist davon auszugehen, dass allein aus einem Einstellungsbeschluss nach § 153a Abs. 2 StPO und auch einer dabei abgegebenen Zustimmungserklärung des Beschuldigten nicht geschlossen werden darf, die dem Beschuldigten in der Anklageschrift zur Last gelegte Tat sei ihm in tatbestandlicher Hinsicht nachgewiesen."

Diese Entscheidung ist zwar schon 25 Jahre alt, aber immer noch der uneingeschränkte Maßstab der Rechtsanwendung und der Lesart des § 153a StPO.

3. Kritik an vorliegender Entscheidung

Zwar geht der VGH vorliegend auf das Prinzip der Unschuldsvermutung ein und ignoriert natürlich auch die ihm bekannte BVerfG-Entscheidung nicht, zitiert sie sogar. Bedrohlich weit wird nach Anführung der richtigen Grundsätze jedoch ausdrücklich betont, dass "die Anwendung des § 153a StPO gegenüber einem möglicherweise Unschuldigen untersagt" ist. Zwar findet sich diese Aussage auch in der Literatur wieder, bezeichnender Weise hält sich die Rechtsprechung mit einer solchen Aussage bisher – soweit erkennbar – strikt zurück. Denn: wenn jemand nicht möglicherweise unschuldig ist, dann ist er den zwingenden denklogischen Grundsätzen nach eben schuldig. Eine solche Aussage ist allen vor- und

¹ BVerfG NJW 1991, 1530.

nachgelagerten relativierenden Auseinandersetzungen in den Urteilsgründen mit dem Rechtsstaatsprinzip der Unschuldsvermutung und der klaren Aussage des BVerfG m.E. nicht mehr vereinbar und gießt Öl ins Feuer der verwaltungsrechtlichen und sonstigen Entscheidungen sowie landläufigen Meinungen, die ganz selbstverständlich den § 153a StPO mit zumindest ein "bisschen schuldig" gleichsetzen.

Dies ist jedoch rechtlich und auch tatsächlich schlicht in vielen Fällen nicht zutreffend. § 153a StPO ist ein Mittel der Verfahrensökonomie - auf Seiten der Verteidigung wie auch der Ermittlungsbehörden - und eben keine Vorverurteilung. Die Anwendung des § 153a StPO ist auch keine "unrechtmäßige Mauschelei". Indes führt oftmals eine Auflagenzahlung zu mehr Gerechtigkeit als ein Freispruch mangels Beweisen nach zäher Hauptverhandlung. Aber auch für einen objektiv und absolut Unschuldigen kann die Zahlung einer Auflage trotz Rechtsanspruch auf Freispruch mehr Lebensqualität einbringen, als zusammen mit seinem teuren Starverteidiger Tage und Wochen auf der Anklagebank zu sitzen.

Hieran darf nicht leichtfertig gerüttelt werden und die Verwaltungsgerichte, die regelmäßig mit solchen Konstellationen zu tun haben, täten gut daran, nicht einen solchen Anschein zu erwecken.²

² Vorbildlich insofern zB VG Hannover (5 A 3398/13), NZS 2014, 879 (Volltext BeckRS 2014, 56900).

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozess- und Ordnungswidrigkeitenrecht

1. Beschlagnahme persönlicher Aufzeichnungen - § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO

Die Staatsanwaltschaft darf auch persönliche Aufzeichnungen, durch die ein Beschuldigter mit seinen engsten Angehörigen kommuniziert, sicherstellen und auswerten. Beschlagnahmefrei sind solche Mitteilungen nur dann, wenn sie sich im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden. Bei Mitgewahrsam auch des Tatverdächtigen besteht kein Beschlagnahmeverbot.

LG Saarbrücken, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 Qs 16/16, n.v.

In der entschiedenen Sache hatte die Staatsanwaltschaft bei Durchsuchungsmaßnahmen einen Schreibblock sichergestellt, mit dem der krankheitsbedingt sprachunfähige Beschuldigte Informationen an seine Umgebung weitergab. Anders als das AG sah das LG in der Durchsicht und Auswertung keinen Eingriff in die Intimsphäre, da keine Zurechnung zum absolut geschützten Kernbereich persönlicher Lebensführung anzunehmen sei: Der Beschuldigte habe den Block für die alltägliche Kommunikation genutzt, weshalb man einen Geheimhaltungswillen ausschließen könne.

2. Überschuldung und Fluchtgefahr - § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Eine bestehende Überschuldung bzw. finanzielle Probleme begründen für sich genommen keine Fluchtgefahr.

OLG München, Beschluss vom 20.05.2016 – 1 Ws 369/16, StraFo 2016, 291

Zu der Entscheidung s. zust. Güttner, FD-StrafR 2016, 379659.

3. Pflichtverteidigung bei Bilanzdelikten - § 140 Abs. 2 StPO, §§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Strafbarkeit wegen Bankrotts nach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB bzw. wegen Verletzung der Buchführungspflicht gem. § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB entfällt grundsätzlich bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit der Bilanzerstellung. Die Rechtslage im Einzelnen ist jedoch ungeklärt.

Werden entsprechende Vorwürfe erhoben, ist wegen der schwierigen Rechtslage regelmäßig die Bestellung eines Pflichtverteidigers geboten.

KG, Beschl. v. 9.02.2016 - (4) 121 Ss 231/15 (5/16), ZInsO 2016, 1527 = ZWH 2016, 235. S. zu der Entscheidung krit. Brand, ZWH 2016, 236. Vgl. ferner zur Frage der Anwendung der *omissio libera in causa* auf derartige Konstellationen (jeweils bejahend) Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, 10.Aufl. 2016, Rn. 86 und Püschel in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, Anwalt-Kommentar-StGB, 2. Aufl. 2015, § 283 Rn. 20, 27.

4. Strafklageverbrauch bei Insolvenzverschleppung - § 264 StPO

Fasst der durch Strafbefehl wegen Insolvenzverschleppung rechtskräftig verurteilte Täter einen neuen von dem ersten qualitativ verschiedenen Tatentschluss, ist eine zweite Verurteilung ohne Verstoß gegen das Schuldprinzip möglich.

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 30.06.2015 - 2 Ss 106/15, ZInsO 2016, 1468.

Zu der Entscheidung s. Floeth, EWIR 2016, 349 und Lilie-Hutz, FD-StrafR 2016, 375751. A.A. indes OLG München, Beschluss vom 14.06.2012 - 3 Ws 493/12, ZInsO 2013, 736 mit abl. Anm. Weyand, ZInsO 2013, 737. S. hierzu gleichfalls abl. Ebner, NZWiSt 2013, 356 sowie Kring, wiStra 2013, 357; zust. jedoch Fingerle, ZWH 2013, 295 sowie Grosse-Wilde, wiStra 2014, 130.

5. Nachweis der Erbenstellung im Adhäsionsverfahren - § 403 StPO

Im Adhäsionsverfahren (§ 403 StPO) ist zum Nachweis der Erbfolge die Vorlage des Erbscheins regelmäßig erforderlich.

BGH, Urteil vom 17.02.2016 - 2 StR 328/15, ZInsO 2016, 1583

Zu der Entscheidung und allg. zum Nachweis der Erbenstellung im Nachlassinsolvenzverfahren vgl. Greiner, ZInsO 2016, 1570. Umfassend zur Bedeutung und zu Anwendungsmöglichkeiten des Adhäsionsverfahrens im Zusammenhang mit Insolvenzen s. Weyand, ZInsO 2013, 865.

6. Durchsetzung von Geldbußen während des laufenden Insolvenzverfahrens – § 98 OWiG

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht für sich genommen der Anordnung der Erzwingungshaft gem. § 96 OWiG gegenüber dem Schuldner nicht entgegen.

Bestehende Zahlungsunfähigkeit lässt nicht den zwingenden Schluss zu, dass ein Insolvenzschuldner eine Geldbuße im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht leisten kann. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist im Ordnungswidrigkeitenrecht deutlich enger auszulegen.

LG Potsdam, Beschluss vom 12.01.2016 - 24 Qs 52/15, ZInsO 2016, 1113 m. krit. Anm. Pauka, NZI 2016, 652; s. zu der Entscheidung auch Lampe, jurisPR-StrafR 10/2016 Anm. 4.

II. Materielles Strafrecht

1. Betrug durch Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht durch Verschweigen vergütungsrelevanter Umstände - § 263 StGB

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat gegenüber dem Insolvenzgericht vollständige und zutreffende Angaben über die für die festzusetzende Vergütung relevanten Umstände zu machen. Hierzu zählen die Darlegung der für zuschlagsberechtigt gehaltenen Tätigkeiten sowie für den Fall einer Beauftragung von Dritten eventuell aus der Insolvenzmasse geleistete Zahlungen.

Verschweigt der Verwalter zu Lasten der Masse erfolgte Delegationen oder stellt diese unzutreffend dar, um Ab- oder Zuschläge zu beeinflussen, erfüllt dies den Tatbestand des Betruges.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 25.04.2016 - 1 Ws 508/15, ZInsO 2016, m. Anm. Weyand

Die unendliche Geschichte um die schon im Jahre 2007 insolvent gewordene Wiesmoorer Unternehmensgruppe Bohlen & Doyen geht weiter. Mit dem Beschluss vom 25.04.2016 hat das OLG Oldenburg die Nichteröffnungsentscheidung des LG Aurich (Beschluss vom 27.07.2015 - 15 KLS 1000 Js 17239/10 (3/14), ZInsO 2015, 1809 m. Anm. Weyand, ZInsO 2015, 1843) aufgehoben. Zur vergütungsrechtlichen Seite vgl. LG Aurich, Beschluss vom 29. 10. 2013 - 4 T 206/10, ZInsO 2013, 2388 m. Anm. Haarmeyer. Der Versuch, auch den für Vergütungssachen zuständigen Insolvenzrechtspfleger wegen Untreue bzw. Rechtsbeugung zur Rechnung zur ziehen, ist bereits 2013 gescheitert (LG Aurich, Beschluss vom 13.05.2013 - 15 KLS 1000 Js 55939/12 (2/13), ZInsO 2014, 343 m. Anm. Weyand).

2. Bankrott und Firmenbestattung - § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB

Wird im Rahmen einer geplanten „Firmenbestattung“ ein neuer Geschäftsführer bestellt, ist dieser jedenfalls dann tauglicher Täter eines Bankrottdelikttes, wenn er als Vertretungsberechtigter der Gesellschaft auftritt, und die Geschicke der Gesellschaft faktisch leitet.

Handlungen, die aufgrund eines gemeinsamen Tatplans arbeitsteilig vorgenommen werden, sind den Beteiligten wechselseitig gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

Derjenige macht sich wegen Beihilfe zum Bankrott (§§ 283 Abs. 1 Nr. 8, 27 StGB) strafbar, wer als „Firmenbestatter“ die Organisation der angebotenen „Firmenbestattung“ übernimmt, sowie die hierfür erforderlichen Strukturen und Mitarbeiter stellt. Dieser Grundsatz gilt auch für denjenigen, der in Kenntnis der geplanten „Firmenbestattung“ die Übertragung der Gesellschaftsanteile ermöglicht.

LG Saarbrücken, Urteil vom 26.06.2015 - 2 KLS 23/14, ZInsO 2016, 1115

3. Schuldnerbegünstigung durch einen mit der Schuldenregulierung beauftragten Rechtsanwalt - §§ 283 Abs. 1, 283d StGB

Verheimlichen i.S.d. § 283 Abs. 1 StGB ist jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger entzogen wird.

Vollendet ist das Verheimlichen erst durch Eintritt eines zumindest vorübergehenden Täuschungserfolgs; das auf die Verheimlichung gerichtete Verhalten allein genügt nicht.

Ein Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn ein zum Vermögen des Schuldners gehörender Vermögensgegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzogen oder der Zugriff zumindest wesentlich erschwert wird. Fließt ein zunächst entnommener Geldbetrag an den Schuldner zurück, ist dessen Vermögen nicht zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger verringert worden.

BGH, Beschluss vom 12.05.2016 - 1 StR 114/16, ZInsO 2016, 1436

4. Strafbarkeit wegen Bankrotts nach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB bzw. wegen Verletzung der Buchführungspflicht gem. § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB

S. hierzu die oben unter I.3. wiedergegebene Entscheidung des KG

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Rückwirkende Anwendung der Inhabilitätsregelung - § 76 Abs. 3 AktG, § 6 Abs. 2 GmbHG

Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, dass die Sanktionsfolge des § 76 Abs. 3 AktG auch für vor Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 begangene zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Katalogtaten gilt.

OLG München, Beschluss vom 26.04.2016 – 31 Wx 117/16, ZInsO 2016, 1168

2. Haftung des faktischen Geschäftsführers für missbräuchliche Verwendung betrieblicher Einnahmen - § 266 StGB, § 43 Abs. 2 GmbHG

Für die Beurteilung der Frage, ob jemand faktisch wie ein Organmitglied gehandelt und als Konsequenz seines Verhaltens sich wie ein nach dem Gesetz bestelltes Organmitglied zu verantworten hat, kommt es auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an. Danach ist es nicht erforderlich, dass der Handelnde die gesetzliche Geschäftsführung völlig verdrängt.

Entscheidend ist, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft - über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat. Auch ein mit der Insolvenzschuldnerin über einen Arbeitsvertrag verbundener Mitarbeiter agiert als ein faktischer Geschäftsführer wenn er z.B. Einstellungsgespräche selbstständig führt oder ein betriebsfremdes Konto einrichtet, auf das er Einnahmen der Insolvenzschuldnerin einzahlt und über das nur er selbst und der nicht bestellte Geschäftsführer verfügen darf.

Stellt der eigentliche Kontoinhaber sein Konto einem Dritten zur Verfügung, auf das der faktische Geschäftsführer treuwidrig Beträge, die der Insolvenzschuldnerin zustanden, einzahlt, erlangt die wahre Kontoinhaberin einen rechtsgrundlosen Auszahlungsanspruch gegen die Bank.

LG Hannover, Urteil vom 08.02.2016 - 1 O 169/13, ZInsO 2016, 806

S. zu der Entscheidung die Anm. von Wilhelm V, ZInsO 2016, 809; vgl. weiter Wozniak, jurisPR-InsR 11/2016 Anm. 2.

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit und Insolvenzverfahren - § 35 GewO

§ 12 Satz 1 GewO schließt eine Gewerbeuntersagung nur in dem Zeitraum zwischen etwaigen vorläufigen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO und der Erfüllung eines Insolvenzplans aus.

Angesichts des ordnungsrechtlichen Charakters des Gewerbeuntersagungsverfahrens kommt es auf das Verschulden für aufgelaufene Steuerrückstände grundsätzlich nicht an.

Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs wird von einem Gewerbetreibenden erwartet, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt.

BayVGH, Beschluss vom 25.05.2016 - 22 ZB 16.837, ZInsO 2016, 1466

2. Gewerbeuntersagung bei mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit - § 35 GewO

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.

Tatsächliche Anhaltspunkte für eine solche Unzuverlässigkeit bestehen insbesondere im Fall der Begehung gewerbebezogener Straftaten und/oder Ordnungswidrigkeiten, wobei bereits ein einmaliger gewerbebezogener Verstoß gegen Strafgesetze die Unzuverlässigkeit indizieren kann.

Als unzuverlässigkeitsbegründende Tatsache kommt auch die (Fort-)Führung eines Gewerbebetriebs trotz mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Gewerbetreibenden in Betracht.

Eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ergibt sich überdies, wenn die gewerbliche Betätigung im Rahmen von Strohmann-Verhältnissen erfolgt.

VG Arnsberg, Beschluss vom 04.05.2016 - 1 L 1671/15, ZInsO 2016, 1165

3. Widerruf einer Gaststättenerlaubnis bei strafrechtlicher Vorverurteilung - §§ 15, 31 GastG

Eine gaststättenrechtliche Unzuverlässigkeit kann sich aus strafgerichtlichen Verurteilungen insbesondere dann ergeben, wenn die Straftat von einigem Gewicht ist und die Tathandlung einen Gewerbebezug aufweist. Sowohl eine einzelne Straftat ist dabei ausreichend, wenn sie schwerwiegend ist, als auch eine Häufung kleinerer Verstöße.

Dies gilt auch, wenn die Sanktion im Strafverfahren zur Bewährung ausgesetzt wird. Die Prüfung der Sozialprognose unterliegt anderen Prüfungsmaßstäben als die Prognose im Rahmen der gewerberechlichen Zuverlässigkeitsprüfung.

VG Augsburg, Urteil vom 25.02.2016 - AU 5 K 15.507, BeckRS 2016, 46128

Internationales

Italien

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

Italienisches Steuerstrafrecht - Befristete Möglichkeit zur strafbefreienden Nacherklärung in Italien durch Neueröffnung der „collaborazione volontaria“ („Voluntary Disclosure“) mit Gesetzesdekret Nr. 193 vom 22.10.2016

I. Allgemeines

Durch Art. 7 („Riapertura dei termini della procedura di collaborazione volontaria e norme collegate“) des mit dem Haushaltsgesetz 2017 verbundenen Gesetzesdekrets (decreto-legge; „dl“) 193/2016¹ hat die italienische Regierung die bereits 2015/2016 zeitweise bestehende Möglichkeit zur strafbefreienden Nacherklärung („collaborazione volontaria“, d.h. freiwillige Zusammenarbeit, umgangssprachlich „Voluntary Disclosure“ oder „VD“) wieder eröffnet. Dies erfolgte, indem durch das eingangs genannte Gesetzesdekret ein (mehreseitiger) Art. 5-octies in das Gesetzesdekret Nr. 167 vom 28.6.1990 – in Gesetz umgewandelt durch das Gesetz Nr. 227 vom 4.8.1990 – eingefügt wurde. Art. 5-octies ergänzt und modifiziert dort die gewissermaßen reaktivierten Normen der vorherigen Selbstanzeigeordnung von 2014 in Gestalt der Art. 5-quater – 5-septies² des dl 167/1990.³

Dem Grunde nach richtet sich die neue selbstanzeigeartige Regelung somit im Wesentlichen nach den Art. 5-quater bis 5-septies dl 167/1990 (unten II.), d.h. der zwischenzeitlich als solchen nicht mehr anwendbaren Vorgängerregelung (hier: „Voluntary Disclosure“ bzw. „VD“ 2014), die durch Art. 1 des Gesetzes Nr. 186 vom 15. Dezember 2014 eingefügt und später modifiziert und in ihrem zeitlichen Anwendungsbereich ausgedehnt worden war. Die

¹ Abrufbar unter: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/10/24/16G00209/sg>.

² Die Art. 5-quater – 5-septies wurden seinerzeit im Rahmen der Gesetzgebung zur VD 2014 durch Art. 1 Abs. 1 und 2 des Gesetzes Nr. 186 vom 15. Dezember 2014 in das Gesetzesdekret Nr. 167/1990 eingefügt.

³ Neue Fassung des dl 167/1990 abrufbar unter: [http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Richiedere/Collaborazione+volontaria+\(voluntary+disclosure\)/Normativa+Prassi+Collaborazione+volontaria/decreto+legge+167/Decreto-legge+del+28_06_1990+n.+167+++.pdf](http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Richiedere/Collaborazione+volontaria+(voluntary+disclosure)/Normativa+Prassi+Collaborazione+volontaria/decreto+legge+167/Decreto-legge+del+28_06_1990+n.+167+++.pdf) f.; soweit in der Folge das dl 167/1990 zitiert ist, wird von der Wiedergabe von Nr. und Jahrgang abgesehen u. lediglich der Art. bezeichnet.

neuen Regelungen zur VD 2016 (unten III.) gehen soweit abweichend oder darüber hinausgehend vor.

II. Kernregelungsgehalt gemäß den Vorschriften zur VD 2014

Vor diesem Hintergrund ist zunächst der im Rahmen der VD 2016 erneut geltende Kernregelungsgehalt dieser Vorschriften zur VD 2014 kurz darzustellen:

Art. 5-quater Abs. 1 dl 167/1990 enthält die Regelung, dass derjenige, der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (s.u.) seine steuerlichen Erklärungspflichten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 des dl 167/1990 verletzt hat, sich des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit bedienen kann, um die Verhängung minimierter Sanktionen für eventuelle Verletzungen von Erklärungspflichten und die Festsetzung abschließend aufgeführter verkürzter Steuern (insbesondere Ertragsteuern (Einkommensteuer und das italienische Äquivalent der Körperschaftsteuer), diese Steuern ergänzende und substituierende Steuern, regionale Produktionssteuern sowie die Mehrwertsteuer) zu erreichen. Gemäß Art. 5-quinquies kann er zugleich für bestimmte Katalogstraftaten bezüglich der erklärungsgegenständlichen Steuern strafbefreiende Wirkung erlangen.

Hierzu ist bei der Finanzverwaltung ein entsprechender formularmäßiger Antrag⁴ zu stellen, der – zusammenfassend und vereinfachend ausgedrückt – alle für die korrekte (Mehr-)Steuerfestsetzung, die Strafsteuer und die Zinsen erforderlichen steuerlich relevanten Angaben (näher definiert in Art. 5-quater Abs. 1 Buchst. a)) enthält und dem darüber hinaus die für die korrekte Festsetzung notwendigen Dokumente und Informationen beigelegt sind. Dem Antrag müssen die (unversteuerten bzw. nicht korrekt versteuerten) finanziellen Aktivitäten und Investitionen zu entnehmen sein, d.h. vergleichbar zu § 370 Abs. 1 AO ist eine (gegebenenfalls komplexe) Sachverhaltsschilderung bezüglich der steuerlich relevanten Tatsachen erforderlich. Ausgangspunkt wird allerdings voraussichtlich wieder – wie bei der VD 2014 – ein Formular der italienischen Finanzverwaltung sein.⁵ Wie seinerzeit ist ergänzend jedoch ein erläuternder Bericht des Steuerpflichtigen bzw. seines Beraters vorgesehen.⁶ Die für die korrekte Besteuerung erforderlichen Sachverhaltsangaben müssen für alle Besteuerungszeiträume gemacht werden, die zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht der Festsetzungsverjährung unterliegen (heute an sich: 2011-2015).

Das Verfahren der freiwilligen Zusammenarbeit ist unzulässig (und im Ergebnis unwirksam), wenn der Antrag hierauf gestellt wurde, nachdem derjenige, der steuerlichen Erklärungspflichten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 verletzt hat, formale Kenntnis von – im Gesetz näher definierten und abschließend aufgeführten – steuerlichen Prüfungen bzw. Verfahren der Finanzverwaltung oder von Strafverfahren bezüglich der Verletzung von steuerlichen Normen hat, soweit diese Prüfungen bzw. Verfahren den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit betreffen (Art. 5-quater Abs. 2 S. 1). Die vorgenannten Sperrgründe greifen auch ein, wenn eine formale Kenntnis von den Sperrgründen bei solchen Personen besteht, die in einer entsprechenden steuerlichen Pflichtenstellung sind oder bei solchen Personen, die an den Steuerstraftaten in strafbarer Weise beteiligt sind (S. 2). Der Antrag auf freiwillige Zusammenarbeit ist unwiderruflich und kann nicht mehr als einmal gestellt werden, auch nicht indirekt oder mittelbar unter Zwischenschaltung einer anderen Person (S. 3).

Die freiwillige Zusammenarbeit gem. VD 2014 wurde gemäß Art. 5-quater Abs. 1 Buchst. b) mit der (fristgerechten) Überweisung der von der Finanzverwaltung gemäß Art. 5 Abs. 1 Le-

⁴ Das Formular für die VD 2016 existiert derzeit (31. Oktober 2016) noch nicht. Außer der zusätzlichen Besteuerungszeiträume ist nicht mit einem wesentlichen Abweichen von dem Formular für die VD 2014 zu rechnen.

⁵ http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Richiedere/Collaborazione+volontaria+%28voluntary+disclosure%29/Modello+Collaborazione+volontaria/Collaborazione+volontaria+modello/VD_modello_+Allegato+1.pdf; nach Angaben der italienischen Finanzverwaltung kann ab dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften (25. Oktober 2016) bis auf weiteres das Formular zur VD 2014 auch für die VDI 2016 benutzt werden, vgl. <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Richiedere/Collaborazione+volontaria+%28voluntary+disclosure%29/> und http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Agenzia/Agenzia+comunica/Comunicati+Stampa/Tutti+i+comunicati+del+2016/CS+Ottobre+2016/cs+25102016+disclosure/204_Com.+st.+Riapertura+Voluntary+25.10.2016.pdf.

⁶ http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Agenzia/Agenzia+comunica/Comunicati+Stampa/Tutti+i+comunicati+del+2016/CS+Ottobre+2016/cs+25102016+disclosure/204_Com.+st.+Riapertura+Voluntary+25.10.2016.pdf.

gislativdekret Nr. 218 vom 19. Juni 1997 auf der Basis der Nacherklärung ausgesprochenen Steuernachforderung (zuzüglich Strafsteuer und Zinsen) durch den Steuerpflichtigen abgeschlossen. Hierzu enthält die VD 2016 jedoch abweichende Regelungen. Der Steuerpflichtige ist nach der VD 2016 zur freiwilligen fristgerechten Zahlung des eigenständig zu errechnenden Zahlbetrags aufgerufen, wenn er in den Genuss der Rechtsvorteile kommen will (siehe unten). Hierin wird in der Presse – verglichen mit der VD 2014 – ein erhebliches Erschwernis der VD 2016 zulasten des Steuerpflichtigen gesehen, da naturgemäß die notwendigerweise der Berechnung und Zahlung zu Grunde liegenden steuerrechtlichen Bewertungen durchaus opinabel sind und fehleranfällig sein können. Besonders deutlich wird dies im Vergleich zur Regelung des § 371 AO, die weder eine rechtlich und rechnerisch korrekte Berechnung der Mehrsteuern noch gar der steuerlichen Nebenleistungen voraussetzt, sondern einen vollständigen und zutreffenden Tatsachenvortrag genügen lässt. Den vollständigen und zutreffenden Tatsachenvortrag bezüglich aller relevanten Besteuerungszeiträume und Steuerarten muss derjenige, der von der Rechtswohlthat der VD 2016 profitieren will, überdies leisten.

Innerhalb von 30 Tagen nach Ausführung der o.g. Überweisungen gemäß Art. 5-quater Abs. 1 Buchst. b) teilt die Finanzverwaltung den zuständigen Strafverfolgungsbehörden die Beendigung des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit zum Zwecke der Straffreistellung des Verhaltens im Rahmen der Reichweite des Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. a) und b) mit.

