

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 Schauenburg
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

Richter am OLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel

**Aktuelle Fragen des § 74c GVG – zugleich Anm. zu BGH,
Beschluss vom 25.04.2014 - 1 StR 13/13 und
BGH, Beschluss vom 07.04.2016 - 1 StR 579/15**

1

Internationales

Rechtsanwältin lic. iur. Stefanie Dubs, Zürich;

Rechtsanwältin Prof. Dr. Nora Markwalder, Assistenzprofessorin, St. Gallen

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

10

Rechtsanwältin Dr. Christina Galeazzi, Zürich

**Der schweizerische Adhäsionskläger mit besonderer
Berücksichtigung seiner Stellung im Strafbefehlsverfahren**

19

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a. M./Köln

**Italienisches Steuerstrafrecht: Die Tätige Reue („ravvedimento
operoso“) mit strafmildernder Wirkung bezüglich steuerlicher
Verstöße und Steuerstraftaten**

28

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2017

Wenn die diesjährige WisteV-wistra-Neujahrstagung am 20. und 21. Januar die Frage nach einem modernen Wirtschaftsstrafrecht stellt, mag es verwundern, dass sie mit der „Europäisierung des Wirtschaftsstrafrechts“ beginnt – einem prima facie vertrauten Phänomen, das die Strafrechtsentwicklung seit den 1980er Jahren begleitet und inzwischen als erschlossen gelten kann. Doch wird die Europäisierung des Wirtschaftsstrafrechts aller Wahrscheinlichkeit nach auch künftig ein bedeutsamer und praktisch schwieriger Faktor in der Strafrechtsentwicklung bleiben. Ein Rückblick auf Gesetzgebung und Rechtsprechung des Jahres 2016 kann dies schlaglichtartig erhellen.

Seit jeher galten das Geldwäsche- und Kapitalmarktrecht als Rechtsgebiete, in denen Strafvorschriften durch EU-Sekundärrecht geschaffen wurden, was mit der seit dem 03.07.2016 geltenden Verordnung (EU) 596/2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und der am 02.07.2016 durch das 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz umgesetzten Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen gegen Marktmanipulation erneut bestätigt wurde (vgl. hierzu den Themenkomplex „Kapitalmarktstrafrecht im Wandel“ auf der Neujahrstagung). Dabei fällt u.a. das vom EU-Gesetzgeber verschärfte Regime des Bußgeldrechts ins Auge, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, allgemein Geldbußen von bis zu dem Dreifachen des aus dem Verstoß erzielten Vorteils zuzulassen und darüber hinaus in bestimmten Fällen bei natürlichen Personen Bußgeldrahmen von bis zu 5 Mio. Euro und bei juristischen Personen Bußgeldrahmen von bis zu 15 Mio. Euro oder 15 % des jährlichen Gesamtumsatzes vorzusehen. Dass es sich dabei um keine ausschließlich auf den Kapitalmarkt bezogene Reaktion handelt, belegen ähnliche Sanktionsbefugnisse in der älteren Kartellverordnung (EU) 1/2003 vom 16.12.2002 sowie in der Datenschutz-Grundverordnung (EU) 679/2016 vom 27.04.2016, die ab Mai 2018 gelten wird. Möglicherweise zeichnet sich damit eine dauerhaft durch das Europarecht forcierte Verschärfung des Ordnungswidrigkeitenrechts ab, bei dem Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mehr denn je im Mittelpunkt stehen.

Auf der anderen Seite sind nationale, auf EU-Recht verweisende Strafvorschriften wegen ihres zwangsläufigen Verweisungs- bzw. Blankettcharakters seit jeher anfällig für Verweisungsfehler, die zu einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot führen können. Dies hat sich abermals in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.09.2016 (2 BvL 1/15) gezeigt und belegt die Rechtsrisiken, die sich gerade aus dem Bemühen einer Rechtsharmonisierung oder Rechtsvereinheitlichung ergeben können. Das Gericht hat einen lebensmittelrechtlichen Blankettstraftatbestand für verfassungswidrig und nichtig erklärt, der sich zwar auf EU-Rechtsakte bezog, die Bestimmung der konkreten Verhaltensgebote und -verbote aber einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums überließ. Die Entscheidung macht einerseits den nicht geringen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers deutlich, aber auch das – im Vergleich zu inhaltlichen Unklarheiten eventuell unverhältnismäßig hohe – Gewicht, das Mängel in der Gesetzgebungstechnik erlangen können. Zu den wichtigen Gesetzesvorhaben, deren Beschluss noch vor Ende der Legislaturperiode in diesem Sommer erwartet wird, rechnet der Regierungsentwurf über ein Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.07.2016 (BT-Drs. 18/9525). Die WisteV hat unter Beteiligung von Berufsträgern aus Justiz und Anwaltschaft bereits im Mai 2016 eine Stellungnahme zum Referentenentwurf abgegeben; sie wird dieses Gesetzesvorhaben auf ihrer Neujahrstagung im dritten Themenblock unter Berücksichtigung verwandter Gesichtspunkte – der Verbandssanktionierung und dem Geldwäscheverbot – weiter begleiten.

Dr. Christian Wagemann, Frankfurt a.M.

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 Schauenburg, 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	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Richter am OLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel Aktuelle Fragen des § 74c GVG – zugleich Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.04.2014 - 1 StR 13/13 und BGH, Beschluss vom 07.04.2016 - 1 StR 579/15	1
Entscheidungskommentare	8
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	8
Internationales	10
Rechtsanwältin lic. iur. Stefanie Dubs, Zürich; Rechtsanwältin Prof. Dr. Nora Markwalder, St. Gallen Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	10
Rechtsanwältin Dr. Christina Galeazzi, Zürich Der schweizerische Adhäsionskläger mit besonderer Berücksichtigung seiner Stellung im Strafbefehlsverfahren	19
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a. M./Köln Italienisches Steuerstrafrecht: Die Tätige Reue („ravvedimento operoso“) mit strafmildernder Wirkung bezüglich steuerlicher Verstöße und Steuerstraftaten	28
Veranstaltungen und politische Diskussionen	37
Rechtsreferendarin Jennifer Sinn, Hamburg 6. Herbsttagung der WisteV am 14.10.2016 in der Bucerius Law School Hamburg	37
Rezensionen	40
Rechtsanwältin Dr. Stefanie Beyer, LL.M., Köln Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen	40

Aufsätze und Kurzbeiträge

Strafverfahrensrecht

Richter am OLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel*

Aktuelle Fragen des § 74c GVG – zugleich Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.04.2014 - 1 StR 13/13 und BGH, Beschluss vom 07.04.2016 - 1 StR 579/15

Der folgende Beitrag befasst sich - teils zustimmend, teils kritisch - mit zwei aktuellen Entscheidungen des BGH zur Auslegung des § 74c GVG. Zugleich soll ein Überblick über die normativen Grundlagen der Wirtschaftsstrafkammer gegeben werden.

I. Einführung; Grundlagen des § 74c GVG

Der 1971¹ in das GVG aufgenommene und seitdem mehrfach umgestaltete und erweiterte (zuletzt geändert mit Wirkung zum 04.06.2016) § 74c GVG normiert die Wirtschaftsstrafkammer als echten Spezialspruchkörper.² Für Zuständigkeitsüberschneidungen bzw. positive Kompetenzkonflikte gilt innerhalb der Spezialkammern die Rangfolgeregelung des § 74e GVG (vgl. auch § 2 I 2 StPO), i.Ü. ist die allgemeine Strafkammer zuständig. Erstreckt sich der Bezirk einer Wirtschaftsstrafkammer auf mehrere Landgerichtsbezirke (§ 74c III, IV GVG), so gilt die Vorrangregelung auch im Verhältnis zu den Staatsschutzstrafkammern und allgemeinen Strafkammern der anderen Landgerichte des Bezirks.

Intention des Gesetzgebers war und ist eine sachlich verbesserte (und gewiss verfahrensökonomischere³ sowie gerichtsintern einheitliche⁴) Aufarbeitung der Wirtschaftskriminalität⁵ mit ihrer rechtlichen und phänomenologischen Komplexität dadurch, dass die Richter der Wirtschaftsstrafkammer Spezialkenntnisse erwerben sowie laufend erweitern und vertiefen (durch Schulungen und insbesondere Prozess Erfahrungen, die sich gerade auch auf wirtschaftliche Fragen beziehen).⁶ Die Realisierung dieser Intention beschränkt sich allerdings auf die Berufsrichter, da die Schöffen ohne Beachtung ihres wirtschaftlichen Sachverständnisses aus der allgemeinen Schöffenliste herangezogen werden.⁷ Auch hinsichtlich der Berufsrichter gelten aber keine formalen Qualifikationserfordernisse; es ist Aufgabe des Gerichtspräsidenten, geeignete Richter mit der Aufgabe zu betrauen.⁸ Aufgrund § 74c I GVG ist es Aufgabe des Präsidiums, zumindest einer Strafkammer die Aufgaben der Wirtschaftsstrafkammer zuzuweisen, sofern das LG über mehr als eine Strafkammer verfügt.

§ 74c I GVG enthält einen abschließenden⁹ Katalog von Delikten, die die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründen. Entgegen der früheren Gesetzesfassung kommt es auf ein Schwergewicht der Straftaten nicht an.¹⁰ Ob die Beteiligung als Täter oder Teilnehmer

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften sowie Richter am Oberlandesgericht Schleswig.

¹ BGBl. I, S. 1513.

² Vgl. Katholnigg NJW 1978, 2375 (2376); Firsau wistra 1988, 140 (141).

³ Vgl. auch OLG Celle wistra 1991, 359.

⁴ S. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 2.

⁵ Vgl. auch Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 1: „Teil der Bemühungen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“.

⁶ Vgl. BTDr. VI/670 S. 3; BTDr. VI/2257, S. 1; OLG Koblenz NSTz 1986, 327 (328); OLG Koblenz NSTz 1986, 425; OLG Stuttgart wistra 1991, 236; OLG Celle wistra 1991, 359; OLG Saarbrücken wistra 2007, 360; Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 2; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 1.

⁷ Vgl. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 9; Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 4, 12.

⁸ Vgl. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 12.

⁹ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 18; vgl. aber OLG Stuttgart MDR 1982, 252 (253), welches bzgl. § 74c I GVG a.F. offen ließ, ob § 283b StGB als Vorfeldtat unter Bankrott subsumiert werden könnte.

¹⁰ Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 3.

erfolgt¹¹, ob das Delikt vollendet oder bloß versucht wird, ist irrelevant.¹² Das Gericht ist an die Bewertung durch die Staatsanwaltschaft, die die Zuständigkeitsvoraussetzungen bei Abschluss des Ermittlungsverfahrens prüft, nicht gebunden¹³, sondern entscheidet im Zwischenverfahren selbst.¹⁴ Hierbei prüft die Wirtschaftsstrafkammer in erster Instanz ihre Zuständigkeit nach § 6a S. 1, 2, 3 StPO bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens von Amts wegen, danach nur noch auf Rüge des Angeklagten; dessen Einwand ist nur bis zum Beginn seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung zu beachten.¹⁵

Klagt die Staatsanwaltschaft eine Strafsache bei der Wirtschaftsstrafkammer an, verneint diese aber die Voraussetzungen des § 74c I GVG und hält sich mithin für unzuständig, so kann die Wirtschaftsstrafkammer das Hauptverfahren vor der allgemeinen Strafkammer eröffnen¹⁶: Gem. § 209 I StPO kann nämlich ein Gericht höherer Ordnung das Hauptverfahren vor einem Gericht niederer Ordnung eröffnen, gem. § 209a Nr. 1 StPO i.V.m. § 74e GVG steht die Wirtschaftsstrafkammer gegenüber der allgemeinen Strafkammer einem Gericht höherer Ordnung gleich. Gegen die Eröffnung vor der allgemeinen Strafkammer steht der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde zu, § 210 II StPO.¹⁷ Das Katalog-Delikt muss Gegenstand der zugelassenen Anklage sein; scheidet das Delikt durch den von der Anklage abweichenden Eröffnungsbeschluss aus, gelten – auch i.F.d. § 154a StPO – wiederum §§ 209 I, 209a Nr. 1 StPO.¹⁸ Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gelten die §§ 225a, 270 StPO.¹⁹ Klagt die Staatsanwaltschaft eine Strafsache bei der allgemeinen Strafkammer an, bejaht diese aber die Voraussetzungen des § 74c I GVG und hält mithin die Wirtschaftsstrafkammer für zuständig, so legt es die Akten gem. § 209 II StPO dieser vor.²⁰

Die Zuständigkeitsbegründung gilt auch für verbundene Sachen (vgl. auch § 2 I 2 StPO), und zwar unabhängig davon, ob das Schwergewicht bei der Wirtschaftsstrafsache liegt.²¹ Wird das Verfahren gegen den die Zuständigkeit begründenden Angeklagten gem. § 2 II StPO abgetrennt, endet auch die entsprechende Zuständigkeitsbegründung²²: Da die Zuständigkeit durch § 74c GVG gesetzlich festgelegt wird, kann dies in diesem Fall nicht durch Verfügung des Präsidiums, d.h. durch Zuständigkeitsperpetuierung im Geschäftsverteilungsplan (vgl. § 21e GVG), abweichend geregelt werden. Bei einer Wiedereinbeziehung nach § 154a III StPO nach Anklageerhebung, aber vor Eröffnung des Hauptverfahrens ist nach § 209a II StPO vorzulegen, nach Eröffnung des Hauptverfahrens gelten die §§ 225a, 270 StPO.²³ Auch bereits bei im Ermittlungsverfahren zu treffenden Entscheidungen des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts (z.B. §§ 81 III, 153 I, 153a I StPO) greift die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer.²⁴

Die in § 74c I Nr. 6 GVG aufgeführten Delikte begründen nicht stets die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer, sondern nur soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind. Bei dieser Einschränkung handelt es sich um ein sog. „normatives Zuständigkeitsmerkmal“²⁵, das nur bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu prüfen ist²⁶; nach der Eröffnung ist eine Verweisung an die allgemeine Strafkammer nicht mehr möglich, wenn sich die Beurteilung des normativen Merkmals ändert²⁷, vgl. § 6a StPO. Nach einer Zurückverweisung gem. § 354 III StPO auf-

¹¹ Vgl. auch OLG Schleswig SchlHA 2005, 257 (258).

¹² Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 3; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 18; Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 4; Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 4.

¹³ Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 7.

¹⁴ Vgl. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 10.

¹⁵ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 16.

¹⁶ Ausf. Meyer-Goßner NSTZ 1981, 168 (169).

¹⁷ S. nur OLG Stuttgart wistra 1991, 236; OLG Celle wistra 1991, 359 (Anm. Kochheim wistra 1991, 360); OLG Köln wistra 1991, 79; OLG Saarbrücken wistra 2007, 360; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 6; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 16.

¹⁸ Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 4; Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 6; vgl. auch KG NJW 2010, 3464 (3465); BGH NSTZ 1987, 132.

¹⁹ Ausf. Meyer-Goßner NSTZ 1981, 168 (169f.).

²⁰ Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 5; Meyer-Goßner NSTZ 1981, 168 (171).

²¹ Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 2.

²² BGHSt 38, 376 = NJW 1993, 672 = NSTZ 1993, 248.

²³ Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 3.

²⁴ Rieß NSTZ 1986, 425; Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 7; Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl. 2015, § 74c Rn. 7.

²⁵ Vgl. nur BGH NSTZ 1985, 464 (466).

²⁶ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 37.

²⁷ Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 4; Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 5; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 37.

grund erfolgreicher Revision hat die Kammer aber erneut ihre Zuständigkeit zu überprüfen.²⁸

Besondere Kenntnisse sind erforderlich, wenn ein Sachverhalt zu beurteilen ist, der nur besonderen Wirtschaftskreisen eigen und geläufig ist und der durch die komplizierten und schwer durchschaubaren Mechanismen des Wirtschaftslebens geprägt wird, deren raffinierten Missbrauch Wirtschaftsstrafsachen kennzeichnet.²⁹ Eine Begehung im Wirtschaftsleben ist nicht ausreichend, ebenso wenig eine Kaufmannseigenschaft.³⁰ Bereits nach Maßgabe des Wortlauts³¹ kommt es nicht auf Bedeutung und Umfang der Sache (vgl. § 24 I Nr. 3 GVG) an; im Einzelnen folgt keineswegs aus der Schadenshöhe, der volkswirtschaftlichen Bedeutung und Sozialschädlichkeit³², der Zahl der Beschuldigten oder (geschädigten) Zeugen, der Stofffülle, aus Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art oder der Schwierigkeit der Ermittlungen³³, dass besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.³⁴

Naturgemäß bleibt vage, wann besondere Kenntnisse erforderlich sind bzw. was als allgemeiner Kenntnisstand anzusehen ist. Aus dieser Vagheit³⁵ mag (ähnlich wie bei den vergleichbar offenen §§ 24 I Nr. 2, 25 Nr. 3 GVG) noch keine Verfassungswidrigkeit sub specie Art. 101 I 2 GG folgen³⁶, es ist allerdings eine möglichst operable, konkrete Auslegung anzustreben. Immerhin ist „nur“ die funktionelle Zuständigkeit betroffen, so dass kein Verlust der Berufungsinstanz im Raum steht.³⁷

Festzuhalten ist zunächst, dass „Kenntnisse“ gerade nicht nur rechtlich gemeint ist, sondern dass es gerade um solche „des Wirtschaftslebens“ geht, mithin auch und gerade um tatsächliche und technische Besonderheiten.³⁸

Bei alledem muss als Vergleichsmaßstab der normative Kenntnisstand eines durchschnittlich befähigten und erfahrenen, sich in zumutbarem Rahmen fortbildenden Richters angenommen werden.³⁹ Dies führt insofern kaum weiter, als Anhaltspunkte zur Ausfüllung der Termini nicht existieren. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein Richter sich durch Einschaltung von Sachverständigen im Grunde alle (nichtrechtlichen) Kenntnisse vermitteln lassen kann⁴⁰, so dass § 74c I Nr. 6 GVG vom Gedanken der wiederum vagen Verfahrensökonomie geprägt ist. In vielen Fällen wird auch die Anklageschrift in der Lage sein, alle wirtschaftsrelevanten Kenntnisse zu vermitteln, wenn sie im Rahmen der Konkretisierung eine verständliche Darstellung enthält.⁴¹ Letztlich wird sich jede Wirtschaftsstrafkammer eher in Ansehung ihrer Fallbelastung der Frage des § 74c I Nr. 6 GVG widmen. Die in der Rspr. durchaus vorhandene Kasuistik⁴² ist kaum vereinheitlichungsfähig, gerade weil es auch um faktische Fragen wirtschaftlicher Komplexität im Einzelfall geht.

²⁸ Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 10; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 10.

²⁹ Vgl. BTDRs. VI/2257, S. 1; OLG München JR 1980, 77(79) (Anm. Rieß JR 1980, 79); OLG Koblenz NStZ 1986, 327 (328); OLG Köln wistra 1991, 79 (80); OLG Stuttgart wistra 1991, 236; OLG Düsseldorf wistra 1993, 277 (277f.); LG Lübeck SchlHA 2002, 287; OLG Saarbrücken wistra 2007, 360; Kochheim wistra 1991, 360; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 5; Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 5; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 27.

³⁰ Rieß JR 1980, 79; OLG Köln wistra 1991, 79 (80).

³¹ Vgl. OLG Köln wistra 1991, 79 (80).

³² OLG Köln wistra 1991, 79 (80).

³³ Vgl. OLG Stuttgart wistra 1991, 236.

³⁴ OLG München JR 1980, 77 (79); OLG Koblenz NStZ 1986, 327 (328); OLG Köln wistra 1991, 79 (80); OLG Saarbrücken wistra 2007, 360; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 5; Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 4; Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 5; Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 655.

³⁵ Ausf. Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 653ff.

³⁶ OLG München JR 1980, 77 (79); zust. Rieß JR 1980, 79.

³⁷ S. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 11.

³⁸ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 28; vgl. z.B. OLG Saarbrücken wistra 2007, 360.

³⁹ Vgl. Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 4; krit. Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 28; vgl. auch die Differenzierung bei OLG Saarbrücken wistra 2007, 360 zwischen (normalen) datenverarbeitungstechnischen Kenntnissen und besonderen Kenntnissen i.S.d. § 74c I Nr. 6 GVG; a.A., aber ohne Begründung oder Alternativansatz, LG Lübeck SchlHA 2002, 287.

⁴⁰ Vgl. auch OLG Saarbrücken wistra 2007, 360, welches darauf hinweist, dass datenverarbeitungstechnische Kenntnisse ggf. durch einen Sachverständigen zu vermitteln sind.

⁴¹ Vgl. OLG Saarbrücken wistra 2007, 360; Auch bereits in der Anklageschrift bestimmte Abläufe verständlich und nachvollziehbar beschrieben.

⁴² Vgl. Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 28; bejaht z.B. für Bewertung von Bilanzen oder Gewinn- und Verlustrechnungen: OLG Stuttgart wistra 1991, 236; hierzu vgl. Kochheim wistra 1991, 360; verneint z.B. für Scheckkreiterei: OLG Düsseldorf wistra 1993, 277 (277f.); Abrechnungsbetrug eines Arztes: OLG Köln wistra 1991, 79 (79f.) und OLG Saarbrücken wistra 2007, 360, hierzu z.T. krit. Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 28.