Nach Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. a) ist zu Gunsten desjenigen, der die freiwillige Zusammenarbeit im Sinne des Art. 5-quater geleistet hat, die Strafbarkeit nach den Artikeln 2, 3, 4, 5, 10-bis und 10-ter des italienische Strafgesetzes (decreto legislativo, „d.lgs.“, d.h. Legislativdekret Nr. 74 vom 10. März 2000, in der aktuellen Fassung) ausgeschlossen bzw. nachträglich aufgehoben. Damit sind in die Strafbefreiungswirkung der freiwilligen Zusammenarbeit (VD 2016) sowohl die Vorschriften der italienischen Steuerhinterziehung durch aktives Tun bzw. Unterlassen (Art. 4 und Art. 5) sowie die strenger bestraften Steuerbetrugsdelikte (Art. 2 und Art. 3) einbezogen. Hinsichtlich der Art. 2 und 3 geht die strafbefreiende Wirkung der freiwilligen Zusammenarbeit über die Möglichkeit der Regularisierung („ravvedimento operoso“) in den ständig geltenden Steuerverfahrensvorschriften hinaus, die allenfalls eine Strafbefreiung bezüglich der Art. 4 und 5 ermöglicht. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass weitere nicht genannte steuerstrafrechtliche Tatbestände, insbesondere das Ausstellen falscher Rechnungen zum Zweck der Steuerhinterziehung Dritter (Art. 8 d.lgs. 74/2000), die Verdeckung und Zerstörung von Buchhaltungsunterlagen (Art. 10 d.lgs. 74/2000) und einige weitere steuerliche Sondertatbestände nicht von der Strafbefreiungswirkung der freiwilligen Zusammenarbeit erfasst werden. Grundsätzlich zudem – und ohne dass dies näherer Erwähnung im Gesetz bedürfte – bleiben alle allgemeinen Straftatbestände (man denke z.B. an die Urkundenfälschung) trotz der freiwilligen Zusammenarbeit anwendbar. Strafbefreiungswirkung hat der Gesetzgeber der VD nur für folgende Straftatbestände zuerkannt: Gemäß Buchst. b) ist für den Fall der freiwilligen Zusammenarbeit die Strafbarkeit nach Art. 648-bis („riciclaggio“; Geldwäsche) und 648-ter („Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita“; Verwendung von Geld oder geldwerten Gütern aus Straftaten) des italienischen Strafgesetzbuchs (Codice Penale, abgekürzt „CP“⁷) ausgeschlossen, soweit sich diese Straftaten auf Vortaten im Sinne der oben aufgeführten legalisierungsfähigen Steuerstraftatbestände beziehen. Dies kann unter dem normalerweise geltenden Rechtsregime durch steuerliche Korrekturerklärungen („ravvedimento operoso“) nicht erreicht werden. Die Strafbarkeit nach den Straftatbeständen unter Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. a) und b) ist allerdings nur bezüglich desjenigen grundsätzlich strafbaren Verhaltens ausgeschlossen, welches die Steuern der konkret durchgeführten freiwilligen Zusammenarbeit betrifft (Art. 5-quinquies Abs. 2). Gemäß Art. 5-quinquies Abs. 3 ist auch die Strafbarkeit nach Art. 648-ter 1 CP („autorriciclaggio“; Selbstgeldwäsche) im Hinblick auf diejenigen ursprünglich strafbaren Aktivitäten ausgeschlossen, die Gegenstand der freiwilligen Zusammenarbeit sind, soweit sie sich auf die oben näher bezeichneten Steuerstraftaten beziehen und bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Geltungsfrist des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit begangen werden. Die Vorschriften des italienischen Geldwäschepräventionsrechts (Legislativdekret Nr. 231 vom 21. November 2007⁸) bleiben hingegen im Wesentli-

⁷ Abrufbar hier: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>.

⁸ D.lgs. 231/2007 abrufbar hier: <http://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDeTail.do?ACTION=getSommaro&id={C34AE818-6744-412E-83D3-F5BA751A4010}>.

chen anwendbar und werden durch die Regelungen der freiwilligen Zusammenarbeit nicht abgedungen (Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. b-bis)).

Art. 5-quinquies Abs. 4, 5, 6 und 7 regeln ergänzend die im Falle der freiwilligen Zusammenarbeit anwendbaren steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen (Strafsteuer, vgl. Art. 5 Abs. 2) auch unter Verweis auf andere steuerverfahrensrechtliche Gesetze. Diese Regelungen können hier im Einzelnen nicht dargestellt werden. Im Verhältnis zu den normalerweise geltenden Regelungen sind die steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen im Falle der freiwilligen Zusammenarbeit weitestgehend optimiert. Die Strafsteuern sind nach den vorgenannten Vorschriften im bestmöglichen Fall auf 1/8 des Minimums der Strafsteuern (d.h. 1/8 von 90 % der nacherklärten verkürzten Steuern, d.h. 11,25 %) reduziert.

Wichtig ist der ergänzende Hinweis, dass bezüglich der Nacherklärung im Rahmen der freiwilligen Zusammenarbeit gemäß Art. 5-septies Abs. 1 auch aus strafrechtlichen Gründen höchste Sorgfalt und Genauigkeit geboten ist. Nach dieser Vorschrift wird derjenige, der seine Erklärungspflicht ursprünglich verletzt hat und im Rahmen des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit mindestens bedingt vorsätzlich ganz oder teilweise falsche Unterlagen oder Dokumente den zuständigen Behörden zugänglich macht oder diesen im Rahmen des Verfahrens nicht zutreffende Daten und Nachrichten übermittelt, mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und 6 Monaten bis zu 6 Jahren bestraft. Im Hinblick hierauf ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass bei Kenntnis von der Unrichtigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen (Einheitstäterschaft des it. Strafrechts, s. Art. 110 CP) eine Mittäterschaft von steuerlichen oder rechtlichen Beratern oder (bei Unternehmen) z.B. von Mitarbeitern von einschlägigen Fachabteilungen in Betracht kommen kann.

III. Ergänzende bzw. modifizierende Regelungen speziell zur VD 2016

Die nunmehr ergänzte Vorschrift des Art. 5-octies zur VD 2016 regelt zunächst – naturgemäß von der Vorgängerregelung abweichend – den zeitlichen Anwendungsbereich der neuen VD 2016. Dieser beginnt mit dem Inkrafttreten der Regelung (der Veröffentlichung im Gesetzesblatt, der gazzetta ufficiale vom 24. Oktober 2016 bzw. am Folgetag⁹) und endet am 31. Juli 2017. Letzteres ist so zu verstehen, dass die ursprüngliche Nacherklärung mit dem oben beschriebenen Antrag und Anlagen bis zum Ablauf dieses Tages abgegeben werden muss, um die strafbefreiende Wirkung und die sonstigen Rechtswohlthaten zu erlangen. Der Antrag muss zudem entsprechend den (formalen und inhaltlichen) Vorgaben des Direktors der Agenzia dell'Entrate abgefasst sein, d.h. z. B. grds. und jedenfalls im Ausgangspunkt formularmäßig.¹⁰ Vervollständigungen der Nacherklärung, ergänzende Informationen und die Dokumentation – wie sie in Art. 5-quater vorgesehen ist – können bis zum 30. September 2017 eingereicht werden.

Die Zahlung der eigenständig zu errechnenden geschuldeten Summe (nicht nur die Mehrsteuer, sondern z.B. Zinsen und Strafsteuer) ist grundsätzlich freiwillig in einem einzigen Zahlungsvorgang zwingend bis zum Ablauf des 30. September 2017 zu bewirken (Art. 5-octies Abs. Buchst. e) S. 1). Im Falle der ebenfalls zulässigen Ratenzahlung – max. 3 monatliche Raten in gleicher Höhe – muss zumindest die erste Rate vor Ablauf des 30. September 2017 gezahlt werden (Art. 5-octies Abs. Buchst. e) S. 2). Für den Fall dass bis zum 30. September 2017 keine freiwillige Zahlung oder keine vollständige freiwillige erfolgt, beschreibt Art. 5-octies Abs. Buchst. f) das durch die italienischen Finanzverwaltung bis zum 31. Dezember 2018 durchzuführende Verfahren. Von der näheren Darstellung wird hier abgesehen. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Finanzbehörden den seitens des Steuerpflichtigen errechneten und gezahlten Betrag (Steuerschuld, Nebenleistungen, Strafsteuer) natürlich überprüfen dürfen. Die Zahlung hat nicht etwa die konstitutive Wirkung einer Tilgung auch

⁹ Die italienische Finanzverwaltung geht ausweislich ihrer Pressemitteilung offenbar von einer Anwendbarkeit ab dem 25. Oktober aus, vgl. http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Agenzia/Agenzia+comunica/Comunicati+Stampa/Tutti+i+comunicati+del+2016/CS+Ottobre+2016/cs+25102016+disclosure/204_Com.+st.+Riapertura+Voluntary+25.10.2016.pdf.

¹⁰ Das entsprechende Formular für die VD 2016 wird offenbar noch erstellt; b.a.w. kann laut der it. Finanzverwaltung das Formular der VD 2014 verwandt werden; die Finanzverwaltung ist gehalten, innerhalb von 30 Tagen für die Umsetzung zu sorgen, vgl. http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Agenzia/Agenzia+comunica/Comunicati+Stampa/Tutti+i+comunicati+del+2016/CS+Ottobre+2016/cs+25102016+disclosure/204_Com.+st.+Riapertura+Voluntary+25.10.2016.pdf.

bezüglich eines tatsächlich zu zahlenden, höheren Betrages bezüglich der betroffenen Besteuerungszeiträume und Steuerarten.¹¹

Eine fehlende rechtzeitige Zahlung des geschuldeten Betrags im Nachgang zu einer korrekten und rechtzeitigen Nacherklärung hat gemäß Art. 5-octies Abs. 1 Buchst. g) Nr. 1 auch negative Auswirkungen auf das Ausmaß der oben beschriebenen steuerverwaltungsrechtlichen Strafsteuerzahlung. Je nach den Umständen des Einzelfalles sind abweichend von Art. 5-quinquies Abs. 4 60 % (50 % in der VD 2014) oder auf 85 % der in Art. 5 Abs. 2 gesetzlich vorgeschriebenen Strafzahlungen zu leisten. Für den Fall, dass bis zum 30. September 2017 nicht vollständig gezahlt wird, sehen die nachfolgenden Art. 5-octies Abs. 1 Buchst. g) Nr. 2 und 3 ebenfalls negative Konsequenzen vor. Für Fehlbeträge von unter 10% (Einbehaltungs-/Abzugssteuern, insb. Lohnsteuer etc.) bzw. unter 30% (sonstige Steuern) der Gesamtsumme ist die Finanzverwaltung berechtigt, die Gesamtsumme um 3 % zu erhöhen. Sind die Fehlbeträge höher als 10 % bzw. 30 %, ist die Finanzverwaltung sogar zur Erhöhung des Gesamtbetrages um 10 % berechtigt. Bei freiwilligen Überzahlungen des Steuerpflichtigen innerhalb der Frist besteht ein Herausgabeanspruch oder Anrechnungsanspruch des Steuerpflichtigen (Art. 5-octies Abs. 1 Buchst. g) Nr. 4).

Die strafbefreiende Wirkung der VD 2016 erfasst bzgl. von Vortaten gem. Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. a) – den o.g. Steuerstraftaten – den Tatbestand der Selbstgeldwäsche („autoriciclaggio“) gem. Art. 648-ter 1 CP bis zum Zeitpunkt der einzigen oder ersten (bei Ratenzahlung) Zahlung des geschuldeten Betrags an die Finanzverwaltung, d.h. ggf. bis 30. September 2017. Anders als die Vorgängerregelungen („scudo fiscale“ etc.) aus den Jahren 2003, 2008 und 2009 lässt die VD 2016 keine Anonymität derjenigen (natürlichen und juristischen) Personen zu, die von ihr Gebrauch machen.¹² Sie sind vielmehr im Antragsformular zu benennen.¹³

Nur steuerliche Verstöße, die spätestens bis zum 30. September 2016 begangen wurden, können Gegenstand der Nacherklärung sein (Art. 5-octies a)). Sofern somit etwa für das Steuerjahr 2015 unrichtige Steuererklärungen nach diesem gesetzlich vorgesehenen Abgabetermin verspätet, aber nicht notwendigerweise in strafbarer Weise – d.h. ab dem 1. Oktober 2016 - abgegeben werden, möglicherweise auch, soweit bzgl. des Steuerjahres 2015 Steuerhinterziehungsdelikte erst durch ein Unterlassen (vgl. Art. 5 d.lgs. 74/2000) nach diesem Zeitpunkt begangen werden, kann wohl keine Strafbefreiung erlangt werden.

Die strafbefreiende Nacherklärung ist aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung keinen Personen zugänglich, die an der vorherigen VD 2014 teilgenommen haben. Die Nutzer der VD 2016 sollen zudem gegenüber denjenigen Personen, die bereits das Straffreiheitsangebot 2014 wahrgenommen haben, grds. nicht besser gestellt werden. Der Gesetzgeber hat deshalb vorgesehen, dass in der VD 2016 die Steuerjahre 2010-2015 zu korrigieren sind, nicht nur wie in der Vorgängerregelung – entsprechend den steuerverfahrensrechtlichen Verjährungsvorschriften – der unmittelbar vorhergehende Fünfjahreszeitraum (seinerzeit: 2010-2014). Steuerpflichtige, die über die VD 2014 eine Korrektur zu vergleichbar günstigen Bedingungen hätten vornehmen können und dies – möglicherweise hoffend auf eine nochmals verbesserte Amnestieregelung – unterlassen haben, sollen offenbar gehalten sein, nunmehr so weitgehend zu korrigieren, als hätten sie vorhergehende VD wahrgenommen. Die Festsetzungsverjährung soll den erforderlichen Korrekturzeitraum insoweit nicht zu ihren Gunsten beschränken. Unter bestimmten Voraussetzungen soll die Verdoppelung der steuerlichen Festsetzungsverjährungsfrist im Falle von Steuerstraftaten bei Nutzung der VD 2016 nicht eingreifen.¹⁴

Die neue Regelung enthält zudem eine zusätzliche Strafvorschrift, die dem Missbrauch der VD 2016 vorbeugen soll (Art. 5-octies Abs. 1 Buchst. h)). Danach ist derjenige strafbar, der

¹¹ *Capolupo*, Decreto fiscale, voluntary disclosure: riapertura con novità, IPSOA Quotidiano, 26.10.2016, S. 4 <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/accertamento/quotidiano/2016/10/26/decreto-fiscale-voluntary-disclosure-riapertura-con-novita?p=1>.

¹² *Capolupo*, Decreto fiscale, voluntary disclosure: riapertura con novità, IPSOA Quotidiano, 26.10.2016, S. 4 <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/accertamento/quotidiano/2016/10/26/decreto-fiscale-voluntary-disclosure-riapertura-con-novita?p=1>.

¹³ Ob insoweit vergleichbar den Anforderungen des § 371 AO Vollständigkeit zumindest im Hinblick auf Bevollmächtigung bzw. Anchlussklärungen nötig ist, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Normtext.

¹⁴ *Capolupo*, Decreto fiscale, voluntary disclosure: riapertura con novità, IPSOA Quotidiano, 26.10.2016, S. 3 <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/accertamento/quotidiano/2016/10/26/decreto-fiscale-voluntary-disclosure-riapertura-con-novita?p=1>.

sich in betrügerischer Weise des Verfahrens der freiwilligen Zusammenarbeit gemäß Art. 5-
quater ff. bedient, um auf diesem Wege finanzielle Aktivitäten, Vermögenswerte und Bar-
geld aus anderen Straftaten als denen des Art. 5-quinquies Abs. 1 Buchst. a) zu legalisieren.
Es ist auch hier – wie auch im Falle der oben bereits erwähnten und fortgeltenden Strafvor-
schrift, die Falschangaben unter Strafe stellt – eine Freiheitsstrafe von einem Jahr 6 Monaten
bis zu 6 Jahren vorgesehen. Im Fall des Art. 5-octies Abs. 1 Buchst. h) bleibt auch die Straf-
barkeit nach den oben genannten Geldwäschedelikten bestehen.

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA; RAA Mag.
Sandra Alton, alle Wien

Weisungen des Vorstands einer AG als Ausschluss des Befugnismissbrauchs des GmbH-Geschäftsführers?

Immer wieder berufen sich in Wirtschaftsstrafsachen GmbH-Geschäftsführer darauf, dass ih-
re Befugnis durch eine klare Weisung des Vorstands der Mutter-Gesellschaft erweitert wor-
den sei, sie daher die Befugnis nicht missbraucht hätten. Dazu führt der Oberste Gerichtshof
in 110s 52/15d wie folgt aus:

„Gesellschafter einer GmbH sind gegenüber deren Geschäftsführern weisungsbefugt (§ 20
Abs 1, auch § 25 Abs 5 GmbHG). Ist die einzige Gesellschafterin der GmbH eine AG (hier die
C****), wird deren Befugnis (zur Weisung oder Zustimmung) durch ihren Vorstand wahr-
genommen. Dessen Weisung könnte daher an sich einen Befugnismissbrauch (auf Ebene
der Tochtergesellschaft) ausschließen (*Fuchs*, Das Libro-Urteil des OGH: Analyse und Impli-
kationen, in *Lewisich* [Hrsg] Jahrbuch Wirtschaftsrecht 2014, 13; *McAllister*, Untreue bei ge-
sellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung im Konzern?, ÖJZ 2015, 730 [736]; *Kalss*,
Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro- Entscheidung, *ecolex* 2014, 496 [499]). Das
aber nur dann, wenn diese Weisung (oder Zustimmung) überhaupt rechtswirksam, also für
den Geschäftsführer der GmbH verbindlich ist. Bei Weisungen (Gesellschafterbeschlüssen),
die - etwa wegen Strafgesetzwidrigkeit - (absolut) nichtig (und nicht bloß im Sinn des § 41
GmbHG anfechtbar) sind, ist dies nicht der Fall (zum Ganzen *Enzinger in Straube* ua, GmbHG
§ 20 Rz 33 f sowie § 41 Rz 13 f und 25; *Reich-Rohrwig in Straube* ua, GmbHG § 25 Rz 191; *Kop-
pensteiner/Rüffler*, GmbHG § 20 Rz 9 und § 41 Rz 14 und 16; vgl auch 6 Ob 290/98k; 3 Ob
287/02f; [zur Wirkungslosigkeit einer Einwilligung mit Bezug auf § 169 StGB] 110s 114/95).“

Daraus folgt, dass eine Weisung der Organe der Muttergesellschaft für den GmbH-
Geschäftsführer nur dann strafbefreiend ist, wenn nicht die Weisung selbst zB einen Un-
treuevorwurf begründet. (*Kirchbacher* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in
Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

I. Der Sachverständige der Staatsanwaltschaft als „Zeuge der Anklage“?

Nur wenig hat in den letzten Jahren für mehr strafprozessuale Diskussionen gesorgt als die
Frage, ob der (von der Staatsanwaltschaft bestellte) Sachverständige des Ermittlungsverfah-
rens im gerichtlichen Hauptverfahren herangezogen werden darf. Trotz der mittlerweileigen
Änderung der Rechtslage im § 126 Abs 5 StPO präsentiert das Höchstgericht seine Sicht der
Dinge zum Rechtsstand davor in 11 Os 51/15g wie folgt:

„Die Betroffene hat sich während des Hauptverfahrens (erfolglos: ON 40, 43, 51, ON 59 S 5)
gegen die Bestellung (ON 40) und die Tätigkeit (ON 59 S 7 verso ff) des - bereits von der
Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beigezogenen (ON 1 S 3, ON 7; schriftliches
Gutachten ON 8) - Sachverständigen aus dem Fach der Neurologie und Psychiatrie durch

das Gericht gewandt und eine darin gelegene Verletzung der Waffengleichheit (Art 6 MRK) behauptet (ON 39, 42, 49, ON 59 S 3 verso).

Gegen die Abweisung ihres (vor Beginn der Vernehmung des Sachverständigen; vgl 15 Os 52114g [15 Os 53/14d]; 11 Os 5/15t) in der Hauptverhandlung gestellten Antrags (ON 59 S 3 verso f) richtet sich ihre Verfahrensrüge (Z 4).

Deren Erledigung ist vorzuschicken:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde der Betroffenen stellte der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 28. Oktober 2014, GZ 11 Os 86/14b-5, gemäß Art 89 Abs 2 B-VG iVm Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, die Wortfolge "Sachverständigen oder" in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO idF BGBl 1 2004/19 wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben.

Mit Erkenntnis vom 10. März 2015, AZ. G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014, G 42/2015, G 77/2015, sprach der Verfassungsgerichtshof (ua für das gegenständliche Verfahren) aus, dass die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO idF BGBl 2004/19 verfassungswidrig war.

Danach stand diese Bestimmung im bis 31. Dezember 2014 geltenden gesetzlichen Umfeld (zur mit 1. Jänner 2015, BGBl 2014/71, in Kraft getretenen Novellierung der Bestimmungen über die Bestellung von Sachverständigen in der StPO im vorliegenden Zusammenhang vgl Ratz, ÖJZ 2015, 5; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 370; dagegen Wess/Rohregger in ZWF 2015, 112 [116 ff]) - nur, aber immerhin - insoweit im Widerspruch zu Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall MRK, als sie dem Angeklagten (hier: der Betroffenen) selbst dann verwehrte, das Vorliegen von Hinweisen auf eine (aus dessen Tätigkeit im Ermittlungsverfahren resultierende) „objektive“ (ie strukturelle) Befangenheit (§ 43 Abs 1 Z 3 StPO) des im Hauptverfahren beigezogenen Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen - allenfalls auch in Form eines Erkundungsbeweises (§ 103 Abs 2 iVm § 91 Abs 2 StPO) - betraut war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt (Rz 39 des VfGH-Erkenntnisses).

Die Abweisung des auf die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren (strukturelle Befangenheit) gestützten Antrags auf dessen Nichtbeziehung widerspräche daher - ausgehend von den Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs- im Anlassfall dann Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall MRK, wenn er (mit oder ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft) Ermittlungen in Form eines Erkundungsbeweises durchgeführt und sich das erkennende Gericht (bei der Feststellung entscheidender Tatsachen) „primär“ auf sein Gutachten gestützt hätte. Das Urteil wäre (nur) bei kumulativem Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen in Stattgebung der Verfahrensrüge aufzuheben.

Hier war der Sachverständige, wovon sich der Oberste Gerichtshof in freier Beweiswürdigung aufgrund des Aktenstandes überzeugen konnte (§ 285f StPO; vgl RIS-Justiz RS0118977; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 50), ausschließlich damit betraut, nach entsprechender Befundaufnahme kraft seines medizinischen Fachwissens Aufschluss über den - auf Basis der damaligen Verdachtslage bereits indizierten (ON 5, 6) - psychischen Zustand der Betroffenen zu geben, um eine Beurteilung deren Zurechnungsfähigkeit (§ 11 StGB) und des Vorliegens der Voraussetzungen des § 21 Abs 1, Abs 2 StGB sowie des § 45 Abs 1 StGB zu ermöglichen (ON 7). Die Grenzen dieses Auftrags hielt er strikt ein (ON 8). Er war daher keineswegs mit (eigenständigen) Ermittlungen, umso weniger mit Erkundungsbeweisführung (vgl RIS-Justiz RS0118123 [T2]) befasst.

Schon deshalb wurden - entgegen der Verfahrensrüge - Verteidigungsrechte (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) der Betroffenen nicht hintangesetzt, ohne dass es darüber hinaus einer Klärung der Frage bedürfte, ob das angefochtene Urteil „primär“ auf das Gutachten dieses Sachverständigen gestützt wurde.

Darauf, dass das Erstgericht überdies auf Kontrollbeweise zurückgriff (vgl insoweit 13 Os 43/14v), indem es seinen Ausspruch über entscheidende Tatsachen auch auf die - mit der Einschätzung des Sachverständigen im Einklang stehenden - Krankengeschichten der Beschwerdeführerin (ON 5, 6) und (in der Unterbringungssache der Betroffenen, AZ 5 Ub 171/13k des Bezirksgerichts Linz, eingeholten) Expertisen zweier weiterer medizinischer Sachverständiger aus dem Fach der Psychiatrie (ON 4, 9 und 11 in ON 14) gründete (US 8), sei bloß noch ergänzend hingewiesen."

Aus dieser und gleich gelagerten Entscheidungen leitet der Oberste Gerichtshof seinen - für den Verteidiger wesentlichen - Rechtssatz zu RIS-Justiz RS0130056 ab:

"Die Abweisung eines auf die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren wegen struktureller Befangenheit gestützten Antrags auf dessen Nichtbeiziehung im Hauptverfahren kann (nach der vor BGBl 1 2014/71 geltenden Rechtslage) nur dann wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK mit Verfahrensrüge bekämpft werden, wenn der Sachverständige mit oder ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft Ermittlungen in Form eines Erkundungsbeweises durchgeführt hat und sich das erkennende Gericht bei der Feststellung entscheidender Tatsachen primär (also ohne Kontrollbeweise) auf sein Gutachten stützt. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen." (*Kirchbacher* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

II. Tatprovokation als Verfolgungshindernis

Schon länger gibt es, vor allem im Suchtmittelbereich, Diskussionen über die rechtliche Bedeutung von Tatprovokationen. Bis dato wurde diese im Rahmen der Strafzumessung als Milderungsgrund gewertet.

Mit 1.6.2016 ist jedoch die Bestimmung des § 133 Abs. 5 StPO „Von der Verfolgung eines Beschuldigten wegen der strafbaren Handlung, zu deren Begehung er nach § 5 Abs. 3 verleitet wurde, hat die Staatsanwaltschaft abzusehen. § 191 Abs. 2 gilt sinngemäß.“ in Kraft getreten.

§ 5 Abs. 3 StPO besagt „Es ist unzulässig, Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958) widerstrebenden Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken.“

Der Oberste Gerichtshof hat sich nun erstmals in seiner Entscheidung 12 Os 5/16a vom 14.7.2016 mit dieser Thematik beschäftigt und hierzu folgendes ausgeführt:

„Unzulässige Tatprovokation liegt dann vor, wenn eine Person durch dem Staat zurechenbares Verhalten zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) widerstrebenden Weise verleitet wird. Von einer legitimen verdeckten Ermittlung unterscheidet sie sich dadurch, dass sich die für den Staat handelnden nicht auf eine im Wesentlichen passive Ermittlung strafbarer Aktivitäten beschränken, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die sie sonst nicht begangen hätte. Beurteilungskriterien hierfür sind, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden haben, dass die Person an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war, und ob auf sie Druck ausgeübt wurde, die Tat zu begehen. Eine im Wesentlichen passive Haltung geben die Behörden etwa dann auf, wenn die Person wiederholt kontaktiert wird, das Angebot trotz anfänglicher Weigerung wiederholt wird, die Person beharrlich aufgefordert, überredet oder unter (psychischen) Druck gesetzt wird. Kein Grund für die Annahme des Verdachts einer Beteiligung am Rauschgifthandel besteht etwa dann, wenn die Person nicht vorbestraft war, kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet worden war und nichts darauf hindeutete, dass sie schon tatgeneigt war, bevor sie von Polizeibeamten kontaktiert wurde.“

In Bezug auf die dargestellten Kriterien obliegt den staatlichen Behörden die Beweislast. Soweit der vom Angeklagten erhobene Vorwurf nicht völlig unplausibel ist, haben diese zu beweisen, dass keine unzulässige Tatprovokation stattgefunden hat.“

Das Höchstgericht legt hiermit einerseits genaue Kriterien für die Unzulässigkeit einer Tatprovokation fest und stellt auch klar, dass ganz im Sinne des Grundsatzes in dubio pro reo, bei glaubhafter Behauptung einer unzulässigen Tatprovokation durch den Angeklagten, die Beweislast für das Nichtvorliegen derselben bei der Anklagebehörde liegt.

III. Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers

Im gegenständlichen Fall ist eine zivilrechtliche Entscheidung von besonderem Interesse für die Praxis der Strafverteidigung und die Haftungssituation dieser Berufsgruppe, weshalb ausnahmsweise hier auf die Entscheidung des OGH 8 Ob 89/15 v hingewiesen werden soll:

"Mit Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 6.3.2006 wurde der Kläger - neben drei weiteren Angeklagten - des Verbrechens des schweren Betrugs als Beitragstäter schuldig erkannt und zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt. Ihm wurde zur Last gelegt, durch die Herstellung manipulierter Unterlagen (Rechnungen der Firma I*****) dazu beigetragen zu haben, dass Beamte des Finanzamts B***** - durch Täuschung mit einem falschen Beweismittel - zur Anerkennung eines (fingierten) Anspruchs der Firma I***** auf Umsatzsteuererrückvergütung verleitet wurden. Aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes hob der Oberste Gerichtshof am 26.2.2008 dieses Urteil in den Schuldsprüchen auf.

In dem daraufhin vor dem Landesgericht Wiener Neustadt geführten Strafverfahren war der Beklagte als Verteidiger des Klägers tätig. In der Verhandlung vom 07.11.2011 gab der Kläger folgende Erklärung ab: "Ich bekenne mich schuldig in dem Sinne, dass ich diese Belege wohl auf Anweisung des Steuerberaters hergestellt habe. Dazu bekenne ich mich schuldig. Alles andere kann ich nur Ihnen überlassen. Ich kann dazu nicht mehr sagen. Ich habe weder Kohle daraus gesehen, es war eine Entscheidung in wenigen Minuten, das herzustellen, aufgrund der Anweisung. Insofern bin ich schuldig."

Mit rechtskräftigem Urteil vom 21.11.2011 wurde der Kläger - neben zwei weiteren Angeklagten - des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB schuldig erkannt. Dafür wurde er zu einer Geldstrafe von 206.000 EUR, im Nichteinbringungsfall zu sechs Wochen Ersatzfreiheitsstrafe unter Anrechnung der erlittenen Vorhaft, verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, die (von den unmittelbaren Tätern) zur Bewirkung einer Verkürzung der Umsatzsteuer (durch Täuschung iSe Aufnahme manipulierter Rechnungen in das buchhalterische Rechenwerk) verwendeten manipulierten Unterlagen hergestellt zu haben.

Mit Bescheid vom 25.6.2012 wurde der Kläger als Haftungspflichtiger gemäß § 11 BAO für aushaftende Abgabenschuldigkeiten an Umsatzsteuer 02/2002 in Höhe von 1.025.595,06 EUR der abgabenschuldigen Firma I***** in Anspruch genommen. Zur Begründung wurde auf das rechtskräftige Strafurteil verwiesen. Gemäß § 11BAO sei er daher für die angeführte Abgabenschuldigkeit zur Haftung heranzuziehen. Mit Berufungsentscheidung des unabhängigen Finanzsenats vom 9.8.2013 wurde die Haftung des Klägers auf einen Betrag von 800.000 EUR an Umsatzsteuer 02/2002 eingeschränkt. In der Folge traf der Kläger mit der Finanzbehörde eine Abschlagszahlungsvereinbarung, mit der er sich zu einer Zahlung von 190.000 EUR zur Generalbereinigung verpflichtete.

Der Kläger begehrte den zuletzt genannten Betrag vom Beklagten. Seine Verteidigung sei auf einen Freispruch ausgerichtet gewesen. Über Empfehlung des Beklagten habe er sich schuldig bekannt, wobei ihm der Beklagte zugesichert habe, dass eine Haft infolge Anrechnung der Untersuchungshaft ohnehin nicht mehr anfallen werde und im Übrigen mit der Verurteilung keine nachteiligen Folgen zu erwarten seien. Nur aufgrund dieser Zusicherung sei die Verteidigungslinie geändert worden. Bei vollständiger Aufklärung durch den Beklagten hätte es kein Schuldeingeständnis des Klägers gegeben, weshalb es im fortgesetzten Strafverfahren zu einem Freispruch gekommen wäre. Es hätte sich nämlich gezeigt, dass er kein Fehlverhalten gesetzt habe.

Der Beklagte entgegnete, dass er den Haftungsanspruch des Staats gegenüber dem Beklagten weder rechtswidrig noch schuldhaft verursacht habe. Die finanzstrafrechtliche Verurteilung stelle eine Rechtsfolge dar, die keinen ersatzfähigen Schaden begründe. Im gerichtlichen Strafverfahren gelte zudem der Grundsatz der objektiven Wahrheitsforschung. Ein Geständnis entbinde das Gericht daher nicht davon, den tatsächlichen Tathergang durch Aufnahme von Beweisen zu klären. Auch ohne Geständnis des Klägers wäre es daher zu einer Verurteilung gekommen. Darüber hinaus stehe die Rechtskraftwirkung der strafgerichtlichen Verurteilung einer Überprüfung des Schuldspruchs im Zivilprozess entgegen. Der Kläger habe das Geständnis aus freien Stücken abgelegt. Schließlich habe er den Kläger über die haftungsrechtlichen Folgen einer finanzstrafrechtlichen Verurteilung bereits im Vorfeld der Verhandlung aufgeklärt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Der Behauptung des Klägers, bei richtiger Beratung wäre das Schuldgeständnis unterblieben und ein Freispruch erfolgt, stehe die materielle Rechtskraft der strafgerichtlichen Verurteilung entgegen. Er könne sich im folgenden Verfahren nicht darauf berufen, dass er die Tat nicht begangen habe und daher unschuldig sei.

Das Berufungsgericht leistete der Berufung des Klägers Folge, hob das Urteil des Erstgerichts auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Aufgrund der materiellen Bindungswirkung einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung habe das Zivilgericht, solange die strafrechtliche Erkenntnis nicht beseitigt sei, bindend davon auszugehen, dass der Verurteilte die im Strafurteil festgestellte Tat tatsächlich begangen habe. Einem strafgerichtlich verurteilenden Erkenntnis komme in diesem Umfang auch gegen jeden Dritten, gegen den im Zusammenhang mit der dem Strafurteil zugrunde liegenden Handlung oder Unterlassung des Verurteilten Ansprüche geltend gemacht würden, bindende Wirkung zu. Der Kläger mache aber keinen Anspruch im Zusammenhang mit der im Strafurteil festgestellten Handlung, sondern eine vertragliche Haftung des Beklagten aus dem Bevollmächtigungsvertrag geltend. Es sei gerade die Aufgabe des Strafverteidigers, die Interessen seines Mandanten zu wahren und dessen Verteidigungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten im Strafverfahren auszuschöpfen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts bestehe für die hier zu behandelnden Ansprüche des Klägers keine Bindungswirkung der strafgerichtlichen Verurteilung. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil zur Frage, ob sich die Bindungswirkung einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung auch auf Ansprüche des Verurteilten aus einer Fehlberatung gegenüber dem im Strafverfahren tätig gewesenen Verteidiger erstrecke, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet sich der Rekurs des Beklagten, mit dem er die Abweisung des Klagebegehrens anstrebt.

Mit seiner Rekursbeantwortung beantragt der Kläger, dem Rekurs den Erfolg zu versagen.

Der Rekurs ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Er ist auch berechtigt.

1.1 Die zu beurteilende Konstellation weist eine deutliche Nähebeziehung zur Haftung eines Sachverständigen für ein im Strafverfahren erstattetes Gutachten auf.

Nach Lehre und Rechtsprechung haftet ein Sachverständiger, der im Prozess ein unrichtiges Gutachten abgibt, den Parteien gegenüber persönlich nach § 1299 ABGB. Dies gilt auch für den im Strafverfahren bestellten Sachverständigen zugunsten des Angeklagten bzw. Beschuldigten. Allerdings kann in Strafsachen der Verurteilte, solange das Verfahren noch anhängig oder ein verurteilendes Strafurteil aufrecht ist, vom Sachverständigen, auf dessen Gutachten sich das Urteil stützt, nicht Schadenersatz wegen unrichtiger Begutachtung begehren (8 Ob 36/14y; 6 Ob 83/14w je mwN). Diese Grundsätze gelten nicht nur für die unmittelbar aus einer Verurteilung resultierenden Schäden, sondern ebenso für die Geltendmachung von Verteidigungskosten oder Sachverständigengebühren (9 Ob 67/03y; 8 Ob 36/14y).

1.2 Der Grund für diese Beschränkung der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs durch den Verurteilten liegt in der Bindungswirkung des rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils. Solange das rechtskräftige verurteilende strafgerichtliche Erkenntnis nicht beseitigt ist, hat das Zivilgericht bindend davon auszugehen, dass der Verurteilte die im Strafurteil festgestellte Tat tatsächlich begangen hat (verstSen 1 Ob 612/95; 6 Ob 83/14w; 2 Ob 106/14y). Als "Tat" sind dabei die Handlungen und Unterlassungen anzusehen, die nach dem Inhalt des Strafurteils den Tatbestand der strafbaren Handlung darstellen, wegen denen die Verurteilung erfolgt ist. Von der Bindungswirkung sind somit die Umstände, die die Schuldfrage betreffen, und die rechtliche Subsumtion unter einen bestimmten Tatbestand umfasst (9 ObA 254/98p). Das Zivilgericht darf demnach keine vom Strafurteil abweichenden Feststellungen über den Nachweis der strafbaren Handlung, ihre Zurechnung und den Kausalzusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und ihren Folgen treffen (9 Ob 67/03y).

Daraus folgt gleichzeitig, dass sich der Verurteilte in keinem nachfolgenden Rechtsstreit einer anderen Partei gegenüber (arg: gegen jedermann [verstärkter Senat 1 Ob 612/95]) darauf berufen darf, dass er die Tat, wegen der er strafgerichtlich verurteilt wurde, nicht begangen hat, unabhängig davon, ob der andere am Strafverfahren beteiligt war oder in welcher verfahrensrechtlichen Stellung er dort aufgetreten ist (RIS-Justiz RS0074219; 9 Ob 67/03y).

Solange das Strafverfahren anhängig oder das verurteilende Strafurteil aufrecht ist, schließt es die Ausgestaltung des strafrechtlichen Rechtsschutzsystems im Interesse der Rechtssicherheit und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege somit aus, dass eine Überprüfung

der im Strafverfahren ergangenen Entscheidung (des Schuldspruchs) durch das Zivilgericht erfolgt (8 Ob 36/14y; vgl auch 2 Ob 106/14y).

2.1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das Vorbringen, dass er bei pflichtgemäßer Aufklärung (über die Haftungsfolgen nach § 11 BAO im Fall einer Verurteilung nach §33 FinStrG) kein Geständnis abgelegt hätte; das Strafverfahren wäre fortgesetzt worden und hätte mit einem Freispruch geendet, weil sich gezeigt hätte, dass er kein Fehlverhalten gesetzt habe; der Haftungsfall wäre daher nicht eingetreten.

Damit behauptet der Kläger, die strafbare Handlung der Abgabenhinterziehung, wegen der er rechtskräftig verurteilt wurde, in Wirklichkeit nicht begangen zu haben. Dies setzt notwendigerweise das weitere Vorbringen voraus, dass er (bei pflichtgemäßem Handeln des Verteidigers) nicht verurteilt worden wäre und die Verurteilung daher falsch sei. Könnte sich der Kläger im nachfolgenden Zivilverfahren auf diese Behauptung berufen, so hätte dies zur Folge, dass das rechtskräftige Strafurteil vom Zivilgericht überprüft werden müsste. Genau dieser Konsequenz steht aber die Bindungswirkung des rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils entgegen. Das Gleiche würde im Übrigen gelten, wenn der Verurteilte (nur) die Beweisbarkeit der strafbaren Handlung bestreitet. Auch in diesem Fall müsste er behaupten, dass die Verurteilung (ohne Anwaltsfehler) nicht erfolgt wäre.

2.2. Warum im Schadenersatzprozess gegen den Verteidiger wegen eines angeblichen Beratungsfehlers von diesem Grundsatz eine Ausnahme bestehen und anderes als für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen einen Sachverständigen gelten soll, ist nicht ersichtlich. Die Einholung eines Gutachtens im Strafverfahren dient der Erforschung der materiellen Wahrheit, soll also die Grundlage dafür schaffen, die Schuld oder Unschuld des Angeklagten festzustellen (9 Ob 67/03y; 2 Ob 106/14y). Ähnliches gilt für ein (hier relevantes) Geständnis des Angeklagten. Das Strafverfahren steht nämlich unter der Maxime der Erforschung der materiellen Wahrheit. Es geht demnach um die Aufklärung des realen Geschehensablaufs. Aus diesem Grund enthebt auch ein Geständnis des Angeklagten das Gericht nicht von der Pflicht zur weiteren Nachforschung, ob das Geständnis dem realen Geschehen entspricht. Das Geständnis des Angeklagten ist demnach einer Überprüfung im Hinblick auf andere Beweismittel zu unterziehen. Ebenso ist das Gericht an das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens nicht gebunden (*Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 3 StPO Rz 31; *Danek in Fuchs/Ratz*, WK-StPO §332 StPO Rz 5). Mit seiner Argumentation, ohne Geständnis wäre er freigesprochen worden, behauptet der Kläger, dass die Verurteilung falsch sei. Damit greift er nicht nur das Geständnis (als eine Grundlage des Strafurteils) an, sondern wendet sich auch gegen das - aus der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit resultierende - Ergebnis, dass keine gegenteiligen Beweisergebnisse bestanden. Für eine derartige Überprüfung des rechtskräftigen Strafurteils kann aber nicht das Zivilverfahren, sondern nur der Rechtsschutz im Strafverfahren, allenfalls in Form einer Wiederaufnahme, zur Verfügung stehen.

2.3. Die Überlegungen des Berufungsgerichts, der Kläger mache keinen Anspruch aus der im Strafurteil festgestellten Handlung, sondern eine vertragliche Haftung des Beklagten geltend, und es sei Aufgabe des Strafverteidigers, die Interessen seines Mandanten zu wahren, ändert nichts daran, dass eine Schadenersatzpflicht des Verteidigers nur im Fall eines (vom Zivilgericht hypothetisch nachvollzogenen) Freispruchs denkbar wäre.

Auch der Kläger vermag für seine Ansicht keine Begründung anzuführen. Zur Situation eines Privatgutachters stellt er nur die Behauptung auf, dass für diesen die Judikatur zum gerichtlichen Sachverständigen wohl nicht gelten könne; dem Verurteilten müsse es als Vertragspartner möglich sein, gegen den Privatgutachter, der ein falsches Gutachten erstellt und dadurch ein Verhalten gesetzt habe, aus dem eine strafgerichtliche Verantwortung resultiert sei, Ansprüche geltend zu machen. Was der Kläger damit genau meint, wird nicht ganz verständlich. Sollte er sich auf ein (falsches) belastendes Privatgutachten eines vom Verurteilten beauftragten Gutachters beziehen, so wäre kaum vorstellbar, dass ein Angeklagter ein solches Gutachten im Strafverfahren vorlegt.

3.1. Zusammenfassend ergibt sich:

Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils hat zur Folge, dass eine Überprüfung des aufrechten Schuldspruchs, dh der Umstände, die die Schuldfrage betreffen, und der rechtlichen Subsumption unter den zur Last gelegten Tatbestand, in einem nachfolgenden Zivilverfahren (hier: Schadenersatzprozess gegen den Verteidiger) ausge-

geschlossen ist. Der Verurteilte kann sich in einem nachfolgenden Zivilverfahren daher nicht erfolgreich darauf berufen, dass die Verurteilung falsch sei. Für eine derartige Überprüfung eines rechtskräftigen Strafurteils kann nur der Rechtsschutz im Strafverfahren, allenfalls in Form einer Wiederaufnahme, zur Verfügung stehen.

3.2. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts hält der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof somit nicht stand. Der Sachverhalt ist nicht ergänzungsbedürftig; auch der vom Kläger geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel zu seiner Stellung im Unternehmen der Firma I***** liegt nicht vor. Vielmehr ist das Klagebegehren abzuweisen, weshalb die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen ist."

Das bedeutet zusammenfassend für die Praxis der Strafverteidigung, dass auch die falsche Rechtsberatung des Angeklagten hinsichtlich der weiteren Rechtsfolgen einer Verurteilung und der dennoch erfolgten Empfehlung eines Geständnisses, solange keine Schadenersatzverpflichtungen nach sich zieht, als der Schuldspruch des Strafgerichts nicht aufgehoben wurde. Die Bindungswirkung an diesen Schuldspruch steht dem entgegen. Hingewiesen sei aber auf widersprechende Meinungen des Schrifttums (vgl. *Klicka*, ÖJZ 2016/52, 381), weshalb dem Strafverteidiger zu besonderer Sorgfalt bei der Rechtsberatung geraten werden muss. Dergestalt ist dringend angeraten sich über sämtliche Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung vorab genauestens zu informieren. (*Kier* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

IV. Selbstanzeige; Tatbegriff bei Verfolgungshandlung

Eine Verfolgungshandlung nach § 14 Abs 3 FinStrG hat die Person, gegen die sie sich richtet, die Abgabenart, den Abgabenzeitraum und einen damit in Zusammenhang stehenden Vorwurf zu beinhalten. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH bildet die Jahreserklärung zu einer Steuerart das kleinste nicht mehr teilbare Element des Sachverhalts, also eine selbständige Tat im materiellen Sinne, weshalb das Abstellen auf Nichtabgabe bzw Abgabe einer falschen Jahreserklärung ausreicht.

Wird eine Verfolgungshandlung ein bestimmtes Veranlagungsjahr betreffend wegen des Verdachts der Verkürzung von Umsatzsteuer durch Verschweigen bestimmter Umsätze in der Abgabenerklärung gesetzt, ist auch die der Behörde noch nicht bekannte Geltendmachung von Vorsteuern aus Scheinrechnungen für denselben Zeitraum von der Sperrwirkung erfasst (*Reger/Nordmeyer/Hacker/Kuroki*, FinStrG⁴ (2013 § 14 Rz 11)). So wie der Tatbegriff des FinStrG ist auch der Begriff der Verfolgungshandlung unteilbar.

(BFG 3. 11. 2015, RV/7 104788/2015)

Anmerkung

Ob für §29 FinStrG auch der „weite“ Tatbegriff - wie vom BFG vertreten - maßgeblich sein soll, ist bislang höchstgerichtlich ungeklärt. Nach Rechtsansicht mancher Autoren soll für Zwecke der Selbstanzeige ein „segmentierter“ Tatbegriff zum Tragen kommen (*Leitner/Brandl*, Strafaufhebung auf Grundlage der Steuerabkommen CH-AT und FL-AT, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2013 [2014] 23 [47]). Sie führen dies insbesondere auf teleologische Gesichtspunkte zurück. Die überwiegende Meinung im Schrifttum vertritt jedoch auch für die Selbstanzeige den „weiten“ Tatbegriff (zum Tatbegriff im Sinne des § 29 Abs 3 lit b FinStrG und zum Meinungsstand siehe im Detail *Schrottmeyer*, Selbstanzeige nach § 29 FinStrG2 (2012] Rz 762-801 bzw *Schrottmeyer*, Selbstanzeige nach § 29 FinStr G3 Rz 934-974, in Druck).

(*Rainer Brandl / Roman Leitner* in ZWF 2016/13)

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Arbeitsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Stellungnahme zum „Diskussionsentwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit organisierter Formen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung“

I. Vorbemerkung

1. Es besteht ein dringendes Bedürfnis, das Beitragsaufkommen der Sozialversicherungssysteme zu sichern. Speziell die illegale Beschäftigung schädigt die Volkswirtschaft in erheblichem Maße, hat Beitragsausfälle zur Sozialversicherung zur Folge und geht damit zu Lasten der Sozialversicherung. Unterschiedliche Formen von Service- und Subunternehmerketten, die oft auch Auslandsbezüge aufweisen, beschäftigen zunehmend die Praxis. Ein Nebeneffekt besteht nicht nur in der Wettbewerbsverzerrung, sondern auch im ökonomisch bedingten Druck auf Mitkonkurrenten, ebenfalls zu kriminellen Mitteln greifen zu müssen.

Ein Mittel zum Zurückdrängen abgabengeminderter Beschäftigung ist sicherlich das Strafrecht. Wie wirksam sein Einsatz jedoch ist, lässt sich angesichts erheblicher Dunkelziffern letztlich nicht wirklich verlässlich beurteilen. Auffällig ist, wie oft Normen des Arbeitsstrafrechts in den etwa 30 Jahren seit Inkrafttreten des 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und der damit verbundenen Einfügung von § 266a in das StGB verschärft wurden. Arbeitsverwaltung und Sozialversicherung begehren gleichwohl weiter verschärfte Sozial- und Strafgesetze. Dies nährt den Verdacht, dass die fortbestehenden Probleme auf tieferliegenden Ursachen beruhen.

a) Eine dieser Ursachen für ein vermehrtes Bedürfnis, die vielfältigen Erscheinungsformen illegaler Beschäftigung besser erkennen und ahnden zu können, mag die zunehmende Internationalisierung der Wirtschaft sein, welche Freizügigkeit auch für solche Ausländer ermöglicht oder erleichtert, die nicht vorhaben, hier auf rechtstreue Weise ihren Lebensunterhalt zu sichern. Die technische Entwicklung erleichtert zudem das Erstellen falscher oder gefälschter Dokumente. Die Überlegungen sollten aber vielleicht bei diesem Befund nicht enden. In der Praxis zeigt sich nämlich, dass etliche Sozialgesetze kontraintuitiv wahrgenommen werden und zudem die Absicht, auch noch den letzten Beitragscent (z.B. im Bereich kurzfristiger Aushilfen) zu sichern, die Spannungen verschärft (wenn etwa der Anmelde- und Dokumentationsaufwand die in Anspruch genommene Arbeitskraft zeitlich übersteigt).

b) Dass manche Normunterworfenen den Sinn bestimmter, ihnen unbequemer Gesetze nicht zu erkennen vermögen, erklärt jedoch gewiss nicht das Handeln kriminell organisierter Kreise, die die Altersversorgung der Arbeitnehmer gefährden und massive Beitragschäden anrichten. Allerdings bedarf es zur realistischen Betrachtung der Schadenshöhe auch der mildernden Berücksichtigung der sozialen Leistungen, auf die Inländer ohne ihre illegale Beschäftigung Anspruch hätten. Wohl aber könnte eine Bevölkerung mit ähnlich konfrontativen Erfahrungen im Kontakt mit anderen Verwaltungsbehörden dazu neigen, Verständnis für das Ziel aufzubringen, Abgaben zu ersparen. Eine Rolle dabei könnte zudem spielen, dass sich manch einer legale Aufträge aus wirtschaftlichen Gründen schwerer leisten kann als früher, ist doch das Einkommensniveau des Mittelstands, insbesondere in der jungen Generation, gesunken; müssen sich viele Betriebe auch aufgrund der hohen Abgaben und

der ihnen erteilten Auflagen intensiv bemühen, ihr wirtschaftliches Überleben zu sichern, und verdient mancher Selbständige weniger als seine Mitarbeiter (und das auch noch bei Fehlen einer sozialen Absicherung). Diese Art der Wahrnehmung, die ein gewisses Verständnis für rechtswidriges Handeln fördern könnte, wird noch gesteigert, wenn eine Ausschreibung seitens der öffentlichen Hand von einem unseriösen Anbieter gewonnen wird, der versucht, über mangelhafte Leistungen, Nachträge oder den Einsatz illegal Beschäftigter auf seine Kosten zu kommen. Und gegen den sich Wettbewerber, die allen Anforderungen gerecht werden wollten, als nicht konkurrenzfähig erwiesen. Zu erwägen wäre daher, ob weniger nicht mehr sei, nachlassendes Streben, alles erfassen zu wollen, den Druck mindern und Einsicht in die wie Erfüllen der Notwendigkeit steigern könnte.

2. Dass das Strafrecht *ein* wirksames Mittel gegen Schwarzarbeit ist, entlässt das Arbeits-, Sozial- und/oder Verwaltungsrecht jedoch nicht aus der Verantwortung, bereits im Vorfeld zu versuchen, sozialschädliche Verhaltensweisen mit den je eigenen Instrumentarien einzudämmen. Als positives Beispiel sei die Taxi-Branche erwähnt. In Ermittlungs- und Strafverfahren wurde immer wieder behauptet, ohne Schwarzlohnzahlung keine Arbeitnehmer zu finden. Erwirtschaftet wurden die Schwarzlöhne mittels nicht aufgezeichneter Fahrten und unterbliebenem Erstellen ordnungsgemäßer Belege. Abhilfe schaffen hier (wahrscheinlich) die technisch optimierten Taxometer. Vergleichbares gilt für das Vorschreiben des Einsatzes nicht manipulierbarer und nicht umgehungsfähiger Registrierklassen. Ähnlich spezifizierte Regeln lassen sich vermutlich für die meisten Branchen finden. Sie würden zudem Kontrollen ermöglichen (und zudem erleichtern), die angesichts der Personallage derzeit nicht stattfinden können.

II. Systematik

In rechtssystematischer Hinsicht ist festzustellen, dass der Hybridcharakter des § 266a StGB zu Brüchen und zu Anwendungsschwierigkeiten führt. Die Bestimmungen des § 266a StGB erstrecken sich auf zwei gänzlich unterschiedliche kriminologische Phänomene, verbunden durch das gemeinsame Rechtsgut, die Sicherung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherungsträger. § 266a StGB ist einerseits ein Delikt im Vorfeld einer Insolvenz und andererseits auf Schwarzarbeit anwendbar.

1. Typisches Beispiel für ein Insolvenzvorfelddelikt ist § 266a Abs. 1 StGB. Ihm liegt ein Verhalten zugrunde, das nicht originär kriminell ist. Der Arbeitgeber wirtschaftet im Kern legal und hat seine Arbeitnehmer korrekt bei der Einzugsstelle angemeldet. Erst dann, wenn seine finanziellen Mittel nicht mehr ausreichen, um alle seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, „erspart“ er sich, meist in der (vergeblichen) Hoffnung auf bessere Zeiten das (rechtzeitige) Abführen der Sozialversicherungsbeiträge. Für diese Fälle ist die Möglichkeit geschaffen, sich gemäß § 266a Abs. 6 StGB Straffreiheit zu verschaffen. Sie ist leider praktisch nicht sinnvoll anwendbar und stellt (weitgehend) totes Recht dar.

Dass § 266a Abs. 1 StGB lediglich Arbeitnehmeranteile erfasst, beruht auf einem historischen Missverständnis: Da das schlichte Nichterfüllen einer Verbindlichkeit nicht strafwürdig ist, behalf man sich mit der fiktiven Vorstellung einer Art treuhänderischen Einbehaltens des eigentlich dem Arbeitnehmer gebührenden Nettolohns, obwohl es der Arbeitgeber war und ist, der die Mittel zunächst selbst erwirtschaften muss, die er an seine Beschäftigten auskehren kann. Bis zum Beseitigen des herausgeschobenen Fälligkeitszeitpunkts auf den 15. des Folgemonats vor etwa 10 Jahren fand die Vorstellung einer Treuhand für die Zwischenzeit von gut zwei Wochen eine argumentative Stütze im Sozialversicherungsrecht. Sie war aber bereits zuvor brüchig geworden, als der Gesetzgeber von der auf das Einbehalten abstellenden Lohnzahlungs- auf die Lohnpflichttheorie umschwenkte. Im Ergebnis ist heute das schlichte Nicht-Zahlen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung strafbar und wird damit inzident als strafwürdig angesehen. Eine Abschwächung liegt allerdings darin, dass Unmöglichkeit zur Beitragsabführung Strafflosigkeit zur Folge hat (jedenfalls prinzipiell, wenn die Vorsorgepflicht eingehalten und der Vorrang vor anderen schuldrechtlichen Pflichten beachtet wurde). Es lässt sich kontrovers beantworten, ob eine derart begangene Beitragsvorenthaltung kriminelles Unrecht und nicht nur eine Ordnungswidrigkeit darstellen sollte. Zu erwägen wäre jedoch, ob der geringere Grad der Auflehnung gegen das Recht eine Senkung des Strafrahmens für diese Fälle des § 266a Abs. 1 StGB gegenüber den Fällen der Schwarzarbeit bedingt. Nur wenig anderes gilt für die in der Praxis seltenen Fälle des § 266a Abs. 3 StGB.