Die rechtliche Handhabung des normativen Zuständigkeitsmerkmal ist mit der Revision nicht überprüfbar: Mit der Revision kann nicht geltend gemacht werden, das Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil das Merkmal zu Unrecht verneint oder bejaht worden sei.⁴³ Anders ist dies bei Willkür.⁴⁴

II. Zum Problem der Gesetzeskonkurrenz: BGH, Beschluss vom 07.04.2016 - 1 StR 579/15

1. Die Entscheidung

Der hier zu besprechende Beschluss ist u.a. in der NSTZ-RR veröffentlicht (2016, 245). Bemerkenswert ist der dort zu findende redaktionelle Leitsatz (Nr. 2):

„Ist Gegenstand des Verfahrens nach der zugelassenen Anklage die Katalogtat eines Kreditbetrugs (StGB § 265b), so verbleibt es bei der sachlichen Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer, auch wenn die Strafbarkeit insoweit wegen der Subsidiarität des § 265b StGB von dem angeklagten Betrug (StGB § 263) konsumiert wird.“

Weder nämliche noch eine vergleichbare Formulierung ist den Entscheidungsgründen zu entnehmen. Diese nämlich beschäftigen sich an dieser Stelle mit der Unzulässigkeit einer Rüge der funktionellen Unzuständigkeit aufgrund Nichteinhaltung der Anforderungen des § 344 II 2 StPO. Der Revisionsbegründung sei ein Eingreifen des Zuständigkeitskatalogs des § 74c I 1 Nr. 5 GVG nicht zu entnehmen. Es ergebe sich nicht, dass das dem Angekl. vorgeworfene Verhalten an sich zumindest geeignet war, den Tatbestand des § 265b I StGB zu erfüllen.

Da der BGH somit auf den Maßstab der Tatbestandserfüllung abstellt, lässt sich i.V.m. dem lapidaren Zitat („vgl. hierzu OLG Celle, wistra 1991, 359 mit Anm. Kochheim; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 74c GVG Rn 4□a; Siolek, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 74c GVG Rn 6; enger OLG Stuttgart, wistra 1991, 236“) der Schluss ziehen, dass es für den BGH in der Tat auf ein Zurücktreten eines verwirklichten Tatbestands im Wege der Gesetzeskonkurrenz nicht ankommen soll.

2. Würdigung

(1) Hingewiesen sei zunächst darauf, dass die - herrschende - Auffassung, dass § 263 StGB qua Gesetzeskonkurrenz die in § 74c I Nr. 5 GVG genannten Delikte Subventionsbetrug (§ 264 StGB)⁴⁵, Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB)⁴⁶ und Kreditbetrug (§ 265b StGB)⁴⁷ verdränge, nicht überzeugt. Angesichts nicht deckungsgleicher Schutzgüter ist es vorzugswürdig, von Tateinheit auszugehen.⁴⁸

(2) Freilich kann das für die hier interessierende Frage der sich aus § 74c I Nr. 5 GVG ergebenden Zuständigkeit letztlich offen bleiben, da dem BGH mit der schon bislang h.L. darin zuzustimmen ist, dass das Spannungsverhältnis⁴⁹ zwischen § 74c I Nr. 5 und 6 (bezogen auf den Betrug) GVG im entschiedenen Sinne ungeachtet einer etwaigen materiell-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz zugunsten des § 74c I Nr. 5 GVG aufzulösen ist.⁵⁰

Der BGH knüpft an die Entscheidung OLG Celle, wistra 1991, 359 an und distanziert sich zugleich von der gegenteiligen Entscheidung OLG Stuttgart, wistra 1991, 236.

(a) Das OLG Celle verweist in seiner Begründung im Wesentlichen auf zwei Gesichtspunkte: Erstens sei es angesichts des Zwecks des § 74c I Nr. 5 GVG - Einsatz von Fachkräften zur

⁴³ BGH NSTZ 1985, 464 (464, 466); Rieß NJW 1978, 2265 (2268); Rieß JR 1980, 79 (81f.); Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 4; Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 10; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 10; vgl. auch Meyer-Goßner NSTZ 1981, 168 (170).

⁴⁴ BGH NSTZ 1985, 464 (466); BGHSt 38, 376 = NJW 1993, 672 = NSTZ 1993, 248 (einen Fall der Willkür bejahend); Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 7; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 37; krit. zur Beschränkung der Kontrolle auf Willkür Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 655f.

⁴⁵ Hierzu s. nur Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 264 Rn. 5, 54a.

⁴⁶ Hierzu s. Bock, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 264a Rn. 75 m.w.N.

⁴⁷ Vgl. nur BGHSt 36, 130; OLG Stuttgart wistra 1991, 236; zsf. Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 265b Rn. 3, 41.

⁴⁸ S. nur Bock, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 264a Rn. 75 m.w.N.

⁴⁹ So Kochheim wistra 1991, 360.

⁵⁰ S. auch Kochheim wistra 1991, 360; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 26; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 4a; Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 6.

schnellen und sachgerechten Ahndung von Wirtschaftsstrafsachen – geboten, eine Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer auch bei Gesetzeskonkurrenz anzunehmen, da eine solche nichts am Sachverhalt inkl. wirtschaftlichem Hintergrund ändere. Zweitens zeige ein Vergleich mit § 74c I Nr. 3 GVG, dass sich der Gesetzgeber der Frage der Gesetzeskonkurrenz sehr wohl bewusst war, aber eine entsprechende Regelung in § 74c I Nr. 5 GVG nicht geschaffen hat.

(b) Das OLG Stuttgart verneinte demgegenüber die Anwendung des § 74c I Nr. 5 GVG und begründete dies knapp mit der Subsidiarität des Kreditbetrugs. Allerdings ging das OLG davon aus, dass die Tatbestandserfüllung „Rückwirkungen auf die Bewertung einer Sache als Wirtschaftsstrafsache gem. § 74c I Nr. 6 GVG“ habe. Im konkreten Fall verneinte das OLG freilich die Möglichkeit einer Verurteilung wegen Kreditbetrugs, so dass es allein im Lichte einer Betrugsstrafbarkeit nicht als gegeben ansah, dass i.S.d. § 74c I Nr. 6 GVG „zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich“ wären.

(3) Es ist nicht dem OLG Stuttgart, sondern dem BGH und dem OLG Celle beizupflichten. Die Vorgehensweise des OLG Stuttgart ist schon prima facie ein Umweg, den zu beschreiten angesichts der damaligen Verneinung der Tatbestandserfüllung nicht einmal nötig gewesen wäre. Verstünde man die propagierte „Rückwirkung“ als Automatismus, so gäbe es ohnehin keine Abweichungen im Ergebnis, lediglich die Variante differiert (Nr. 6 statt Nr. 5). Ist eine flexiblere Handhabung gemeint, so entbehrt dies jeder Rechtssicherheit, da innerhalb der ohnehin kaum greifbaren Frage des Erfordernisses besonderer Kenntnisse des Wirtschaftslebens weitere Kriterien (nämlich Tatbestandserfüllungen vorheriger Nr.) eingeflochten werden, ohne dass deren Gewicht operabel wäre.

Die vom BGH in Bezug genommenen teleologischen und systematischen Erwägungen sind von durchgreifender Überzeugungskraft.⁵¹ An der Sinnhaftigkeit, Spezialisten zu betrauen, ändert Gesetzeskonkurrenz nichts. Ergänzt sei, dass der Wortlaut des § 74c I Nr. 5 GVG („Für Straftaten [...] des Kreditbetruges“) der weiten Auslegung nicht entgegensteht, ändert doch eine Gesetzeskonkurrenz nichts am Charakter einer Straftat, was im materiellen Strafrecht vielfach eine Rolle spielt, z.B. bei Fragen der Teilnahme⁵² oder bei Anschlussdelikten⁵³.

III. Zum Konzentrationsgrundsatz: BGH, Beschluss vom 25.04.2014 - 1 StR 13/13

1. Die Entscheidung

Der (1.) amtliche Leitsatz der sehr umfangreichen Entscheidung⁵⁴, deren zweiter Schwerpunkt bei materiell-rechtlichen Fragen des Betrugs liegt, lautet:

„Die Aufteilung der Wirtschaftsstrafsachen eines Landgerichts auf zwei Wirtschaftsstrafkammern (§ 74c I GVG) erfordert nicht zwingend, dass der Geschäftsanfall an Wirtschaftsstrafsachen für jede der beiden Wirtschaftsstrafkammern mehr als 50 Prozent beträgt.“

Aufgrund des Konzentrationsgrundsatzes in § 74c GVG dürfe zwar eine weitere Wirtschaftsstrafkammer nur dann eingerichtet werden, wenn die vorhandene Wirtschaftsstrafkammer voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, den Geschäftsanfall zu bewältigen. Es würde dem Konzentrationsgrundsatz zuwiderlaufen, Spezialsachen auf alle oder auf mehrere Kammern so zu verteilen, dass kein eindeutiger Zuständigkeitsschwerpunkt mehr besteht. Eine gleichmäßige Verteilung auf zwei Kammern sei aber jedenfalls dann zulässig, wenn der Schwerpunkt der Zuständigkeit eindeutig bei den Wirtschaftsstrafverfahren bleibe. Mache die Überlastung der bislang einzigen Wirtschaftsstrafkammer die Errichtung einer zweiten Wirtschaftsstrafkammer erforderlich, reiche der Geschäftsanfall jedoch nicht aus, um bei beiden Wirtschaftsstrafkammern einen eindeutigen Schwerpunkt bei den Wirtschaftsstrafverfahren zu setzen, sei es nicht zu beanstanden, die Verteilung zwischen den beiden Wirtschaftsstrafkammern in der Weise vorzunehmen, dass eine der Kammern fast ausschließlich

⁵¹ Vgl. auch schon Franzheim wistra 1991, 360; ferner z.B. Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 8; Si-olek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 6.

⁵² Zur Teilnahmefähigkeit eines qua Gesetzeskonkurrenz verdrängten Tatbestands vgl. aus der Rspr. BGH NJW 1975, 2109 (Anm. Hübner NJW 1975, 2110); BGHSt 30, 28 = NJW 1981, 1325 = NStZ 1981, 147 = StV 1981, 180.

⁵³ Zur Hehlereitauglichkeit eines qua Gesetzeskonkurrenz verdrängten Tatbestands vgl. aus der Rspr. BGH NJW 1959, 1377 (Anm. Mittelbach JR 1959, 468); BGH NJW 1969, 1260; BGH StV 1985, 135.

⁵⁴ BGHSt 59, 205 (Schwielowsee) = NJW 2014, 2295 = StV 2015, 339 (Anm. Bosch JK 2014 StGB § 263/105; Gaede NJW 2014, 2298; Küpper jurisPR-StrafR 14/2014 Anm. 1; Börner StV 2015, 343).

mit Wirtschaftsstrafsachen ausgelastet wird und der anderen Kammer lediglich die verbleibenden Wirtschaftsstrafsachen zugewiesen werden.

2. Würdigung

(1) § 74c I GVG ordnet die Zuständigkeit *einer* Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer an, so dass bereits der Wortlaut („eine“)⁵⁵ den sog. Konzentrationsgrundsatz⁵⁶ nahelegt, dass nämlich grundsätzlich nur eine einzige Wirtschaftsstrafkammer existiert und eine weitere Wirtschaftsstrafkammer nur dann eingerichtet werden darf, wenn dies wegen des voraussetzlichen Geschäftsanfalls notwendig ist⁵⁷, also bei Überlastung.⁵⁸ Der Konzentrationsgrundsatz soll eine einheitliche Rechtsabhandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die speziellen Erfahrungen und Kenntnisse der Richter optimal genutzt werden.⁵⁹ Verstöße führen zu einer unvorschriftsmäßigen Besetzung i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO sowie zu einer Entziehung des gesetzlichen Richters, Art. 101 I 2 GG, § 16 GVG.⁶⁰

(2) Es gelten zwei Prämissen: Erstens darf keine Wirtschaftsstrafkammer überlastet werden (Pensum von mehr als 100 Prozent). Hierbei ist natürlich zu berücksichtigen, dass die Auslastung in Wirtschaftsstrafsachen aufgrund Umfang und Schwierigkeit dieser Sachen im Vergleich zu allgemeinen Strafsachen angepasst beurteilt werden muss.⁶¹ Zweitens gilt es, die (kostenträchtige und steuerfinanzierte) Arbeitskraft der Richter voll auszuschöpfen.⁶²

Ist die bislang einzige Wirtschaftsstrafkammer überlastet, so muss eine zweite gebildet werden. Hier stellt sich nun die Frage, ob der zweiten Wirtschaftsstrafkammer lediglich der Überschuss zugewiesen werden darf oder ob eine gleichmäßige Verteilung der Wirtschaftsstrafsachen auf beide Kammern zulässig ist. Der BGH hat bereits früher entschieden, dass letzteres zulässig ist, „wenn der Schwerpunkt eindeutig bei den Wirtschaftsstrafverfahren bleibt“.⁶³ Sofern allerdings ohnehin nur eine Verteilung auf zwei Kammern zur Debatte steht, folgt daraus zwingend, dass Schwerpunkt bzw. Schwergewicht lediglich bedeutet, dass jeweils die 50-Prozent-Marke überschritten ist, was bei hälftiger Aufteilung eines Überlastungspensums stets der Fall ist.

(3) Gebietet das Gesamtpensum die Einrichtung zahlreicher Wirtschaftsstrafkammern, gelten obige Erwägungen gleichermaßen. Fraglich ist nur, ob es ausreicht, wenn bei jeder einzelnen Kammer der 50-Prozent-Anteil überschritten wird oder ob § 74c I GVG eine optimal minimierte Kammeranzahl verlangt. Nach einhelliger Auffassung ist jedenfalls eine Minimierung der Anzahl nicht geboten, so dass es z.B. einerlei ist, wenn statt fünf Wirtschaftsstrafkammern auch vier ausgereicht hätten.⁶⁴ In der Tat gibt der Wortlaut des § 74c I GVG nicht vor, wie der Geschäftsanteil bewältigt wird und wie viele Kammern es gibt.⁶⁵ Die Rspr. weist ferner zu Recht darauf hin, dass die Ausschöpfung der Arbeitskraft die Zuweisung eines von ihr sog. „Bodensatzes“⁶⁶ bedingt, da bei langdauernden Großverfahren erfahrungsgemäß unvermeidbare Terminaufhebungen erfolgen oder auch einmal ein umfangreiches Verfahren früher abgeschlossen wird. Zumal ein Geschäftsverteilungsplan eine Prognose darstellt, ist es deutlich sinnvoller, nicht erst die letzte (überlastete) Kammer zu teilen, sondern gewissermaßen überzählige Kammern einzurichten. Aufgrund der Unwägbarkeiten in Wirtschaftsstrafverfahren ist der Konzentrationsmaxime jedenfalls Genüge getan, wenn pro Wirtschaftsstrafkammer mehr als 50 Prozent Wirtschaftsstrafsachen anfallen. Der von der früheren Rspr.⁶⁷ im Einzelfall gewürdigte Schwerpunkt von 73 Prozent genügt ohne Weiter-

⁵⁵ Katholnigg NJW 1978, 2375 (2376); Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 3; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 8.

⁵⁶ Vgl. schon BGH NJW 1978, 1273 (für § 74 II GVG); BGHSt 31, 323 (326) = NJW 1983, 2335; BGHSt 34, 379 (380); Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 7; Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 7.

⁵⁷ Vgl. BTDRs. VIII/976, S. 67; BGH NJW 1978, 1273 (zu § 74 II GVG); Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 74c GVG Rn. 1; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 7.

⁵⁸ Vgl. auch BGHSt 27, 349 zu § 74 II GVG.

⁵⁹ Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 8; vgl. auch BGH NJW 1978, 1273 (1274) zu § 74 II GVG.

⁶⁰ Vgl. BGHSt 31, 323 (326); BGHSt 34, 379 (380); BGHSt 38, 376 = NJW 1993, 672 = NSTZ 1993, 248.

⁶¹ Vgl. Katholnigg NJW 1978, 2375 (2376).

⁶² Vgl. nur Katholnigg NJW 1978, 2375 (2376).

⁶³ BGHSt 31, 323 (326); BGHSt 34, 379 (380); vgl. auch BTDRs. VIII/ 976, S. 104, 111; BTDRs. VIII/1844, S. 33; Meyer-Goßner, StPO, 59. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 1; Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 74c GVG Rn. 3.

⁶⁴ S. schon BGHSt 34, 379 (380).

⁶⁵ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 10.

⁶⁶ S. schon BGHSt 34, 379 (380); Katholnigg NJW 1978, 2375 (2376).

⁶⁷ S. schon BGHSt 34, 379 (380); vgl. auch Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 10.

res; diese Einzelfallzahl war aber schon keine verbindliche Untergrenze.⁶⁸ Die Heranziehung der gemäßigt großzügigeren 50-Prozent-Grenze erübrigt Spekulationen, ab welchem Wert ein Schwerpunkt oder ein Schwergewicht anzunehmen ist; bei Vorstellung einer Waage oder Wippe entspricht dies ohnehin einander.

(4) Logische Folge aus den Prämissen Vermeidung der Überlastung und Ausschöpfung der Arbeitskraft ist, dass es bis zu einer Grenze von 50 Prozent zulässig ist, einer Wirtschaftsstrafkammer allgemeine Strafsachen zuzuweisen.⁶⁹ In den Entscheidungen muss dabei stets zum Ausdruck kommen, ob die Kammer als Wirtschaftsstrafkammer entscheidet oder nicht.⁷⁰ Nicht zulässig ist es, beim Bestehen mehrerer Wirtschaftsstrafkammern im Geschäftsverteilungsplan eine Zuweisung nach bestimmten Katalogtaten vorzunehmen.⁷¹ Für den Fall einer erfolgreichen Revision gegen Urteile der Wirtschaftsstrafkammer und der Zurückverweisung (vgl. § 354 II 1 StPO) ist eine Auffangkammer zu bilden⁷², dieser dürfen aber ohne Überlastung der anderen Kammer keine anderen Sachen zugewiesen werden.⁷³ Zwar erhalten Richter der Auffangkammer insofern noch weniger Erfahrung, aber ein zurückweisendes Revisionsurteil ist (bezogen auf ein einzelnes Landgericht) ohnehin ein seltener Ausnahmefall; außerdem sind dem Urteil oft noch Anhaltspunkte für die neue Beurteilung zu entnehmen, so dass die hintanstehende Rolle der Auffangkammer in Kauf zu nehmen ist.⁷⁴

(5) Wie niedrig darf der Prozentsatz an Wirtschaftsstrafsachen pro Wirtschaftsstrafkammer sein? Die Entscheidung des BGH vom 25.04.2014 betritt hier Neuland, indem auch ein Anteil von - deutlich - unter 50 % für ausreichend erachtet wird, ja es sogar normkonform soll, dass „eine der Kammern fast ausschließlich mit Wirtschaftsstrafsachen ausgelastet wird und der anderen Kammer lediglich die verbleibenden Wirtschaftsstrafsachen zugewiesen werden“⁷⁵. Dem ist zu widersprechen; ein Absinken unter 50 Prozent verbietet die Konzentrationsmaxime.

Nun ist der Leitsatz ausdrücklich auf die Situation der Aufteilung auf zwei Kammern beschränkt. Zuzugeben ist, dass die Anzahl der Wirtschaftsstrafkammern hier nicht unnötig erhöht wird. Während der BGH nunmehr eine Zuweisung allein der verbleibenden, d.h. die Überlast erzeugenden Wirtschaftssachen für zulässig hält⁷⁶, ist nach der hier vertretenen Auffassung lediglich eine Aufteilung mit der Maßgabe zulässig, dass jede Kammer mindestens 50 Prozent der Sachen übernehmen muss. Wieso ist diese Aufteilung vorzuzugswürdig? Zum einen fällt auf, dass der BGH zwar den Konzentrationsgrundsatz und auch die bisherige Rspr. anführt, für den darüber hinausweisenden, entscheidend neuen Ausspruch aber keine Begründung gibt. Augenscheinlich ist es das Anliegen der Entscheidung, die Spielräume der Tatgerichtspräsidien möglichst weit zu halten und so revisibel und verfahrensökonomisch ärgerliche Fehlerquellen im Bereich der ohnehin komplexen Geschäftsverteilung zu minimieren. Dieses kriminalpolitisch legitime Anliegen steht allerdings im Spannungsverhältnis zu der Tatsache, dass eine Wirtschaftsstrafkammer mit nur wenigen Wirtschaftsstrafsachen nicht geeignet dafür ist, dass die Berufsrichter zahlreiche Erfahrungen sammeln, um aus diesen für künftige Wirtschaftsstrafverfahren zu profitieren, so wie es der Grundgedanke des § 74c GVG ist. Zwar mag man anführen, dass im Gegenzug die stark mit Wirtschaftsstrafsachen betraute Kammer umso mehr Erfahrungen sammeln kann. Hierdurch würde aber ein Erfahrungsgefälle zwischen den beiden Wirtschaftsstrafkammern entstehen, welches sich auch sonst freilich nie ganz vermeiden lässt, aber durch ganz asymmetrische Verteilung erheblich verstärkt würde. Das dürfte dem hinter § 74c GVG stehenden Willen des Gesetzgebers widersprechen. Daher ist auch bei der Aufteilung zwischen lediglich zwei Kammern ein eindeutiger Zuständigkeitsschwerpunkt jeder Kammer zu verlangen, welcher erst ab 50 Prozent anzunehmen ist, keinesfalls also bei einer Zuteilung eines Restes gegeben ist.

⁶⁸ Ähnlich zum Ganzen Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 12.

⁶⁹ Statt aller zur Zulässigkeit der Zuweisung allgemeiner Strafsachen Huber, in: Beck-OK-StPO, Stand 01.10.2016, § 74c GVG Rn. 1.

⁷⁰ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 3; Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 8.