2. Klassische Schwarzarbeit wird von § 266a Abs. 2 StGB erfasst. Auf diese Konstellation abgestimmt sind auch die besonders schweren Fälle des § 266a Abs. 4 StGB. Sie sind zwar theoretisch auch auf § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt anwendbar, praktisch aber nicht, weil dort der Versuch, die eigene wirtschaftliche Bedrängnis in den Griff zu bekommen, in den die Praxis beschäftigenden Fällen nicht mit den von § 266a Abs. 4 StGB benannten Mitteln oder Begleiterscheinungen unternommen wird.

§ 266a Abs. 2 StGB bezieht sich ausschließlich auf die Arbeitgeberanteile. Das ist aus historischen Gründen so geregelt worden: Weil § 266a Abs. 1 StGB nur die Arbeitnehmeranteile erfasst, bezog sich die deswegen und in den Fällen der Nicht-Anmeldung auch von § 263 StGB belassene Strafbarkeitslücke allein auf die Arbeitgeberanteile. Das Schließen dieser Lücke führte zu § 266a Abs. 2 StGB, der als Insolvenzvorfelddelikt nicht einschlägig ist. Dies erschwert die Anwendbarkeit in der Praxis, zumal da die Beitragspflicht nicht mehr hälftig zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aufgeteilt ist und daher eine beitragsakzessorische Aufteilung auf Abs. 1 und Abs. 2 in den Schätzungsfällen der Schwarzarbeit unmöglich ist. Die Rechtsprechung steht damit vor Herausforderungen, wie sie sich in der Entscheidung BGH, NJW 2011, 3047 f., zeigten: es ist nicht gelungen, für § 266a StGB einheitliche Regeln über die Unmöglichkeit zu finden.

3. Diese systematischen Überlegungen könnten für den Versuch sprechen, eine konsistentere Regelung zur Ahndung von Beitragsvorenthaltung, Schwarzarbeit und Lohnsteuerhinterziehung zu suchen.

III. Ergänzung der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle

1. a) Regelbeispiele unterscheiden sich von Tatbeständen durch ihre Indizwirkung. Sie gestatten damit ein flexibles Eingehen auf die Umstände des Einzelfalls. Trotz erfüllttem Regelbeispiel kann daher die Strafe dem Normalstrafrahmen entnommen oder umgekehrt, trotz nicht verwirklichtem Regelbeispiel ein besonders schwerer Fall bejaht werden. Diese Gesetzestechnik dient einerseits der Arbeitserleichterung der Justiz und kommt andererseits der Einzelfallgerechtigkeit entgegen.

b) Ein verdeutlichendes Beispiel, welche Gesichtspunkte bereits das geltende Recht zu berücksichtigen erlaubt, zeigt ein Urteil des LG Freiburg (Breisgau) vom 14.03.2014, Aktenzeichen 10 Ns 410 Js 4578/11 - AK 10/13.

Der Angeklagte hatte Eisenflechter als Arbeitnehmer beschäftigt, denen er zum Teil Schwarzlohn gezahlt und diesen gegenüber der Einzugsstelle verschwiegen hatte. Zwecks Verschleierung hatte er sich im Zeitraum von April bis Juli 2011 Abdeckrechnungen über 245.505,83 € verschafft und selbst quittiert.

Zur Strafzumessung führte die Kammer im Wesentlichen aus:

Bei der Strafzumessung wurde für jede Einzeltat vom Strafrahmen des § 266 a Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe) ausgegangen. Zwar lagen zahlreiche straferschwerende Umstände vor, die es erforderlich machten zu prüfen, ob ein unbenannter besonders schwerer Fall i. S. d. § 266 a Abs. 4 StGB vorlag. Hier handelte es sich um folgende Umstände:

- Der Angeklagte ist bereits vier Mal einschlägig vorbestraft und stand im Tatzeitraum einschlägig unter Bewährung.
- Er hat zur Verschleierung der Taten gefälschte Quittungen hergestellt und vorgelegt, ohne allerdings das Regelbeispiel des § 266 a Abs. 4 Nr. 2 StGB zu erfüllen, da die gefälschten Belege nicht gegenüber der Einzugsstelle für die Sozialversicherungsbeiträge vorgelegt wurden.
- Er hat gewerbsmäßig gehandelt, denn es ging bei der Konstruktion ersichtlich darum, sich durch höhere Gewinnspannen eine Einkommensquelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu eröffnen.
- Er hat einen hohen Gesamtschaden und in den meisten Einzelfällen auch hohe Einzelschäden verursacht, wenn auch in jedem Einzelfall der Grenzwert von 50.000,00 Euro für die Annahme eines Schadens in großem Ausmaß gem. § 266 a Abs. 4 Nr. 1 StGB nicht erreicht wurde (vgl. BGH NStZ 2009, 271; Fischer, StGB, 61. Auflage, § 266a, Rdnr. 27).

Die festgestellten Einzelfälle heben sich aufgrund dieser Vielzahl zu Lasten des Angeklagten sprechender Umstände nach dem Gewicht von Unrecht und Schuld vom Durchschnitt vorkommender Fälle ab.

Die Strafkammer hat dennoch davon abgesehen, jeweils unbenannte besonders schwere Fälle i. S. d. § 266 a Abs. 4 StGB zu bejahen. Den belastenden Umständen standen nämlich folgende, zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigende Strafzumessungskriterien gegenüber:

- Aus Sicht des Angeklagten handelt es sich um eine relativ lange Verfahrensdauer, nachdem er seit der Durchsuchung vom 07.10.2011 von den Ermittlungen im vorliegenden Verfahren wusste.
- Der Angeklagte muss damit rechnen, dass die Vollstreckung der derzeit zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten widerrufen wird, was zu einer Verlängerung seines Freiheitsentzuges führen wird. Gleichzeitig ist von einer besonderen Haftempfindlichkeit des Angeklagten als Erstverbüßer und Familienvater auszugehen.
- Zudem ist zu sehen, dass die Arbeitnehmer des Angeklagten immerhin beim Sozialversicherungsträger angemeldet waren und somit vollständig krankenversichert waren und - wenn auch zu geringe - Anwartschaften auf Arbeitslosen- und Rentenleistungen erworben haben.

Insgesamt war die Strafkammer deswegen der Auffassung, dass letztlich trotz des überwiegenden Gewichts der zu Lasten des Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens (noch) nicht geboten erschien.

c) Das Beispiel zeigt auf, wie umfassend die bisherigen Regelbeispiele durch ihre Indizwirkung sind und wie die Anwendbarkeit von einer Gesamtschau vieler Faktoren in beide Richtungen abhängt und dass der vom Gesetzgeber gedachte Zweck bereits mit den bisherigen Regelbeispielen dem Grunde nach ausreichend gehandelt werden kann.

2. Unabhängig von den bisherigen eher allgemeinen Erwägungen ist zu konstatieren, dass die Praxis der „Abdeckrechnungen“, welche in den beiden neuen Regelbeispielen des § 266a Abs. 4 StGB aufgegriffen werden soll, zweifelsfrei kriminelles Unrecht darstellt. Hier wird „Unrecht als Gewerbe“ (Joecks) betrieben.

a) Indes ist weder erkennbar, dass es ein Bedürfnis für die vorgesehenen neuen Regelbeispiele gibt, noch, dass es von ihnen erfüllt werden könnte: Im Kern sind beide Vorschläge als Unterfälle des bisherigen § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB formuliert.

b) Das Nachmachen und Verfälschen setzt bei § 266a Abs. IV S. 2 Nr. 2 StGB ebenso wie bei § 267 StGB eine Täuschung über den Aussteller voraus; die schriftliche Lüge des erkennbaren Ausstellers ist folglich nicht erfasst. Belege im Sinne der Nr. 2 sind Schriftstücke, mit denen sozialrechtlich erhebliche Tatsachen nachgewiesen werden können. Durch den falschen Beleg muss sich ein unrichtiges Bild gerade über die sozialrechtlich erheblichen Tatsachen ergeben. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich, so dass es für die Verwendung genügt, wenn der Beleg der zuständigen Einzugsstelle vorgelegt oder sonst wie zugänglich gemacht wird. Fortgesetzt werden Beiträge dann vorenthalten, wenn mehrere selbständige Taten (nach Abs. 1 oder 2) vorliegen, bei denen jeweils nachgemachte oder gefälschte Belege verwendet oder zumindest (erneut) in Bezug genommen werden.

c) Da beide ins Auge gefassten neuen Regelbeispiele von weiteren Voraussetzungen abhängen sollen, gehen sie weniger weit als das allgemein gefasste bereits bestehende Regelbeispiel Nr. 2. Dieses ist deshalb schon jetzt in der Lage, für sämtliche Fälle der Novelle einen besonders schweren Fall der Beitragsvorenthaltung zu begründen.

d) Anderes mag im Hinblick auf die Tathandlung gelten. Das bisherige Recht stellt auf die „Verwendung“ ab, während § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E mit der Maßgeblichkeit des „sich Verschaffens“ eine Vorverlagerung vorsieht. Wenn es denn dafür ein Bedürfnis geben sollte, obwohl in einer derartigen Konstellation bereits jetzt ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen werden kann und in aller Regel mehrere Taten (verschiedene Kassen; mehrere Beitragsmonate) zur Aburteilung stehen, so dass im Wege der Gesamtstrafenbildung schon auf der Basis der bestehenden Gesetze dem Unrecht angemessene Strafen festgesetzt werden können, dann wäre es um ein Vielfaches einfacher, lediglich den bisheri-

gen § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB dahingehend zu verändern, dass das „sich Verschaffen“ an die Stelle des „Verwendens“ träte.

3. a) Auch die Differenzierung zwischen § 266a Abs. 4 S. 2 Nrn. 3 und 4 StGB-E überzeugt nicht. Täterschaftlich wird das in Nr. 4 beschriebene Verhalten vollständig nicht nur bereits vom bisherigen Regelbeispiel § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB erfasst, sondern auch von der neuen Vorschrift des § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E. Zudem ist zweifelhaft, ob sich die Entscheidung BGH 4 StR 612/06, die sich mit Gegenständen der Tat befasste, auf Vorgänge des Erwerbs von Tatmitteln übertragen lässt, weil bei diesen der Erwerbsvorgang nicht vom Antagonismus Veräußerer – Erwerber gekennzeichnet ist, sondern das gemeinsame Interesse beider am späteren gewinnträchtigen Einsatz des Mittels, der Abdeckrechnung, im Vordergrund steht, eine Konstellation vergleichbar der Entlohnung eines Helfers.

b) aa) Selbständige Bedeutung könnte die neue Nr. 4 nur dann erhalten, wenn sich dieses Regelbeispiel, wie in der Begründung (S. 3, Mitte des vorletzten Absatzes) ausgeführt, auch auf diejenigen erstreckte, der bandenmäßig falsche Belege erstellt. Dies ist jedoch täterschaftlich nicht möglich, weil der Ersteller der Abdeckrechnungen nicht Arbeitgeber derjenigen Beschäftigten ist, deren Beiträge nicht abgeführt wurden. Damit scheidet er insoweit (anders ggf. im Hinblick auf hinterzogene Beiträge der von ihm eingestellten Arbeitnehmer) als tauglicher Täter i.S. von § 266a StGB von vorn herein aus.

bb) In Betracht kommt er jedoch als Helfer. Nach dem neuen Regelbeispiel wäre es deshalb denkbar, ihn unter Anwendung von § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StGB-E wegen Beihilfe zur Beitragsvorenthaltung in einem besonders schweren Fall zu verurteilen. Eine Änderung ergäbe sich jedoch nur insoweit, als eine solche Verurteilung heute auf Nr. 2 gestützt oder als unbenannter schwerer Fall angesehen werden müsste – aber auch könnte.

4. Im Ergebnis könnte sich die geplante Neuregelung, sicher zur Überraschung ihrer Befürworter, als Privilegierung gegenüber dem bisherigen Recht erweisen: da die gravierenderen Regelbeispiele des § 266a Abs. 4 S. 2 Nrn. 3 und 4 StGB-E denselben Strafraum aufweisen wie das ein geringeres Unrecht darstellende Beispiel in Nr. 2, liegt die Schlussfolgerung auf der Hand, dass in Fällen, in denen diese Nr. 2 einschlägig ist, nur eine geringere Strafe als bei Vorliegen der neuen Regelbeispiele festgesetzt werden darf. Dies hätte für die forensische Praxis zudem zur Folge, dass im Falle des Erstrebens einer höheren Strafe immer auch die Voraussetzungen der neuen Regelbeispiele thematisiert werden müssten. Eine deutliche Ausweitung der Beweisaufnahme wäre die unausweichliche Folge (man denke nur an die in der Begründung, S. 3, 1. Absatz, erwähnten Nach- und Subunternehmerketten).

IV. Fazit

Demnach fällt das Fazit ebenso schlicht wie eindeutig aus: Würde der Entwurf Gesetz, so wäre dies im Sinne seiner angestrebten Ziele kontraproduktiv.

Sportstrafrecht

Prof. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Köln

Legitimation, Umfang und Interpretation der Straftatbestände gegen Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

I. Bedeutung des Sports und seines strafrechtlichen Schutzes

1. Ökonomische und soziale Bedeutung des Sports

Der organisierte Sport ist in seiner wirtschaftlichen Bedeutung seit langem mit anderen großen Wirtschaftszweigen, etwa der Mineralölwirtschaft und der Landwirtschaft, vergleichbar.¹ In Deutschland allein entfallen 1,5 bis 2 Prozent des Bruttoinlandsprodukts auf den Sport. Allein die Vereine der 1. und 2. Fußball-Bundesliga erzielten in der Spielzeit 2014/2015 mehr als 3 Milliarden Euro Umsatz.² Sportverbände wie FIFA, UEFA und IOC haben eine ökonomische und politische Bedeutung erlangt, die sie – in wirtschaftlicher Hinsicht – mit multinationalen Unternehmen und – in politischer Hinsicht – mit internationalen Organisationen vergleichbar macht.³

Weitaus wichtiger als die ökonomische ist die gesellschaftliche Relevanz des organisierten Sports. Dieser bietet Spielern und Zuschauern die – in modernen Gesellschaften seltene – Möglichkeit einer Gemeinschaftsbildung durch geteilte Erlebnisse, Emotionen und Erinnerungen.⁴ Er nivelliert dabei Standes- und Statusunterschiede, die in anderen gesellschaftlichen Bereichen relevant sind, und erfüllt auf diese Weise eine *Integrationsaufgabe*, die in einer individualisierten, pluralistischen Gesellschaft von großem Wert und Nutzen ist.⁵ Darüber hinaus übt der Sport eine *Repräsentations- bzw. Vorbildfunktion* aus, indem er die tragenden Prinzipien unserer Gesellschaft – Gleichheit, Freiheit, Wettbewerb, Fairness – in einer Weise abbildet, die für breite Bevölkerungskreise nachvollziehbar und anschlussfähig ist.⁶ Schließlich erbringt der Sport eine *Sozialisationsleistung*, weil er Kinder, Jugendliche, aber auch Sport treibende Erwachsene in einen regelgeleiteten und wertebasierten Leistungswettbewerb einübt.⁷

Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass die Förderung des Sports eine unbestrittene Staatsaufgabe ist.⁸ Aber auch der Schutz des Sportes vor der korruptiven Unterminierung seiner Regeln und Werte ist wegen seiner gesamtgesellschaftlichen und ökonomischen Bedeutung eine grundsätzlich zulässige und notwendige Aufgabe des Staates.⁹

Der Beitrag beruht auf einer schriftlichen Stellungnahme des Verfassers für den Rechtsausschuss des deutschen Bundestages, geht aber inhaltlich über diese hinaus.

¹ Dazu und zum Folgenden *Heilemann*, Bestechlichkeit und Bestechung im sportlichen Wettbewerb als eigenständiger Straftatbestand, 2014, S. 25 f., 59 f. S. ferner *Hutz/Kaiser*, NZWiSt 2013, 379, 382; *Pieth/Zerbes*, ZIS 2016, 619.

² Vgl. die Übersicht von Statista – Das Statistik-Portal, abrufbar unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/4867/umfrage/entwicklung-der-erloese-in-der-ersten-und-zweiten-fussballbundesliga/> (Stand: 18.09.2016).

³ *Pieth*, ZSR 2015, 135, 138.

⁴ *Schild*, Jura 1982, 464, 470 f.

⁵ *Schild*, Jura 1982, 464, 468.

⁶ Regierungsentwurf, S. 8. Umfassend dazu *Schild*, Jura 1982, 464, 468, 471; *Steiner*, Gegenwartsfragen des Sportrechts, 2004, S. 241 f.

⁷ *Rössner/Adolphsen*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Hrsg.), Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 1.

⁸ *Steiner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 87 Rn. 3.

⁹ A.A.: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 8/2016, S. 2, 4 f.; Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme Nr. 12/2016, S. 3; *Schild*, in: Wagner/Wolf (Hrsg.), Korruption, 2011, S. 158, 183, der dem Sport eine hinreichende gesamtgesellschaftliche Bedeutung abspricht, was indes mit *seinen* Darlegungen aus dem Jahr 1982 (s. Fn. 4 bis 6) schwerlich zu vereinbaren ist.

2. Strafrechtlicher Schutz des Sports

Das Strafrecht schützt den organisierten Sport bislang nur höchst lückenhaft.¹⁰ Gerade gegenüber dem sich ausbreitenden Phänomen des Wettbetruges sowie im korruptionsaffinen Bereich des Spitzensports entfaltet das Strafrecht bislang kaum Wirkung. Das hat mit Nachweisschwierigkeiten zu tun, an manchen Stellen fehlen aber auch schlicht anwendbare Straftatbestände.¹¹ Die geringe Wirkung des Strafrechts steht nicht in angemessenem Verhältnis zu der eingangs geschilderten sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Sports. Vor allem aber trägt die geringe Effizienz des Strafrechts nicht jenen Gefahren Rechnung, denen der Sport seit langem ausgesetzt ist.¹² Zahlreiche Skandale in den letzten Jahren zeigen, dass Korruption und Fehlverhalten von Funktionären und Sportlern die Integrität des Sports von innen untergraben.¹³ Gleichzeitig wirkt die organisierte Kriminalität verstärkt von außen in den Sport hinein.¹⁴ So waschen kriminelle Organisationen jährlich bis zu 100 Milliarden Euro mit Hilfe von Sportwetten oder erzielen hohe Gewinne durch Wetten auf verschobene Fußballspiele und andere Sportereignisse.¹⁵ Welches Ausmaß der Wettbetrug inzwischen erreicht hat, zeigen Ermittlungen von Europol, in deren Rahmen rund 380 Fußballpartien als verdächtig galten, darunter Spiele in Deutschland, Spanien, den Niederlanden und der Türkei – Begegnungen in der WM- und EM-Qualifikation sowie Spiele europäischer Top-Ligen eingeschlossen.¹⁶ Auch Spiele in unteren Ligen werden immer häufiger manipuliert, um Wettgewinne einzustreichen.¹⁷ Zuletzt ist berichtet worden, dass auch der Tennissport von Spielmanipulationen und Wettbetrug in einem bislang nicht erwarteten Umfang betroffen ist.¹⁸

3. Ziel und Inhalt des Regierungsentwurfes

Die Bundesregierung will dem Wettbetrug und den Spielmanipulationen entgegenzutreten. Der Regierungsentwurf sieht die Einführung von zwei Straftatbeständen vor: Sportwettbetrug (§ 265c StGB-E) und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB-E). Nach dem im Dezember 2015 in Kraft getretenen „Gesetz gegen Doping im Sport“ mit seinen Straftatbeständen¹⁹ setzt die Bundesregierung damit ein weiteres Zeichen, dass sie die Integrität des Sports auch mit dem Mittel des Strafrechts zu schützen beabsichtigt. Dabei geht der Regierungsentwurf, im ersten Zugriff, von einem weiten, d.h. nicht festgelegten Sportbegriff aus.²⁰ Dies ist sachgerecht, weil das, was die Gesellschaft als Spiel für sich entdeckt und mittels Regeln (und Organisation) zu einem Sportwettbewerb ausbaut, entwicklungs offen ist. Es ist daher auf die Anschauungen der Gesellschaft abzustellen, in der und für die der Sport die oben unter I. 1. gezeigten Funktionen ausübt. Wenn man dabei – was sachgerecht ist – zwischen Showveranstaltungen und Sportwettbewerben trennen will, kann es nicht auf das Selbstverständnis der an dem Spiel Beteiligten ankommen, vielmehr muss auf die herrschenden Anschauungen in der Bevölkerung abgestellt werden.²¹ Die – in der Realität ausgesprochen seltenen – Grenzfälle, in denen den Tätern nicht klar war, dass sie einen strafrechtlich geschützten Sportwettbewerb ausüben, kann die Praxis mit Hilfe der allgemeinen strafrechtlichen Irrtumsregeln (§§ 16, 17 StGB) bewältigen.

¹⁰ Rössner, Festschrift für Mehle, 2009, S. 567 ff.

¹¹ Rössner, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 7), Rn. 1726.

¹² Aufstellung der Korruptionsskandale seit 1919 bei Heilemann (Fn. 1), S. 77 ff. Übersicht über verschiedene Erscheinungsformen der Korruption im Sport bei Lammert, Korruption im Sport, 2014, S. 31 ff.

¹³ Übersicht bei Maennig, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 73 (2004), 263 ff. Zur Strafbarkeit des Kaufs einer WM-Vergabe Kubiciel/Hoven, FAZ v. 28.10.2015; Hoven/Kubicel/Waßmer, NZWiSt 2016, 121 ff.

¹⁴ Eindrucksvoll Mutschke, in: Höfling/Horst/Nolte (Hrsg.), Fußball – Motor des Sportrechts, 2014, S. 40, 41-43. S. ferner Spapens/Olfers, European J. Crime, Criminal L. & Justice 23 (2015), 333 ff.; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch Sport, Brüssel, 11.7.2007, KOM(2007) 391 final, S. 17 f.

¹⁵ BGH v. 15.12.2006, 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165; dazu Kubiciel, HRRS 2007, 68.

¹⁶ Süddeutsche Zeitung von 4.2.2013, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/sport/manipulation-im-fussball-europol-deckt-gewaltigen-wettbetrug-auf-1.1590936> (Stand: 18.09.2016).

¹⁷ Adams/Rock, ZfWG 2010, 381, 385.

¹⁸ Spiegel Online v. 18.1.2016; abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/sport/sonst/tennis-16-profis-sollen-laut-bbc-und-buzzfeed-spiele-manipuliert-haben-a-1072485.html> (Stand: 18.09.2016).

¹⁹ BGBl. I v. 12.12.2015, S. 2210 ff.; BT-Drs. 18/4898.

²⁰ Regierungsentwurf, S. 17. Krit. Deutscher Richterbund, Stellungnahme 4/16.

²¹ So Regierungsentwurf, S. 17. Anders Nunzinger/Rübenstahl/Bittmann, WiJ 2016, 34, 35, die Sportverbänden und -vereinen die Möglichkeit eines Opt-ins in ein für den Anwendungsbereich der Straftatbestände verbindliches Register eröffnen wollen. Dies ist aber aus dem oben im Text genannten Grund nicht ratsam und überdies unverhältnismäßig aufwändig.

Im Folgenden wird gezeigt, dass die Tatbestände tatsächlich bestehende Schutzlücken (II.) in verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch zulässiger Weise schließen (III.). Größere Änderungen sind daher nicht angezeigt (IV.).

II. Schutzlücken und Umfang der Kriminalisierung durch die §§ 265c, 265d StGB-E

1. Sportwettbetrug

a) Probleme bei der Strafverfolgung

aa) Im Hintergrund des neuen Straftatbestandes gegen Sportwettbetrug stehen die Anwendungsprobleme, die der Betrugstatbestand auf diesem Deliktsfeld bereitet. Diese haben ihren Grund zunächst darin, dass § 263 StGB nicht das eigentliche Match-Fixing durch Spieler, Schiedsrichter und Wettbetrüger pönalisiert. Die tatbestandlich relevante Handlung ist vielmehr eine konkludente Täuschung durch den Erwerb eines Wettscheins. Dies geschieht zu einer späteren Zeit und an einem anderen Ort als dem vorherigen Match-Fixing, zumal ein Wettschein im Internet, d.h. an einem beliebigen Platz der Erde, erworben werden kann. Entsprechend groß sind die Ermittlungsschwierigkeiten.²² Denn die Ermittlungen sind nicht nur typischerweise grenzüberschreitend zu führen, sondern haben auch zwei Handlungskomplexe aufzuklären: Nachzuweisen sind zum einen eine vorherige Verschiebung des Spiels und zum anderen die darauf aufbauende konkludente Täuschung sowie die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugers. Um zu einer Strafe zu gelangen, sind gerichtsfeste Beweise zu zwei Tatkomplexen zu erbringen, die in der Regel in unterschiedlichen Staaten begangen worden sind.

bb) Nicht an politische, sondern an faktische und rechtsstaatliche Grenzen stößt der Nachweis eines Vermögensschadens. In der „Hoyzer“-Entscheidung begnügte sich der BGH für die Annahme eines Vermögensschadens noch mit der Feststellung, dass die von dem in den Betrug eingebundenen Wettkunden erkaufte Chance auf den Wettgewinn wesentlich mehr wert sei, als er dafür in Ausnutzung seiner Täuschung bezahlt habe. Diese „Quotendifferenz“ stelle bei jedem Vertragsschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. Ein solcher Quotenschaden müsse nicht beziffert werden, vielmehr reiche die Bewertung der relevanten Risikofaktoren aus.²³ Dem ist das BVerfG entgegengetreten: Es verlangt den Nachweis eines Vermögensschadens in seiner konkreten Höhe.²⁴ Der BGH verlangt daher, dass der Schaden auch bei einem versuchten Wettbetrug, bei dem es nicht zu einer Gewinnausschüttung gekommen ist, der Höhe nach zu beziffern und nachvollziehbar darzulegen sei. Dies könne die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des Wetterfolges und dessen Beeinflussung durch die Manipulation sowie des Wertes der mit dem Wettvertrag eingegangenen Verbindlichkeiten notwendig machen.²⁵ Dieser Nachweis ist, wie der Regierungsentwurf betont, in vielen Fällen kaum zu führen.²⁶ Dies führt nicht nur zur Straflosigkeit der (organisierten) Wettbetrüger, sondern auch der für diese Betrugsmasche essentiellen Spieler, Trainer oder Schiedsrichter.

b) Lösung durch den Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf begegnet diesen Schwierigkeiten. Künftig sollen sich Sportler, Trainer sowie Schieds-, Wertungs- und Kampfrichter strafbar machen, wenn sie einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder entgegennehmen, dass sie den Verlauf oder das Ergebnis eines Wettbewerbs des organisierten Sports beeinflussen und infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werde (§ 265c Abs. 1, 3 StGB-E). Spiegelbildlich dazu pönalisiert § 265c Abs. 2, 4 StGB-E die aktive Seite der Bestechung, d.h. diejenigen, die solche Vorteile zu diesem Zweck anbieten, versprechen oder gewähren.

²² Mutschke (Fn. 14), S. 43.

²³ BGH v. 15.12.2006, 5 StR 181/06, Rn. 32—BGHSt 51, 165; dazu Gaede, HRRS 2007, 16, 18.

²⁴ BVerfG v. 07.12.2011, 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10, Rn. 176 – NSTz 2012, 496.

²⁵ BGH v. 20.12.2012, 4 StR 55/12, Rn. 36 ff. – BGHSt 58, 102.

²⁶ Regierungsentwurf, S. 1, 8; s. auch PSts Lange, Südwest Presse v. 7.10.2015.

c) Bewertung des Umfangs der Kriminalisierung

aa) Das gewählte Vorgehen ist sachgerecht. Der Tatbestand adressiert das primäre Unrecht – das Match-Fixing. Dadurch können die an einem Wettbetrug notwendig Beteiligten nicht (wie bisher) nur wegen einer Beihilfe zum Betrug zur Verantwortung gezogen werden, sondern als Täter des § 265c Abs. 1 StGB-E.²⁷ Dies bringt ihre zentrale Rolle bei der Verschiebung des Spieles und des sich daran anschließenden Wettbetruges angemessen zum Ausdruck.

bb) Zudem kann sich die Ermittlungstätigkeit durch die Konzeption des Tatbestandes auf *einen* Handlungskomplex konzentrieren, der sich zumeist an einem Ort zuträgt. Schon dies dürfte zu einer merklichen Entlastung der Ermittlungsarbeit führen. Darüber hinaus kann wegen der gewählten Konstruktion auf den Nachweis des Eintritts eines konkret zu beziffernden Vermögensschadens verzichtet werden. Dies wird weitere, spürbare Erleichterungen für die Staatsanwaltschaften und Gerichte mit sich bringen. Nachzuweisen ist vielmehr eine Unrechtsvereinbarung, der zufolge die Spielbeeinflussung zu einer Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine auf das manipulierte Spiel bezogene Sportwette führen soll. Eine Bezifferung des (angestrebten) Vermögensvorteils ist aus zwei Gründen nicht notwendig: Erstens kann die Unrechtsvereinbarung sich nicht auf eine – auch nur einigermaßen – konkrete Höhe beziehen, da diese für die Täter bei Vornahme der Tathandlung nicht kalkulierbar ist: Die Höhe des erzielbaren Vermögensvorteils hängt von der Wettquote und anderen Faktoren ab, welche beim Eingehen der Unrechtsvereinbarung typischerweise noch offen sind. Zweitens ist auch für die Strafzumessung die Höhe des (erstrebten oder tatsächlich erzielten) Vermögensvorteils unerheblich, da § 265c StGB-E nicht allein – ja nicht einmal primär – das Vermögen Dritter schützt, sondern die Integrität des Sports. In welchem Maße die Integrität der Institution Sport geschädigt wird, hängt wesentlich von Umfang, Intensität und Häufigkeit der Manipulationen ab, nicht von dem daraus entstandenen Vermögensschaden bei außerhalb des Sports stehenden Wettkunden und Wettanbietern.

cc) Der Anwendungsbereich des § 265c StGB-E – Wettbewerb des organisierten Sports – ist ausreichend weit gezogen (vgl. Abs. 5). Denn er erfasst neben dem Profi- auch den Amateursport, der, wie oben dargelegt, häufig Anknüpfungspunkt für einen Sportwettbetrug ist.²⁸ Lediglich rein privat organisierte Sportwettbewerbe sind kein tauglicher Bezugspunkt. Dies ist angemessen. Denn Wetten auf Spiele des nicht-organisierten, privaten Sports werden von Anbietern öffentlicher Sportwetten nicht oder jedenfalls nicht in nennenswerter Zahl angeboten und sind damit auch nicht Bezugspunkt eines Match-Fixings zum Zwecke eines Wettbetruges.

dd) Zu Recht stellt § 265c StGB-E auf eine öffentliche Sportwette und nicht etwa auf eine (nach deutschem Recht) genehmigte oder genehmigungsfähige Sportwette ab. Denn 80 bis 90 Prozent des Sportwettaufkommens sind im „grauen“, d.h. in Deutschland nicht genehmigten Bereich angesiedelt. Soll die Integrität des (deutschen) Sports geschützt und effektiv gegen Sportwettbetrug vorgegangen werden, müssen auch und gerade jene Sportwetten erfasst werden, deren betrügerische Beeinflussung schon rein numerisch eine Hauptursache für korruptive Angriffe auf die Integrität des Sports sind.

ee) *Krack* hat die berechtigte Frage aufgeworfen, weshalb § 265c StGB-E nur bei Manipulationen „zugunsten des Wettbewerbsgegners“, nicht aber durch dessen Benachteiligung eingreife.²⁹ Denn ein Spielverlauf lässt sich tatsächlich auch dadurch verzerren (und damit ein Sportwettbetrug ermöglichen), dass ein „gekaufter“ Spieler die gegnerische Mannschaft durch ein grobes Foul an einem Führungsspieler oder durch das Erschleichen eines Elfmeters mittels einer „Schwalbe“ *benachteiligt*. Indes lassen sich Manipulationen mit solchen Mitteln praktisch schwieriger realisieren als die Bevorzugung des Gegners durch die Verursachung eines Eigentors oder eines Elfmeters für die gegnerische Mannschaft. Vor allem aber sind Handlungen zu Lasten der gegnerischen Mannschaft sporttypisch, während Aktionen zu Gunsten des Gegners sportuntypisch sind. Folglich lässt sich bei letzteren leichter ein deliktischer Zusammenhang erkennen als bei sporttypischen Handlungen.

²⁷ Regierungsentwurf, S. 9.

²⁸ Regierungsentwurf, S. 17. – Die diesbezüglich geäußerte Kritik (*Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686, 689) ist daher unbegründet.

²⁹ *Krack*, ZIS 2016, 540, 546.

→ § 265c StGB-E hat einen angemessenen Umfang, der die existierenden Schutzlücken sachgerecht schließt.

2. Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe

a) Schutzlücke

Der Straftatbestand schließt eine echte Regelungslücke. Derartige Formen kollusiven Zusammenwirkens zum Zweck der Verzerrung von Sportwettbewerben sind bislang nicht strafbar, obwohl sie zu erheblichen finanziellen Schäden bei den unmittelbar Benachteiligten führen können, etwa in Folge eines Abstiegs in eine untere Liga, dem Verlust von Preis- und Sponsorengeldern etc.³⁰ Den Großteil der sozialen Kosten dieser Art von Korruption haben aber Unbeteiligte zu tragen. Denn Zuschauer und Sponsoren wenden sich ab, wenn eine Sportart in Misskredit gerät – zum Schaden der ehrlichen Athleten.³¹ Vor allem aber wird der Sport selbst als eine gesellschaftlich wertvolle Institution in Mitleidenschaft gezogen, wenn seine zentralen Akteure die für eine Sportart konstitutiven Regeln korruptiv umgehen.

b) Lösung durch den Regierungsentwurf

Wie § 265c StGB-E so ist auch § 265d StGB-E klassischen Korruptionsdelikten nachgebildet. § 265d Abs. 1 StGB-E kriminalisiert Sportler und Trainer, die einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie den Verlauf oder das Ergebnis eines berufssportlichen Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflussen. Spiegelbildlich dazu bestraft § 265d Abs. 2 StGB-E diejenigen, die diesen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren. § 265d Abs. 3 StGB-E adressiert Schieds-, Wertungs- und Kampfrichter, die einen Vorteil als Gegenleistung für eine regelwidrige Beeinflussung eines berufssportlichen Wettbewerbs fordern oder entgegennehmen, § 265d Abs. 4 StGB-E die spiegelbildliche „Geberseite“.

c) Bewertung des Umfangs der Kriminalisierung

aa) § 265d StGB-E schließt die oben skizzierte Schutzlücke und wirkt dadurch den geschilderten Gefahren entgegen. Weil im Unterschied zu § 265c StGB-E keine Absicht verlangt wird, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil (durch eine Sportwette) zu erzielen, kann § 265d StGB-E überdies die Funktion eines Auffangtatbestandes erfüllen, wenn sich bei Ermittlungen wegen eines Sportwettbetruges die Absicht, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil durch eine Sportwette zu erzielen, nicht nachweisen lässt, weil die beteiligten Sportler, Trainer oder Schiedsrichter in diese Hintergründe nicht eingeweiht waren.

bb) Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist enger gefasst als bei § 265c StGB-E. Die Unrechtsvereinbarung muss sich – wie bei § 265c StGB-E – zunächst auf einen Wettbewerb des organisierten Sports beziehen, der von einem Sportbundesverband oder einer internationalen Sportorganisation veranstaltet wird (§ 265d Abs. 5 Nr. 1 StGB-E). Zudem müssen in dem Wettbewerb Regeln einzuhalten sein, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung verabschiedet worden sind. Beides ist sachgerecht, da Korruption im unorganisierten Bereich – reinen Privatspielen oder Hobbyligen – kaum vorkommt und daher kein erhebliches Potenzial zur Schädigung des Sports und anderer Institutionen aufweist. Außerdem ist bei privat organisierten Spielen, die keinen oder ad hoc gefundenen Regeln folgen, zu fragen, ob hier tatsächlich eine schützenswerte Erwartung in die Regelkonformität besteht. Meines Erachtens lässt sich dies mit guten Gründen verneinen. Im Unterschied zu § 265c StGB-E erfasst der Tatbestand gegen Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe aber nur Sportveranstaltungen, an denen überwiegend Spieler teilnehmen, die durch den Sport unmittelbar oder mittelbar erhebliche Einnahmen erzielen (§ 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB-E).³² Der Regierungsentwurf begründet dies zunächst damit, dass der Profisport besondere Aufmerksamkeit von der Öffentlichkeit erfahre.³³ Jedoch können Korruption und Manipulation auch im Amateurbereich, man denke nur an Landesligen im

³⁰ Regierungsentwurf, S. 9; Lammert (Fn. 11), S. 66 ff.; Maennig, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 73 (2004), 263, 272.

³¹ Regierungsentwurf, S. 9; Heilemann (Fn. 1), S. 97 f.; Maennig, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 73 (2004), 263, 273.

³² Regierungsentwurf, S. 20.

³³ Regierungsentwurf, S. 9.

Fußball, beachtliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen; dementsprechend tangieren solche Fälle auch die Integrität des Sports. Zudem sind Amateurfußballspiele nicht selten Anknüpfungspunkt für einen Wettbetrug. Wer mit § 265d StGB-E die Integrität des Sports schützen und die Vorschrift zugleich als Auffangtatbestand für § 265c StGB-E einsetzen will, hätte folglich auch den organisierten Amateursport miteinbeziehen können.³⁴ Zuzugeben ist dem Regierungsentwurf jedoch, dass die finanziellen Folgen einer Manipulation im Berufssport deutlich größer sind als im Amateursport. Zudem ist die Definition des § 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB-E so weit, dass auch Sponsorengelder sowie Einnahmen aus einer Arbeitsvergütung bzw. die Besoldung erfasst sind.³⁵ Insgesamt ist die Regelung folglich vertretbar; eine dringende Notwendigkeit für eine Erweiterung besteht nicht.

cc) Die Frage, wann an einem Wettkampf überwiegend Sportler teilnehmen, die durch ihre sportliche Betätigung Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen, wirft keine besonderen Auslegungsschwierigkeiten auf.³⁶ Bei gemischten Teams ist im Zweifel numerisch („überwiegend“) zu entscheiden, nicht teleologisch.

→ § 265d StGB-E hat einen angemessenen Umfang, der die existierenden Schutzlücken sachgerecht schließt.

III. Gesetzeszweck und Legitimation

1. Der Strafgrund der §§ 265c, 265d StGB-E

Angesichts des Wortlauts und der Struktur der Tatbestände überrascht es nicht, dass die Verfasser des Entwurfes die Integrität des Sports betonen, nicht den Vermögensschutz. Letzterer ist, wie bei vergleichbaren Korruptionstatbeständen (§ 299 StGB) nur eine zweite, sekundäre Rechtfertigungslinie. Im Vordergrund steht hingegen der Schutz einer gesellschaftlichen Institution, hier: des Sports. Dessen herausragende gesellschaftliche Bedeutung hebt die Begründung des Regierungsentwurfes besonders hervor. Erst an zweiter Stelle fügt er hinzu, dass von Wettbetrugshandlungen und Manipulationen berufssportlicher Wettbewerbe „außerdem“ erhebliche Gefahren für das Vermögen anderer ausgingen.³⁷ Insofern ist ein klarer, die Auslegung anleitender Strafgrund erkennbar.³⁸

2. Legitimation

Dass der Staat das Vermögen seiner Bürger gegen Sport(wett)betrug strafrechtlich schützen darf, lässt sich nicht bezweifeln.³⁹ Bestritten wird hingegen, ob sich der Staat des Strafrechts als Mittel zum Schutz der Integrität des Sports bedienen darf. Auch dies ist zu bejahen.

a) Verfassungsrecht

Der organisierte Sport ist eine Institution, die wegen der unter I. 1. dargelegten sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung für die Gesellschaft ausgesprochen wichtig ist. Nicht „vage“⁴⁰, sondern handfeste Interessen der Gesellschaft am Erhalt dieser wichtigen Institution und ihrer Funktionen stehen in Rede. Solche Institutionen gegen Angriffe von innen und außen zu schützen, ist ein „wichtiger Gemeinschaftsbelang“⁴¹ bzw. ein „wichtiges Anliegen der Gemeinschaft“⁴² im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG. Dies auch aus einem anderen Grund: Breiten sich korruptive Regelumgehungen in einem für die Gesellschaft so wichtigen Bereich wie dem Sport aus, unterminiert das nicht nur die Institution Sport. Vielmehr können solche Tendenzen aufgrund der Repräsentations- bzw. Vorbildfunktion des Sports (oben I. 1.) auch zu Normerosionen in anderen gesellschaftlichen Bereichen führen. Verfestigt sich der Eindruck, dass Wettbewerbe im Spitzensport käuflich sind, kann dies durchaus die bei nicht

³⁴ Kubiciel, jurisPR-StrafR 3/2016. In diese Richtung auch Krack, ZIS 2016, 540, 545 f.; Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme, S. 9.

³⁵ Regierungsentwurf, S. 20.

³⁶ S. aber Fiedler, DRiZ 2016, 17; Swoboda/Bohn, JuS 2016, 686, 689.

³⁷ Regierungsentwurf, S. 1 f., 8 f.

³⁸ Die an dieser Rangfolge von Institutionen- und Vermögensschutz geäußerten Zweifel (Nunzinger/Rübenstahl/Bittmann, WiJ 2016, 34, 35; Swoboda/Bohn, JuS 2016, 686, 689) sind angesichts der Klarheit des RegE (S. 1 f., 8 f.) unberechtigt.

³⁹ Pfister, Festschrift für Werner Lorenz, 1991, S. 171, 175; Steiner (Fn. 6), S. 242.

⁴⁰ Krack, ZIS 2016, 540, 545.

⁴¹ BVerfGE 90, 145, 172 f., 184.

⁴² Ebd.

wenigen vorhandene Neigung zur Vorteilsuche qua Regelumgehung fördern.⁴³ Auf lange Sicht könnte dies dazu führen, dass der Virus der Korruption von einem gesellschaftlichen Teilbereich auf andere Bereiche überspringt. Insgesamt stellt der Schutz des organisierten Sports als gesellschaftlich wichtige und staatlich geförderte Institution damit ein *verfassungsrechtlich zulässiges Ziel* dar.⁴⁴

b) Sportverfassungsrecht: Die Autonomie der Sportverbände und ihre Grenzen

Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, ob der Straftatbestand gegen die Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben die von Sportverbänden reklamierte und *auf Art. 9 Abs. 1 GG gestützte Autonomie respektiert*. Ist es nicht primär oder gar exklusiv die Aufgabe der Sportverbände, gegen regelwidrige Beeinflussungen der von ihnen organisierten Wettbewerbe vorzugehen und die selbstgesetzten Sportregeln gegen Umgehung zu sichern?⁴⁵

Auch der „Sportpflegestaat“ hat die von Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete Vereinigungsfreiheit zu respektieren. Dies heißt aber nicht, dass sich die am Sport unmittelbar Beteiligten (Sportler, Verbände und Funktionäre) in einem rechts- oder justizfreien Raum bewegen.⁴⁶ Eine unbeschränkte Verbandsautonomie kann es schon deshalb nicht geben, weil Sportverbände und -vereine zu einer ökonomisch und gesellschaftlich relevanten Größe herangewachsen sind. Weil ihr Handeln über den Bereich hinausstrahlt, für welchen sie Autonomie beanspruchen können, wird ihr Handeln zum Gegenstand politischer Gestaltung und rechtlicher Regulierung.⁴⁷ Der organisierte Sport hat eine solche soziale Relevanz (s. oben I. 1.). Für den Berufssport, der noch enger mit Wirtschaft, Medien und Politik verflochten ist, gilt dies in einem gesteigerten Maß. Schon aus diesem Grund kann der organisierte Sport, der Berufssport zumal, keine strafrechtsfreie Zone sein.

Es kommt hinzu, dass auf den Berufssport durch seine – freiwillig vollzogene – Öffnung für den Einfluss von Wirtschaft und Medien Kräfte einwirken, die das Spiel, seine Darbietung und nicht selten auch die Regeln verändert haben.⁴⁸ Der Sport hat, wenn man so will, autonom auf einen großen Teil seiner Autonomie verzichtet. Damit haben die Verbände und Vereine zugleich Gefahren heraufbeschworen, derer sie nicht mehr Herr werden. Insbesondere hat die Ökonomisierung des Sports den Anreiz für die Manipulation von Sportwettbewerben erhöht. Gegen die im Verborgenen begangenen, zumeist in größere Organisationszusammenhänge eingebetteten Manipulationsformen (Doping und Korruption) können sich Sportler, Verbände und Vereine nur eingeschränkt zur Wehr setzen, da das Arsenal an Aufklärungsmitteln und Sanktionen begrenzt ist.⁴⁹ Auch vor diesem Hintergrund ist der Staat berechtigt, die von ihm in vielfältiger Form geförderte Institution „Sport“ und ihre sozialen Funktionen zu schützen.⁵⁰ Eine Verletzung der Autonomie der Verbände und Vereine liegt darin nicht, im Gegenteil: Schreitet der „Sportpflegestaat“ mit dem Mittel des Strafrechts gegen grobe Formen der Wettbewerbsverzerrung ein, *schützt* er die Autonomie gegen Angriffe von innen und außen.

Unschädlich ist es dabei, dass die Straftatbestände auf von Sportverbänden gesetzte Wettbewerbs- und Sportregeln Bezug nehmen. Zwar sind solche Regeln keine Rechtsregeln; auch obliegt die Durchsetzung von Wettbewerbs- bzw. Spielregeln primär den Verbänden.⁵¹ Dies schließt jedoch nicht aus, dass ein Straftatbestand an Sportwettbewerbsregeln anknüpft und – unter zusätzlichen Voraussetzungen – deren Verletzung kriminalisiert. Zulässig ist eine solche Verknüpfung einer Sportregelverletzung mit dem staatlichen Recht nicht nur,

⁴³ Dazu bereits *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 3/2016. Plastisch BM *Maas*, Deutscher Anwaltstag 2016: „Wie können wir von den Menschen die Einhaltung von Gesetzen erwarten, wenn sie erleben, dass im Sport der Weg zu Ruhm und Erfolg über Lüge, Betrug und Manipulation führt? Ein Staat, der das tatenlos hinnimmt, wird über kurz oder lang die Rechtstreue seiner Bürgerinnen und Bürger verspielen!“ Abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2016/0602016_67_Deutscher_Anwaltstag.html (Stand: 18.09.2016). S. auch *Lammert* (Fn. 12), S. 72 f.

⁴⁴ *Hutz/Kaiser*, NZWiSt 2013, 379, 383 f.

⁴⁵ In diese Richtung Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme Nr. 12/2016, S. 3.

⁴⁶ *Heilemann* (Fn. 1), S. 60 ff.; *Lammert* (Fn. 12), S. 165 f.; *Steiner* (Fn. 8), § 87 Rn. 12.

⁴⁷ *Rössner/Adolphsen* (Fn. 7), Rn. 5; *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 41 Rn. 12.

⁴⁸ Ausführlich *Steiner* (Fn. 6), S. 249 ff.

⁴⁹ *Heilemann* (Fn. 1), S. 184 f.; *Lammert* (Fn. 12), S. 303; *Rössner* (Fn. 10), S. 570.

⁵⁰ Vgl. dazu *Heilemann* (Fn. 1), S. 63 f., 182 f.; *Steiner* (Fn. 8), § 87 Rn. 6.

⁵¹ *Kummer*, *Spielregel und Rechtsregel*, 1973, passim; *Schild*, in: *Württembergischer Fußballverband e.V.* (Hrsg.), *Fairness-Gebot, Sportregeln und Rechtsnormen*, 2003, S. 19 ff.

wenn diese zu Vermögensschäden bei Dritten führt.⁵² Zulässig ist sie auch dann, wenn die Regelverletzung sportuntypisch ist, sie das Spiel also nicht – wie ein Foulspiel – nur stört, sondern das Spiel gleichsam zerstört (etwa: durch das „Verschieben“ eines Wettbewerbes). Weil solche Wettbewerbsverzerrungen die Integrität des gesellschaftlich wichtigen organisierten Sports untergraben, kann aus einer korruptiven Verletzung der das Spiel konstituierenden Regeln strafrechtliches Unrecht werden.⁵³ Die Kriminalisierung solcher Regelverletzungen verletzt die Autonomie des Sports bzw. seiner Verbände nicht.⁵⁴

c) Strafrecht

Auch mit der Gestalt und der *inneren Struktur des Strafrechts* ist der Schutz des institutionalisierten Sports und seiner Integrität *kompatibel*. Der von Teilen der Strafrechtswissenschaft vertretene Rechtsgutsbegriff steht dem nicht entgegen.⁵⁵ Im Gegenteil: Mit den meisten der von der Strafrechtswissenschaft angebotenen Rechtsgutsdefinitionen ist der Schutz des organisierten Sports, seiner Regeln und Werte ohnehin vereinbar, da diese Begriffsbildungen von einer ausgesprochen großen Weite sind.⁵⁶ Die Konturen eines engeren Rechtsgutsbegriffs, welcher den §§ 265c, 265d StGB-E im Wege stehen könnte, hat die Strafrechtswissenschaft selbst nach einem halben Jahrhundert nicht zu konturieren vermocht. Ebenso wenig ist ihr gelungen, einen Geltungsgrund für einen solchen Begriff zu benennen.⁵⁷ Schon 2013 konstatierte *Hassemer*, der sich über Jahrzehnte für einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff stark gemacht hatte, daher eine sich seit längerem abzeichnende „Verabschiedung des Rechtsguts“.⁵⁸ *Kudlich* hat den Rechtsgutsbegriff unlängst auf die Rolle reduziert, einen „space of reasons“ aufzuspannen, „innerhalb dessen wir über die Legitimität von Strafnormen diskutieren müssen.“⁵⁹ Das Wort Rechtsgut ist folglich nicht mehr als ein Platzhalter für kriminalpolitische Erörterungen.⁶⁰ Der Regierungsentwurf hat – wie oben unter I. und II. gezeigt – die Notwendigkeit des Schutzes der Integrität des organisierten Sports durch die §§ 265c, 265d StGB-E dargelegt und damit den *space of reasons* mit nachvollziehbaren kriminalpolitischen Erörterungen aufgefüllt. Er hat damit zwei Tatbestände geschaffen, die – wie viele andere auch – die Integrität einer gesellschaftlichen Institution schützen.⁶¹

IV. Einordnung und Ausgestaltung der Tatbestände

1. Der 22. Abschnitt des StGB als angemessener Ort?

Angesichts der Zweckrichtung der Tatbestände überrascht ihre Einordnung in den 22. Abschnitt des StGB.⁶² Ihre Struktur und ihre Zielsetzungen passen mindestens ebenso gut, wenn nicht besser, in das Umfeld des § 299 StGB (und der neuen §§ 299a, 299b StGB),⁶³ die ebenfalls Ordnungssysteme gegen eine korruptive Umgehung konstituierender Normen schützen. Laut Entwurfsbegründung ist diese Verortung auf den Zusammenhang der Tatbestände mit dem von ihnen ebenfalls intendierten Vermögensschutz zurückzuführen.⁶⁴ Jedoch trifft diese Erwägung hauptsächlich für § 265c StGB-E zu und nicht für den vom Schutz von Vermögensinteressen weitgehend entkoppelten § 265d StGB-E. Dennoch überschreitet der Gesetzgeber mit der Einordnung auch des letztgenannten Tatbestandes in den 22. Abschnitt nicht die Grenzen seines kriminalpolitischen Ermessens. Denn die Vorschrift gegen die Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe weist eine Sachnähe zu § 265c StGB-E auf und kann die Funktion eines Auffangtatbestandes erfüllen, sollten sich die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Sportwettbetruges nicht nachweisen lassen. Vor allem aber folgt die Le-

⁵² Oben Fn. 39.

⁵³ Vgl. *Schild* (Fn. 51), S. 47.

⁵⁴ In diese Richtung auch *Pfister* (Fn. 39), S. 191 f.

⁵⁵ In diese Richtung aber Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 2/16; *Krack*, ZIS 2016, 540, 544 ff.; *Nunzinger/Rübenstahl/Bittmann*, WiJ 2016, 34, 35; *Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686, 689. Im Ergebnis wie hier *Bannenberg/Rössner*, in: Weinreich (Hrsg.), *Korruption im Sport*, 2006, S. 214, 219 f.; sowie *Heilemann* (Fn. 1), S. 206 f., 211 ff., die zwar nicht auf den Sport als Institution, sondern auf den Wettbewerb abstellt.

⁵⁶ Mit weiteren Nachweisen *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 57 ff.

⁵⁷ Umfassend dazu *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 ff.

⁵⁸ *Hassemer* bei *Youssef/Goenzi*, ZStW 125 (2013), 659, 665.

⁵⁹ *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, 651.

⁶⁰ Näher dazu *Kubiciel*, in: *Duve/Ruppert* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, im Erscheinen.

⁶¹ Dazu mit Beispielen *Kubiciel*, in: *Kempf u.a.* (Hrsg.), *Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen*, 2015, S. 158 ff.

⁶² Dazu und zum Folgenden bereits *Kubiciel*, *jurisPR-StrafR* 3/2016. Ferner Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 8/2016, S. 7 f., 9 f.

⁶³ Vgl. auch *Rössner* (Fn. 10), S. 577 f.

⁶⁴ Regierungsentwurf, S. 9.

galordnung des StGB ohnehin nicht durchweg einem „inneren“, materiellen System. Letzteres in der Vielfalt der Normen und in einem nicht durchweg stringenten Gesetz zu erkennen, ist die genuine Aufgabe der Strafrechtswissenschaft.