⁷¹ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 11.

⁷² BTDRs. VIII/1844, S. 33; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 74c GVG Rn. 12; Siolek, in: LR, StPO, 26. Aufl. 2010, § 74c GVG Rn. 8; vgl. auch BGH NJW 1978, 1273 (1274) zu § 74 II GVG.

⁷³ Vgl. auch BGH NJW 1978, 1273 (1274) zu § 74 II GVG.

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 1978, 1273 (1274) zu § 74 II GVG.

⁷⁵ Rn. 22 der Entscheidung.

⁷⁶ Wiederum Rn. 22 der Entscheidung.

(6) Die nunmehrige Positionierung des BGH führt dazu, dass von einem Konzentrationsgrundsatz nur noch in dem Sinne die Rede sein kann, dass im Hinblick auf die anfallenden Wirtschaftssachen nicht derart viele Wirtschaftsstrafkammern errichtet werden dürfen, dass keine mehr einen Schwerpunkt in Wirtschaftssachen hat (insofern eine rein kammerzahlorientierte Konzentration), während hingegen nicht (mehr) jede einzelne Wirtschaftsstrafkammer für sich genommen einen Arbeitsschwerpunkt bei Wirtschaftssachen haben muss (Verneinung eines kammerinternen Konzentrationsgrundsatzes) - *de lege lata* im Lichte des Normzwecks bedenklich. Eine andere Frage - *de lege ferenda* - ist es, ob der Kenntnis- und Erfahrungsvorsprung derartiger „Rest“-Wirtschaftsstrafkammern noch signifikant genug ist, dass es der Sonderregelung des § 74c GVG überhaupt bedarf.

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

Keine Vorabfestlegung der Höchstdauer der Sicherstellung - § 110 StPO

Die Durchsicht nach § 110 StPO dient dazu, die als Beweisgegenstände in Betracht kommenden Aufzeichnungen, gleichgültig auf welchem Informationsträger sie festgehalten sind, inhaltlich darauf zu prüfen, ob die richterliche Beschlagnahme zu beantragen ist oder ob die Rückgabe erfolgen muss. Die Strafverfolgungsorgane sind insoweit zwar verpflichtet, die Durchsicht zügig durchzuführen. Das Gesetz enthält indes keine Vorschrift über die zulässige Höchstdauer einer vorläufigen Sicherstellung. Welcher Zeitraum für die Durchsicht angemessen erscheint, beurteilt sich im Wege einer Abwägung nach den Umständen des Einzelfalls. Die unangemessen lange Dauer einer vorläufigen Sicherstellung kann in entsprechender Anwendung des § 98 Absatz 2 S. 2 StPO sowie gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren nach § 304 StPO gerichtlich überprüft werden.

LG Saarbrücken, Beschluss vom 20.09.2016 – 2 Qs 26/16, ZInsO 2016, 2207 = NSTZ-RR 2016, 346

II. Materielles Strafrecht

1. Notwendige Tatsachenfeststellung eines Schuldspruchs - § 266a StGB

Der Tatrichter muss bei einem Schuldspruch nach § 266a Abs. 1 StGB Feststellungen zu der Anzahl der Arbeitnehmer, deren Beschäftigungszeiten, der vom Arbeitgeber zu zahlenden Vergütung und zu den Beitragssätzen der einzelnen Krankenkassen treffen, es sei denn, die Feststellungen dazu beruhen auf Beitragsnachweisen. Bei einer rechtsfähigen Personengesellschaft wird das die Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB begründende besondere persönliche Merkmal der Arbeitgebereigenschaft nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf die für diese handelnden vertretungsberechtigten Gesellschafter erstreckt.

OLG Celle, Beschluss vom 12.01.2016, 2 Ss 188/15, ZInsO 2016, 1665 = wistra 2016, 334 = ZWH 2016, 234

2. Herbeiführen einer Krise - § 283 Abs. 2 StGB

Der Vorwurf des Herbeiführens einer Krise i.S.d. § 283 Abs. 2 StGB durch Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen erfordert die Darstellung der konkreten Auswirkungen dieser Abflüsse auf die Zahlungsfähigkeit einer GmbH. Soll die (drohende) Zahlungsunfähigkeit einer GmbH durch eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung fälliger Verbindlichkeiten einerseits und die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel

festgestellt werden, ist eine aussagekräftige Darstellung der Liquiditätslage notwendig. Der bloße Hinweis auf eine vorhandene Unterdeckungsquote genügt nicht.

BGH, Beschluss vom 25.08.2016 – 1 StR 290/16, ZInsO 2016, 2012

3. Herbeiführung einer Krise - § 283 Abs. 2 StGB

Der Tatbestand des § 283 Abs. 2 StGB ist auch dann erfüllt, wenn die jeweilige Tathandlung lediglich mitursächlich für den Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist.

BGH, Beschluss vom 28.09.2016 – 4 StR 293/16, ZInsO 2016, 2249

4. Kapitalerhöhungsschwindel durch Falschangabe gegenüber dem Registergericht - § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG

Verhindert die kreditgebende Bank eine Verfügung über die auf dem Geschäftskonto gut geschriebene Beträge zu anderen Zwecken als zur Rückführung einer Verbindlichkeit, liegt eine Falschangabe gegenüber dem Registergericht auch vor, wenn der Geschäftsführer nicht über die Anlagebeträge verfügen kann, dies aber nicht wahrheitsgemäß offenbart.

BGH, Urteil vom 29.06.2016 – 2 StR 520/15, GmbHR 2016, 1088

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Verwirkung eines Vergütungsanspruches - § 63 Abs. 1 InsO

Ein Insolvenzverwalter kann seinen Vergütungsanspruch verirken, wenn er bei seiner Bestellung verschweigt, dass er in einer Vielzahl früherer Insolvenzverfahren als Verwalter an sich selbst und an von ihm beherrschte Gesellschaften grob pflichtwidrig Darlehen aus den dortigen Massen ausgereicht hat.

BGH, Beschluss vom 14.07.2016 – IX ZB 52/15, ZInsO 2016, 1656

2. Örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts bei Inhaftierung des Schuldners - § 3 Abs. 1 InsO

Bei einer Inhaftierung des Schuldners bestimmt sich die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts nach dem Haftort, wenn der bisherige Wohnsitz aufgegeben worden ist.

OLG München, Beschluss vom 01.07.2016 – 34 AR 77/16, ZInsO 2016, 1702 = NZI 2016, 698

Zu der Entscheidung s. den Beitrag von Greiner, ZInsO 2016, 1928

IV. Finanz- bzw. verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Vermutung des Vermögensverfalls bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach englischem Recht

Der Eintritt eines Vermögensverfalls ist nach § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG auch dann zu vermuten, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Steuerberaters oder Steuerbevollmächtigten nicht in Deutschland, sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach dessen Recht eröffnet worden ist.

BFH, Beschluss vom 17.08.2016 – VII B 59/16, ZInsO 2016, 2033

2. Lohnsteuerhaftung eines Geschäftsführers bei bevorstehender Insolvenz der Gesellschaft - §§ 34, 69 AO

Weist der Geschäftsführer einer GmbH vor dem Fälligkeitstermin die Hausbank des Unternehmens an, Lohnsteuer an das Finanzamt zu überweisen, liegt eine schuldhaftes Pflichtverletzung auch dann nicht vor, wenn anschließend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt, die beauftragte Bank die Überweisung in für ihn nicht vorhersehbarer Weise verweigert und der am Tag der Insolvenzantragstellung bestellte vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt die Überweisung trotz Aufforderung nicht genehmigt.

Unternehmensgröße und –bedeutung können den Geschäftsführer verpflichten, bereits vor Insolvenzantragsstellung und des damit verbundenen Verlusts der uneingeschränkten Verwaltungs- und Verfügungsmacht sowie über die bloße Vermögens- und Mittelvorsorge hinaus geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Entrichtung von Lohnsteuer noch vor dem eigentlichen Fälligkeitstermin sicherzustellen.

An die Beurteilung der Geeignetheit von über die Vermögens- und Mittelvorsorge hinausgehenden Maßnahmen zur Tilgung der Lohnsteuer noch vor dem Fälligkeitszeitpunkt darf kein allzu hoher Maßstab angelegt werden. Entscheidend ist hier lediglich, ob die von Organ ergriffenen Maßnahmen unter normalen Umständen, als bei typischem Verlauf der Dinge, potentiell geeignet waren, die Abführung der streitgegenständlichen Lohnsteuer zu bewirken. Nicht entscheidend ist dagegen, ob ein alternatives Vorgehen aus ex-post-Sicht möglicherweise „besser“ geeignet gewesen wäre.

FG Münster, Urt. v. 3.3.2016 - 1 K 2243/12 L, ZInsO 2016, 1760

Die breit begründete Entscheidung fasst die aktuelle Rechtslage zu steuerlichen Haftungsfragen sehr systematisch und konzise zusammen.

3. Haftung für Vergnügungssteuer bei Geldspielgeräten - § 12 Abs. 1 KAG NRW

Der Geschäftsführer einer GmbH ist verpflichtet, für das Vorhandensein ausreichender Mittel zu sorgen, um fällige Steuerforderungen begleichen zu können. Hierzu muss er entsprechende Rückstellungen bilden. Das Organ einer GmbH ist zur ordnungsgemäßen Buchführung sowie zur Sicherstellung der Aufbewahrung und Verfügbarkeit der Geschäftsunterlagen verpflichtet (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a KAG NRW i.V.m. § 140 AO, § 41 GmbHG). Auf das Fehlen entsprechender Unterlagen kann er sich gegenüber den Steuerbehörden nicht berufen. Liegt eine vorsätzliche Pflichtverletzung des Haftenden vor, ist ein etwaiges Mitverschulden des Steuergläubigers stets unbeachtlich.

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 27.7.2016 – 14 A 1007/16, ZInsO 2016, 2265

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin lic. iur. Stefanie Dubs, Zürich; Rechtsanwältin Prof. Dr. Nora Markwalder, Assistenzprofessorin, St. Gallen

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der vorliegende Länderbericht befasst sich mit dem Entwurf zur Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelung von Geldspielen, welcher sich momentan in Beratung im Nationalrat befindet, sowie der Einführung des automatischen internationalen Informationsaustausches in Steuersachen, der zu Beginn des Jahres 2017 in Kraft treten und die definitive Abschaffung des schweizerischen Bankgeheimnis für ausländische Bankkunden besiegeln wird. Erwähnenswert ist auch die Anpassung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht. Auch vom höchsten schweizerischen Gericht, dem Bundesgericht, gibt es in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht interessante Entscheide. Dies insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit von Unternehmen, der Bestimmung des Umfangs des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersu-

chungen und, last but not least, der Strafbarkeit der Gebührenreiterei resp. Spesenschinderei (sog. Churning) als Tatbestandsvariante der ungetreuen Geschäftsbesorgung.

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Einheitliche Regelung von Geldspielen (Neues Bundesgesetz über Geldspiele)

Bis dato werden Glücksspiele in der Schweiz in erster Linie durch das Spielbankengesetz (SBG) geregelt. Für einige Arten von Glücksspielen ist jedoch das Lotteriegesetz (LG) anwendbar, namentlich bei Lotterien, Wetten und lotterieähnlichen Veranstaltungen wie Wettbewerben oder Preisausschreiben.

Zukünftig sollen nun alle Geldspiele in einem Gesetz geregelt werden, weshalb der Bundesrat am 21. Oktober 2015 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Geldspiele verabschiedete.¹ Das Geldspielgesetz soll unter anderem den Schutz vor Spielsucht, Geldwäscherei und Wettkampfmanipulation verbessern und zugleich dafür sorgen, dass Geldspiele sicher und transparent durchgeführt werden. In der Sommersession 2016 hat der Ständerat den Entwurf des neuen Bundesgesetzes über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS)² beraten: Neben der notwendigen Konzessionserteilung und Beaufsichtigung der Spielbanken durch die Eidgenössische Spielbankenkommission wird auch die Spielbankenabgabe auf die Bruttospielerträge beibehalten, welche der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung zukommt. Zugleich bedürfen Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele weiterhin einer kantonalen Bewilligung und unterstehen der Aufsicht durch die Kantone, wobei die Reinerträge wie bisher vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke verwendet werden müssen. Schliesslich soll im privaten Kreis nach wie vor ohne Bewilligung um Geld gespielt werden dürfen und Lotterien und Geschicklichkeitsspiele zur Verkaufsförderung zulässig bleiben, sofern an ihnen auch gratis teilgenommen werden kann.

Die Neuerungen des Entwurfs beschränken sich im Wesentlichen auf die folgenden Punkte: Künftig sollen Spielbanken eine Erweiterung ihrer Konzession für die Online-Durchführung von Spielbankenspielen beantragen können, welche heute verboten ist. Um das Angebot von in der Schweiz nicht bewilligten Spielen wirksam eindämmen zu können, sollen zugleich die Strafbestimmungen modernisiert und der Zugang zu ausländischen Online-Geldspielangeboten gesperrt werden. Überdies sollen kleine private Pokerturniere ausserhalb von Spielbanken unter engen Rahmenbedingungen wieder zugelassen werden.³

Da die Ausweitung der zulässigen Spielangebote im Online-Bereich neue Herausforderungen für den Schutz vor exzessivem Spiel mit sich bringt, sieht der Entwurf auch ein Paket von aufeinander abgestimmten Schutzmassnahmen vor. So sollen beispielsweise die Veranstalter von Geldspielen suchtgefährdete Spieler mit einer Spielsperre belegen und von Spielen mit hohem Suchtpotential ausschliessen können, wobei die Einhaltung dieser Pflicht von der Aufsichtsbehörde kontrolliert wird. Die Kantone wiederum werden verpflichtet, Präventionsmassnahmen zu ergreifen sowie Beratungen und Behandlungen für Spielsüchtige anzubieten. Des Weiteren enthält der Entwurf Bestimmungen für einen sicheren und transparenten Spielbetrieb wie Massnahmen gegen Sportwettkampfmanipulationen und unterstellt die Spielbanken und Veranstalter der potenziell gefährlichsten Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele dem Geldwäschereigesetz.

Die im bundesrätlichen Gesetzesentwurf vorgeschlagene Steuerbefreiung sämtlicher Gewinne von in der Schweiz zugelassenen Geldspielen wurde vom Ständerat hingegen abgelehnt. Vielmehr soll nach Meinung des Ständerats bei Lotterie- und Wettgewinnen lediglich ein Steuerfreibetrag von einer Million Franken gelten und der Rest eines großen Gewinns

¹ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/8387.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

² Abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/geldspielinitiative/entw-d.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³ Die Veranstaltung von Pokerturnieren wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2010 verboten und wird seither sanktioniert, abrufbar unter: http://servat.unibe.ch/dfr/bger/100520_2C_694-2009.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

weiterhin versteuert werden. Gewinne in Casinos sollen jedoch weiterhin steuerbefreit werden.⁴ Die Vorlage wurde nun zur Zweitberatung in den Nationalrat überwiesen.

2. Einführung des automatischen internationalen Informationsaustausches in Steuersachen (AIA)

Am 15. Juli 2014 verabschiedete der Rat der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit (OECD) den neuen globalen Standard für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Standard). Dieser sieht vor, dass gewisse Finanzinstitute, kollektive Anlageinstrumente und Versicherungsgesellschaften alle Kapitaleinkommensarten und den Saldo des Kontos ihrer im Ausland ansässigen Kunden automatisch der Steuerbehörde übermitteln, welche die Daten dann an die zuständige Steuerbehörde im Ausland weiterleiten. Damit soll für Transparenz gesorgt und vermieden werden, dass Steuersubstrat im Ausland vor dem Fiskus versteckt werden kann.

Um die rechtlichen Grundlagen für die Einführung des AIA-Standards in der Schweiz zu schaffen, wurde am 18. Dezember 2015 das multilaterale Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen)⁵ sowie die multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (AIA-Vereinbarung)⁶ zusammen mit dem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)⁷ verabschiedet. Damit der AIA mit einem Partnerstaat eingeführt werden kann, muss er bilateral aktiviert werden. Die Schweiz hat bisher mit der Europäischen Union sowie einigen weiteren Staaten gemeinsame Erklärungen über die Einführung des AIA auf Basis der AIA-Vereinbarung unterzeichnet, so dass im Jahr 2018 mit ausgewählten Partnerstaaten ein erster Datenaustausch erfolgen kann.

Gemäß Art. 4 des Amtshilfeübereinkommens tauschen die Vertragsparteien alle Informationen aus, die für die Anwendung beziehungsweise Durchsetzung ihres innerstaatlichen Rechts betreffend die vom Abkommen erfassten Steuern voraussichtlich erheblich sind. Es werden dabei drei Arten des Informationsaustausches unterschieden:

Informationsaustausch auf Ersuchen: Der ausländische Vertragsstaat stellt ein Gesuch an die Eidgenössische Steuerverwaltung auf Erteilung steuerrelevanter Auskünfte.⁸

Spontaner Informationsaustausch: Die Behörden haben einem anderen Vertragsstaat ohne vorgängiges Ersuchen Informationen zu übermitteln, wenn grob zusammengefasst davon ausgegangen werden kann, dass im anderen Vertragsstaat eine Veränderung der Besteuerung resultiert.

Automatischer Informationsaustausch: Die Behörden liefern dem anderen Vertragsstaat Angaben über Konten von Personen, die diesem gegenüber meldepflichtig sind. Die erste Berichtsperiode umfasst das Jahr 2017, wobei der Austausch mit dem Ausland erst ab dem 1. Januar 2018 vorgesehen ist.

Der Informationsaustausch auf Ersuchen sowie der spontane Informationsaustausch sind im Amtshilfeübereinkommen geregelt. In der Schweiz sind sie auf nationaler Ebene im Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StA-

⁴ Vgl. zum Verlauf der Ständerätlichen Debatte <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37359> sowie deren Fortsetzung <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37424> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁵ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5645.pdf>; Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zu seiner Umsetzung (Änderung des Steuerhilfegesetzes) vom 5. Juni 2015, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5585.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁶ Vgl. dazu den Bundesbeschluss über die Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten vom 18. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/9603.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016). Zum Text der multilateralen Vereinbarung: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5527.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁷ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20150665/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁸ Die Anforderungen an ausländische Auskunftsbegehren, insbesondere auch bei Gruppenersuchen, hat das Schweizerische Bundesgericht in seinem neusten Urteil vom 12. September 2016 (2C_276/2016) definiert. Die schriftliche Begründung des Urteils liegt noch nicht vor. Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesgerichts unter: http://www.bger.ch/press-news-2c_276_2016-t.pdf (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

hiG) umgesetzt worden.⁹ Der automatische Informationsaustausch ist im Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)¹⁰ sowie der vom Bundesrat am 23. November 2016 verabschiedeten Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAV)¹¹ geregelt.

Betreffend den automatischen Informationsaustausch durch Finanzintermediäre hat die eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 7. Juli 2016 die Anhörung zum Entwurf des geplanten Rundschreibens „Direktübermittlung“ eröffnet, welches den Art. 42c des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG¹²) näher auslegen soll.¹³ Dieser regelt die Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen durch Beauftragte an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen. Die Anhörung dauerte bis zum 1. September 2016, wobei bis dato noch keine Ergebnisse vorliegen.

3. Anpassung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht (DBG/StHG)

Am 1. Januar 2017 tritt die Neuregelung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht in Kraft.¹⁴ Durch die Einführung des Art. 333 StGB, welcher die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des StGB für Straftatbestände nach anderen Bundesgesetzen statuierte, kam es bei den Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht zu Ungereimtheiten. So dauerte beispielsweise die Verjährungsfrist bei Steuerhinterziehung länger (20 Jahre) als beim schwereren Delikt des Steuerbetrugs (15 Jahre). Mit der Neuregelung gelten ab dem 1. Januar 2017 folgende Verjährungsfristen:

- Verletzung von Verfahrenspflichten: 3 Jahre
- Versuchte Steuerhinterziehung: 6 Jahre
- Vollendete Steuerhinterziehung: 10 Jahre
- Steuerbetrug: 15 Jahre
- Bußen- und Verfahrenskosten (Vollstreckungsverjährung): 5 Jahre (relativ) bzw. 10 Jahre (absolut)

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_124/2016 vom 11. Oktober 2016¹⁵ (Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB)

a) Sachverhalt

Am 10. Februar 2005 wurden auf das Postkonto der A. AG zwei Banküberweisungen im Gesamtbetrag von EUR 5'000'000.00 getätigt, welche aus einem Anlagebetrug stammten und wofür die Organe der A. AG, B. und C., am 23. September 2013 in zweiter Instanz des gewerbmässigen Betrugs, der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung und der mehrfachen Geldwäscherei zu Freiheitsstrafen verurteilt worden waren. Am 11. Februar 2005 hob B vom Postkonto der Gesellschaft einen Betrag von CHF 4'600'000.00 in bar ab und begründete diese Barabhebung mit dem Kauf eines Edelsteines. Danach händigte er den Betrag an C.

⁹ Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen vom 28. September 2012, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20110630/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁰ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20150665/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹¹ Vgl. dazu den Vorabdruck der Verordnung unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/46250.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹² Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052624/201601010000/956.1.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹³ Vgl. dazu die Medienmitteilung der FINMA vom 7. Juli 2016, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2016/07/20160707-mm-rs-direktuebermittlung/> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁴ Vgl. dazu das Bundesgesetz über eine Anpassung des DBG und des StHG an die Allgemeinen Bestimmungen des StGB vom 26. September 2014 mit den entsprechenden Normen, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2015/779.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁵ BGE 6B_124/2016, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

aus, welche mit dem Geld angeblich nach Rom reiste und es dort einer ihr nicht näher bekannten Drittperson übergeben haben soll. Das Geld konnte trotz intensiver Ermittlungen nicht mehr ausfindig gemacht werden.

Der Schweizerischen Post wurde daraufhin vorgeworfen, die Barauszahlung vom 11. Februar 2005 ohne jegliche materielle Vorprüfung bezüglich Herkunft und Verwendung des Geldes ausgeführt und daher nicht alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen zu haben, um Geldwäschereihandlungen zu verhindern. Das erstinstanzliche Gericht sprach die Schweizerische Post am 19. April 2011 der Geldwäscherei gemäß Art. 305^{bis} StGB i.V.m. Art. 102 Abs. 2 StGB schuldig und verurteilte sie zu einer Buße von CHF 250'000.00. In zweiter Instanz wurde die Schweizerische Post hingegen mit Urteil vom 19. November 2015 freigesprochen,¹⁶ wogegen die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Solothurn Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht einreichte.

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und setzte sich zunächst mit den Voraussetzungen der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB (sog. originäre Haftung des Unternehmens) auseinander. Demnach setzt die originäre Haftung des Unternehmens für deliktsermöglichende Organisationsfehler gemäß Art. 102 Abs. 2 StGB voraus, dass im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks eine Anlasstat begangen worden ist, welche einer Katalogtat von Abs. 2¹⁷ entspricht. Die Anlasstat stellt eine objektive Strafbarkeitsbedingung für die Strafbarkeit der Unternehmung nach Art. 102 Abs. 2 StGB dar und muss von der handelnden natürlichen Person sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt worden sein, ansonsten entfällt die Strafbarkeit der Unternehmung. Darüber hinaus ist aber eine im Unternehmen begangene Straftat alleine noch nicht genügend, um eine Strafbarkeit desselben zu begründen, sondern es muss weiter ein Zurechnungszusammenhang zwischen Organisationsdefizit und Anlasstat bestehen, d.h. dem Unternehmen muss der Vorwurf gemacht werden, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine der spezifischen Katalogtaten verhindert zu haben. Erst wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, kann die Strafbarkeit des Unternehmens auch unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Personen eintreten.¹⁸

Die in Frage kommende Anlasstat besteht in vorliegendem Fall in der Barauszahlung der CHF 4.6 Mio. an B., ausgeführt durch die Hauptkassiererin D. und abgesegnet durch den Compliance-Officer E., welche beide dadurch den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei gemäß Art. 305bis StGB erfüllt haben. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft das gegen D. geführte Verfahren eingestellt, da es sich weder nachweisen ließ, dass diese hätte annehmen müssen, die Vermögenswerte stammten aus einem Verbrechen, noch dass sie den Vorsatz gehabt habe, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln. Gegenüber dem Compliance-Officer E. wurde nie ein Verfahren eingeleitet, weshalb das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon ausgeht, dass dessen Verhalten für die Staatsanwaltschaft offensichtlich strafrechtlich nicht relevant gewesen ist. Weitere natürliche Personen waren zudem nicht involviert, weshalb sämtliche mögliche Anlasstäter bekannt waren. Es fehlt somit am Nachweis des subjektiven Tatbestands sowohl bei der Hauptkassiererin D. als auch beim Compliance-Officer E., weshalb das Erfordernis einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Anlasstat vorliegend vom Bundesgericht verneint wird.¹⁹ Die Ansicht der Oberstaatsanwaltschaft, ein Unternehmen sei nach Art. 102 Abs. 2 StGB auch strafbar, wenn der Tatbestand objektiv und subjektiv keiner natürlichen Person, sondern nur dem Unternehmen als solchem zugerechnet werden könne, verwirft das Bundesgericht mit der Begründung, dies würde einer strikten Kausalhaftung für ein Organisationsdefizit entspre-

¹⁶ Vgl. dazu bereits *Ryser/Frank*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2016, S. 171 f., abrufbar unter: <http://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ2016.3-1.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁷ Katalogtaten des Art. 102 Abs. 2 StGB sind die Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter}), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinqies}), Geldwäscherei (Art. 305^{bis}), aktive Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter}), Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinqies}), aktive Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} Absatz 1) sowie die aktive Bestechung Privater (Art. 322^{octies}).

¹⁸ BGE 6B_124/2016 E. 4.1 sowie E. 4.2, abrufbar unter <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁹ BGE 6B_124/2016 E. 5.1, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

chen, welches allenfalls die Begehung einer Katalogtat durch eine ausserhalb des Unternehmens stehende Person ermöglicht habe. Eine derartige Kausalhaftung ist vom Gesetzgeber aber nicht vorgesehen.²⁰ Eine Strafbarkeit der Schweizerischen Post ist daher mangels tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Anlasstat vom Bundesgericht verneint worden.

c) Bemerkung

Mit diesem ersten Urteil zur Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB präzisiert das Bundesgericht, dass auch die originäre Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB keiner Kausalhaftung des Unternehmens gleichzusetzen ist, sondern dass die durch die unternehmensinterne natürliche Person begangene Anlasstat sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt worden sein muss. Dass das Unternehmen gemäß Formulierung von Art. 102 Abs. 2 StGB *unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen* bestraft wird bedeutet daher nicht, dass diese natürliche Person die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts nicht erfüllt haben muss.

Natürlich ergeben sich sowohl aus der Voraussetzung von Art. 102 Abs. 1 StGB, dass die Anlasstat keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann, als auch aus der Formulierung von Art. 102 Abs. 2 StGB, wonach das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person (d.h. unabhängig davon, ob eine natürliche Person bekannt und die Strafbarkeit ihr zugerechnet werden kann), die Schwierigkeit, dass einerseits die Kenntnis der Anlasstäterschaft nicht vorhanden zu sein braucht, andererseits aber die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anlasstat erfüllt worden sein müssen. Dieser Schwierigkeit wird in der Lehre einerseits mit dem Konzept der *generellen Anlasstäterschaft* begegnet, welche von den äußeren Umständen sowie der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit der Anlasstat auf den Vorsatz des Anlasstäters schließt. Es handelt sich dabei um eine normative Zuschreibung des subjektiven Tatbestands auf eine unbestimmte, generelle Person.²¹ Andererseits lässt ein Teil der Lehre genügen, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente vom Unternehmen kollektiv erfüllt werden (sog. *additiv verwirklichte Anlasstat*).²² Die Frage nach der zu präferierenden Lehrmeinung hat sich das Bundesgericht in vorliegendem Fall aufgrund der nachgewiesenen Fahrlässigkeit der Anlasstäter nicht stellen müssen; es bleibt daher offen, ob der subjektive Tatbestand bei unbekannter Anlasstäterschaft in Zukunft nach der Lehre der generellen oder der additiv verwirklichten Anlasstäterschaft zu bestimmen ist.

2. Urteil des Bundesgerichts Nr. 1B_85/2016 vom 20. September 2016²³ (Umfang des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersuchungen)

a) Sachverhalt

Die Schweizerische Bundesanwaltschaft (BA) führte gegen einen Kundenberater D. der Bank A. in Zürich eine Strafuntersuchung wegen qualifizierter Geldwäscherei und Urkundenfälschung und warf ihm vor, zwischen 1999 und 2011 als Kundenberater diverse Konten verwaltet zu haben, über die Bestechungsgelder an griechische Regierungsvertreter im Hinblick auf staatliche Rüstungsgeschäfte geflossen seien. Mit Editionsverfügung vom 24. Oktober 2014 verlangte die BA bei der betroffenen Bank die Herausgabe sämtlicher Protokolle und Unterlagen von internen Sitzungen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates der Bank, bei denen die verdächtigen Bankbeziehungen Gegenstand der Sitzung waren. Zugleich forderte die BA die Bank zur Edition sämtlicher Unterlagen auf, welche diese im Zuge ihrer internen Untersuchungen dieser Bankbeziehungen (intern und extern) erhoben hatte. Die von der Bank zuvor mit einer bankinternen Untersuchung zu den fraglichen Bankenbeziehungen beauftragte Anwaltskanzlei C. beantragte am 1. Dezember 2014 die Siegelung ihres Auswertungsberichtes, der Aktennotizen über die von ihr durchgeführte interne Befragung des beschuldigten Kundenberaters sowie der Aktennotizen über die von der Londoner Anwaltsfirma B. durchgeführten internen Befragungen.

²⁰ BGE 6B_124/2016 E. 5.2, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²¹ Siehe dazu Basler Kommentar Strafrecht I, Niggli/Gfeller, Art. 102 N 58 f.

²² Siehe dazu Basler Kommentar, a.a.O., Art. 102 N 60 f.

²³ Abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

Die von der BA am 22. Dezember 2014 beantragte Entsiegelung der edierten und gesiegelten Unterlagen wurde vom Präsidenten des Zwangsmaßnahmenengerichtes des Kantons Bern am 3. Februar 2016 teilweise gutgeheißen. Dieses ordnete an, dass die Aktennotizen über die Befragungen von Bankmitarbeitenden durch die Londoner Anwaltsfirma, der Entwurf des Auswertungsberichtes der Zürcher Anwaltskanzlei sowie die Aktennotiz über die Befragung des beschuldigten Bankmitarbeiters zu entsiegeln seien. Das Sitzungsprotokoll der betroffenen Bank sowie die Aktennotiz über die Befragung des Beschuldigten der Zürcher Anwaltskanzlei seien diesen jedoch versiegelt zurückzugeben. Gegen diesen Entsiegelungsentscheid des Zwangsmassnahmenengerichtes Bern gelangten die betroffene Bank, die Londoner Anwaltsfirma und die Zürcher Anwaltskanzlei am 7. März 2016 ans Schweizerische Bundesgericht.

b) Entscheid

Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz und wies die dagegen erhobenen Beschwerden ab. Mit Verweis auf seine bisherige Praxis und die einschlägige Lehre hielt das Bundesgericht fest, dass die sogenannte (akzessorische) anwaltliche „Geschäftstätigkeit“, welche insbesondere die Geschäftsführung bzw. Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögensverwaltung umfasst, nicht vom Berufsgeheimnis geschützt sei. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung sei, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen.²⁴

Im vorliegenden Entscheid stellte sich überdies die Frage, wie es sich mit eigentlichen „Bankencompliance-Aufgaben“ bzw. der internen Aufsicht (Controlling/Auditing) verhält, wenn diese an eine Anwaltskanzlei delegiert werden. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass sich eine Bank hinsichtlich der ihr obliegenden Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie der damit verbundenen Pflicht, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren²⁵, im Falle von strafrechtlichen Untersuchungen nicht integral auf das anwaltliche Berufsgeheimnis berufen könne. Anders zu entscheiden hiesse, dass die Bestimmungen des GwG unterlaufen werden könnten, indem die Bank ihre gesetzlichen Compliance-, Controlling- und Dokumentationsaufgaben weder selber vollständig wahrnimmt, noch an ein spezialisiertes externes Wirtschaftsprüfungsunternehmen delegiert, sondern an eine Anwaltskanzlei überträgt.²⁶

c) Bemerkungen

Das zitierte Urteil des Bundesgerichts sorgte nicht nur bei den Banken, sondern auch bei den Anwälten für Gesprächsstoff.²⁷ Unbestrittenermaßen muss eine Bank erhöhte Risiken abklären, sobald diese sichtbar werden. Dazu zählen Kunden, die möglicherweise Bestechungszahlungen über Konten der Bank abgewickelt haben. Überdies ist die Bank verpflichtet, das Ergebnis ihrer Abklärungen in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren und aufzubewahren, um einem etwaigen Auskunftsbeglehen der Strafverfolgungsbehörden zeitnah nachkommen zu können. Mit dem zitierten Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Bank mit der Auslagerung ihrer Bankencompliance-Aufgaben an einen externen Anwalt diese Dokumentationspflicht nicht unterlaufen kann. Die Beratung von Klienten einschließlich der Abklärung des relevanten Sachverhalts mittels Internal Investigations wird jedoch – auch in Geldwäschereiverfahren – weiterhin geschützt.²⁸

²⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2016 (1B_85/2016), E. 4.2., abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁵ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 1-2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970427/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2016 (1B_85/2016), E. 6.6.), abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁷ Vgl. dazu den von *Romerio/Groth* verfassten Artikel „Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?“ in der Neuen Zürcher Zeitung vom 27. Oktober 2016, abrufbar unter: <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/ANWALTSGEHEIMNIS.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁸ Ausführlicher zu dieser Thematik auch *Graf*, Beschlagnahmefähigkeit von Befragungsprotokollen und Ermittlungserzeugnissen interner Untersuchungen, *forum* 2015 S. 345 ff.; *ders.*, Strafprozessuale Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen interner Untersuchungen, *forum* 2016 S. 39 ff.

3. **Entscheid des Bundesgerichts 6B_1203/2015, 6B_1210/2015 vom 21. September 2016²⁹ (Churning; Gehilfenschaft zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung)**

a) **Sachverhalt**

Der Beschuldigte Y. war bis zum 3. Juli 2007 (Datum der Konkureröffnung) Geschäftsführer und Gesellschafter der A. GmbH, welche u.a. Anlageberatung, Vermögensverwaltung und nicht bewilligungspflichtige Vermittlung von Anlagegeschäften anbot. Der Beschuldigte X. war Telefonverkäufer bei besagter Gesellschaft. Als selbständig entscheidender Geschäftsführer und Trader übernahm Y. die umfassende Fürsorge für das anvertraute Kundenvermögen, wobei er hauptsächlich auf Rechnung und Risiko der Kunden auf einer Online-Handelsplattform, welche der A. GmbH von der C. Trading Corporation zur Verfügung gestellt wurde, Handel mit Futures betrieb. Er bestimmte frei über die Anzahl der Kontrakte und schloss die Rechtsgeschäfte ab, während X. in untergeordneter Stellung Kunden akquirierte und diese nach Vertragsschluss weiter betreute.

Als Vermögensverwalter des Privatklägers Z. betrieb Y. mit den vom ihm einbezahlten USD 229'520.00 intensiv Handel mit Futures. Es fielen an 34 von 54 möglichen Handelstagen Transaktionskosten, welche aus Kommissionen und Börsennutzungsgebühren bestanden, von insgesamt USD 169'900.18 an. Für jede Transaktion belastete die C. Trading Corporation dem Privatkläger Z. eine Kommission in der Höhe von USD 59.00 (für Day-trade roundturn) resp. USD 99.00 (für Overnight-trade roundturn), wovon die C. Trading Corporation der A. GmbH USD 50.00 bzw. 90.00 rückvergütete, so dass von den gesamten Kommissionen in der Höhe von USD 161'557.00 ein Betrag von USD 136'600.00 an die A. GmbH zurückfloss. X. erhielt für jeden Kontrakt eine Provision von USD 10.00. Im Zeitraum vom 3. Oktober bis 20. Dezember 2006 wurde das durchschnittliche Nettovermögen des Privatklägers Z. mit einer Vielzahl von Kontrakten 54 Mal umgesetzt. Am Ende der Handelszeit verblieb von den ursprünglich einbezahlten USD 230'000.00 auf dem Konto bei der C. Trading Corporation noch ein Betrag von USD 459.52. Das Vermögen des Privatklägers Z. wurde durch die Transaktionskosten von USD 169'900.00 und den Handelsverlust von USD 64'194.00 praktisch vollständig aufgebraucht.

Das erstinstanzliche Gericht erklärte Y. der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung und X. der Gehilfenschaft dazu schuldig. Gegen diesen Entscheid erhoben Y. und X. Berufung, welcher sich die Staatsanwaltschaft sowie der Privatkläger Z. anschlossen. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach Y. und X. mit Urteil vom 15. September 2015 von der Anklage des Betruges, eventualiter der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung bzw. von der Anklage der Gehilfenschaft zum Betrug, eventualiter der Gehilfenschaft zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung frei. Daraufhin reichte die Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht ein, wobei sich Letztere lediglich gegen den Freispruch von der Anklage der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 Ziff. 1 und 3 StGB richtete.

b) **Urteil**

Das Bundesgericht hält in seinem Urteil zunächst fest, dass das als „Churning“ bezeichnete Verhalten der Gebührenreiterei oder Spesenschinderei die dem Beauftragten obliegende Pflicht zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers verletzt. Begehen Personen, die auf Grund eines Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit beauftragt sind, das Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, eine solche Pflichtverletzung und entsteht daraus ein Vermögensschaden beim Auftraggeber, so erfüllt diese Pflichtverletzung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB.³⁰

In vorliegendem Fall hat der Beschuldigte Y. im genannten Zeitraum mindestens mit 2'608 Kontrakten roundturn, davon 2'453 im Daytrading, gehandelt, und damit in der Handelszeit von weniger als drei Monaten das durchschnittliche Nettovermögen des Privatklägers Z.

²⁹ Abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³⁰ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 3.3, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

insgesamt über 54 Mal umgesetzt. Dabei entstanden Transaktionskosten von insgesamt USD 169'900.00, wobei 95% der Kosten (USD 161'557.00) auf Kommissionen zurückzuführen waren, welche in der Höhe von USD 136'600.00 wieder an die A. GmbH zurückflossen. Lediglich 5% der Kosten betreffen übrige Fees. Der auf Marktrisiken zurückzuführende Verlust betrug USD 64'193.90 und machte gemessen am Gesamtverlust lediglich rund 27% des eingesetzten Vermögens aus, währenddessen sich die Transaktionskosten auf rund 73% des Gesamtverlustes beliefen. Der Beschuldigte Y., welcher zweifelsohne eine Geschäftsführerposition i.S.v. Art. 158 StGB innehatte, hat durch den Einsatz der Vermögenswerte keine pflichtgemässe Vermögensverwaltung mehr ausgeführt. Nur schon um die Transaktionskosten zu decken hätte er eine Rendite von 516.39% oder hochgerechnet auf das ganze Jahr eine solche von 2'399.56% bzw. von 9.56% an jedem der 54 möglichen Handelstage erwirtschaften müssen. Eine solche Handelstätigkeit erlaubt daher nicht mehr, einen Gewinn zu erzielen oder gar das Vermögen zu erhalten. Ein derart hoher Anteil an dem durch die Kommissionen verursachten Gesamtverlust spricht für ein exzessives Handeltreiben des Vermögensverwalters. Dabei geht das Bundesgericht mit der Oberstaatsanwaltschaft einher, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein so häufiges Umschlagen des Vermögens gegebenenfalls strafrechtlich relevantes Churning darstellt, eine Gesamtbetrachtung der Handelstätigkeit ausgeführt werden muss. Die Transaktionen müssen daher für sich allein betrachtet nicht als unangemessen erscheinen und es ist gemäß Bundesgericht auch unerheblich, ob einzelne Transaktionen einen Gewinn abgeworfen haben.³¹

Schließlich stellt das Bundesgericht auch fest, dass nicht von einer Einwilligung des Privatklägers Z. in die Handelsaktivitäten der A. GmbH ausgegangen werden kann, nur weil dieser Kontoauszüge der C. Trading Corporation erhalten hat, aus denen die Belastung mit Kommissionen ersichtlich war. Die Beschuldigten haben den Privatkläger Z. auch nie über wesentliche Vermögensverluste oder Interessenskonflikte informiert und ihn insbesondere nicht darauf hingewiesen, dass der Umfang der Entschädigung des Beauftragten das Resultat der Vermögensverwaltung massgeblich beeinflusst. Eine tatbestandsausschliessende Einwilligung³² wäre allerdings so oder so lediglich vor der jeweiligen Order zum An- oder Verkauf eines Kontraktes möglich, was bei einem selbständigen Vermögensverwaltungsmandat aufgrund der mangelnden Kenntnis des Anlegers über den Zeitpunkt eines konkreten Kaufs grundsätzlich nicht möglich ist, weshalb eine Einwilligung des Anlegers bei Churning-Konstellationen nur in sehr eingeschränktem Masse denkbar wäre.

Schließlich ist auch ein leichtfertiges Verhalten des Privatklägers Z. im Rahmen des Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung – anders als beim Tatbestand des Betrugs – nicht von Bedeutung und auch die Genehmigung einzelner Transaktionen vermag eine Pflichtverletzung nicht auszuschließen, solange der Anleger die Tragweite der gesamten Geschäftsabwicklung nicht zu überblicken vermag.³³

Die Beschuldigten Y. und X. haben daher das Vermögen des Privatklägers Z. nicht ordnungsgemäss verwaltet, sondern ihr eigenes Interesse an der Generierung möglichst hoher Kommissionen über dasjenige des Privatklägers Z. gestellt, weshalb sie den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 StGB erfüllt haben.

c) Bemerkung

Das Bundesgericht bestätigt in vorliegendem Urteil seine bisherige Rechtsprechung, wonach das sog. Churning unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung zu subsumieren ist.³⁴ Unnötige und übermässige Spesengenerierung läuft somit einer sorgfältigen und pflichtgemässen Vermögensverwaltung zuwider und kann strafrechtliche Konsequenzen haben. Zu bedauern ist lediglich, dass das Bundesgericht die Frage, ob es sich bei den von der C. Trading Corporation an die A. GmbH weitergeleiteten Kommissionen um Retrozessionen gehandelt hat und ob gegebenenfalls auch die Rückbehaltung dieser Vergütungszahlungen unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen kann, nicht zu behandeln hatte. Die Klärung dieser Frage ist in Anbetracht der bis vor kurzem weit

³¹ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 4.2, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³² Wobei das Bundesgericht hier wohl von einem Einverständnis ausgeht.