2. Angemessenheit der Ausgestaltung

a) Klassische Korruptionstatbestandsmerkmale

Die in den neuen Strafvorschriften enthaltenen Tatbestandsmerkmale sind überwiegend aus anderen Korruptionstatbeständen bekannt. Dies gilt nicht nur für den, weit zu verstehenden, Vorteilsbegriff,⁶⁵ sondern auch für die Tathandlungen. Infolgedessen kann zur Bestimmung des Umfangs dieser Tatbestandsmerkmale auf die reichhaltige Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden. Auch das zentrale Merkmal jeder Korruptionsvorschrift, die Unrechtsvereinbarung, findet sich in beiden neuen Strafvorschriften wieder. Der Nachweis einer Unrechtsvereinbarung fällt zwar nicht leicht, ist aber – wie sich bei Ermittlungen in anderen Fällen von Korruption zeigt – durchaus zu führen,⁶⁶ zumal die Entwurfsverfasser besonders schwere Fälle (§ 265e StGB-E) in den Katalog jener Straftaten aufnehmen, bei denen eine Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden kann (siehe Art. 2 RegE).

b) Besonderheiten der §§ 265c, 265d StGB-E

aa) § 265c StGB-E

Teil der Unrechtsvereinbarung ist das Versprechen, den Verlauf eines Sportwettbewerbs oder das Ergebnis zu beeinflussen. Eine solche Beeinflussung soll auch vorliegen, wenn ein Spieler bewusst hinter seinen Leistungsmöglichkeiten zurückbleibt oder bewusst Gewinnchancen vergibt.⁶⁷ Kritiker sehen darin die Pönalisierung einer Verletzung von ethischen Pflichten gegen sich selbst, die für sich gesehen nicht sozial unerträglich und daher nicht strafwürdig sei.⁶⁸ Dem ist zu widersprechen. Denn eine bewusste Leistungsverweigerung wirkt sich nachteilig auf andere aus (z. B. Mannschaftsmitglieder), bleibt also nicht innerhalb der Autonomiesphäre einer Person, sondern tangiert die Sozialsphäre. Zudem ist das bewusste Manipulieren des Spielverlaufs durch ein Zurückbleiben hinter seinen Leistungsmöglichkeiten jedenfalls dann sportuntypisch, wenn die Leistungsverweigerung korruptiv erkaufte worden ist. Dass die Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses sportuntypisch ist, gibt diesem Tatbestandsmerkmal sein normatives Gepräge und zeigt zugleich die Akzessorität des § 265c StGB-E.

Dem Wortlaut des Entwurfes nach verlangt die Unrechtsvereinbarung auch, dass „ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette“ erlangt werde. Ob diese Formulierung angemessen ist, lässt sich bezweifeln.⁶⁹ Denn der Sportler kann als Gegenleistung für die Erlangung des Vorteils nur versprechen, den Spielverlauf bzw. das Ergebnis zu verzerren. Dass der Vorteilsgeber oder Dritte einen Vermögensvorteil durch eine Sportwette erstreben, kann der Sportler wissen, nicht aber versprechen. Klarer erscheint aus hiesiger Sicht die Formulierung „(...) dass er den Verlauf oder das Ergebnis zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse, weil infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werden sollte (...)“. Auf diese Weise würde deutlich, dass der passiv Bestochene zwar Kenntnis von dem Zweck der Wettbewerbsbeeinflussung haben muss, dieser Zweck aber nicht Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung sein kann. Sachgerecht lösen ließe sich damit auch der von *Krack* gebildete Fall, in dem sich der Spieler innerlich vorbehält, die Wettbewerbsbeeinflussung zu unterlassen.⁷⁰ Ein solcher Fall wäre, jedenfalls nach der oben vorgeschlagenen Formulierung, strafbar, da der bestochene Spieler lediglich die Wettbewerbsbeeinflussung versprechen und zusätzlich Kenntnis von dem Zweck der von ihm erwünschten Wettbewerbsbeeinflussung haben muss. Dass er gar nicht vorhat, den Wettbewerb zu beeinträchtigen und damit die Erlangung eines Vermögensvorteils zu er-

⁶⁵ Zweifel an dessen Weite (*Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686, 688) sind – wie überhaupt im Korruptionsstrafrecht – unbegründet, zumal nicht der geringwertige, sondern der hochwertige Vorteil die Regel sein wird.

⁶⁶ A.A.: Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 2/16.

⁶⁷ Regierungsentwurf, S. 14.

⁶⁸ Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 2/16; ebenso: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 8/2016, S. 6 f.

⁶⁹ Dazu und zum Folgenden *Krack*, ZIS 2016, 540, 548.

⁷⁰ *Krack*, ZIS 2016, 540, 549.

möglichen, ist hingegen unschädlich. Da auch solche Korruptionsabsprachen die Integrität des Sports unterminieren können, ist der Fall nach der Konzeption des § 265c StGB-E strafwürdig, auch wenn fremdes Vermögen tatsächlich nicht gefährdet worden ist.

bb) § 265d StGB-E

§ 265d StGB-E ist deutlicher akzessorisch ausgestaltet. Er nimmt auf die Regeln des Sportwettbewerbs Bezug, indem er eine „wettbewerbswidrige“ Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses verlangt. Der Regierungsentwurf hebt zu Recht hervor, dass damit das Erstreben „wettbewerbsimmanenter“ – oder besser: sportwettbewerbstypischer – Vorteile ausgeschlossen ist. Die konkludente Vereinbarung zweier Mannschaften, auf ein für beide Mannschaften im Turnier vorteilhaftes Unentschieden zu spielen, ist damit straflos, da ein solcher Vorteil typisch für ein Turnier ist.⁷¹ Ebenso wenig ist es tatbestandsmäßig, wenn ein Trainer zur Schonung seines Kaders mit einer „B-Mannschaft“ spielen und damit dem Gegner des Spiels einen Vorteil zukommen lässt.⁷² Denn auch diese Form der Wettbewerbsverzerrung ist – ebenso wie der vom Trainer mit seiner Entscheidung gesuchte Vorteil – wettbewerbsimmanent bzw. sporttypisch. Diese Beschränkungen sind sachgerecht, geht es doch um die Pönalisierung von Wettbewerbsverzerrungen, die das Spiel, bildlich gesprochen, zerstören bzw. dessen Sinn pervertieren (dazu oben II. 2. b).

V. Kriminalpolitische Schlussfolgerungen

1. Die Straftatbestände sind verfassungskonform und kriminalpolitisch sinnvoll. Sie schließen Schutzlücken in einem Bereich, der in zunehmendem Maß kriminellen Angriffen von innen und außen ausgesetzt ist. Dass sich die Sportverbände wegen der Einführung der Straftatbestände aus der Präventionsarbeit zurückziehen werden, steht nicht zu erwarten.⁷³ Zum einen begrüßen die Verbände staatliche Hilfe gegen den Sportwettbetrug und sehen diese als Ergänzung der eigenen Arbeit.⁷⁴ Zum anderen käme es zu einem weiteren erheblichen Imageverlust, wenn die Verbände ihre – schon jetzt ausbaufähigen – Compliance-Anstrengungen reduzierten. Und schließlich haben die Verbände und ihre Funktionäre ein handfestes eigenes Interesse daran, erkannte oder erkennbare Korruptionsrisiken zu minimieren, da andernfalls zivil- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen (Schadensersatz, Bußgeld nach §§ 30, 130 OWiG), ggfs. sogar Strafe drohen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Straftatbestände eine positive Signalwirkung auslösen,⁷⁵ welche die Compliance-Anstrengung so fördern, wie das in anderen (Wirtschafts-)Bereichen im Anschluss zu strafrechtlichen Ermittlungen bzw. gesetzgeberischen Schritten zu beobachten gewesen ist.⁷⁶ Dies ist auch dringend notwendig: Die Erfahrungen der vergangenen Jahre haben jedenfalls gezeigt, dass ohne Druck von außen (d.h. durch den Staat) die Selbstreinigungskräfte der Verbände und Vereine zu schwach bleiben, um spürbare Verbesserungen der Compliance im Sport zu erreichen.⁷⁷

2. Die Einführung der §§ 265c, 265d StGB-E setzt auch auf internationaler Ebene einen wichtigen Akzent. Während sich die Bundesrepublik in den letzten Jahrzehnten weniger durch ein positives Agenda-Setting, sondern eher als Bremserin europäischer und internationaler kriminalpolitischer Initiativen profilierte und einschlägige Übereinkommen spät bis sehr spät ratifizierte, rückt sie mit der Einführung der §§ 265c, 265d StGB-E in eine Vorreiterrolle bei der Implementierung internationaler Konventionen wie das Übereinkommen des Europarates gegen die Manipulation von Sportwettbewerben.

3. Auch die Ausgestaltung der Tatbestände ist geglückt. Anzuregen ist lediglich eine Änderung des § 265c StGB, dessen Unrechtsvereinbarung aus hiesiger Sicht zu weit gefasst ist. Klarer erscheint die Formulierung „ (...) dass er den Verlauf oder das Ergebnis zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse, wei| in folgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil

⁷¹ Krit. Swoboda/Bohn, JuS 2016, 686, 688.

⁷² Dazu Nunzinger/Rübenstahl/Bittmann, WiJ 2016, 34, 36.

⁷³ So aber Fiedler, DRiZ 2016, 17; Swoboda/Bohn, JuS 686, 689.

⁷⁴ So, für die FIFA sprechend Mutschke (Fn. 14), S. 49.

⁷⁵ Heilemann (Fn. 1), S. 185 f.

⁷⁶ Zur Notwendigkeit verstärkter Compliance im Sportbereich Kubiciel, LTO v. 05.08.2014, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/> (Stand: 19.09.2016). Umfassend Lammert (Fn. 12), S. 265 ff.

⁷⁷ Kubiciel, Zeit Online v. 01.07.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/sport/2016-06/fifa-infantino-korruption-straftrecht> (Stand: 19.09.2016); ebenso Pieth, ZSR 2015, 135, 140 ff.

durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werden sollte (...).“

4. Nicht zwingend notwendig, aber gleichwohl erwägenswert ist die Einordnung der Tatbestände in den 26. Abschnitt, da sie im Umfeld anderer, den privaten Sektor adressierende Korruptionsvorschriften besser aufgehoben scheinen als im 22. Abschnitt, zumal die §§ 265c, 265d StGB-E primär die Integrität des organisierten Sports und nicht das Vermögen schützen.

VI. Praktischer Ausblick

Das Strafgesetzbuch wird aller Voraussicht nach um zwei Korruptionsstraftatbestände reicher. Mit den §§ 265c, 265d StGB-E, die exklusiv den Bereich des organisierten Sports bzw. den Berufssport in den Blick nehmen, setzt sich die von den §§ 299a, 299b StGB begonnene Tendenz zur Sektoralisierung des Korruptionsstrafrechts fort. Die Alternative hätte darin bestanden, die Amtsträgerbestechungsdelikte bzw. den § 299 StGB auf Sportler und/oder Funktionäre von Sportverbänden bzw. -vereinen zu erstrecken.⁷⁸ Vorzugswürdig wäre dies indes nicht gewesen, da Verbandsfunktionäre und Sportler weder einen Amtsträgern vergleichbaren, die persönliche Sphäre umfassenden Pflichtenkanon zu beachten haben, noch ihre Tätigkeit vollständig mit einer gewerblichen zu vergleichen ist. Die §§ 265c, 265d StGB-E ermöglichen einen präziseren Zugriff auf die Personen und ihre Tätigkeit.

Der von den Straftatbeständen drohende Zugriff ist durchaus ernst zu nehmen: Die §§ 265c, 265d StGB sind – anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen – keine relativen Antrags-, sondern Officialdelikte. Staatsanwaltschaften können daher auch ohne eine Anzeigenerstattung oder Begründung eines besonderen öffentlichen Interesses ermitteln. Dies ist sachgerecht: Denn die Tatbestände schützen mit dem organisierten Sport eine Institution von erheblicher überindividueller Bedeutung, so dass deren Schutz grundsätzlich in der Hand der Staatsanwaltschaft liegen sollte. Zum anderen lassen sich die §§ 265c, 265d StGB nicht mit dem als Antragsdelikt ausgestalteten § 299 StGB vergleichen, da letzterer zwar primär den Wettbewerb schützt, aus rechtshistorischen Gründen aber dem Prinzipal-Agent-Modell folgt, das die Ausgestaltung als Antragsdelikt zumindest nahelegt.

Derjenige, der sich nach §§ 265c, 265d StGB strafbar macht, sieht harschen Sanktionen entgegen: Neben den – schon mit einem Ermittlungsverfahren eintretenden – Reputationsschäden ist eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen, wenn er gewerbsmäßig oder mit Hilfe eines Vorteils großen Ausmaßes agiert. Solche „besonders schweren Fälle“ werden jedenfalls bei § 265c StGB die Regel sein.

Strafverfolgungsbehörden und Strafverteidiger werden – wie in allen Korruptionsverfahren – vor allem um den tatsächlichen Nachweis einer Unrechtsvereinbarung ringen. In dogmatischer Hinsicht dürften vor allem die recht offenen Wendungen „beeinflussen“ eines Ergebnisses oder Spielverlaufes (§ 265c StGB-E) sowie Beeinflussung in „wettbewerbswidriger Weise“ (§ 265d StGB-E) Auslegungsfragen aufwerfen. Der letztgenannte Begriff macht die Akzessorietät zum Sportrecht deutlich. Der zu erwartende Streit wird hier – wie auch bei den §§ 299a, 299b, 266 StGB – auf die Frage nach dem Grad der Akzessorietät zulaufen: Soll jeder Verstoß gegen sportliche Wettbewerbsregeln grundsätzlich kriminalisiert sein (strenge Akzessorietät) oder nur evidente Verstöße bzw. objektiv unvertretbare Entscheidungen (limitierte Akzessorietät).⁷⁹ Nach hiesiger Auffassung ist die zuletzt genannte Option vorzugswürdig. Denn das Strafrecht sollte auf die Garantie eines Mindeststandards zielen, zumal Normen in Bezug genommen werden, die Verbände und Vereine für einen Bereich festlegen, für welchen sie grds. Autonomie beanspruchen. Auch für die Feststellung einer „Beeinflussung“ i. S. des § 265c StGB-E kann eine Kausalität des fraglichen Handelns nicht ausreichen. Vielmehr ist auch hier – den Grundsätzen der objektiven Zurechnung folgend – danach zu fragen, ob das Handeln eine *rechtlich missbilligte* Gefahr schafft. Folglich wäre auch dieser Straftatbestand akzessorisch auszulegen.

⁷⁸ In diese Richtung *Pieth*, ZSR 2015, 135, 138; *Pieth/Zerbes*, ZIS 2016, 619.

⁷⁹ So für § 266 StGB *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 360.

Compliance

Rechtsanwalt Dr. Michael Racky, Frankfurt a.M.

Internal Investigations - Ein Mittel der Praxis und seine rechtlichen Grenzen

Am 5. Oktober fand in den Räumen der juristischen Fakultät der Universität Leipzig eine gemeinsame Veranstaltung des Deutschen Zentrums für Wirtschaftsstrafrecht (DZWiSt) und des Arbeitskreises Compliance, Fraud, Investigation der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) zum Thema Internal Investigations statt. Für die Veranstalter moderierten Frau Prof. Dr. Katharina Beckemper (Universität Leipzig; DZWiSt) und Rechtsanwalt Dr. Michael Racky (Arbeitskreis Compliance, Fraud, Investigation; WisteV).

Interne Untersuchungen gehören mittlerweile zum gängigen Repertoire der im Feld der Compliance tätigen, internen sowie externen Berater und Anwälte. Wie mit den Ergebnissen interner Ermittlungen umgegangen wird, ist aber immer noch ein von der Praxis ungelöstes Problem. Die Staatsanwaltschaften gehen hier völlig unterschiedlich vor. Ein allgemeiner Standard ist nicht erkennbar. Die Gerichte hatten bisher nur über pathologische Fälle zu entscheiden. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert im Grunde nicht.

Um so interessanter war es daher, die Einschätzungen und Bewertungen u.a. des RiBGH Herrn Prof. Dr. Andreas Mosbacher (1. Strafsenat) zu verschiedenen Fragestellungen im Komplex interne Untersuchungen zu hören.

Nach einem Einführungsreferat des Doktoranden Robert Wilkens (Doktormutter Frau Prof. Dr. Katharina Beckemper, Universität Leipzig) kamen zwei Praktiker und BGH-Richter Mosbacher mit Impulsvorträgen zu Wort. Danach ging es in die Diskussion.

Robert Wilkens sprach in seiner Einführung bereits zwei Problemfelder an: zum einen das Thema Schweigerecht contra Auskunftsanspruch des Arbeitgebers, zum anderen die Auswertung des dienstlichen E-Mail-Accounts als fraglicher Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis.

Anschließend gewährte Rechtsanwalt Dr. Jens Burgard, langjähriger Leiter der Abteilung Compliance Case Handling Legal der Siemens AG Einblicke in seine berufliche Praxis.

Herr Burgard berichtete besonders anschaulich über seine internationalen Erfahrungen. Dabei stellte er fest, dass es in vielen Ländern der Erde gute Gründe dafür gebe, die Ermittlungsbehörden (u.a. wegen mangelhafter oder nicht rechtsstaatlicher Verfahren oder schlicht Willkür und Unberechenbarkeit) nicht über Straftaten im Unternehmen in Kenntnis zu setzen.

Um die Rechte der Mitarbeiter zu wahren, hat sich die Siemens AG einen „Code of Conduct für Fact Finding“ gegeben, der sich hinsichtlich der Formulierung von Beschuldigtenrechten an der deutschen Strafprozessordnung orientiert. Ein Umstand, der auf dem Podium und im Publikum auf größtes Interesse stieß.

Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht (Wessing & Partner, Düsseldorf) hob in seinem Beitrag die fehlenden Kenntnisse von Vernehmungstechniken seitens der Ermittler und die daraus resultierende schlechte Qualität der Befragungsergebnisse hervor. Er betonte, dass die Weigerung an einer internen Ermittlung mitzuwirken, keinen Kündigungsgrund darstelle und forderte eine staatliche Verfahrensordnung für interne Untersuchungen.

Andreas Mosbacher stellte zu Beginn seines Beitrags heraus, dass es keine höchstrichterliche (BGH-)Rechtsprechung zum Thema Internal Investigations gebe. Er könne daher nur seine private Meinung zum Besten geben.

Ganz klar bejahte er eine strafrechtliche Pflicht zur Aufklärung der Unternehmensleitung zum Beispiel beim Vorliegen von Schwarzen Kassen. Das Management müsse in solchen Fällen tätig werden, was sich mittels eines Transfers aus der sog. Neubürger-Entscheidung ergebe.

Außerdem müsse sich der betroffene Mitarbeiter nicht selbst belasten. Insofern gelte das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO. Herr Mosbacher verwies in diesem Zusammenhang auf § 136a StPO (Verbotene Vernehmungsmethoden), der in Drucksituationen ganz klare Limits setze.

Diese Grenzen könnten auch durch arbeitsvertragliche Pflichten nicht ausgehebelt werden. Zum Thema Beschlagnahmefähigkeit zitierte er verschiedene Entscheidungen der Landgerichte, so z.B. ein aktuelles Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 21.07.2015 (6 Qs 116/15), besprochen von Hartmut Schneider in NStZ (Heft 5/216).

In einer lebhaften Diskussion, die sich im Anschluss an die Vorträge entspannt, wurden die vorgenannten Thesen und weitere Aspekte unter Einbeziehung des Publikums eingehend erörtert.

Rezensionen

Nebenstrafrecht

Rechtsanwalt Joachim Schwede, Aichach

Eberhard Eichenhofer, Constanze Janda, Klausurenkurs im Sozialrecht

8. Auflage 2014, C.F. Müller, 21,99 Euro

Was macht der anwaltliche Praktiker mit einem Klausurenkurs im Sozialrecht, zumal, wenn er sich überwiegend im Strafrecht bewegt? Diese Frage lässt sich anhand des vorliegenden Buches wunderbar beantworten. Die Autoren weisen - zu Recht - auf die große ökonomische Bedeutung des Sozialrechts hin, die ihren gesetzgeberischen Niederschlag im Strafrecht ja unlängst mit dem § 299a StGB gefunden hat. Und sie verfolgen mit dem Buch den Ansatz, das Sozialrecht im Zusammenwirken mit Nachbarrechtsgebieten vorzustellen, was dessen besondere Tücke erkennen lässt: Man kann mit verschiedensten Fragestellungen schnell in das recht unübersichtliche Rechtsgebiet eindringen.

Der Typus „Klausurenkurs“ bietet einen Zugang zu einem Rechtsgebiet, der es gestattet, schnell „auf den Punkt zu kommen“. Nimmt man sich z.B. den Fall Nr. 24 vor (S. 162), der sich mit der strafrechtlichen Sanktionierung der Verletzung von Beitragspflichten und der Verantwortlichkeit der Organe juristischer Personen befasst, zugleich aber auch die Frage der internationalen Geltung deutschen Sozialversicherungsrechts klärt, so wird deutlich, dass man hier ein in der Praxis mittlerweile häufiger auftretendes Problem gut analysieren kann, ohne eine Vielzahl von Handbüchern und Kommentaren zu wälzen. Die Fälle sind höchst-richterlichen Entscheidungen nachgebildet (der vorgenannte vor allem nach BGHSt 51, 124, BGHSt 52, 67 und EuGH, EWS 2000, 27) und deswegen angenehm „unakademisch“ dargestellt.

Die Klausuren sind kurz, was es ermöglicht, mit insgesamt 25 Fällen den vielfältigen Variationen des Sozialrechts gerecht zu werden.

Die Fälle 3 bis 5 sind mit den Schwerpunkten Beitragspflicht, Beitragserhebung, Arbeitnehmereigenschaft, Organe juristischer Personen, Haftung dieser Organe für die Beitragsabführung usw. ebenfalls in einem Bereich angesiedelt, der in der strafrechtlichen Beratung von Unternehmen nicht zu unterschätzen ist. Insbesondere Fall 5, der OLG Düsseldorf (NZI 2003, 342 - Geschäftsführerhaftung bei Nichtabführung einbehaltener Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung) und dem BGH (NJW 2013, 3303 - Haftung des vertretungsberechtigten Organs einer ausländischen Gesellschaft wegen Vorenthaltens der Sozialversicherungsbeiträge) nachgebildet wurde, schafft einen raschen Überblick über einschlägige Anspruchsgrundlagen.

Auch Fall 23 (nach BSG, NJW 2002, 318 - Entschädigung bei tätlichem Angriff in einer Strafanstalt und BSG, BSGE 98, 178 - Anspruch auf Gewaltopferentschädigung und Unbilligkeit) zeigt gut strukturiert besondere Probleme der Opferentschädigung auf, die sich potenzieren können, wenn ausländer- und aufenthaltsrechtliche Probleme hinzutreten.

Ein kleiner Kritikpunkt ist für mich das sehr knappe Stichwortverzeichnis, das aber natürlich, wenn das Buch seine Hauptzielgruppe - Lernende im Sozialrecht - anspricht, vollkommen ausreichend sein mag. Praktisch ist das umfangreiche Inhaltsverzeichnis, das stichwortartige die jeweiligen Schwerpunkte des Falles hervorhebt.

Dass dieses Klausurenbuch auf den Schreibtisch eines jeden gehört, der das Sozialrecht erlernt, steht außer Frage, denn es bietet - der Arbeitstechnik angepasst - einen guten Blick in viele Bereiche des Sozialrechts. Aber auch für den anwaltlichen Praktiker ist es - dank der gebotenen Kürze - ein gutes Nachschlagewerk, um strukturiert das oftmals doch wenig geliebte Rechtsgebiet zu erschließen.

Arztstrafrecht

Akad. Rat Dr. Christian Brand, Konstanz

Arztstrafrecht in der Praxis, Handbuch, Hrsg. von Klaus Ulsenheimer

5. Auflage. – Heidelberg, C. F. Müller 2015. 925 S., geb. Euro 84,99.
ISBN: 978-3-8114-4610-6.

I. Das Arztstrafrecht ist derzeit wahrscheinlich eines der dynamischsten Teilrechtsgebiete auf dem an Novellen nicht gerade armen Feld des Strafrechts. Anschaulich belegen diese Dynamik zum einen die §§ 299a, b StGB, die den Schlusspunkt einer jahrelang anhaltenden Diskussion um die Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten bilden und zum anderen das vor kurzem erst eingeführte, auch Ärzte betreffende Verbot des § 217 StGB, geschäftsmäßig die Selbsttötung eines anderen zu fördern oder hierzu Gelegenheit zu gewähren etc. (zu letzterem jüngst instruktiv Hecker, GA 2016, 455 ff.).

1. Zur Dynamik des Arztstrafrechts hat in den letzten Jahren auch die höchstrichterliche Rechtsprechung einen nicht unerheblichen Teil beigetragen. Erwähnt seien neben der Entscheidung des *Großen Strafsenats* zur Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten (BGHSt 57, 202), die den Gesetzgeber erst veranlasste, die §§ 299a, b StGB zu schaffen, die Entscheidungen zum privatärztlichen Abrechnungsbetrug (BGHSt 57, 95) sowie zur betrugsstrafrechtlichen Relevanz des Vertriebs nicht zugelassener Zytostatika (BGHSt 57, 312). Trotz der positiven Konnotation des Attributs „dynamisch“ – impliziert es doch Fortschrittlichkeit und Modernität – kennt die Dynamik des Arztstrafrechts – sowohl die gesetzgeberische als auch die der Rechtsprechung – nur eine Richtung: den Bereich des Strafbaren immer weiter auszudehnen. *Per se* ist das nicht unzulässig und häufig gibt es gute Gründe, bislang erlaubte Verhaltensweisen aufgrund ihrer Sozialschädlichkeit mit den Mitteln des Strafrechts zu sanktionieren. Dabei sollten aber der *ultima-ratio*-Grundsatz sowie das Fragmentaritätsprinzip nicht vollständig aus dem Blick geraten. Während die Strafbarkeit von Vertragsärzten, die sich bei ihrer Verordnungs- oder Behandlungstätigkeit korrumpieren lassen, indem sie den Medikamenten/Medizinprodukten desjenigen Herstellers den Vorzug geben, der ihnen dafür die meisten Vorteile gewährt, *prima vista* einleuchtet – auch wenn die konkrete Umsetzung womöglich nicht perfekt gelungen ist (zu einzelnen Schwierigkeiten bei der Anwendung der neuen Tatbestände s. etwa Schneider, medstra 2016, 195 ff.) – und die streng-formale Betrachtungsweise, mithilfe derer der *Bundesgerichtshof* Leistungen, die der Vertragsarzt unter Verstoß gegen die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben erbringt, ihre Tauglichkeit abspricht, den Leistungsabfluss bei den Kassen zu kompensieren, überzeugt (so auch Rengier, Strafr BT I, 18. Aufl. 2016, § 13 Rn. 212b; MünchKomm-StGB/Hefendehl, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 582; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 188), ist der *Bundesgerichtshof* in seiner „Zytostatika-Entscheidung“ sowie in seiner Entscheidung zum privatärztlichen Abrechnungsbetrug deutlich über das Ziel hinausgeschossen (zur Kritik an

letzterer Entscheidung s. nur *Brand/Wostry*, StV 2012, 619 ff.; *Bosch*, JK 9/12, StGB § 263/97). Die „Zytostatika-Entscheidung“ kennzeichnet eine höchst eigenwillige, mit dem Arzneimittelgesetz (AMG) kaum zu vereinbarende Abgrenzung zwischen Rezeptur- und Fertigarzneimitteln (s. nur *Brand/Unsel*, ZWH 2012, 482 [484 ff.]), die dem angeklagten Apotheker nicht nur eine strafrechtliche Verurteilung wegen Verstoßes gegen das AMG, sondern darüber hinaus auch eine Strafbarkeit wegen Betrugs einbrachte, weil er die von ihm hergestellten Zytostatika auf dem Boden der Abgrenzungsformel des *Bundesgerichtshofs* gegenüber den Krankenkassen falsch abgerechnet hatte. Der Versuch des *Bundesgerichtshofs*, den privatärztlichen Abrechnungsbetrug gemäß den Regeln über die streng-formale Betrachtungsweise zu behandeln, erwies sich jedenfalls bei der Lösung des konkreten Falls nicht als zielführend (s. nur *Brand/Wostry*, StV 2012, 619 [620 ff.]). Betrachtet man die Sachverhalte, die diesen beiden Entscheidungen zugrunde lagen sowie deren Protagonisten, die sich keineswegs vorbildlich verhalten haben, so hat es den Anschein, als ob der *Bundesgerichtshof* zweimal der „Palmström-Logik“ erlag, wonach nicht sein kann, was nicht sein darf. Eine judikative Zurückhaltung, wie sie der *Große Senat für Strafsachen* in seiner schon erwähnten „Korruptionsentscheidung“ an den Tag gelegt hat (s. *BGHSt* 57, 202 [217 f.]), wäre auch hier wohlthuend gewesen.

2. Anders als es die vorstehenden Zeilen womöglich suggerieren, bevölkern nicht nur Ärzte und Apotheker das Fallmaterial des Arztstrafrechts. Gerade in jüngerer Zeit sind vermehrt die Erbringer von Pflegeleistungen in den Fokus strafrechtlicher Ermittlungen geraten (s. nur F.A.Z. Nr. 92 v. 20.4.2016, S. 16). Vor allem der Einsatz von Pflegedienstpersonal, das nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügt, wirft schwierige betrugsstrafrechtliche Fragen auf, sobald der Inhaber des Unternehmens, das die Pflegeleistungen erbringt, gegenüber den Kostenträgern nach den üblichen Sätzen abrechnet. Der Rekurs auf die streng-formale Betrachtungsweise liegt hier auf der Hand und wird vom *Bundesgerichtshof* konsequent praktiziert (s. *BGH* ZWH 2014, 423 [425 f.] m. Anm. *Brand*).

II. *Klaus Ulsenheimer*, der den Großteil des monumentalen Werks zum Arztstrafrecht allein verfasst hat, ist auch der Autor des hier im Zentrum stehenden Kapitels zum „ärztlichen Wirtschaftsstrafrecht“. Dabei erörtert er nahezu sämtliche, soeben nur cursorisch angeschnittenen Entwicklungen des „ärztlichen Wirtschaftsstrafrechts“ und zeigt dem medizinisch-straftätigen Praktiker die wesentlichen Leitlinien auf, die die Rechtsprechung auf diesen Feldern eingezogen hat. Im Einzelnen:

1. Umfassend zeichnet *Verf.* die immer noch bestehenden korruptionsstrafrechtlichen Schwierigkeiten nach, denen sich als Hochschullehrer tätige Klinikärzte bei der Einwerbung von Drittmitteln ausgesetzt sehen (Rn. 1015 ff.). Trotz der klärenden Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* (*BGHSt* 47, 295), der zufolge der als Hochschullehrer tätige Klinikarzt schon den Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB nicht verwirklicht, der mit den erhaltenen Drittmitteln den hochschul- und beamtenrechtlichen Vorgaben gemäß verfährt, bleibt nämlich das Risiko bestehen, dass die Strafverfolgungsbehörden einen Anfangsverdacht schöpfen und ein Ermittlungsverfahren wegen Korruption einleiten. Ob sich dieses Risiko ganz vermeiden lässt und ob dies wünschenswert wäre, erscheint allerdings zweifelhaft, besteht doch nur dann eine Chance, kriminelles Verhalten bei der Drittmittelinwerbung aufzudecken, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit haben, frühzeitig Ermittlungen aufzunehmen. Weiterführend ist deshalb der Appell an die Universitäts- und Kultusverwaltungen zum einen ihre ärztlichen Hochschullehrer, die Drittmittel einwerben, zu beraten und zum anderen in Grenzfällen davon abzusehen, Drittmittel entgegenzunehmen (vgl. Rn. 1018). Ausführlich beschäftigt sich *Verf.* mit der Genehmigung des § 331 Abs. 3 StGB und ihren Auswirkungen auf den Tatbestand des § 331 StGB (Rn. 1030 ff.). Dabei nimmt *Verf.* einen differenzierenden Standpunkt ein und stattet die Genehmigung, je nachdem wie der konkrete Sachverhalt liegt, entweder mit tatbestandsausschließender oder aber mit rechtfertigender Kraft aus (Rn. 1031 ff.). Einen eigenen Abschnitt widmet *Verf.* dem § 299 StGB, der das „ärztliche Wirtschaftsstrafrecht“ seit den grundlegenden Arbeiten von *Oliver Pragal* (Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, Diss. 2006, S. 165 ff. sowie NSTz 2005, 133 ff.) über viele Jahre in Atem hielt, bis der *Große Strafsenat* des *Bundesgerichtshofs* entschied, Vertragsärzte seien weder Beauftragte noch Angestellte und damit keine tauglichen Täter des § 299 Abs. 1 StGB. Um diese „Lücke“ im Korruptionsstrafrecht zu schließen, hat der Gesetzgeber bekanntlich und wie bereits einleitend bemerkt die §§ 299a, b StGB geschaffen, die allerdings erst am 4.6.2016 und damit nach Erscheinen des hier angezeigten Werks in Kraft getreten sind; sie konnten deshalb keinen Eingang mehr

finden. Ob die §§ 299a, b StGB freilich die Hoffnungen und Erwartungen erfüllen, die sich der Gesetzgeber mit ihnen verspricht, bleibt abzuwarten. *Verf.* jedenfalls weist ganz zu Recht auf die Gefahren hin, die für in öffentlichen oder privaten Krankenhäusern angestellte Ärzte von § 299 Abs. 1 StGB ausgehen und die sich nicht verringert, sondern im Gegenteil noch vergrößert haben dürften, nachdem der Gesetzgeber mit § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB dem Tatbestand das sog. Geschäftsherrenmodell implementiert hat.

2. Neben dem Korruptionsstrafrecht bildet den zweiten großen Komplex des „ärztlichen Wirtschaftsstrafrechts“ der sog. Abrechnungsbetrug. Der Abrechnungsbetrugs „hat sich `aus kleinsten Anfängen´ zu einem wahren Massendelikt mit außerordentlich hohen Schadenssummen und dadurch zu einer Gefahr für unser Krankenversicherungssystem als solches sowie für das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt, Patient und Krankenkasse entwickelt“ (Rn. 1075). Mit dem hohen tatsächlichen Verbreitungsgrad von Abrechnungsmanipulationen korrespondiert eine hohe Verurteilungsquote wegen Abrechnungsbetrugs. Letzteres geht nicht nur, aber doch zu einem großen Teil auf das Konto der streng-formalen Betrachtungsweise, die die Rechtsprechung seit vielen Jahren trotz intensiver Kritik seitens des Schrifttums konsequent praktiziert. Danach ist eine *lege artis*, aber unter Verstoß gegen die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben erbrachte ärztliche Leistung untauglich, den Schaden zu kompensieren, den der Vertragsarzt dadurch verursacht, dass er diese Leistung gegenüber den Kostenträgern zu Unrecht abrechnet. Seit jeher hat diese streng-soziale Betrachtungsweise mit dem Einwand zu kämpfen, sie mache aus dem Betrugstatbestand *contra legem* ein Delikt zum Schutz von Interessen der gesetzlichen Krankenversicherung (grdl. dazu *Volk*, NJW 2000, 3385 [3386]). Jüngst hinzugekommen ist der Vorwurf, die streng-sozial Betrachtungsweise verschleife die Merkmale „Täuschung“ und „Schaden“ miteinander und verstoße deshalb gegen das vom *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 126, 170 [198]) seit einiger Zeit stärker akzentuierte Verschleifungsverbot (dazu *Saliger*, in: Festschr. f. I. Roxin, 2012, S. 307 [313]; *ders.*, ZIS 2011, 908 [917]; *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 [217]; zust. *Fehn*, MedR 2014, 377 [381 f.]). *Verf.* stimmt den Kritikern der streng-formalen Betrachtungsweise zu (Rn. 1120 ff.) und führt ergänzend an, eine Schadensberechnung auf der Grundlage dieser Betrachtungsweise komme einem Rückfall in den längst überwunden geglaubten juristischen Vermögensbegriff gleich (Rn. 1123). Warum allerdings der sog. „Nikolaus-Beschluss“ des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE 115, 25; vgl. zur Thematik auch BVerfG JZ 2016, 461 m. instruktiver Anm. *Lege*), der sich mit dem off-label-use beschäftigt und einem gesetzlich Krankenversicherten einen Anspruch auch auf Leistungen außerhalb des vertragsärztlichen Regelwerks einräumt, wenn er an einer lebensbedrohlichen Krankheit leidet, das ärztliche Vorgehen *ultima-ratio* ist und eine nicht ganz fernliegende Heilungschance besteht (s. auch § 2 Abs. 1a SGB V), gegen die streng-formale Betrachtungsweise sprechen soll (Rn. 1124), erschließt sich nicht recht und lässt sich allenfalls mit dem Hinweis begründen, das *Bundesverfassungsgericht* gestatte in dieser Entscheidung, die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben zu durchbrechen. Darin liegt aber auch der entscheidende Unterschied zu den Konstellationen, die die Rechtsprechung mithilfe der streng-formalen Betrachtungsweise dem § 263 StGB subsumiert. Denn der Arzt, der unter den genannten Voraussetzungen eine „off-label-use-Behandlung“ erbringt und abrechnet, handelt sozialversicherungsrechtlich korrekt (s. auch § 2 Abs. 1a SGB V); die Frage, ob seiner Behandlungsleistung die Kompensationsstauglichkeit gemäß der streng-formalen Betrachtungsweise abgesprochen werden darf, stellt sich folglich überhaupt nicht. – Interessante Ausführungen finden sich schließlich zu den betrugsstrafrechtlichen Risiken des privatliquidierenden Chefarztes (Rn. 1137 ff.). So bereitet es bis heute einige Schwierigkeiten und kann keinesfalls als restlos geklärt gelten, ob bei Wahlarztvereinbarungen mit Vertretervorbehalt der Chefarzt, der die Leistungen, die bspw. ein Oberarzt aufgrund des Vertretervorbehalts erbracht hat, abrechnet, betrugsstrafrechtliche Konsequenzen befürchten muss. *Verf.* verneint das im Grundsatz, und zwar unabhängig von der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Vertretervorbehalts: Weder erliege der Patient, der um den Vertretervorbehalt wisse, einem Irrtum (Rn. 1142 ff.) noch erleide er bzw. die Krankenkasse oder Beihilfestelle einen Schaden (Rn. 1145 ff.). Zur Begründung zitiert *Verf.* ausführlich aus zwei unveröffentlichten Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaften München und Saarbrücken und unterstreicht damit die Praxisnähe und -relevanz seines Werks, bieten doch gerade solche Zitate eine wahre Fundgrube an Argumenten für den forensisch tätigen Strafrechtler.

3. Einen eigenen Abschnitt widmet *Verf.* schließlich der „Vertragsarztuntreue“ (Rn. 1161 ff.). Prototypisch für die „Vertragsarztuntreue“ stehen ärztliche Verordnungen, die gegen das Wirtschaftlichkeitsverbot des § 12 SGB V verstoßen. Den Dreh- und Angelpunkt dieses The-

genkomplexes bildet die Frage, ob den Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Krankenkassen trifft. Während die Rechtsprechung bislang auf dem Standpunkt steht, der Vertragsarzt sei gegenüber den Krankenkassen vermögensbetreuungspflichtig und mache sich gemäß § 266 Abs. 1 StGB strafbar, wenn er bspw. unter Verstoß gegen § 12 SGB V Rezepte ausstelle oder Behandlungen vornehme (s. nur *BGHSt* 49, 17 [24]), bezweifelt ein großer Teil des Schrifttums das Bestehen einer Hauptpflicht, die darauf gerichtet ist, Vermögensinteressen der Krankenkassen wahrzunehmen (s. etwa *Brandts/Seier*, in: Festschr. f. Herzberg, 2008, S. 811 [820 ff.]). Vielmehr werde der Vertragsarzt allein im Patienteninteresse tätig (dazu *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbill [Hrsg.], *MAH Medizinrecht*, 2. Aufl. [2013], § 2 Rn. 155). In diese Diskussion hat der Beschluss des *Großen Senats für Strafsachen* zur Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten eine gewisse Bewegung gebracht. Zwar verhält sich die Entscheidung nicht ausdrücklich zur „Vertragsarztuntreue“. Die Ausführungen, die der *Große Strafsenat* dort aber zu dem Interessengeflecht macht, in das der Vertragsarzt bei seiner Tätigkeit eingebunden ist, lassen Zweifel an der These erkennen, eine Hauptpflicht des Vertragsarztes bestehe darin, die Vermögensinteressen der Krankenkassen wahrzunehmen. Ob der *Große Strafsenat* damit den Abgesang auf die „Vertragsarztuntreue“ anstimmt, ist freilich alles andere als gewiss (zu den Auswirkungen dieser Entscheidung auf die „Vertragsarztuntreue“ s. nur *Brand/Hotz*, *PharmR* 2012, 317 [321 f.]; *Ransiek*, *medstra* 2015, 92 [95 ff.]). Das konstatiert auch *Verf.* und weist deshalb zutreffend darauf hin, dass die höchstrichterlichen Entscheidungen zur „Vertragsarztuntreue“ weiterhin beachtet werden müssen (Rn. 1171). Freilich ändert das nichts daran, dass nach Ansicht des *Verf.* die Konstruktion der „Vertragsarztuntreue“ nicht überzeugt (näher Rn. 1178 ff.).

III. Mit dem „Ulsenheimer“ liegt ein aktuelles und umfangreiches Handbuch des Arztstrafrechts vor, das vor allem dem auf diesem Gebiet tätigen Praktiker – aber nicht nur ihm – einen vertieften Einblick in die aufgrund zahlreicher sozial- und medizinrechtlicher Einflüsse schwierige Materie gibt und zugleich dem Strafverteidiger verschiedene denkbare Verteidigungsstrategien aufzeigt. Gerade der Hinweis, die berufs-, standes- und vertragsarztrechtlichen Konsequenzen eines Strafverfahrens nie aus dem Blick zu verlieren (Rn. 1084 ff.), dürfte sich als besonders nützlich erweisen. Abschließend gilt: Der „Ulsenheimer“ erweist sich auch in der fünften Auflage als ein Glücksfall für das Arztstrafrecht!

Insolvenzstrafrecht

Akad. Rat Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum April bis August 2016

I. Aufsatzliteratur

1. Frank Frind: Neuregelungen von Vermögenssicherungen im strafrechtlichen Bereich zu Lasten der insolvenzrechtlichen Gläubigergemeinschaft?, *NZI* 17/2016, S. 674-680.

Die §§ 111b ff. StPO sind aufgrund ihrer Komplexität wenig praxisfreundlich. Insbesondere im Zusammenhang mit der Täterinsolvenz bereiten diese Vorschriften intrikate Probleme. Nicht zuletzt aus diesen Gründen hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, die §§ 111b ff. StPO von Grund auf zu reformieren. Zwischenzeitlich liegen sowohl ein Referentenentwurf des BMJV (vom 8.3.2016) als auch ein Regierungsentwurf (vom 13.7.2016) vor. *Verf.* beschäftigt sich mit diesen beiden Entwürfen unter insolvenzrechtlichen Vorzeichen. Dabei gelangt er – insbesondere mit Blick auf die §§ 111d Abs. 1 Satz 2, 111h Abs. 1 und 111i StPO-E – zu dem Ergebnis, dass die Entwürfe aus insolvenzrechtlicher Sicht abzulehnen und deutlich überarbeitungsbedürftig sind (S. 680).

2. Stefan Kirsch/Katrin Wick: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln v. 1.9.2015 – 2 Ws 544/15, NZWiSt 7/2016, S. 287-288.

Trotz zahlreicher obergerichtlicher Entscheidungen nach wie vor ungeklärt ist, wem bei einem Organwechsel oder im Falle der Insolvenz die Befugnis zusteht, den von einem Personenverband mandatierten Berufsgeheimnisträger von seiner Verschwiegenheitspflicht gem. § 53 Abs. 2 Satz 1 StPO zu entbinden. Von Nuancen im Detail abgesehen, stehen sich folgende drei Ansichten gegenüber: Während die beiden Extrempositionen entweder nur dem ehemaligen Organwalter, der den Berufsgeheimnisträger namens des Personenverbands beauftragt hat (dafür *LG Düsseldorf* NJW 1958, 1152 f.; *Schmitt*, wistra 1993, 9 [11 f., 14]) oder nur dem aktuellen Organwalter bzw. dem Insolvenzverwalter (dafür etwa *OLG Nürnberg* NJW 2010, 690 f.; *LG Bonn* ZInsO 2012, 1572 [1573]; *LG Hamburg* NStZ-RR 2002, 12; *Priebe*, ZIP 2011, 312 [316]) gestatten, die prozessuale Entbindungserklärung abzugeben, steht einer vermittelnden Ansicht zufolge diese Befugnis ehemaligem und aktuellem Organwalter gleichberechtigt zu (exemplarisch *OLG Koblenz* AG 1988, 342 [343 f.] m. insoweit zust. Anm. *Littbarski*; *OLG Koblenz* NStZ 1985, 426 [427 f.]; *OLG Schleswig* NJW 1981, 294; *OLG Celle* wistra 1986, 83 f.; *OLG Düsseldorf* StV 1993, 346 m. zust. Anm. *MünchKallfen*; *LG Saarbrücken* wistra 1995, 239; *AG Berlin-Tiergarten* wistra 2004, 319). Das *OLG Köln* hat sich in seiner Entscheidung der Ansicht angeschlossen, die die Entbindungskompetenz dem aktuellen Organwalter bzw. Insolvenzverwalter einräumt. Diese Ansicht halten *Verf.* für zutreffend, da das Mandatsverhältnis ausschließlich mit dem Personenverband bestehe (S. 288). Vor diesem Hintergrund weisen *Verf.* auf die Notwendigkeit hin, die Organwalter, die einen Berufsgeheimnisträger namens des Personenverbands mandatieren, darüber aufzuklären, dass ihnen gegenüber die Verschwiegenheitspflicht nicht besteht (S. 288).

3. Nicola Meier: Zur Strafbarkeit des Missbrauchs des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO, ZInsO 30/2016, S. 1499-1506.

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582) hat der Gesetzgeber unter anderem das in § 270b InsO geregelte Schutzschirmverfahren geschaffen. Das Schutzschirmverfahren gestattet dem Schuldner – unter der Aufsicht eines Sachwalters (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 1 InsO) – sein insolventes, aber sanierungsfähiges Unternehmen für einen Zeitraum von maximal drei Monaten (vgl. § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO) mit dem Ziel fortzuführen, einen Insolvenzplan zu erarbeiten (§ 270b Abs. 1 Satz 1), ohne in dieser Phase Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger befürchten zu müssen (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO). Damit das Gericht das Schutzschirmverfahren eröffnet, muss der Schuldner seinem darauf gerichteten Antrag die Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters etc. vorlegen, aus der sich ergibt, dass die Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten und eine Sanierung nicht aussichtslos ist (vgl. § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO). Das Strafrecht kommt ins Spiel, wenn der Schuldner diese Bescheinigung missbräuchlich erlangt, indem er entweder dem gutgläubigen Ersteller unzutreffende Tatsachen über den Insolvenzgrund bzw. die Sanierungsfähigkeit vorspiegelt oder aber mit diesem kollusiv zusammenwirkt (ausf. zu den strafrechtlichen Risiken *sub specie* §§ 283 StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO *Brand*, KTS 2014, 1 [9 ff.]). Darüber hinaus – das erörtert *Verf.* unter strafrechtlichen Gesichtspunkten soweit ersichtlich als erste – ist ein Missbrauch des Schutzschirmverfahrens auch dadurch denkbar, dass der Schuldner das Verfahren beantragt, obschon er weder überschuldet ist noch ihm die Zahlungsunfähigkeit droht, um auf diesem Weg bspw. die Rechte unliebsamer Minderheitsgesellschafter einzuschränken (vgl. § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO; S. 1504 ff.). Verheimlicht der Schuldner seine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder täuscht er über die Sanierungsfähigkeit seines Unternehmens, ist nach Ansicht der *Verf.* neben einer Strafbarkeit gem. den §§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO auch eine solche wegen Betrugs (§ 263 StGB) vorstellbar. Insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit, den Altgläubigern gem. § 270b Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Schuldnervermögen zu untersagen, hält *Verf.* einen Dreiecksbetrug zu deren Lasten für konstruierbar (S. 1502 f.).

4. Hans Richter: Bankrott durch Verheimlichen – Tat und Tatbeendigung, ZInsO 27/2016, S. 1346-1349.

Nach Ansicht des *ersten Strafsenats* markiert der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung (vgl. § 283 Abs. 6 StGB) nicht zwingend das Beendigungsstadium des Bankrotts. Viel-

mehr soll der Bankrott eines Schuldners, der den Antrag gestellt hat, ihm Restschuldbefreiung zu gewähren, erst beendet sein, wenn das Insolvenzgericht nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode über diesen Antrag entschieden hat (NJW 2016, 1525 ff. m. krit. Anm. *Brand*). *Verf.* stimmt dieser Entscheidung zu (S. 1347 f.) und thematisiert darüber hinaus noch Fragen der objektiven Strafbarkeitsbedingung und der insolvenzrechtlichen Mitteilungspflicht gem. § 97 InsO (S. 1348 f.).

5. Christian Kemperdick, Geltung der Auskunft- und Mitwirkungspflichten des § 97 InsO in der Wohlverhaltensphase?, ZInsO 23/2016, S. 1148-1150.

Beantragt ein Insolvenzschnldner, ihm Restschuldbefreiung zu erteilen, beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist für eine Tat des Bankrotts nach Ansicht des *ersten Strafsenats* erst zu laufen, wenn das Insolvenzgericht entschieden hat, ihm gem. § 287a Abs. 1 Satz 1 InsO die beantragte Restschuldbefreiung zu erteilen. Vorher sei die Tat des Bankrotts nicht beendet (NJW 2016, 1525 ff. m. krit. Anm. *Brand*). Sein Ergebnis begründet der *erste Strafsenat* unter anderem mit der Pflicht des Schuldners, auch während der Wohlverhaltensperiode bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung gem. §§ 20, 97 InsO ungefragt Auskunft über seine Vermögensverhältnisse zu geben (NJW 2016, 1525 [1526]; dem zust. *Daners*, NZI 2016, 422 [423]). Hieran knüpft *Verf.* an und zeigt in seinem Beitrag auf, dass die Pflicht der §§ 20, 97 InsO mit dem Abschluss des Insolvenzverfahrens endet und somit im Restschuldbefreiungsverfahren keine Geltung beansprucht. Für die Dauer der Wohlverhaltensperiode treffen den Schuldner lediglich die als Obliegenheiten ausgestalteten reduzierten Auskunftspflichten des § 295 InsO (Uhlenbruck/*Zipperer*, InsO, 14. Aufl. 2015, § 97 Rn. 22; MünchKomm-InsO/*Stephan*, 3. Aufl. 2013, § 97 Rn. 44), die nach überzeugender Lesart des § 295 InsO den Schuldner jedoch nicht verpflichten, von sich aus – also ohne Nachfrage – Vermögensauskünfte zu erteilen, sondern nur unrichtige Angaben oder unzureichende bzw. unterbliebene Auskünfte auf ein entsprechendes Auskunftsverlangen erfassen (MünchKomm-InsO/*Ehricke*, 2. Aufl. 2008, § 295 Rn. 82; aA aber Braun/*Pehl*, InsO, 6. Aufl. 2014, § 295 Rn. 16: Verschweigen genügt). Im Ergebnis hält *Verf.* die Entscheidung des *ersten Strafsenats* allerdings für zutreffend. Beendet sei das Verheimlichen des Schuldners nämlich erst zu dem Zeitpunkt gewesen, zu dem das Insolvenzverfahren aufgehoben wurde (vgl. § 200 InsO) und die Offenbarungspflichten der §§ 20, 97 InsO endeten. Seit diesem Zeitpunkt und den ersten Ermittlungsmaßnahmen, die den Lauf der Verjährungsfrist unterbrechen, waren indes nicht mehr als fünf Jahre vergangen.

6. Vera Cyrus/Rolf E. Köllner: Strafbarkeitsrisiken des (anwaltlichen) Sanierungsberaters, NZI 8/2016, S. 288-294.

Anhand der typischen Delikte (§§ 263, 266, 266a, 283 ff. StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO), die in der Krise eines Unternehmens nicht selten verwirklicht werden, eruieren *Verf.* die strafrechtlichen Risiken, die (anwaltliche) Sanierungsberater bei ihrer Tätigkeit eingehen. Hierzu präsentieren sie v.a. ältere und jüngere Rechtsprechung, die sich mit der strafrechtlichen Verantwortung von Sanierungsberatern beschäftigt. Dabei akzentuieren sie insbesondere das Risiko des anwaltlichen Beraters, sich wegen psychischer Beihilfe strafbar zu machen, wenn er trotz erkanntem strafrechtlich relevantem Verhalten seines Mandanten das Mandat fortsetzt (S. 290).

7. Ulf Gutfleisch: Strafzumessungskriterien bei der Insolvenzverschleppung, NZWiSt 8/2016, S. 309-312.

Innerhalb kürzester Zeit liegt bereits der zweite Beitrag vor, der sich mit der Strafzumessung bei § 15a Abs. 4, 5 InsO beschäftigt, die Akzente allerdings anders setzt, als es *Skauradszun*, wistra 2014, 41 getan hat. Ausdrücklich widerspricht *Verf.* der von *Skauradszun* vertretenen Ansicht, Ausgangspunkt der Strafzumessung bei § 15a Abs. 4, 5 InsO seien die gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Pflichtverletzungen des Antragspflichtigen. Vielmehr sollen der Insolvenzgrund im Zeitpunkt der Antragsstellung, die Höhe der offenen Verbindlichkeiten sowie die Dauer der Verschleppung die maßgebenden Parameter sein, anhand derer die Strafzumessung zu erfolgen habe.

8. Peter Mankowski: Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG, NZG 8/2016, S. 281-286.

Verf. stimmt der Entscheidung des *EuGH* in der Rechtsache „Kornhaas“ ausdrücklich zu. Darin hat der *EuGH* entschieden, dass § 64 Satz 1 GmbHG insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist und somit dem Insolvenzstatut unterfällt sowie zum anderen ausgesprochen, dass eine Haftung des Directors einer insolventen Limited gem. § 64 Satz 1 GmbHG mit der Niederlassungsfreiheit (Artt. 49, 54 AEUV) vereinbar ist (NJW 2016, 223). Angesichts der Argumente, die der *EuGH* bemüht, um sein Ergebnis zu begründen, prognostiziert *Verf.* eine insolvenzrechtliche Qualifikation auch der Insolvenzsverschleppungshaftung, des § 64 Satz 3 GmbHG und der Regelungen über Gesellschafterdarlehen (S. 286).

9. Sebastian Mock: Zur Qualifikation der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente des Kapitalgesellschaftsrechts, IPRax 3/2016, S. 237-243.