³³ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 4.2 sowie E. 4.3, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³⁴ Siehe dazu BGE 6B_967/2013, BGE 4C.149/1998 sowie BGE 1A.247/1999.

verbreiteten Praxis schweizerischer Finanzdienstleister, Retrozessionen aus Vermögensverwaltungsmandaten für sich zurückzubehalten und sie nicht dem Kunden weiterzuleiten, von grosser praktischer Tragweite.³⁵

³⁵ Vgl. dazu etwa Engler, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive. Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, Der Schweizer Treuhänder 2010, S. 137 ff.

Schweiz

Rechtsanwältin Dr. Christina Galeazzi, Zürich

Der schweizerische Adhäsionskläger mit besonderer Berücksichtigung seiner Stellung im Strafbefehlsverfahren¹

I. Einleitung

Insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität gibt es regelmäßig am Vermögen geschädigte Personen. Für sie stellt sich – neben der strafrechtlichen Aufarbeitung – primär die Frage, wie sie Ersatz für den ihnen entstandenen Schaden erhalten. Nach schweizerischem Recht können sie wählen, ob sie ihre Schadenersatzansprüche vor einem Zivilgericht oder adhäsionsweise, also im Strafverfahren, geltend machen möchten. Die Möglichkeit der adhäsionsweisen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen hat in der Schweiz lange Tradition und war sämtlichen kantonalen Strafprozessgesetzen bekannt.² Im Einzelnen war die Stellung des Geschädigten im Adhäsionsverfahren indessen sehr unterschiedlich ausgestaltet. Dies sollte sich mit dem Erlass der eidgenössischen Strafprozessordnung, welche für das ganze Gebiet der Schweiz gilt, ändern.

Seit dem 1. Januar 2011 ist die schweizerische Strafprozessordnung nun in Kraft. Im Vergleich zu einigen kantonalen Strafprozessgesetzen kommt dem Geschädigten bzw. dem Adhäsionskläger nach geltendem Recht eine stärkere Position zu. Dies liegt u.a. daran, dass die Strafgerichte grundsätzlich verpflichtet sind, Adhäsionsklagen materiell zu beurteilen. Allerdings statuiert das Gesetz davon gerade für das quantitativ dominierende Strafbefehlsverfahren eine Ausnahme. Soweit der Beschuldigte eine gegen ihn geltend gemachte Forderung nicht anerkennt, ist diese im Strafbefehl nämlich ex lege auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO³). Nach all den Bemühungen der letzten Jahrzehnte, die Stellung des Geschädigten aufzuwerten,⁴ überrascht es nicht, dass die Kritik an der zwingenden Verweisung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren nicht lange auf sich warten ließ.⁵ Riklin hält hierzu pointiert fest: *„Die populistische Phrase, es werde Täterschutz statt Opferschutz betrieben, ist zwar zu missbilligen, aber in einem Bereich trifft sie zu: im Strafbefehlsverfahren in Bezug auf den Umgang mit Zivilforderungen geschädigter Personen.“*⁶

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Stellung des Zivilklägers näher, wobei seine Stellung im Strafbefehlsverfahren besonders berücksichtigt wird (Ziff. V.). Zunächst werden aber – nach terminologischen Vorbemerkungen (Ziff. II.) – die Parteirechte des Zivil- bzw. Adhäsions-

¹ Für die kritische Durchsicht dieses Beitrags und die wertvollen Hinweise danke ich RA Friedrich Frank herzlich.

² Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 122 N 1; bis zum Erlass der schweizerischen Strafprozessordnung hatte jeder Kanton seine eigene Strafprozessordnung.

³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) (SR 312.0).

⁴ Bommer recht 2015, S. 184.

⁵ Riklin, StPO – Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 353 N 6; Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, S. 91.

⁶ Riklin ZBJV 152/2016, S. 489.

onsklägers im Allgemeinen (Ziff. III.) sowie die Entscheidungspflicht der Strafgerichte näher betrachtet (Ziff. IV.). Kurze Schlussbetrachtungen runden den Beitrag ab (Ziff. VI.).

II. Terminologie

Die schweizerische Strafprozessordnung unterscheidet zwischen dem Geschädigten (Art. 115 StPO), dem Opfer (Art. 116 f. StPO) und dem Privatkläger (Art. 118 ff. StPO). Geschädigter ist, wer durch eine Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 StPO).⁷ Liegt die Schädigung in einer Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität, gilt der Geschädigte als Opfer (Art. 116 Abs. 1 StPO). Daher ist jedes Opfer immer auch Geschädigter, umgekehrt ist aber nicht jeder Geschädigte auch Opfer.⁸ Die Geschädigten- und die Opferstellung kommen der durch die Straftat verletzten Person von Gesetzes wegen zu. Parteistellung im Verfahren begründen sie indes nicht.⁹ Erst wenn sich die verletzte Person als Privatkläger konstituiert, wird sie Verfahrenspartei (Art. 104 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 118 Abs. 1 StPO). Dabei setzt die Konstituierung als Privatklägerin eine ausdrückliche Erklärung voraus, sich am Strafverfahren als Straf- und/oder Zivilkläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Diese Erklärung hat bis spätestens zum Abschluss des Vorverfahrens¹⁰ zu erfolgen (Art. 118 Abs. 3 StPO).¹¹ Unter den Begriff Privatkläger fallen drei Formen: (a) der reine Strafkkläger, (b) der reine Zivilkläger und (c) der Straf- und Zivilkläger.¹²

Ähnlich wie der Privat- und der Nebenkläger in Deutschland strebt der schweizerische Strafkkläger die Verfolgung und Bestrafung der für die Straftat verantwortlichen Person an (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO). Dabei tritt er *nicht anstelle* des Staatsanwalts auf, sondern beteiligt sich *neben* dem Staatsanwalt am Verfahren.¹³ Der Zivilkläger macht dagegen adhäsionsweise Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche geltend, welche sich aus der Straftat ableiten lassen (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO). Im strafprozessualen Kontext bedeutet also adhäsionsweise nichts anderes, als dass der Geschädigte seine Ansprüche im Strafverfahren geltend macht. Daher werden in der Schweiz die Begriffe Zivil- und Adhäsionsklage sowie Zivil- und Adhäsionskläger gleichbedeutend verwendet.¹⁴

III. Der Zivilkläger als Verfahrenspartei

Seine starke Position verdankt der Zivilkläger u.a. auch dem Umstand, dass er im Verfahren Partei ist und damit formal mit dem Beschuldigten auf Augenhöhe steht.¹⁵ Doch was bedeutet es für den Zivilkläger, Verfahrenspartei zu sein? Als Partei kommt ihm der Anspruch auf das rechtliche Gehör zu. Daraus leiten sich insbesondere das Akteneinsichtsrecht, das Teilnahmerecht, das Recht zum Beizug eines Rechtsbeistands, das Recht, sich zur Sache zu äussern und das Beweisantragsrecht ab (Art. 107 Abs. 1 StPO). Indes ist zu beachten, dass Inhalt und Umfang der einzelnen Parteirechte insoweit beschränkt sind, als sie dem Zivilkläger nur zur Wahrung seiner rechtlich geschützten Interessen dienen dürfen.¹⁶ Um Inhalt und Umfang der zivilklägerischen Parteirechte bestimmen zu können, sind daher nachfolgend zunächst die Interessen des Zivilklägers zu bestimmen. Anschließend ist zu untersuchen, ob die Rechtsordnung diese Interessen schützt.

Auf den ersten Blick beschränken sich die tatsächlichen Interessen des reinen Zivilklägers auf den Zivilpunkt¹⁷ bzw. auf die Entscheidung seiner Adhäsionsklage. Die Strafprozessord-

⁷ Weitergehend zur Geschädigteneigenschaft *Bommer* recht 2015, S. 184 ff.

⁸ *Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 693.

⁹ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., S. 1171.

¹⁰ Das Vorverfahren besteht aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung der Staatsanwaltschaft (Art. 299 Abs. 1 StPO).

¹¹ Das Vorverfahren endet mit einem Strafbefehl, einer Anklage oder mit einer Einstellung (vgl. Art. 318 Abs. 1 StPO).

¹² *Jositsch*, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 236.

¹³ *Mazzucchelli/Postizzi*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 119 N 5.

¹⁴ Die Zivilprozessordnung verwendet beispielsweise die Bezeichnung Adhäsionsklage (Art. 39 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO] [SR 272.0]).

¹⁵ *Christen* ZStrR 129 (2011), S. 476; *Bommer* recht 2015, S. 184.

¹⁶ *Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 512; s.a. *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006, S. 214.

¹⁷ Vorliegend wird zwischen Zivil- und Strafpunkt unterschieden. Innerhalb des Strafpunkts wird sodann zwischen Schuld- und Bestrafungspunkt differenziert. Der Schuldpunkt umfasst diejenigen Teile des Strafurteils, welche Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld betreffen. Der Bestrafungspunkt betrifft die

nung schützt dieses Interesse, indem sie dem Zivilkläger folgende zwei Ansprüche einräumt: Erstens kann er seine Zivilforderung adhäsionsweise geltend machen (Art. 119 Abs. 2 lit. b und Art. 122 StPO), und zweitens hat das Strafgericht grundsätzlich seine Adhäsionsklage materiell zu beurteilen (Art. 126 Abs. 1 StPO).¹⁸ Mit anderen Worten hat der Zivilkläger ein rechtlich geschütztes Interesse an der Geltendmachung seiner Zivilansprüche und ihrer materiellen Beurteilung durch das Strafgericht. Die tatsächlichen Interessen erschöpfen sich allerdings nicht darin. Mindestens mittelbar ist der Zivilkläger natürlich auch an der Entscheidung im Strafpunkt interessiert, weil die Bejahung einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tathandlung i.d.R. die Bejahung des daraus abgeleiteten Zivilanspruchs nach sich zieht bzw. die Feststellung der strafrechtlichen Schuld die Entscheidung im Zivilpunkt präjudiziert.¹⁹ Da das Vorliegen eines Interesses noch nichts über dessen Berechtigung aussagt,²⁰ ist wie erwähnt zu prüfen, ob das zivilklägerische Interesse am Strafpunkt von der Rechtsordnung geschützt ist.

Soweit die Feststellungen im Strafpunkt direkt die Entscheidung im Zivilpunkt beeinflussen, muss dem Zivilkläger die Mitwirkung im Strafpunkt möglich sein. Andernfalls wäre sein Gehörsanspruch verletzt. Folglich ist das zivilklägerische Interesse am Strafpunkt überall dort rechtlich geschützt, wo der Strafpunkt sich auf die Entscheidung im Zivilpunkt auswirkt.²¹ Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass der Zivilanspruch im Strafverfahren überhaupt behandelt wird. Stellt der Staatsanwalt beispielsweise das Verfahren ein, sind die Zivilansprüche von Gesetzes wegen auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 320 Abs. 3 StPO). Bei der Verfahrenseinstellung wird dem Interesse des Zivilklägers an einer Entscheidung über seine Klage der rechtliche Schutz also von Gesetzes wegen versagt.²² Mangels eines anderen rechtlich geschützten Interesses ist der reine Zivilkläger daher nach Auffassung der Praxis und herrschenden Lehre in der Schweiz nicht berechtigt, die Verfahrenseinstellung anzufechten.²³ Das Gleiche gilt beim Strafbefehl: Strittige Zivilforderungen sind ex lege auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO). Aufgrund der zwingenden Verweisung schloss der schweizerische Gesetzgeber ein rechtlich geschütztes Interesse des Zivilklägers an der Aufhebung des Strafbefehls aus und strich den Zivilkläger kurzer Hand aus der Liste der zur Einsprache legitimierten Personen.²⁴

Dass der Zivilkläger sich mangels rechtlich geschützten Interesses gegen eine Verfahrenseinstellung oder einen Strafbefehl nicht wehren kann, steht mit Art. 53 OR²⁵ im Einklang, wonach einem Strafurteil für den diesem nachfolgenden Zivilprozess keine bindende Wirkung zukommt.²⁶ Auf formaler Ebene lässt sich dagegen nichts einwenden. Dennoch ist die Annahme falsch, die Zivilgerichte würden aufgrund von Art. 53 OR den Straftakten keine Bedeutung beimessen. Die Überlastung des Justizapparats ist in aller Munde. Daher wird ein Zivilgericht die Straftakten beiziehen und von der Beurteilung der Sachlage durch die Staatsanwaltschaft oder durch das Strafgericht kaum abweichen.²⁷

Rechtsfolge der Strafurteile, also die ausgesprochene Strafe und/oder Massnahme sowie den bedingten Strafaufschub (vgl. *Thommen*, in: *Niggli/Uebersax/Wiprächtiger* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 81 N 33 und 36).

¹⁸ Zur Entscheidungspflicht der Strafgerichte nachfolgend Ziff. IV.

¹⁹ *Riklin*, StPO – Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 119 N 5; ähnlich *Ruckstuhl/Dittmann/Arnold*, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011, N 396.

²⁰ *Jabornigg*, Die Stellung des Verletzten in den schweizerischen Strafprozessordnungen zwischen Beweismittel und Partei, Diss. Basel, Basel 2001, S. 8.

²¹ *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 50 f.

²² *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 48 ff.

²³ *Landshut/Bosshard*, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 322 N 9; *Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 121 Fn. 141; *Echle* fp 2015, S. 353.

²⁴ Nachstehend Ziff. V.; *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 86 f.

²⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR) (SR 220).

²⁶ Vor allem ist das Zivilgericht weder durch einen Freispruch noch durch eine Verfahrenseinstellung gebunden (BGE 125 401 E. 3); zur begrifflichen Unterscheidung von Straf-, Schuld- und Bestrafungspunkt vorstehend Fn. 17.

²⁷ Diese Auffassung wurde im Kanton Bern vor Erlass der schweizerischen Strafprozessordnung vertreten. Dies hatte zur Folge, dass nach bernischem Strafprozessrecht dem Zivilkläger immer auch die Rechte des Strafklägers zukamen (vgl. Art. 47 Abs. 2 Ziff. 2 Gesetz über das Strafverfahren (StrV) vom 15. April 1995, in Kraft vom 1.1.1997 bis 31.12.2010; *Falb* ZStrR 94, S. 327 und 339).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Auffassung, wonach der Zivilkläger durch die Verfahrenseinstellung nicht beschwert und daher nicht zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt ist, in Tat und Wahrheit Ursache und Wirkung miteinander wechselt. Gerade *weil* das Gesetz bei der Verfahrenseinstellung zwingend die Verweisung von Zivilklagen auf den Zivilweg vorsieht, könnte der Zivilkläger als beschwert betrachtet werden. Allerdings entpuppt sich diese Diskussion als ein Streit um des Kaisers Bart. De lege lata ist der Zivilkläger nämlich keineswegs gezwungen, die beschriebenen Folgen hinzunehmen. So steht es dem Geschädigten frei, sich als Zivil- und Strafkörper zu konstituieren.²⁸ Letzterem dienen seine Parteirechte zur Wahrung der Interessen in Bezug auf den Strafpunkt. Das heisst, der Zivil- und Strafkörper ist in sämtlichen Punkten – mit Ausnahme zum Bestrafungspunkt bzw. zur Sanktion –²⁹ zu hören. Folglich führt die gleichzeitige Konstituierung im Strafpunkt dazu, dass der Zivilkläger weder eine Verfahrenseinstellung noch einen Strafbefehl hinnehmen muss, sondern sich dagegen wehren kann. Daher tut der Zivilkläger gut daran, sich immer auch als Strafkörper zu konstituieren,³⁰ was in der Praxis wohl auch in den meisten Fällen gemacht wird.³¹

IV. Die Entscheidungspflicht der Strafgerichte

Adhäsionsklagen können gutgeheissen, abgewiesen oder auf den Zivilweg verwiesen werden.³² Bei Gutheissung oder Abweisung ergeht ein Sachurteil, weil materiell über die Zivilklage entschieden wird. Verweist das Gericht die Zivilklage dagegen auf den Zivilweg, nimmt es keine materielle Beurteilung der Zivilklage vor, weshalb die Verweisung auf den Zivilweg das Pendant zum zivilprozessualen Nichteintretensentscheid darstellt (vgl. Art. 59 ZPO).³³ Die Verweisung führt freilich nicht zu einem Rechtsverlust, sondern der Zivilkläger kann seine Ansprüche ohne Weiteres bei einem Zivilgericht erneut anbringen.³⁴ Auch wenn mit der Verweisung kein Rechtsverlust einhergeht, hat der Zivilkläger ein Interesse daran, dass seine Klage bereits im Strafverfahren erledigt wird, damit ihm der u.U. kosten- und zeitintensive Zivilprozess erspart bleibt, in welchem strengere Anforderungen an die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast gestellt werden.³⁵

Die Verweisung auf den Zivilweg, wie sie auch in der schweizerischen Praxis (allzu) häufig vorkam,³⁶ ist nach geltendem Recht nur noch in Ausnahmefällen zulässig. Oder anders formuliert: Die materielle Beurteilung einer Adhäsionsklage ist, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, zwingend.³⁷ Diese in der schweizerischen Strafprozessordnung statuierten Ausnahmen von der grundsätzlichen Entscheidungspflicht werden nachfolgend einzeln kurz dargelegt (Ziff. 1). Sodann ist die Möglichkeit der Strafgerichte zu erläutern, Zivilansprüche nur im Grundsatz zu entscheiden und im Übrigen auf den Zivilweg zu verweisen (Ziff. 2).

1. Vollständige Verweisung als Ausnahme zur Entscheidungspflicht

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Möglichkeit der adhäsionsweisen Geltendmachung von Geschädigtenansprüchen zur Farce verkommt oder nach Jescheck „*totes Recht*“³⁸ bleibt,

²⁸ Vorstehend Fn. 12.

²⁹ Vgl. Art. 382 Abs. 2 StPO; statt vieler *Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 345.

³⁰ *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 49 f.

³¹ *Mazzucchelli/Postizzi*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 119 N 2.

³² *Riklin*, StPO – Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 126 N 1.

³³ *Droese*, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: *Fellmann/Weber* (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011. Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 64 Fn. 144; *Dolge*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 29.

³⁴ *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 62 f.

³⁵ *Dolge*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 122 N 39; *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006, S. 36 f. und 48 f.; *Schwaibold* fp 5/2016, S. 269.

³⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) und zu einem Beschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 25. April 1990, BBl 1990 II 961, S. 987 f.; *Droese*, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: *Fellmann/Weber* (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011. Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 63.

³⁷ BGer, Urteil vom 30.9.2014, 6B_75/2014 E. 2.4.3.

³⁸ *Jescheck* JZ 1958, S. 593.

wenn die Strafgerichte Zivilklagen ohne Weiteres auf den Zivilweg verweisen können.³⁹ Die schweizerische Strafprozessordnung auferlegt daher den Strafgerichten die Pflicht, Zivilklagen materiell zu beurteilen, selbst wenn das Gericht deshalb weitere Beweise abnehmen muss.^{40, 41} Allerdings sieht die Strafprozessordnung diverse Ausnahmen von der Entscheidungspflicht vor:

Erstens ist eine Zivilklage auf den Zivilweg zu verweisen, wenn der Beschuldigte freigesprochen wird und der Sachverhalt nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO). Diejenigen Fälle, in denen trotz Freispruch über die Zivilklage zu entscheiden ist, weil der Sachverhalt spruchreif ist, dürften in der Praxis höchst selten sein. Denkbar ist eine Entscheidung im Zivilpunkt trotz Freispruch eigentlich nur dann, wenn der Freispruch auf der Stufe Schuld erfolgt.⁴²

Zweitens hat eine Verweisung zu erfolgen, wenn das Strafverfahren wie erwähnt eingestellt oder mit Strafbefehl erledigt wird (Art. 126 Abs. 2 lit. a StPO).⁴³

Drittens führt eine ungenügende Begründung oder Bezifferung der Zivilklage zu ihrer Verweisung auf den Zivilweg (Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO). Im Zivilprozess droht dem Kläger dagegen Rechtsverlust, wenn er seine Klage nicht beziffert oder ungenügend begründet.⁴⁴ Der schweizerische Gesetzgeber erklärt diese aus Sicht des Zivilklägers milde Regelung mit dem besonderen Charakter des Adhäsionsverfahrens, das sich nicht in jeder Beziehung mit einem Zivilprozess vergleichen lasse.⁴⁵ Allerdings riskiert der Zivilkläger Rechtsverlust, wenn es ihm nicht gelingt, seine Ansprüche zu beweisen.⁴⁶

Schließlich ist *viertens* eine Zivilklage auf den Zivilweg zu verweisen, wenn der Zivilkläger die Sicherheit für die Ansprüche des Beschuldigten nicht leistet (Art. 126 Abs. 2 lit. c StPO).

2. Die teilweise Verweisung

Art. 126 Abs. 3 StPO schreibt vor, dass eine Adhäsionsklage nur dem Grundsatz nach zu entscheiden und im Übrigen auf den Zivilweg zu verweisen ist, sofern ihre vollständige Beurteilung unverhältnismässig aufwendig wäre. Ansprüche von geringer Höhe hat das Gericht nach Möglichkeit vollständig zu beurteilen. Diese Regelung soll verhindern, dass sich das Strafverfahren wegen komplizierter Zivilansprüche ungebührlich in die Länge zieht. Art. 126 Abs. 3 StPO greift jedoch erst, wenn erhebliche zusätzliche Beweise abzunehmen sind und aufgrund dessen mit einer unverhältnismässigen Verfahrensverzögerung zu rechnen ist.⁴⁷ Das später in dieser Sache betraute Zivilgericht ist an den Entscheid des Strafgerichts im Zivilpunkt gebunden. Aus diesem Grund muss aus dem Urteilsdispositiv klar hervorgehen, über welche Punkte das Zivilgericht noch zu entscheiden hat.⁴⁸

³⁹ Conrad, Die Adhäsion im aargauischen Strafprozess, Diss. Zürich, Baden 1972, S. 63 ff.; s.a. Weigend, Schadenersatz im Strafverfahren, in: Will (Hrsg.), Schadenersatz im Strafverfahren. Rechtsvergleichendes Symposium zum Adhäsionsprozess, Kehl am Rhein 1990, S. 14 f.

⁴⁰ Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 17 und 23.

⁴¹ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass das Unmittelbarkeitsprinzip im schweizerischen Strafverfahren nur sehr beschränkt zur Anwendung gelangt (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 291 und 300; Hauri/Venet, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 343 N 12; s.a. Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 145).

⁴² Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 21 f.

⁴³ Zur Verweisung im Strafbefehl Ziff. V.2.

⁴⁴ Vgl. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 126 N 10.

⁴⁵ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., S. 1174.

⁴⁶ Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 38 f.; Droese, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011. Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 58.

⁴⁷ Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 45 f.; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 126 N 16.

⁴⁸ BGE 125 IV 153 E. 2b.aa; Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 126 N 47.

V. Der Zivilkläger im Strafbefehlsverfahren

Alles in allem räumt die schweizerische Strafprozessordnung dem Zivilkläger im ordentlichen Strafverfahren also eine starke Stellung ein.⁴⁹ Doch scheint sich das Blatt zu wenden, wenn nicht ein ordentliches Strafverfahren, sondern ein Strafbefehlsverfahren durchgeführt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ca. 95% aller Urteile als Strafbefehle ergehen.⁵⁰ Mit dem Strafbefehlsverfahren sollen Straffälle der kleinen und mittleren Kriminalität effizient erledigt werden.⁵¹ Dieses Ziel wird u.a. dadurch erreicht, dass es ohne Gerichtsverfahren auskommt.⁵² Der Staatsanwalt erlässt den Strafbefehl, welcher vorbehaltlich einer Einsprache zum rechtskräftigen Strafurteil wird (Art. 354 Abs. 3 StPO). Es stellt sich daher zunächst die Frage, welchen Inhalt und Umfang die zivilklägerischen Parteirechte in einem Verfahren aufweisen, bei welchem das Gericht im Regelfall nicht mitwirkt und in welchem seine Klage von Gesetzes wegen auf den Zivilweg zu verweisen ist (Ziff. 1). Letzteres stösst, wie eingangs erwähnt, in der Literatur häufig auf Kritik.⁵³ Auch nach der hierin vertretenen Ansicht sollte diese Regelung de lege ferenda angepasst werden (Ziff. 2). Indes ist auch zu beachten, dass die Möglichkeit der Einsprache gegen den Strafbefehl die strikte Verweisungsregel etwas aufzuweichen vermag (Ziff. 3).

1. Die Parteistellung

Das Recht, sich als Privatkläger zu konstituieren, besteht unabhängig von der Wahl der Verfahrensart. Es ist daher auch im Strafbefehlsverfahren möglich, dass der Geschädigte sich als Zivilkläger konstituiert bzw. seine Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche geltend macht.⁵⁴ Wie der nachfolgende Abschnitt zeigt, ist im Strafbefehlsverfahren das Risiko allerdings hoch, dass der Geschädigte es versäumt, sich rechtzeitig zu konstituieren und damit gar nie Partei des Verfahrens wird (lit. a). Sodann kann der Zivilkläger aufgrund des Umstands, dass Zivilklagen im Strafbefehlsverfahren von Gesetzes wegen auf den Zivilweg zu verweisen sind, praktisch aus dem Verfahren gedrängt werden. Die Konstituierung im Strafpunkt verspricht allerdings auch diesbezüglich Abhilfe (lit. b).

a) Die erste Hürde der rechtzeitigen Konstituierung

Grundsätzlich hat der Staatsanwalt den Geschädigten über die Konstituierungsmöglichkeit aufzuklären (Art. 118 Abs. 4 StPO).⁵⁵ Jedoch ist es dem Staatsanwalt im Strafbefehlsverfahren gestattet, den Strafbefehl zu erlassen, ohne das Untersuchungsverfahren als Teil des Vorverfahrens zu eröffnen (vgl. Art. 309 Abs. 4 StPO). Diesfalls ergeht der Strafbefehl allein gestützt auf die Polizeiakten.⁵⁶ Da dieser sofortige Strafbefehlserlass nicht auf opferlose Delikte beschränkt ist, kann ein Geschädigter die rechtzeitige Konstituierung als Privat- bzw. Zivilkläger schlicht verpassen.⁵⁷ Mit Blick auf das Ziel der effizienten Verfahrenserledigung kommt es in der Praxis wohl häufig vor, dass der Staatsanwalt den Geschädigten entgegen der in Art. 118 Abs. 4 StPO festgehaltenen Pflicht auf die Konstituierungsmöglichkeit nicht hinweist und ihm lediglich den Strafbefehl mit dem Hinweis auf das Einspracherecht zustellt.⁵⁸ Damit wird der Gehörsanspruch im Strafbefehlsverfahren zur Holschuld des Zivilklägers,

⁴⁹ Macaluso, L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPP, in: Werro/Pichonnaz (Hrsg.), Le procès en responsabilité civile, Berne 2011, S. 176; Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 65 ff.

⁵⁰ Vest ZBJV 152/2016, S. 402; s.a. Hansjakob fp 3/2014, S. 160 ff.

⁵¹ Riklin, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Vor Art. 352-356 N 1; Hutzler, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren. Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, N 52 und 54.

⁵² Riklin ZBJV 152/2016, S. 476; Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 34; Hutzler, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren. Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, N 132.

⁵³ Vorstehend Fn. 5.

⁵⁴ Leupold BJM 2008, S. 247.

⁵⁵ Weitergehend Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 43.

⁵⁶ Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 309 N 47.

⁵⁷ Vgl. Art. 118 Abs. 3 StPO wonach die Konstituierung spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens zu erfolgen hat.

⁵⁸ Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 81 ff.

obwohl es sich richtigerweise um eine Bringschuld des Staatsanwalts handelt.⁵⁹ Folglich dürfte der Staatsanwalt auch im Strafbefehlsverfahren über die Aufklärungspflicht gemäß Art. 118 Abs. 4 StPO nicht hinwegsehen. Allerdings ist es in der Praxis unmöglich, die Einhaltung der Aufklärungspflicht zu überprüfen, weil im Strafbefehlsverfahren das Gericht als Kontrollinstanz i.d.R. gerade fehlt und der Staatsanwalt eine gerichtliche Rüge nicht zu befürchten hat.⁶⁰

b) Die zweite Hürde der beschränkten Mitwirkung

Im Strafbefehlsverfahren beschränkt der Staatsanwalt seinen Untersuchungsaufwand auf ein Minimum.⁶¹ Es ist denn auch die Rede von summarischer Sachverhaltsabklärung.⁶² Sobald der Sachverhalt aus Sicht des Staatsanwalts geklärt ist und die übrigen Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls gegeben sind, erlässt er den Strafbefehl. Wie gesehen, ist es dabei nicht einmal zwingend, dass er eigene Untersuchungshandlungen vornimmt. Die beschleunigte Verfahrenserledigung gibt es indes nicht umsonst; den Preis dafür bezahlen die Parteien.⁶³ Am deutlichsten zeigt sich dies beim Beschuldigten, dessen Gehörsanspruch regelmäßig verletzt wird.⁶⁴ Doch auch der Gehörsanspruch des Privatklägers oder genauer des Strafkägers wird verletzt, wenn ihm jegliche Mitwirkung im Verfahren versagt bleibt. Dies gilt jedoch nicht für den Zivil- bzw. Adhäsionskläger: Wie gesehen kommt dem Zivilkläger kein eigenständiges rechtlich geschütztes Interesse im Strafpunkt zu. Darüber hinaus besteht im Strafbefehlsverfahren kein rechtlicher Anspruch auf Beurteilung der Zivilforderungen. Vielmehr sind bestrittene Zivilforderungen von Gesetzes wegen auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO). Mit anderen Worten beschränkt sich der rechtliche Schutz auf das Recht, sich als Zivilkläger zu konstituieren.⁶⁵ Wenn nun aber die Parteirechte der Wahrung rechtlich geschützter Interessen zu dienen haben,⁶⁶ und es an eben solchen Interessen im Strafbefehlsverfahren fehlt, kann dem reinen Zivilkläger jegliche Mitwirkung im Strafbefehlsverfahren verwehrt werden, ohne damit den Gehörsanspruch zu verletzen. Allerdings setzt dies voraus, dass die Durchführung des Strafbefehlsverfahrens feststeht,⁶⁷ und dass der Zivilkläger sich nicht gleichzeitig auch als Strafkäger konstituiert hat. Als Strafkäger darf ihm nämlich die Mitwirkung nicht untersagt werden.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund zeigt sich einmal mehr, wie wichtig es für den Zivilkläger ist, sich stets auch im Strafpunkt zu konstituieren, will er nicht das Risiko eingehen, vollständig aus dem Strafverfahren gedrängt zu werden.

2. Die Behandlung der Zivilklage

Gemäß Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO sind Adhäsionsforderungen, welche der Beschuldigte nicht anerkennt, auf den Zivilweg zu verweisen. M.a.W. ist es dem Staatsanwalt von Gesetzes wegen nicht gestattet, eine Adhäsionsklage materiell zu beurteilen. Im Wesentlichen findet die zwingende Verweisung bestrittener Zivilforderungen im Hinweis auf die summarische Natur des Strafbefehlsverfahrens bzw. auf die Prozessökonomie und

⁵⁹ Vgl. *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 79; s.a. *Riklin* ZBJV 152/2016, S. 485.

⁶⁰ *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 83.

⁶¹ Vgl. *Vest* ZBJV 152/2016, S. 404.

⁶² *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 62.

⁶³ Vgl. *Thommen/Diethelm* ZStrR 133/2015, S. 146.

⁶⁴ *Daphinoff*, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 340 f.; s.a. *Riklin* ZBJV 152/2016, S. 483; Die Gehörsverletzung folgt indes nicht direkt aus dem Strafbefehlsverfahren, sondern aus den dahinterstehenden Effizienzbestrebungen (*Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren. Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, N 197 und 211 f.).

⁶⁵ Daher hat der Staatsanwalt nach *Schmid* bei erwartetem Strafbefehl einzig den Geschädigten auf die Konstituierungsmöglichkeit hinzuweisen und beim Beschuldigten die Erklärung einzuholen, ob er die Zivilforderungen anerkennt oder bestreitet (*Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 709 Fn. 155).

⁶⁶ Vorstehend Fn. 16.

⁶⁷ *Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren. Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, N 212.

⁶⁸ *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 85.

im Verweis auf die fehlende Entscheidungskompetenz des Staatsanwalts ihre Stütze.⁶⁹ Bei näherer Betrachtung erweisen sich allerdings beide Argumente als nicht stichhaltig.

Dem ersten Argument ist entgegenzuhalten, dass beim Vorliegen einer klar ausgewiesenen Forderung nicht ersichtlich ist, inwiefern die Entscheidung über sie dem summarischen Charakter des Strafbefehlsverfahrens entgegenstehen soll. Im Gegenteil, es widerspricht geradezu der Prozessökonomie, solche Forderungen auf den Zivilweg zu verweisen, mit der Folge, dass sich eine bis dahin nicht involvierte Behörde mit dem Fall zu beschäftigen hat.⁷⁰

Das zweite Argument betrifft die Frage nach der richterlichen Kompetenz des Staatsanwalts. Nach einem Teil der Lehre erfüllt er die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht, weshalb er auch nicht kompetent sein soll, über strittige Zivilforderungen zu entscheiden.⁷¹ Es trifft zu, dass der Staatsanwalt die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht erfüllt. Dennoch erlässt er Strafbefehle, welche ohne Einsprache zu rechtskräftigen Strafurteilen werden (Art. 354 Abs. 3 StPO). Damit übt er im Strafpunkt eine quasirichterliche Funktion aus.⁷² Ihm gleichzeitig diese Kompetenz im Zivilpunkt mit dem Verweis auf die fehlende richterliche Unabhängigkeit nun abzusprechen, ist fadenscheinig und nicht nachvollziehbar.⁷³

Sodann ist zu beachten, dass Art. 70 Abs. 1 in fine StGB⁷⁴ auch im Strafbefehlsverfahren zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 352 Abs. 2 StPO). Gemäß Art. 70 Abs. 1 in fine StGB sind dem Geschädigten zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands diejenigen Vermögenswerte auszuhändigen, welche durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen. Der Staatsanwalt ist berechtigt und verpflichtet, die direkte Aushändigung an den Geschädigten zu verfügen, sofern die Rechtslage hinreichend liquid ist und keine besseren Ansprüche Dritter geltend gemacht werden.⁷⁵ Diese Regelung steht im Widerspruch zur zwingenden Verweisung von Zivilforderungen, welche liquid sind, der Beschuldigte aber nicht anerkennt.⁷⁶

Und schliesslich ist zu berücksichtigen, dass in Strafverfahren gegen Jugendliche die Untersuchungsbehörde strittige Zivilforderungen beurteilen kann (Art. 32 Abs. 3 JStPO⁷⁷).

Vor diesem Hintergrund ist de lege ferenda zu erwägen, den Staatsanwalt über zwei Forderungstypen entscheiden zu lassen: Zwingend über bestrittene, aber liquide Forderungen, und nach Ermessen über solche, die nur einen geringen zusätzlichen Untersuchungsaufwand erfordern.⁷⁸

3. Die Einsprache gegen den Strafbefehl als Druckmittel

Seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung kennt die Schweiz neben dem Strafbefehlsverfahren eine weitere Verfahrensart, welche auf Verfahrensvereinfachung und -verkürzung ausgelegt ist, nämlich das abgekürzte Verfahren (Art. 358 ff. StPO). Kurz zusammengefasst zeichnet sich dieses dadurch aus, dass der Staatsanwalt eine Anklageschrift ausarbeitet, welcher der Beschuldigte zustimmt (Art. 360 Abs. 2 StPO) und die anschliessend vom Gericht nach einer summarischen Prüfung zu genehmigen ist (Art. 361 f. StPO). Je nach Beweislage wird die Zustimmung des Beschuldigten mit der Gewährung eines Strafabatts be-

⁶⁹ Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 508 Fn. 3270.

⁷⁰ Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 91; ähnlich Hutzler, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren. Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, N 335.

⁷¹ Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 124 N 9 und Art. 126 N 34; Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 143.

⁷² Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 93.

⁷³ Weitergehend Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 106 f.

⁷⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB) (SR 311.0).

⁷⁵ BGE 128 I 129 E. 3.1.2; Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme. Wesen, Arten und Wirkungen. Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 313.

⁷⁶ Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 107.

⁷⁷ Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (JStPO) (SR 312.1).

⁷⁸ Weitergehend Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 108 f.

lohnt.⁷⁹ Darüber hinaus profitiert der Beschuldigte von einer kürzeren Verfahrensdauer, einem kostengünstigeren Verfahren sowie von der beschränkten Öffentlichkeit.⁸⁰ Nebst dem Beschuldigten wird die Anklageschrift auch dem Privatkläger zur Genehmigung vorgelegt (Art. 360 Abs. 2 und 3 StPO). Lehnt dieser die Anklageschrift ab, fällt das abgekürzte Verfahren deswegen dahin und es ist ein ordentliches Verfahren durchzuführen (Art. 360 Abs. 5 StPO). Der Privat- bzw. Zivilkläger wird von seinem Vetorecht vor allem dann Gebrauch machen, wenn der Beschuldigte nicht bereit ist, die Zivilansprüche anzuerkennen.⁸¹ Liegt dem Beschuldigten aufgrund der oben beschriebenen Vorteile viel an der Durchführung des abgekürzten Verfahrens, wird er versucht sein, dem Zivilkläger entgegenzukommen und u.U. auch eine übersetzte Forderung anerkennen. Ein Fakt der in der Lehre zwar kritisiert wird,⁸² indes de lege lata hinzunehmen ist.⁸³

Fraglich ist nun, ob dem Zivilkläger im Strafbefehlsverfahren ein ähnliches Vetorecht zukommt. Auf den ersten Blick ist die Frage zu verneinen. Anstatt den Interessen des Zivilklägers gebührend Rechnung zu tragen, versuchte der Gesetzgeber, ihn aus dem Verfahren zu drängen. Wie gesehen sind strittige Zivilforderungen zwingend auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO). Gegen die Verweisung kann sich der Zivilkläger auch nicht mit Einsprache zur Wehr setzen,⁸⁴ weil er im Zivilpunkt eben gerade nicht beschwert ist.⁸⁵ Indes machte der Gesetzgeber seine Rechnung ohne den Wirt bzw. in diesem Fall ohne den Strafkörper. Soweit sich der Zivilkläger nämlich auch als Strafkörper konstituiert hat, kann er den Strafbefehl im Strafpunkt anfechten und so u.U. die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens anstrengen.⁸⁶

Das Einspracheverfahren ist ein Wiedererwägungsverfahren.⁸⁷ Auf Einsprache hin geht die Sache zunächst zurück an den Staatsanwalt. Dieser nimmt allenfalls weitere Beweise ab (Art. 355 Abs. 1 StPO). Anschließend kann er zwischen vier Möglichkeiten wählen: Er kann am Strafbefehl festhalten, das Verfahren einstellen, einen neuen Strafbefehl erlassen oder Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erheben (Art. 355 Abs. 3 StPO). Stellt der Staatsanwalt auf Einsprache hin das Verfahren ein oder erlässt er einen neuen Strafbefehl, wirkt sich die Einsprache nicht unmittelbar auf die Stellung des Zivilklägers aus, weil die strittige Adhäsionsforderung wiederum von Gesetzes wegen auf den Zivilweg zu verweisen ist (Art. 126 Abs. 2 lit. a und Art. 353 Abs. 2 StPO). Dagegen verbessert sich seine Stellung wesentlich, wenn der Staatsanwalt am Strafbefehl festhält oder wenn er Anklage erhebt. Beide Varianten lösen nämlich ein ordentliches Gerichtsverfahren aus mit der Folge, dass die Zivilklage wiederauflebt,⁸⁸ und dass das Strafgericht grundsätzlich verpflichtet ist, über sie eine Entscheidung zu fällen.⁸⁹

Wie im abgekürzten Verfahren kann es sein, dass der Beschuldigte verhindern will, dass ein ordentliches Verfahren durchgeführt wird. Denn auch das Strafbefehlsverfahren ist im Vergleich zum ordentlichen Verfahren kürzer, kostengünstiger und diskreter.⁹⁰ Ferner kann es auch sein, dass dem Strafbefehl ein Deal zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt zugrunde liegt, wonach der Beschuldigte von einem gewissen Strafabatt profitiert. Denn es ist falsch anzunehmen, Deals gäbe es nur im abgekürzten Verfahren.⁹¹ Vor diesem

⁷⁹ Vgl. *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 151 f. und S. 158 ff.

⁸⁰ *Bürgisser*, Erste Erfahrungen mit dem abgekürzten Verfahren (Art. 358-362 StPO) in der Praxis, Justice – Justiz – Giustizia 2012, Heft 3, Rz. 6.

⁸¹ *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 168.

⁸² *Greiner/Jaggi*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 360 N 26.

⁸³ *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 170 f.

⁸⁴ *Riklin*, StPO – Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 353 N 7.

⁸⁵ Vgl. vorstehend Ziff. V.1.b.

⁸⁶ Zu den einzelnen Konstellationen, in welchen der Strafkörper zur Einsprache gegen den Strafbefehl legitimiert ist *Galeazzi*, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 89 ff.

⁸⁷ *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 124.

⁸⁸ *Riklin*, in: *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 356 N 1; *Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1370 Fn. 62.

⁸⁹ Zur Entscheidungspflicht der Strafgerichte vorstehend Ziff. 4.

⁹⁰ *Riklin* ZBJV 152/2016, S. 478; *Riedo/Fiolka* fp 2011, S. 158 und 161.

⁹¹ *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 213, S. 159 f.

Hintergrund ist es daher denkbar, dass bereits das Androhen der Einsprache den Beschuldigten dazu bewegt, eine (allenfalls übersetzte) Zivilforderung anzuerkennen. Die Einsprachemöglichkeit vermag also die restriktive Regelung der zwingenden Verweisung der bestrittenen Zivilklage auf den Zivilweg etwas aufzuweichen.⁹²

Nichtsdestotrotz darf nicht übersehen werden, dass im Unterschied zum abgekürzten Verfahren, in welchem der Privatkläger nicht angeben muss, weshalb er die Anklageschrift ablehnt, er seine Einsprache gegen den Strafbefehl begründen muss (Art. 354 Abs. 2 StPO). Auf rechtsmissbräuchliche, querulatorische Einsprachen hat der Staatsanwalt wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.⁹³ Ist der Strafbefehl inhaltlich nicht zu beanstanden, wird es dem Privatkläger deshalb nicht leicht fallen, eine Begründung für die Einsprache zu liefern.

VI. Schlussbetrachtungen

Die schweizerische Strafprozessordnung, welche seit 2011 gilt, hat die Stellung des Zivil- bzw. Adhäsionsklägers gegenüber früher verbessert. Dies liegt u.a. insbesondere daran, dass er als Partei formell mit dem Beschuldigten auf Augenhöhe steht und dass die Strafgerichte grundsätzlich verpflichtet sind, Adhäsionsklagen zu entscheiden. Ferner ist es ihm stets auch gestattet, sich im Strafpunkt zu konstituieren, was ihm wiederum weitere Einflussmöglichkeiten auf den Gang des Strafverfahrens einräumt. Daher ist jedem Zivilkläger dringend zu empfehlen, sich auch als Strafkkläger zu konstituieren.