Lange Zeit war umstritten, ob der Director einer Limited, der bei Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung „seiner“ Limited noch Zahlungen an die Gläubiger leistet, wie sein GmbH-Kollege gem. § 64 Satz 1 GmbHG auf Ersatz haftet. Die Folie, auf der diese Auseinandersetzung spielt, bilden mehrere Entscheidungen des *EuGH*, denen zufolge es die Niederlassungsfreiheit (Artt. 49, 54 AEUV) gebietet, Gesellschaften, die ihren Interessenmittelpunkt aus dem europäischen Ausland in das Inland verlegen, dort nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu behandeln (*EuGH*, NJW 1999, 2027 ff. – „Centros“; NJW 2002, 3614 ff. – „Überseering“; NJW 2003, 3331 ff. – „Inspire Art“). Vor diesem Hintergrund haftet der Director gem. § 64 Satz 1 GmbHG nur, wenn diese Vorschrift zum einen internationalprivatrechtlich dem Insolvenz- und nicht dem Gesellschaftsstatut angehört und zum anderen mit den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist (zu diesem zweistufigen Vorgehen s. *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225; *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336; *Hübner*, IPRax 2015, 297 [302]). Beide Fragen bejaht der *EuGH* in seiner Entscheidung „Kornhaas“ (NJW 2016, 223; hinsichtl. der insolvenzrechtlichen Qualifikation des § 64 Satz 1 GmbHG s. schon die Andeutungen bei *EuGH*, NZI 2015, 88 [89 f.]). *Verf.* kritisiert zunächst die Annahme des *EuGH*, § 64 Satz 1 GmbHG sei insolvenzrechtlich anzuknüpfen (NJW 2016, 223 [224]). Ihm zufolge sprechen die besseren Argumente zugunsten einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation der Vorschrift (S. 239 ff.; ebenso *Ringe*, JZ 2016, 573 [574 f.]). Darüber hinaus moniert *Verf.* die Begründungsarmut, mit der der *EuGH* einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit verneint. Seiner Ansicht nach beeinträchtigt eine Haftung des Limited-Directors gem. § 64 Satz 1 GmbHG die Niederlassungsfreiheit sehr wohl, ist aber möglicherweise aus Gründen des Gläubigerschutzes gerechtfertigt (S. 242; auf dieser Linie ferner *Hübner*, IPRax 2015, 297 [302 f.]; ähnl. insofern wohl auch *Swierczok*, NZI 2016, 50 [51]), der die Entscheidung jedoch begrüßt; vgl. aber auch *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225, denen zufolge der *EuGH* eine Argumentation bemüht, die parallel zu seiner „Keck-Ausnahme“ liegt; zu diesem Verständnis s. auch *Ringe*, JZ 2016, 573 [575 f.]; *Kindler*, EuZW 2016, 136 [139]; zum Ganzen s. ferner *Schall*, ZIP 2016, 289 [291 f.]). Schließlich benennt *Verf.* die weiteren Konsequenzen der Entscheidung „Kornhaas“. Mit Blick auf die dort getätigten Ausführungen des *EuGH* prognostiziert er sowohl eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO), der Vorschriften über Gesellschafterdarlehen (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und Nutzungsüberlassungen (§ 135 Abs. 3 InsO) sowie des § 64 Satz 3 GmbHG (S. 241) als auch den Ausspruch, diese Vorgaben seien mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar (S. 242).

10. Sebastian Mock: Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, NZI 11/2016, S. 462-463.

Der *EuGH* hat seine vorstehend referierte Entscheidung „Kornhaas“ aufgrund eines Vorlagebeschlusses des *BGH* erlassen. Nachdem der *EuGH* die Fragen des *BGH* beantwortet hatte, hat dieser die Revision des Limited-Directors zurückgewiesen und entschieden, die Instanzgerichte hätten § 64 Satz 1 GmbHG zu Recht auf die Limited angewandt. *Verf.* wiederholt knapp seine in IPRax 2016, 237 ff. (s.o. unter 9.) geäußerten Bedenken an der *EuGH*-Entscheidung und weist auf die Gefahren hin, die mit einer insolvenzrechtlichen Qualifikation gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutzinstrumente einhergeht. So sei das Szenario denkbar, dass die Betreiber einer insolvenznahen GmbH deren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat mit geringerem Gläubigerschutz verlegten und auf diese Weise insolvenzrecht-

lich qualifizierte Gläubigerschutzvorschriften wie den § 64 Satz 1 GmbHG abschüttelten. Ein Sieg für den Gläubigerschutz gehe mit der Entscheidung „Kornhaas“ folglich nicht einher.

11. Stefanie Schork: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Braunschweig v. 10.3.2016 – 1 Ws 56/16, NJW 25/2016, S. 1835.

Den Insolvenzschuldner trifft nicht nur eine umfassende Auskunftspflicht gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter gem. §§ 22 Abs. 3, 97 InsO. Vielmehr hat er es nach Ansicht des OLG Braunschweig auch hinzunehmen, dass ein Sachverständiger, den das Insolvenzgericht im Vorfeld der Verfahrenseröffnung bestellt, umfassend in die Akten eines gegen ihn geführten Strafverfahrens Einblick nimmt. *Verf.* stimmt dem Beschluss im Ergebnis zu, mahnt allerdings an, das für eine Akteneinsicht erforderliche berechnete Interesse sorgfältig zu prüfen und nicht vorschnell unter Rekurs auf eine Verschwiegenheitspflicht des die Akteneinsicht Begehrenden die gesamten Akten zu übermitteln, anstatt den mühevolleren Weg der Auskunftserteilung zu beschreiten.

12. Rolf E. Köllner/Jörg Mück: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Braunschweig v. 10.3.2016 – 1 Ws 56/16, NZI 14/2016, S. 598-599.

Das OLG Braunschweig hat – wie bereits erwähnt – entschieden, dass der im Insolvenzverfahren bestellte Sachverständige befugt ist, umfassende Einsicht in die Anklageschrift gegen den Insolvenzschuldner sowie einen die Masse betreffenden Arrestbeschluss zu nehmen. Nicht zuletzt mit Blick auf die Auskunftspflicht der §§ 22 Abs. 3, 97 InsO hätten die Interessen des Schuldners hinter dem Interesse des Sachverständigen zurückzustehen. *Verf.* stimmen dem Beschl. des OLG Braunschweig im Ergebnis zu, mahnen jedoch an, im Umgang mit zur Kenntnis gelangten (Privat-)Geheimnissen des Insolvenzschuldners besonders sensibel zu sein.

13. Norman Lenger/Daniel Finsterer: Die Insolvenzantragspflicht von Stiftungen und Vereinen – Schlechterstellung durch Privilegierung?!, NZI 14/2016, S. 571-574.

Wegen der rechtsformneutralen Formulierung der Insolvenzantragspflicht durch § 15a Abs. 1 InsO war bis vor kurzem streitig, ob sich auch die Vorstandsmitglieder von Vereinen und Stiftungen gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO strafbar machen, wenn sie den Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellen. Die zutreffende h.M. vertrat den Standpunkt, eine Strafbarkeit von Vereins- und Stiftungsvorständen gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO scheidet schon deshalb aus, weil sich ihre Insolvenzantragspflicht nicht aus § 15a Abs. 1 InsO, an dessen Missachtung § 15a Abs. 4, 5 InsO seinen Strafvorwurf knüpft, ergebe, sondern aus § 42 Abs. 2 BGB folge (näher zum Ganzen *Brand/Reschke*, NJW 2009, 2343 ff.). Der Gesetzgeber hat sich dieser Ansicht angeschlossen und, um Missverständnisse auszuräumen, den § 15a Abs. 6 InsO geschaffen, dem zufolge die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht für solche Vereine und Stiftungen keine Geltung beansprucht, die der Vorschrift des § 42 Abs. 2 BGB unterfallen. Auf diese Weise wollte er die Vorstände von Idealvereinen und Stiftungen privilegieren. Nach Ansicht der *Verf.* reicht die mit § 15a Abs. 6 InsO verbundene Privilegierungswirkung allerdings nicht weit genug. *De lege ferenda* schlagen sie vor, den § 42 Abs. 2 BGB um zwei Zusätze zu ergänzen. Zum einen erachten sie es für angebracht, auch den gem. § 42 Abs. 2 BGB Antragspflichtigen eine dreiwöchige Frist zuzugestehen, innerhalb derer sie erfolgsversprechende Sanierungsversuche ohne straf- und haftungsrechtliches Risiko umsetzen dürfen. Zum anderen fordern sie, den § 42 Abs. 2 BGB dahingehend zu erweitern, dass Vereins- und Stiftungsvorstände für solche Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung nicht haften, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sind.

14. Kristian Dupper/Anneke Petzsche: Zur Strafbarkeit des vorläufigen starken Insolvenzverwalters nach § 266a StGB, wistra 8/2016, S. 294-299.

Im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens kann das zuständige Insolvenzgericht gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen. Falls es das Gericht für erforderlich erachtet, um den Zusammenhalt der präsumtiven Masse sicherzustellen, erlässt es zusätzlich ein an den Schuldner adressiertes allgemeines Verfügungsverbot gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 InsO. Der vorläufige Insolvenzverwalter avanciert in diesem Fall zum sog. vorläufigen starken Insolvenzverwalter, der die Verwaltungs- und Verfügungsbe-

fugnis über das schuldnerische Vermögen erlangt (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO). Betätigt sich der Schuldner unternehmerisch und beschäftigt er in diesem Zusammenhang Arbeitnehmer, stellt sich die Frage, ob der vorläufig starke Insolvenzverwalter verpflichtet ist, die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen, andernfalls er gem. § 266a Abs. 1 StGB strafrechtlich haftet. *Verf.* verneinen diese Frage und begründen ihr Ergebnis zum einen damit, dass der vorläufig starke Insolvenzverwalter keine unternehmerische Eigeninteressen zulasten der Sozialversicherungsträger durchsetzt, sondern im Gegenteil zugunsten der Gläubigergesamtheit tätig wird (S. 296 f.) und zum anderen unter Hinweis auf die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Zahlungen an die Sozialversicherungsträger (S. 297). Schließlich verweisen *Verf.* auf die Vermögensbetreuungspflicht des vorläufig starken Insolvenzverwalters gegenüber den Gläubigern, die er missachten müsste, wollte man ihn verpflichten, vorrangig die Arbeitnehmeranteile an die Sozialversicherungsträger abzuführen. Nach Ansicht der *Verf.* wäre der vorläufig starke Insolvenzverwalter, der keine Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abführt, somit jedenfalls aufgrund einer Pflichtenkollision gerechtfertigt (S. 298 f.).

15. Jens-Hinrich Binder: Zivilrechtliche und strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, ZGR 2-3/2016, S. 229-251.

Obschon die Banken- und Finanzkrise schon einige Jahre zurückliegt, ist die strafrechtliche Aufarbeitung bis heute nicht abgeschlossen. Da der Staat die damals taumelnden Kreditinstitute wegen ihrer (vermeintlichen) Systemrelevanz gerettet hat, eine Insolvenz deutscher Kreditinstitute somit ausgeblieben ist, droht den Bankmanagern, deren Geschäfte die Schiefelage der jeweiligen Bank verursacht haben, allenfalls eine Strafbarkeit wegen Untreue. Die Bankrottstrafbarkeit scheidet am Nichteintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung (vgl. § 283 Abs. 6 StGB), eine Strafbarkeit gem. § 54a KWG am verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot. Trotz seines Rufs, eine „Allzweckwaffe“ zu sein und „immer zu passen“, lässt sich mithilfe des Untreuetatbestandes das gewünschte Ergebnis – *i.e.*: Strafbarkeit der Bankmanager gem. § 266 StGB – nur selten begründen, wie die bereits abgeschlossenen Verfahren zeigen. Zumeist gelingt es nämlich nicht, den Bankmanagern nachzuweisen, dass sie durch das Eingehen riskanter Geschäfte vorsätzlich das Vermögen „ihrer“ Bank geschädigt haben. Die Analyse, die *Binder* vorlegt, bestätigt diesen Befund und gelangt zu der These, die tradierten, auf den Ausgleich von individuellem Fehlverhalten bezogenen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen seien kaum geeignet, systematische, sektorweite Fehlentwicklungen, wie sie durch die Banken- und Finanzkrise zu Tage getreten sind, zu korrigieren (S. 249). Da die Organentscheidungen, die die Bankenkrise mitverursacht haben, durch auf „Markt-“ und „Staatsversagen“ beruhenden Einflüssen *ex ante* verzerrt worden seien, drohe die *ex post* erfolgende haftungs- und strafrechtliche Aufarbeitung des Geschehens Rückschaufehlern zu erliegen (S. 251 und *passim*).

II. Handbücher/Lehrbücher

1. Markus Gehrlein/Jens Ekkenga/Stefan Simon: Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2016, Carl Heymanns Verlag, 149,00 €, ISBN 978-3-452-28629-1.

Da die GmbH die insolvenzanfälligste Rechtsform ist und Unternehmenskrisen häufig der Auslöser sind, die Untreuetaten zum Nachteil des Gesellschaftsvermögens ans Licht bringen, kann auch der Insolvenzstrafrechtler sein Fach nicht ohne vertiefte Kenntnisse des GmbH-Rechts betreiben. Der von *Markus Gehrlein*, *Jens Ekkenga* und *Stefan Simon* herausgegebene, nunmehr in zweiter Auflage vorliegende Kommentar, der sich umfangmäßig zwischen den kleineren einbändigen und den großen mehrbändigen Kommentaren zum GmbHG angesiedelt hat, verknüpft schon durch seinen aus Wissenschaftlern und Praktikern bestehenden Bearbeiterkreis Wissenschaftlichkeit und Praxisnähe in hervorragender Weise und ist damit auch für den Wirtschaftsstrafrechtler als Nachschlagewerk besonders gut geeignet. Unter den hier allein interessierenden insolvenzstrafrechtlichen Vorzeichen verdienen folgende Punkte besonders hervorgehoben zu werden:

a) Wer wie der *Rezensent* Untreue und Bankrott auf dem Boden eines organisationsbezogenen Zurechnungsmodells voneinander abgrenzt und bei faktischen Schädigungshandlungen, die ein GmbH-Geschäftsführer zum Nachteil des GmbH-Vermögens vornimmt, den Zurechnungszusammenhang „als“ i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur bejaht, wenn sämtliche Gesellschafter die Schädigungshandlung gesellschaftsrechtlich wirksam konsentiert haben

(näher *Brand*, NSTz 2010, 9 ff.), andernfalls „lediglich“ eine Strafbarkeit wegen Untreue im Raum steht, muss wissen, ab wann die Gesellschafter Schädigungen des Gesellschaftsvermögens nicht mehr konsentieren können. Doch selbst wer das organisationsbezogene Zurechnungsmodell ablehnt und jedes – auch das gesellschaftsrechtlich unwirksame – Gesellschaftereinverständnis genügen lässt, um bei faktischen Schädigungshandlungen des Geschäftsführers den Zurechnungsmechanismus des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu aktivieren, kommt mit Blick auf die jüngere höchstrichterliche Rspr. nicht umhin, wirksame von unwirksamen Zustimmungsbeschlüssen abzuschichten, hält doch der *BGH* trotz Aufgabe seiner Interessentheorie bislang daran fest, den Geschäftsführer, der auf der Grundlage eines unwirksamen, weil gegen § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. das Existenzgefährdungsverbot verstoßenden Gesellschafterbeschlusses das Gesellschaftsvermögen schädigt – ggfls. tateinheitlich mit Bankrott – wegen Untreue zu verurteilen. Vor diesem Hintergrund erhellt die enorme Bedeutung, die dem § 30 GmbHG sowie dem Existenzgefährdungsverbot im Wirtschaftsstrafrecht zukommt.

b) Die – wie soeben gesehen – auch wirtschaftsstrafrechtlich wichtige Vorschrift des § 30 GmbHG kommentiert *Thilo Kuntz*. Nach einem konzisen und lesenswerten Überblick über die Bedeutung der Vorschrift und ihren ökonomischen Hintergrund (Rn. 1 ff.), erörtert *Kuntz* umfassend und kenntnisreich, auf welchem (bilanziellen) Weg eine Unterbilanz i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG festzustellen (Rn. 10 ff.), wie der zentrale Auszahlungsbegriff zu verstehen ist (Rn. 22 ff.) und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entfällt, weil die Gesellschaft für den weggegebenen Vermögensbestandteil eine vollwertige Gegenleistung erhält (Rn. 40 ff.). Ausführlich werden auch die möglichen Auszahlungsempfänger benannt (Rn. 63 ff.) sowie Konzernkonstellationen *sub specie* § 30 GmbHG beleuchtet (Rn. 74 ff.). Für den (wirtschafts-)strafrechtlichen Leser sehr knapp fällt hingegen der Abschnitt aus, der sich mit der Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses beschäftigt, dessen Inhalt darauf abzielt, den Geschäftsführer zu einer gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Zahlung zu verleiten. Dort heißt es nur, dass solche Beschlüsse nicht ohne weiteres analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig seien (Rn. 87). Gerne wüsste man freilich, wann nach Ansicht des *Verf.* einen Gesellschafterbeschluss, der einen Verstoß des Geschäftsführers gegen § 30 GmbHG konsentiert, das Verdikt der Nichtigkeit trifft. Womöglich nur dann, wenn das unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschafter ausgeschüttete Vermögen erforderlich ist, um die Ansprüche der Gläubiger zu befriedigen (Wertung des § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG)?

c) Im Anhang zur Kommentierung des § 13 GmbHG erläutert *Silja Maul* die Voraussetzungen, die die aktuelle Rspr. des *zweiten Zivilsenats* an das Institut des existenzvernichtenden Eingriffs stellt. Für das Wirtschaftsstrafrecht bedeutsam hat sich die Kehrtwende erwiesen, die der *zweite Zivilsenat* mit seiner Entscheidung „Trihotel“ eingeschlagen hat. Seit dieser Entscheidung stützt der *zweite Zivilsenat* die Existenzvernichtungshaftung auf § 826 BGB und gestaltet sie als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft aus.

d) Versteckt in den Vorbemerkungen zu § 64 GmbHG hat *Markus Gehrlein* zahlreiche für das GmbH-Recht wichtige insolvenzrechtliche Vorschriften kommentiert. Für den Insolvenzstrafrechtler besonders interessant ist seine Kommentierung der Insolvenzgründe „(drohende) Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ (Rn. 5 ff.), rekurren doch auch die §§ 283 ff. StGB auf diese Krisenatbestände, die dort zu Recht funktional akzessorisch zu den insolvenzrechtlichen Legaldefinitionen der §§ 17 ff. StGB verstanden werden. Insbesondere dem schwierigen Krisenatbestand der Überschuldung widmet *Gehrlein* umfassende Ausführungen (Rn. 16 ff.). Hingegen bleibt die Kommentierung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 18 InsO) sehr knapp (Rn. 13 ff.) und geht nicht über den Hinweis hinaus, Zahlungsunfähigkeit drohe, wenn der Schuldner mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % innerhalb der nächsten beiden Jahre nicht in der Lage sei, seinen Zahlungspflichten nachzukommen (Rn. 15). Angesichts der Aufwertung, die die drohende Zahlungsunfähigkeit durch das ESUG auch im Insolvenzrecht erfahren hat – man denke nur an das Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO – und natürlich mit Blick auf die Bedeutung der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Insolvenzstrafrecht, hätte man sich an dieser Stelle vertiefere Überlegungen v.a. zu der Frage gewünscht, welche Möglichkeiten es gibt, den Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit praxistauglich festzustellen. Unter den Rn. 105 ff. der Vorbemerkungen zu § 64 GmbHG findet sich schließlich eine Kommentierung des insolvenzrechtlichen Teils von § 15a InsO (Rn. 103 ff.). Dort zeichnet *Gehrlein* u.a. ausführlich die auf § 823 Abs. 2 BGB gestützte Insolvenzverschleppungshaftung mit ihrer Unterscheidung zwischen Alt- und

Neugläubigerschaden nach (Rn. 113, 117 ff.). Im Rahmen der Vorbemerkungen zu §§ 82 ff. GmbHG findet sich die Kommentierung des strafrechtlichen Teils von § 15a InsO, verfasst von *Axel Boetticher*. Darin gibt *Boetticher* einen knappen Überblick über die wesentlichen Probleme des § 15a Abs. 4, 5 InsO, streift jedoch die Frage, was man sich unter einem „nicht richtigen“ Insolvenzantrag vorzustellen hat, leider nur (Rn. 14).

e) Die GmbH-rechtlichen Strafvorschriften (§§ 82 ff. GmbHG) kommentiert ebenfalls *Axel Boetticher*. Insolvenzstrafrechtlich relevant ist von diesen Vorschriften v.a. § 84 GmbHG, der dem Geschäftsführer Kriminalstrafe androht, der es unterlässt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen. *Boetticher* stellt die Voraussetzungen, unter denen Strafbarkeit gem. § 84 GmbHG eintritt, knapp dar und eröffnet dem mit der Materie nicht vertrauten Leser die Möglichkeit, sich einen schnellen Überblick über die Probleme dieses Tatbestands zu verschaffen.

f) Wie einleitend bereits bemerkt, liegt mit dem „Gehrlein/Ekkenga/Simon“ ein Kommentar vor, der höchst zuverlässig über die wesentlichen Fragestellungen des GmbHG informiert und dabei auch nie die insolvenzrechtlichen Bezüge aus dem Blick verliert.

2. Klaus Wimmer: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2015, Luchterhand Verlag, 279,00 €, ISBN 978-3-472-08867-7.

Angesichts der zahlreichen Schnittstellen zwischen Insolvenzrecht und Insolvenzstrafrecht entspricht es mittlerweile einer guten Tradition dieser Übersicht zum Insolvenzstrafrecht, dem Leser auch die neueste insolvenzrechtliche Kommentarliteratur vorzustellen. In nun schon achter Auflage liegt der von *Klaus Wimmer* herausgegebene Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung vor. Gemeinsam mit dem „Uhlenbruck“ und dem Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung bildet er das Triumvirat der großen einbändigen insolvenzrechtlichen Kommentare. Neben den Krisentatbeständen „Zahlungsunfähigkeit“, „drohende Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“, deren insolvenzrechtliche Legaldefinitionen (vgl. §§ 17 ff. InsO) für das Insolvenzstrafrecht wegen seines insolvenzrechtsakzessorischen Charakters höchst bedeutsam sind, enthält die Insolvenzordnung mit der strafbaren Insolvenzverschleppung (vgl. § 15a Abs. 4, 5 InsO) einen Straftatbestand und mit § 97 InsO eine Vorschrift, die weitreichende strafprozessuale Wirkungen zeitigt. Den Kommentierungen dieser Vorschriften sind deshalb die nachfolgenden Zeilen gewidmet.

a) Mit dem am 1.11.2008 in Kraft getretenen MoMiG hat der Gesetzgeber die über zahlreiche Gesetze verstreuten Insolvenzantragspflichten aufgehoben und rechtsformneutral in § 15a InsO zusammengeführt. Damit wollte er zum einen den Geschäftsleitern haftungsbeschränkter Personenverbände ihre strafbewehrte Insolvenzantragspflicht klarer vor Augen führen und zum anderen durch den insolvenzrechtlichen Standort und die rechtsformneutrale Formulierung auch die Geschäftsleiter sog. Scheinauslandsgesellschaften – also Gesellschaften, die im EU-Ausland gegründet wurden, ihren wirtschaftlichen Interessenmittelpunkt (das center of main interest [kurz: COMI]) aber im Inland haben – der strafbewehrten Insolvenzantragspflicht unterwerfen. Wie es scheint ist ihm letzteres gelungen. Der *EuGH* hat nämlich in der Sache „Kornhaas“ entschieden, dass es mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) vereinbar ist, den director einer zahlungsunfähigen bzw. überschuldeten Limited, der trotz dieses Zustands noch Zahlungen leistet, gem. § 64 Satz 1 GmbHG zu verurteilen (NJW 2016, 223). Vor diesem Hintergrund spricht viel für die Prognose, der *EuGH* werde *sub specie* Niederlassungsfreiheit keine Bedenken daran hegen, dem director einer EU-Auslandsgesellschaft mit inländischem Interessenmittelpunkt die straf- und haftungsbewehrte Pflicht aufzulegen, bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen. Allerdings hat § 15a InsO nicht nur alte Streitfragen beseitigt, sondern auch neue geschaffen. Beispielhaft seien nur der „nicht richtige Antrag“ i.S.d. § 15a Abs. 4 InsO sowie die Diskussion genannt, ob das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsleiters den Zustand der Führungslosigkeit und damit die Antragspflicht der Gesellschafter bzw. Aufsichtsratsmitglieder beendet (zu letzterem s. etwa *Brand/Brand*, NZI 2010, 712 ff.). Die hier nur angerissenen Fragestellungen beantwortet *Ulrich Schmerbach* in seiner Kommentierung der §§ 15, 15a InsO und gibt darüber hinaus einen fundierten Überblick über die mit der Insolvenzantragspflicht zusammenhängenden Problemfelder. Nur die strafrechtliche Seite des § 15a InsO gerät etwas kurz. Gerade bei der Frage, wann ein Insolvenzantrag „nicht richtig“ ist (Rn. 41 f.), hätte man sich eine umfassendere, sämtliche hierzu mittlerweile vorliegenden Stellungnahmen des strafrechtlichen Schrifttums (s. v.a. *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2014, 1025 ff.) berücksichtigende Kommentierung gewünscht. Die Annahme, „nicht rich-

tig“ sei jedenfalls der unzulässige Antrag (Rn. 42), ist sicher vertretbar, greift aber deutlich zu kurz, wenn man bedenkt, dass das Insolvenzgericht den unzulässigen Antrag zurückweisen wird und sich der antragspflichtige Geschäftsleiter etc. sodann in der Situation des nicht gestellten Insolvenzantrags wiederfindet.

b) Für den Umgang mit sämtlichen Insolvenzdelikten im engeren Sinne (§§ 283 ff. StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO) essentiell sind vertiefte Kenntnisse der Insolvenzgründe „(drohende) Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“. *Schmerbach* kommentiert die Insolvenzgründe umfassend und legt v.a. großes Gewicht darauf, darzustellen, wie sich das Vorliegen dieser Insolvenzgründe *in praxi* feststellen lässt. Insbesondere die enormen Schwierigkeiten, die die Zahlungsunfähigkeitsfeststellung auf der Basis einer Zeitraumilliquidität bereitet, stellt er anschaulich und zu Recht auch kritisch dar (Rn. 24 f.). Überzeugend moniert er darüber hinaus die Praxis, die bei der Feststellung, ob ein Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt zahlungsunfähig war, großzügig kurzfristig liquidierbare Mittel berücksichtigt, selbst wenn sich diese – *ex post* – tatsächlich nicht in Geld umsetzen ließen (Rn. 35 f.). Äußerst skeptisch bewertet *Schmerbach* schließlich den Antragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit, konstatiert aber, dass die durch das ESUG bewirkten Änderungen am Eigenverwaltungsverfahren (§§ 270a ff. InsO) hier positive Folgen gezeitigt haben (Rn 34).

c) Die strafprozessual bedeutsame Vorschrift des § 97 InsO kommentiert *Angelika Wimmer-Amend*. Während sie die insolvenzrechtlichen Voraussetzungen der Auskunftspflicht umfassend darstellt, bleiben die Ausführungen zum strafprozessualen Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO äußerst blass. So findet man keine Antwort auf die Frage, ob die Strafverfolgungsbehörden Auskünfte des Schuldners gegenüber einer sachverständigen Person, die das Sanierungsgutachten i.S.d. § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO erstellt hat, verwerten dürfen (näher dazu *Brand/Kanzler, wistra* 2014, 334 ff.). Auch die strafprozessuale Verwertbarkeit von Schuldnerangaben im Insolvenzeröffnungsantrag thematisiert *Wimmer-Amend* nicht.

d) Trotz der gelegentlich geäußerten Kritik, handelt es sich bei dem Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung um ein gewichtiges Standardwerk, das auch für den Insolvenzstrafrechtler von großem Nutzen ist und dem noch viele weitere Auflagen zu wünschen sind!