Im Strafbefehlsverfahren fällt die Beurteilung der zivilklägerischen Position nicht gar so positiv aus, weil seine Forderung, auch wenn sie ausgewiesen ist, auf den Zivilweg zu verweisen ist, soweit der Beschuldigte sie nicht anerkennt. Diese Regelung muss de lege ferenda überdacht werden. Vor allem sollte es dem Staatsanwalt gestattet sein, ausgewiesene Zivilforderungen zu entscheiden. Eine solche Regelung stünde im Einklang mit jener des Jugendstrafverfahrens und würde auch den heute geltenden Widerspruch zu Art. 70 Abs. 1 in fine StGB lösen. De lege lata bleibt dem Zivilkläger indes nichts anderes übrig, als über die Konstituierung im Strafpunkt mit der Einsprachemöglichkeit auf die Bereitschaft des Beschuldigten hinzuwirken, seine Forderungen anzuerkennen.

⁹² Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 2016, S. 113 f.

⁹³ Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 591 und 601.

Italien

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a. M./Köln

Italienisches Steuerstrafrecht: Die Tätige Reue („ravvedimento operoso“) mit strafmildernder Wirkung bezüglich steuerlicher Verstöße und Steuerstraftaten

I. Allgemeines

Neben der bislang durch den italienischen Gesetzgeber nicht auf Dauer, sondern nur für einen mehr oder weniger langen Zeitraum von einigen Monaten gewährten Möglichkeit der strafbefreienden freiwilligen Zusammenarbeit mit den italienischen Finanzbehörden, der Sache nach eine Art strafbefreiende Selbstanzeige („Collaborazione Volontaria“ bzw. um-

gangssprachlich „Voluntary Disclosure“ oder „VD“),¹ kennt das italienische Steuerverfahrensrecht und Steuerstrafrecht eine weitere Form der steuerlichen Korrektur. Diese hat der Gesetzgeber auf Dauer kodifiziert und ebenfalls im Hinblick auf steuerliche Sanktionen sowie eingeschränkt auch im Hinblick auf steuerstrafrechtliche Rechtsfolgen privilegierend ausgestaltet. Hierbei handelt es sich um das Rechtsinstitut des so genannten „Ravvedimento Operoso“² (Tätige Reue; „RO“), welches bereits seit dem 1. April 1998 existiert³ und in dem – zwischenzeitlich mehrfach geänderten⁴ – Art. 13 des decreto legislativo (Legislativdekret) Nr. 472 vom 18. Dezember 1997⁵ kodifiziert ist. Mit Gesetz Nr. 190 vom 23. Dezember 2014 und mit Legislativdekret Nr. 158 vom 24. September 2015 wurde es massiv zugunsten des Steuerpflichtigen umgestaltet.

Das RO ist ein Rechtsinstrument, durch das der Steuerpflichtige seine steuerrechtliche Position regularisiert, indem er die Steuerschuld begleicht und eine geringere steuerverwaltungsrechtliche Buße – hier: Steuerstrafe, da sie regelmäßig als Prozentsatz der geschuldeten Steuer ausgeworfen wird – bezahlt, als ansonsten gesetzlich vorgesehen (vgl. unten II. und III.1.).⁶ Unter gewissen Umständen und in eingeschränktem Rahmen (bezüglich mancher Steuerstraftatbestände) entfaltet diese Form der Regularisierung auch eine steuerstrafrechtliche Privilegierung. Sie wirkt als Strafausschlussgrund oder Strafmilderungsgrund, wie in Art. 13 und 13-bis des Legislativdekrets 74/2000 – dem italienischen Steuerstrafgesetz⁷ – vorgesehen (dazu siehe unten III.2.).

II. Regelungsgehalt des Art. 13 Legislativdekret 472/1997

Das RO gemäß Art. 13 in der Fassung des Gesetzes Nr. 190/2014 steht – anders als zuvor, als zahlreiche zeitliche und andere Präklusionsregelungen existierten – seit 2015 grundsätzlich allen Steuerpflichtigen bzgl. aller Steuerarten zur Verfügung.⁸ Die Möglichkeit, entsprechend der neuen Rechtslage ab dem 1. Januar 2015 gemäß den Änderungen des Gesetzes Nr. 190/2014 durch RO auch vor Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung begangene Verstöße rückwirkend zu heilen, wurde durch die italienische Finanzverwaltung in einem Rundschreiben vom 19. Februar 2015 bestätigt.⁹

1. Form und Inhalt des RO

Es handelt sich hierbei um ein stark formalisiertes Nacherklärungs- und Nachzahlungsverfahren, welches mittels von der nationalen italienischen Finanzverwaltung (Agenzia delle Entrate¹⁰) auch im Internet zur Verfügung gestellten Formularen (Modello F 24¹¹ und Modello F 23¹²) durchzuführen ist. Grundsätzlich sind die unterlassenen oder fehlerhaften steuerli-

¹ Siehe bezüglich der aktuell wirksamen „Voluntary Disclosure“-Regelung vom 22. Oktober 2016 (anwendbar bis 31. Juli 2017) zusammenfassend *Rübenstahl*, WiJ 2016, 239 ff.

² Bei einer möglichst wortlautnahen Übersetzung liegt die Übertragung in „Tätige Reue“ nahe.

³ Die ursprüngliche Fassung des Legislativdekrets 472/1997 – in dem Art. 13 das RO regelt – wurde veröffentlicht in Suppl. Ord. Gazzetta Ufficiale Nr. 5 vom 8. Januar 1998. Das Legislativdekret 472/1997 ist Teil einer Reihe von Gesetzgebungsvorhaben (zu dem auch die Legislativdekrete 471/1997 und 473/1997 gehören), mit dem die Exekutive nach Delegation durch Parlamentsgesetz eine Reform des steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionswesens vornahm. Das Legislativdekret Nr. 471 regelt die steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen im Hinblick auf Ertragsteuern und die Mehrwertsteuer, Nr. 472 die allgemeinen Prinzipien, die für alle steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen gelten und Nr. 473 die steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen für andere Abgaben; vgl. *Cisello* in: *Cisello u.a.*, Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl., (2016), S. 23.

⁴ Die letzten wesentlichen Änderungen (in Kraft getreten am 1. Januar 2016) wurden durch das Legislativdekret Nr. 158 vom 24. September 2015 – durch das hauptsächlich das italienische Steuerstrafgesetz (Legislativdekret Nr. 74/2000) novelliert wurde – eingeführt.

⁵ In der aktuellen Fassung abgedruckt auf der Website der italienischen Finanzverwaltung, vgl. <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/InCasoDi/Ravvedimento+operoso/Scheda/RavvedimentoOperoso/Chi+e+quando/>.

⁶ *Cacciapaglia/Perez Corradini/Fiammelli*, Ravvedimento Operoso 2016, 2. Aufl. (2016), S. 13.

⁷ Vgl. dazu die – aufgrund zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen tw. nicht mehr aktuelle – Übersichtsdarstellung *Rübenstahl* ZIS 2013, 10 ff.

⁸ Vgl. auf der Website der AdE: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/InCasoDi/Ravvedimento+operoso/Scheda/RavvedimentoOperoso/Chi+e+quando/>.

⁹ *Cisello* in: *Cisello u.a.*, Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 45.

¹⁰ Die Regionen und Gemeinden verfügen über eigenständige Behörden bezüglich der ihnen zustehenden Steuern und Abgaben.

¹¹ <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/F24/Modello+e+istruzioni+F24/>, für Ertrags- und Umsatzsteuern.

¹² <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/F23/Modello+F23/>.

chen Erklärungen – in korrigierter bzw. vervollständigter Form – nachzuholen und die steuerlich erforderlichen Zahlungen freiwillig zu leisten.¹³

Es unterscheidet sich insofern sowohl von der deutschen Selbstanzeige gemäß § 371 AO als auch von der freiwilligen Zusammenarbeit (VD) nach italienischem Recht. Denn eine geschlossene Sachverhaltsdarstellung – zumindest im Sinne einer Darlegung der geänderten bzw. zu ergänzenden Bemessungsgrundlage in einer Weise, dass die Finanzverwaltung die Schlüssigkeit der angegebenen (Steuer-)Nachzahlung aus sich heraus oder in der Zusammenschau mit den vorliegenden Steuererklärungen überprüfen kann – ist nicht vorgesehen. Das Formular sieht im Wesentlichen nur Angaben zum Steuerzahler, die Angabe der nachzuzahlenden Steuer- und sonstigen Beträge (Strafsteuer und Zinsen) und gerade nicht der zu Grunde liegenden Bemessungsgrundlage vor.¹⁴

In der Praxis liegt ein Vorteil der RO gegenüber den zahlreichen rechtlich privilegierten Möglichkeiten, das Festsetzungsverfahren konsensual zu beenden, darin, dass der Steuerpflichtige selbst entscheiden kann, wie viele und welche steuerlich relevanten Gesetzesverletzungen bezüglich welcher Steuern und Steuerjahre er mittels des RO heilen möchte.¹⁵ Es gibt kein dem § 371 Abs. 1 AO auch nur annähernd vergleichbares Vollständigkeitsgebot oder ein Verbot einer Teilkorrektur. Lediglich hinsichtlich des betroffenen, konkret korrigierten Verstoßes muss die Korrekturerklärung zutreffend sein. Hierdurch gewinnt der Steuerpflichtige gegenüber den gesetzlich vorgesehenen konsensualen Beendigungen des Steuerverfahrens, bei denen die Festsetzungen der Finanzverwaltung zu allen im Streit stehenden Steuerarten und Steuerjahren zu akzeptieren waren, um in den Genuss der privilegierenden Wirkung zu kommen, erheblich an Flexibilität.¹⁶ Dies gilt auch im Vergleich zum temporär bis zum 31. Juli 2017 eingeführten Rechtsinstitut der VD. Letztere setzt anders als das RO eine Nacherklärung und –versteuerung seitens des Steuerpflichtigen bzgl. aller steuerlich unverjährten Jahre voraus, führt jedoch bei korrekter und rechtzeitiger Abgabe in deutlich weiterem Umfang als das RO (s.o.) – grds. umfassend – zur Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Steuerstraftaten.¹⁷

Der Steuerpflichtige selbst trägt beim RO die Verantwortung dafür, dass Mehrsteuer, Strafsteuer und Zinsen korrekt – und auch auf der zutreffenden Tatsachengrundlage sowie unter fehlerfreier Anwendung des einschlägigen Steuerrechts – berechnet sind. Vor diesem Hintergrund dürfte die Abfassung des RO durch einen (spezialisierten) Rechtsanwalt oder Steuerberater trotz der trügerischen Einfachheit der Formulare regelmäßig geboten sein.

2. Tilgung der steuerlichen Verbindlichkeiten, die aus dem korrigierten Verstoß resultieren

Fehler im Rahmen der ursprünglichen Steuererklärung, die Unterlassung von steuerlichen Erklärungen und fehlende oder unzureichende Steuerzahlungen sowie andere Verfahrensverstöße können durch die freiwillige Zahlung der geschuldeten Steuer, der nach den Regeln des RO reduzierten Strafsteuer und der Verzugszinsen (für den Zeitraum, ab dem die Steuern zu zahlen gewesen wären bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung) steuerverfahrensrechtlich reguliert werden.¹⁸ Von Bedeutung ist, dass eine Ratenzahlung nach Auffassung der Finanzverwaltung trotz der ein Gleichzeitigkeitserfordernis der Zahlung von Steuern, Strafsteuern und Zinsen andeutenden Formulierung in Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 472/1997 zwar grundsätzlich zulässig ist, aber das RO erst mit der Zahlung der letzten Rate vollendet ist und deshalb deren Zeitpunkt bzgl. der Sperrgründe (s.o.) aber auch für

¹³ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 43. Grundsätzlich sind auch andere Unregelmäßigkeiten als die unterlassene oder fehlerhafte Abgabe von Steuererklärungen durch das RO korrigierbar; aus praktischen Gründen bleiben diese Aspekte hier jedoch außer Betracht.

¹⁴ Vgl. Modello F 23: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/F23/Modello+F23/Modello+f23/nuovof23c.pdf> und F 24: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/F24/Modello+e+istruzioni+F24/Modello+di+versamento+unificato++F24+Ordinario/i+Modello+F24+%282%29.pdf>.

¹⁵ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 44.
¹⁶ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 44.

¹⁷ Rübenstahl, WiJ 2016, 239 ff.; die VD entfaltet allerdings in strafrechtlicher Hinsicht eine deutlich weiter reichende Privilegierungswirkung.

¹⁸ Vgl. die Anleitung der AdE auf deren website, <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/InCasoDi/Ravvedimento+operoso/Scheda/RavvedimentoOperoso/Come+regolarizzare+versimpo/>.

das Eingreifen der jeweils geltenden, mehr oder weniger günstigen, Strafsteuerminderung maßgeblich ist.¹⁹ Ein erfolgreiches RO durch lediglich teilweise Tilgung der steuerlichen Verbindlichkeiten ist auf der Basis der korrigierten Verstöße nach höchstrichterlicher Rspr. nicht möglich.²⁰ In der Finanzverwaltung wird diese Situation teilweise, wenn nicht überwiegend zumindest dann wohlwollender behandelt, wenn Mehrsteuern und/oder die Strafsteuer- oder Zinszahlungen aufgrund unzutreffender Berechnung nicht in vollumfänglichen Maße überwiesen wurden.²¹ Hier wird in der Praxis der Finanzverwaltung wohl meist von einer wirksamen Teilkorrektur und -tilgung ausgegangen. Auch in der instanz(-steuer-)gerichtlichen Rspr. werden jedenfalls überwiegend kleinere Abweichungen insbesondere bzgl. Strafsteuer und Zinsen als hinnehmbar und wirksam im Sinne einer überwiegenden Teilkorrektur angesehen.²² Vor dem Hintergrund, dass strafrechtlich allerdings Vollständigkeit erforderlich ist (s.u.) und wegen der Unsicherheit der Rechtslage auch im steuerlichen Bereich, sollte der vollständigen Nacherklärung und -zahlung regelmäßig hohe Priorität eingeräumt werden. Abweichungen sollten wohl nur bei (regelmäßig wirtschaftlichen) Notfällen nach kompetenter lokaler Beratung erwogen werden.

Es ist weitgehend anerkannt, dass die zur Regularisierung erforderliche Zahlung auch durch einen Dritten – nicht nur durch denjenigen, der die Übertretung begangen hat, bzw. gegen den das Verfahren geführt wird – erfolgen kann.²³

3. Grenzen des Anwendungsbereichs und Sperrgründe

Grundsätzlich ist das RO gemäß Art. 13 Legislativdekret 472/1997 als allgemeine steuerverfahrensrechtliche Norm auf alle steuerlichen Verstöße anwendbar, es sei denn, dies ist gesetzlich ausgeschlossen.²⁴ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das RO – anders als die VD²⁵ – jedenfalls nach der Auffassung der italienischen Finanzverwaltung keine Anwendung auf Verstöße findet, die einen Straftatbestand des Steuerbetrugs (Art. 2 oder Art. 3 Legislativdekret 74/2000) verwirklichen.²⁶

Gemäß Art. 13 Abs. 1 S. 1 Legislativdekret 472/1997 ist die steuerverwaltungsrechtliche Regularisierung durch eine RO jedoch grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die betreffenden Fehler bzw. Unterlassungen finanzbehördlich festgestellt („constatazione“) sind, oder Finanzbeamte beim Steuerpflichtigen oder Dritten zur steuerlichen Prüfung erschienen sind („accesso“), oder eine steuerliche Prüfung von Dokumenten und Daten im Betrieb des Steuerpflichtigen mit dem Ziel der Überprüfung auf mögliche steuerliche Unrichtigkeiten begonnen hat („ispezione“), oder eine steuerliche vor Ort-Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten im Betrieb des Steuerpflichtigen („verifica“) aufgenommen wurde. Die Sperrwirkung gilt nach Auffassung der Finanzverwaltung auch für Personen, die denselben steuerlichen Pflichten unterliegen („coobbligati in solido“).²⁷ Die vorgenannten Sperrgründe greifen jedoch erst dann ein, wenn der Steuerpflichtige bzw. sein gesetzlicher Vertreter, der eine Übertretung begangen hat, oder eine steuerrechtlich gleichermaßen verpflichtete Person auch formgerecht über diese Untersuchungsaktivitäten informiert wurde und tatsächlich Kenntnis hat.²⁸ Mithin ist bei einer bloßen Feststellung eines steuerlichen/steuerstrafrechtlichen Verstoßes durch die Finanzverwaltung, der dem Steuerpflichtigen noch nicht in der gebotenen Form bekannt gegeben wurde („notificazione“), ein RO noch möglich, wenn es auch zuvor vollständig zu Ende geführt wird.²⁹

Durch das Gesetz 190/2014 wurde der Sperrgrund der Aufnahme steuerlicher Ermittlungen bezüglich derjenigen Steuern (d.h. der wichtigsten), die durch die nationale italienische Fi-

¹⁹ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 52.

²⁰ Corte Suprema di Cassazione, Urteil vom 24. September 2015 – Nr. 19017.

²¹ Agenzia delle Entrate, Circolare Nr. 27 vom 2. August 2013, § 2; zusammenfassend Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 68 ff. m.w.N.

²² Commissione Tributaria Regionale di Milano, Urt. v. 5. März 2013 – Nr. 40/45/13; Urt. v. 9. August 2012 – Nr. 79/19/12; Urteil vom 2. März 2012 – Nr. 32/44/12; Urteil vom 3. Februar 2012 – Nr. 26/44/12; Urteil vom 25. Januar 2012 – Nr. 8/1/12; Commissione Tributaria Regionale di Bari, Urt. v. 29. Mai 2015 – Nr. 1249/13/15; anderer Ansicht (strenger) Commissione Tributaria Regionale di Milano, Urt. v. 30. Mai 2012 – Nr. 75/31/12.

²³ Musco/Ardito, Diritto Penale Tributario, 2010, S. 58.

²⁴ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 46.

²⁵ Rübenstahl, WiJ 2016, 239 ff.

²⁶ Circolare Ministeriale Nr. 180 vom 10. Juli 1998, Art. 13.

²⁷ Circolare Ministeriale Nr. 180 vom 10. Juli 1998, Art. 13.

²⁸ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 50.

²⁹ Vgl. Corte Suprema di Cassazione, Urteil vom 9. November 2010 – Nr. 22781, wonach nach rechtzeitiger Erklärung der RO und Zahlung der Mehrsteuer das Fehlen der Zahlung der Strafsteuer und der Zinsen zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der steuerlichen Prüfung zur Sperrwirkung führt.

nanzverwaltung verwaltet werden, erheblich eingeschränkt.³⁰ Bezüglich dieser Steuern – insbesondere der Ertragsteuern (z.B. IRAP) und der Mehrwertsteuer (IVA) – sind nur noch die formale Bekanntgabe bestimmter formaler Akte („avviso di accertamento“, „avviso di liquidazione“ u.a.) geeignet, die Sperrwirkung zu begründen, nicht mehr der bloße notifizierte Beginn einer steuerlichen Prüfung.³¹

Wichtig ist insbesondere aus deutscher Perspektive, dass die Sperrwirkung stets nur für diejenigen Steuerarten und Steuerjahre eintritt, die konkret Gegenstand der steuerlichen Prüfung sind. Bezüglich aller anderen kann die Regularisierung weiter durchgeführt werden.³²

Art. 13 Abs. 1 S. 1 Legislativdekret 472/1997 selbst enthält keinen Hinweis auf eine Sperrwirkung der Einleitung oder Bekanntgabe eines Steuerstrafverfahrens. Die Norm regelt jedoch auch selbst nur die steuerlich privilegierenden Rechtsfolgen des RO (siehe unten III.1.). Für die steuerlich privilegierenden Folgen der genannten Rechtsvorschrift sind daher die Einleitung eines einschlägigen Steuerstrafverfahrens bzw. überhaupt das Resultat eines Steuerstrafverfahrens irrelevant. Erstere können – anders als die strafbefreiende Wirkung des Rechtsinstituts bei Tilgung der steuerlichen Verbindlichkeiten (s. u., III.2.) – dennoch eintreten.

III. Rechtsfolgen

1. Steuerverwaltungsrechtliche Folgen (insb. Milderung der Strafsteuer)

Aus steuerlicher Sicht tilgt das erfolgreich durchgeführte RO die von ihm betroffene steuerliche Gesetzesverletzung, weshalb diese keine steuerrechtlichen Auswirkungen mehr hat.³³ Dies führt z.B. dazu, dass die durch das RO getilgten Verstöße nicht mehr dazu herangezogen werden können, bei späteren Verstößen die Erhöhung der Strafsteuer wegen Rückfalls zu begründen. Auch steuerliche Nebenstrafen bzw. Nebenfolgen können bezüglich der durch RO getilgten Verstöße nicht verhängt werden.³⁴

Im Wesentlichen bewirkt das RO jedoch eine starke Verringerung der steuerlichen Sanktionen: Art. 13 Abs. 1 Legislativdekret 472/1997 legt in Buchst. a – c die (je nach Zeitpunkt der Regularisierung unterschiedlich ausgeprägten) Minderungen der Strafsteuer fest. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für den Fall der unterlassenen Abgabe der (meisten) Steuererklärungen eine Strafsteuer von 120 – 240% der hierdurch verkürzten Steuer gesetzlich vorgesehen ist, für den Fall der unrichtigen bzw. unvollständigen Steuererklärung eine Strafsteuer von 90 – 180 % der hierdurch verkürzten Steuer (vgl. Art. 1 Abs. 2 Legislativdekret 471/1997). Hinsichtlich der inhaltlichen Voraussetzungen der Korrektur sind stets die oben kurz beschriebenen des RO gemeint.

Gemäß Buchst. a beträgt die Strafsteuer bei unterlassener (rechtzeitiger) Zahlung der Steuern 1/10 des normalerweise zu verhängenden Minimums, wenn die erforderliche Zahlung bereits innerhalb von 30 Tagen nach Fristablauf erfolgt.

Nach dem Buchstaben a-bis der Vorschrift hingegen beträgt die Strafsteuer 1/9 des normalerweise zu verhängenden Minimums, wenn die Regularisierung im Fall von Fehlern und Unterlassungen des Steuerpflichtigen (auch wenn diese Einfluss auf die Festsetzung oder die Zahlung der Steuer haben) innerhalb von 90 Tagen nach Ablauf der Frist für die rechtzeitige Einreichung der Steuererklärung, oder im Falle einer fehlenden Frist, wenn die Korrektur innerhalb von 90 Tagen nach dem Fehler oder der Unterlassung erfolgt.

Nach den Buchst. b des Art. 13 Abs. 1 beträgt die Strafsteuer 1/8 des Minimums, wenn die Regularisierung von Fehlern oder Unterlassungen, auch soweit sie auf die Steuerfestsetzung oder deren (rechtzeitige) Bezahlung Einfluss haben, innerhalb der Frist für die Vorlage der Steuererklärung betreffend des Jahres erfolgt, in dem der Fehler oder die Unterlassung begangen wurde (das heißt, regelmäßig nicht in dem Steuerjahr, auf den sich der Fehler be-

³⁰ Cacciapaglia/Perez Corradini/Fiammelli, *Ravvedimento Operoso* 2016, 2. Aufl. (2016), S. 21 f.

³¹ Im Einzelnen Cissello in: *Cissello u.a.*, *Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni*, 1. Aufl. (2016), S. 51.

³² Corte Suprema di Cassazione, Urteil vom 17. April 2013 – Nr. 9274; Circolare Agenzia delle Entrate Nr. 6 vom 19. Februar 2015, § 10.4.

³³ Cissello in: *Cissello u.a.*, *Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni*, 1. Aufl. (2016), S. 46.

³⁴ Circolare Ministeriale Nr. 180 vom 10. Juli 1998, Art. 13.

zieht) oder sofern keine Frist existiert, innerhalb eines Jahres von dem Fehler oder der Unterlassung an.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Buchst. b-bis wird die Strafsteuer auf 1/7 des Minimums reduziert, wenn die Regularisierung der Fehler bzw. Unterlassungen – wiederum auch soweit sie Einfluss auf die Steuerfestsetzung oder Steuerzahlungen haben – innerhalb der Frist für die Einreichung der Steuererklärung bezüglich des Folgejahres (im Verhältnis zum Zeitpunkt des Fehlers bzw. der Unterlassung) erfolgt, oder – sofern keine Frist existiert – innerhalb von 2 Jahren nach dem Fehler bzw. der Unterlassung. Dies gilt laut dem Gesetzeswortlaut nur, wenn es sich um eine durch die (nationale) Agenzia delle Entrate verwaltete Steuer handelt.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Buchst. b-ter erfolgt eine Reduktion der Strafsteuer auf 1/6 des Minimums, wenn die Regularisierung nach dem in Art. 13 Abs. 1 Buchst. b-bis genannten Zeitpunkt erfolgt, grundsätzlich unabhängig davon, wann dies erfolgt. Gerade bei länger zurückliegenden (bzw. langjährigen) Verstößen ist daher regelmäßig diese Vorschrift einschlägig, was etwa zur Strafsteuer von nur 20% (statt 120 – 240% der Mehrsteuer) der Verkürzungssumme im Falle der unterlassenen Steuererklärung bzw. von 15% (statt 90 – 180 % der Mehrsteuer) im Fall der fehlerhaften Steuererklärung führt. Dies gilt laut dem Gesetzeswortlaut ebenfalls nur dann, wenn es sich um eine durch die Agenzia delle Entrate verwaltete Steuer handelt.

Die Regularisierung ist – wie beschrieben – auch nach einer Entdeckung des Fehlers bzw. der Unterlassung durch die Finanzverwaltung noch möglich, soweit keine der oben genannten spezifischen Bekanntgaben erfolgt ist *und* soweit es sich um Steuern handelt, die durch die Agenzia delle Entrate verwaltet werden.³⁵ Umgekehrt führt die Durchführung eines RO (bevor es erfolgreich vollständig abgeschlossen ist) nach dem Gesetzeswortlaut nicht zu einer Sperre für die Einleitung oder Fortführung steuerlicher oder strafrechtlicher Ermittlungen hinsichtlich der betreffenden Sachverhalte.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Buchst. b-quater führt das RO dann zu einer Reduktion der Strafsteuer auf 1/5 des Minimums, wenn sie nach einer formalen Feststellung („constatazione“) des Fehlers durch die Finanzverwaltung im Sinne des Art. 24 des Gesetzes Nr. 4 vom 7. Januar 1929 erfolgt, sofern der Verstoß nicht unter diejenigen fällt, die in Art. 6, Abs. 3, Abs. 11; Abs. 5 des Legislativdekrets 471/1997 aufgeführt sind. Hierbei handelt es sich um Verstöße, die mit der unterlassenen Ausstellung von bestimmten steuerlich relevanten Belegen zusammenhängen („ricevuta fiscale“, „scontrino fiscale“ etc.). Für weitere, kurze Fristüberschreitungen, die hier von geringem Interesse sind, sieht das Gesetz zudem noch niedrigere Strafsteuern als Sanktionen vor.

Nachteil gegenüber anderen steuerverfahrensrechtlichen Rechtsinstituten zur konsensualen Verfahrensbeendigung (vgl. Art. 16, 17 Legislativdekret 472/1997; Art. 15 Legislativdekret 218/1997) kann beim RO sein, dass das üblicherweise für steuerverwaltungsrechtliche Sanktionen (Strafsteuer) geltende, tendenziell günstige Rechtsinstitut der rechtlichen Kumulation mehrerer tatmehrheitlicher Verstöße (Art. 12 Legislativdekret 472/1997) – vergleichbar zum deutschen System der Gesamtstrafenbildung durch Erhöhung der höchsten Einzelstrafe nach tatrichterlichem Ermessen – hier nicht anwendbar ist. Die Strafsteuer wird vielmehr im Fall des RO für jeden einzelnen tatmehrheitlichen Verstoß nach den oben genannten Grundsätzen festgesetzt; die Summen werden addiert.³⁶

Eine weitere potenziell für den Steuerpflichtigen negative Folge des RO ist, dass aufgrund gesetzlicher Spezialvorschriften insbesondere bezüglich der Ertragsteuern und der Mehrwertsteuer die Festsetzungsverjährung durch die Abgabe einer Korrekturerklärung erheblich verlängert werden kann.³⁷

³⁵ Cacciapaglia/Perez Corradini/Fiammelli, Ravvedimento Operoso 2016, 2. Aufl. (2016), S. 21, 27. Für die übrigen Abgaben, insbesondere Zölle und nichtstaatliche, z.B. regionale Abgaben (TASI, TARI) etc. bleibt es bei den zutreffenden Sperrgründen (d.h. der Sache nach bei der Sperrwirkung aller bekanntgegebenen Steuerprüfungen).

³⁶ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 45 m.w.N.

³⁷ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 46. Im Übrigen erfolgt eine Verdopplung der steuerlichen Verjährung auch bei Einleitung eines Steuerstrafverfahrens vor Ablauf der Festsetzungsverjährung für alle diejenigen Steuerjahre und -arten, für die die Einleitung vor Ablauf der Festsetzungsfrist erfolgt („raddoppio dei termini“).

2. Strafrechtliche Folgen

a) Allgemeines

Die strafrechtlichen Folgen des RO werden in der Zentralvorschrift des Art. 13 Legislativdekret 472/1997 nicht geregelt. Dies erfolgt vielmehr durch die Inbezugnahme des RO als Tatbestandsvoraussetzung im Rahmen des Strafausschlussgrundes („*causa di non punibilità*“) des Art. 13 und des Strafmilderungsgrundes des Art. 13-bis des Legislativdekrets 74/2000,³⁸ der Kodifikation des italienischen Steuerstrafrechts. Beide Vorschriften wurden in ihrer derzeitigen Fassung mit Wirkung zum 22. Oktober 2015 durch Art. 12 des Legislativdekrets Nr. 158 aus 2015 eingeführt. Da es sich gegenüber der bisherigen Vorschrift des Art. 13 – die nur eine Strafmilderung vorsah – um eine günstigere strafrechtliche Regelung handelt, gelten die Art. 13, 13-bis aktueller Fassung rückwirkend auch für Steuerstraftaten, die vor dem 22. Oktober 2015 beendet wurden.³⁹ Dies hat u.a. auch zur Folge, dass derjenige, der die steuerlichen Verbindlichkeiten bereits vor in Kraft treten der Norm – aus welchen Gründen auch immer – getilgt hat, im Falle des Eingreifens der sonstigen Voraussetzungen nachträglich in den Genuss der privilegierenden Rechtsfolgen der Art. 13, 13-bis kommt.⁴⁰

Allgemein ist festzuhalten, dass die Vorschriften der Art. 13, 13-bis Legislativdekret 74/2000 an die Tilgung aufgrund des strafrechtlich relevanten Verstoßes bestehender steuerlicher Verbindlichkeiten anknüpfen, und zwar als Bestandteil eines RO oder auch von (nicht abschließend aufgeführten) konsensualen Formen der Beendigung des Steuerverfahrens.⁴¹ Deshalb ist eine Strafbefreiung oder Strafmilderung von vornherein nur bzgl. solcher Steuerstraftatbestände vorgesehen, die eine Steuerschuld verursachen.⁴² Die Vorschriften enthalten hierzu ergänzend aber auch ausdrückliche, den Anwendungsbereich weiter einschränkende Regelungen.

b) Strafaufhebungsgrund des Art. 13 Legislativdekret 74/2000

aa) Der Strafausschlussgrund des Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 bezieht sich auf die Steuerstraftatbestände der Art. 4 („*dichiarazione infedele*“; Unzutreffende Steuererklärung) und Art. 5 („*omessa dichiarazione*“; Unterlassene Steuererklärung) Legislativdekret 74/2000. Gemeinsam ist diesen beiden vorgenannten Straftatbeständen, dass sie anders als Art. 2 und 3 des Legislativdekrets 74/2000 nicht durch nach italienischem Verständnis betrügerische Begehungsweisen, insbesondere durch die Verwendung falscher (Eingangs-)Rechnungen (Art. 2) oder anderer qualifizierter steuerlich relevanter Täuschungsmittel (Art. 3) gekennzeichnet sind. Diese beiden – als schwerwiegender angesehenen – Steuerstraftatbestände sind vom Anwendungsbereich des Strafausschlussgrundes gemäß Art. 13 Legislativdekret 74/2000 basierend auf einem RO unstrittig ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass dann, wenn die zuvor skizzierten betrügerischen Begehungsweisen und damit Steuerstraftaten im Sinne der Art. 2, Art. 3 Legislativdekret 74/2000 in Betracht kommen, regelmäßig, wenn auch nicht zwingend in jedem Einzelfall, nicht das RO, sondern die – derzeit wieder bis 31. Juli 2017 befristet eröffnete – selbstanzeigeähnliche „*Voluntary Disclosure*“ (VD; *cooperazione volontaria*), deren strafbefreiende Wirkung diese und andere Steuerstraftatbestände miterfasst, in Betracht zu ziehen ist.⁴³

Der Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 auf der Basis eines RO ist jedoch auch bezüglich beider Steuerstraftatbestände (Art. 4, Art. 5) durchaus unterschiedlich breit. Hinsichtlich des Straftatbestands der Unrichtigen Steuererklärung (Art. 4) ist ein erfolgreiches RO zur Strafbefreiung ausreichend, wenn die Steuerschulden aufgrund *vollständiger*⁴⁴ Zahlung der geschuldeten Summen danach einschließlich von Strafsteuer und Zinsen erloschen sind. Eine Befristung oder Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl zurückliegender Steuerjahre ist diesbezüglich nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen.

³⁸ Giarda/Alloisio in: Giarda/Perini/Varraso, La nuova giustizia penale tributaria, 1. Aufl. (2016), S. 443.

³⁹ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 48.

⁴⁰ Amadeo in: Nocerino/Putinati, La riforma dei reati tributari, 1. Aufl. (2015), S. 326.

⁴¹ „*Adesione al accertamento*“ u.a. Diese Verfahren können hier wegen der Fokussierung auf das RO nicht näher dargestellt werden.

⁴² Giarda/Alloisio in: Giarda/Perini/Varraso, La nuova giustizia penale tributaria, 1. Aufl. (2016), S. 444 m.w.N.

⁴³ Ein erster Überblick in deutscher Sprache hierzu bei Rübenstahl, WiJ 2016, 239 ff.

⁴⁴ Hinsichtlich der strafrechtlichen Wirkungen des RO wird ganz überwiegend angenommen, dass eine vollständige Zahlung aller hinsichtlich der Rechtsverletzung relevanten steuerlichen Verbindlichkeiten für die Strafbefreiung oder Strafmilderung erforderlich ist, vgl. Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, La revisione del sistema penale tributario, 1. Aufl. (2016), S. 508.

Über die Anforderungen des Art. 13 Legislativdekret 472/1997 selbst hinaus darf zuvor nicht nur keine der ausdrücklich genannten steuerlichen Prüfungshandlungen formal zur Kenntnis des Täters gelangt sein. Für die Strafbefreiung gemäß Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 ist darüber hinaus nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich, dass der Täter zum Zeitpunkt der Regularisierung auch keine formale Kenntnis irgendwelcher (steuer-) verwaltungsrechtlicher Prüfungen oder von einschlägigen Strafverfahren haben darf. Es wird allerdings allgemein zugestanden, dass eine lediglich *informelle* Kenntniserlangung von eingeleiteten oder bevorstehenden steuerlichen oder strafrechtlichen Ermittlungen die strafbefreiende Wirkung nicht ausschließt.⁴⁵ Es wird auch – entgegen der Auslegung der Vorschriften zur VD – vertreten, dass die Kenntnis des einzelnen Betroffenen (Beschuldigten) zum Eintritt der Sperrwirkung beim RO zum Ausschluss des Art. 13 erforderlich ist.⁴⁶

Bezüglich des Art. 5 (Unterlassene Steuererklärung) kann man den Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 so verstehen, dass die Vorschrift im Hinblick auf eine RO als solche *keine* spezifische Strafbefreiungsregelung enthält. Die Strafbefreiung wird bzgl. Art. 5 nur insoweit zuerkannt, als die unterlassene Steuererklärung innerhalb der Frist für die Vorlage der Steuererklärung für die darauf folgende Steuerperiode bzw. das nachfolgende Steuerjahr vollständig und richtig abgegeben wird und die diesbezüglichen Steuern, Strafsteuer und Zinsen in der Frist bezahlt werden.⁴⁷ Daneben müssen die im vorhergehenden Absatz zu Art. 4 genannten besonderen positiven und negativen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 auch für die Strafbefreiung bezüglich des Art. 5 vorliegen.

bb) Weitergehend ist die Strafbefreiung des Art. 13 Abs. 2 Legislativdekret 74/2000 für die Steuerstraftatbestände der Art. 10-bis, 10-ter und 10-quater Abs. 1 Legislativdekret 74/2000. Diese gilt für die steuerstrafrechtliche Verantwortung des Steuerschuldners bzgl. der Zahlung, d.h. desjenigen, der geschuldete Steuern entweder als (Umsatz-)Steuer- (Art. 10-bis) oder Haftungsschuldner (für u.a. das italienische Äquivalent der Lohnsteuer, Art. 10-ter) vorsätzlich nicht abführt oder desjenigen, der mit ihm nicht zustehenden Steuergutschriften eine Verrechnung durchführt (Art. 10-quater Abs. 1). Der Strafaufhebungsgrund greift insoweit ein, wenn der Täter vor der Mitteilung der Eröffnung der Hauptverhandlung erster Instanz ein RO (einschließlich Tilgung aller einschlägigen steuerlichen Verbindlichkeiten aus den fraglichen Verstößen) erfolgreich durchführt. Mit anderen Worten kann hier durch die Nacherklärung und -versteuerung auch nach Aufnahme und Bekanntgabe strafrechtlicher Ermittlungen, sogar nach Anklageerhebung und bei bzw. nach Durchführung steuerlicher Prüfungen noch eine strafbefreiende Wirkung erzielt werden. Der Gesetzgeber wollte die (strafbare) vorsätzliche Nichtzahlung der Steuerschuld gegenüber der (strafbaren) unterlassenen oder unzutreffenden Steuererklärung privilegieren, weil sich deren Unrechtsgehalt weitestgehend in der – nachgeholten – Zahlung erschöpft.⁴⁸

c) Strafmilderungsgrund des Art. 13-bis Legislativdekret 74/2000

Nur kurz soll auf den ebenfalls zum 22. Oktober 2015 (auch rückwirkend) eingeführten Strafmilderungsgrund des Art. 13-bis Legislativdekret 74/2000 eingegangen werden. In den Fällen, in denen durch die Tilgung der steuerlichen Verbindlichkeiten nicht der Strafaufhebungsgrund des Art. 13 Legislativdekret 74/2000 verwirklicht wird, schreibt die besagte Vorschrift vor, dass die für (alle) Steuerstraftatbestände des Legislativdekrets 74/2000 zu verhängende Strafe nach richterlichem Ermessen bis zur Hälfte gemindert wird, wenn vor der Mitteilung der Eröffnung der Hauptverhandlung erster Instanz die steuerlichen Verbindlichkeiten aus dem Verstoß vollständig getilgt werden. Dies gilt im Zusammenhang mit einer konsensualen Beendigung des steuerlichen Festsetzungsverfahrens, und nach der Literatur auch trotz der fehlenden ausdrücklichen Nennung für den Fall eines RO.⁴⁹

⁴⁵ Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, La revisione del sistema penaltributario, 1. Aufl. (2016), S. 509.

⁴⁶ Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, La revisione del sistema penaltributario, 1. Aufl. (2016), S. 509 unter Hinweis auf eine Veröffentlichung des wissenschaftlichen Dienstes des obersten Gerichtshofs (Corte Suprema di Cassazione) von 2015.

⁴⁷ Cissello in: Cissello u.a., Il nuovo ravvedimento operoso e la riforma delle sanzioni, 1. Aufl. (2016), S. 48.

⁴⁸ Amadeo in: Nocerino/Putinati, La riforma dei reati tributari, 1. Aufl. (2015), S. 327 m.w. N.

⁴⁹ Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, La revisione del sistema penaltributario, 1. Aufl. (2016), S. 514.

Es kommt hinzu, dass im Falle der Voraussetzungen des Art. 13-bis die durch den Richter im Fall der Verurteilung zwingend anzuordnenden Nebenstrafen des Art. 12 Legislativdekret 74/2000 – insbesondere u.a. das Kontraktionsverbot mit der öffentlichen Verwaltung und die Veröffentlichung des Urteils – (ebenso zwingend) nicht zur Anwendung kommen dürfen. Zudem ist zu beachten, dass die beliebteste Version des strafprozessualen Deals in Italien, das sog. „patteggiamento“ gem. Art. 444 ff. Codice di Procedura Penale (CPP) mit einer Strafmilderung von bis zu einem Drittel, auf Steuerstraftaten nur anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 13-bis Abs. 1 vorliegen (Art. 13-bis Abs. 2 Legislativdekret 74/2000).

d) Ungeklärte Rechtsfragen und Praxisprobleme

Aus strafrechtlicher Sicht noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob und inwieweit die Tilgung der Steuerschuld auch durch mitbeschuldigte oder nicht beschuldigte Dritte mit strafbefreiender oder strafmildernde Wirkung für den Steuerpflichtigen (oder andere Täter) erfolgen kann.⁵⁰ Jedenfalls dann, wenn Steuerstraftaten bezüglich von Unternehmenssteuern durch deren Organe erfolgen, dürfte allgemein anerkannt sein, dass eine Zahlung durch das steuerpflichtige Unternehmen hinsichtlich der Organe die strafbefreiende Wirkung des Art. 13 bzw. die strafmildernde Wirkung des Art. 13-bis Legislativdekret 74/2000 herbeiführt.⁵¹ Der Literatur ist im Übrigen zu entnehmen, dass die Vorschrift des Art. 13 wohl so verstanden werden muss, dass die strafbefreiende Wirkung nicht nur dem Steuerpflichtigen bzw. dem Beschuldigten zu Gute kommt, der die Zahlung vornimmt und die steuerlichen Verbindlichkeiten hierdurch tilgt, sondern jedenfalls auch etwaigen Mittätern.⁵² Die Zweifelsfrage dürfte somit insbesondere noch Fälle betreffen, bei denen die Zahlung durch einen Dritten erfolgt, der weder Steuerpflichtiger noch Tatbeteiligter ist.

Ein Praxisproblem hinsichtlich der Tilgung der Steuerschuld besteht darin, dass die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig den gemäß Art. 12-bis Legislativdekret 74/2000 dem Verfall unterliegenden Vorteil aus der Steuerstraftat zu Beginn des Ermittlungsverfahrens nach den Vorschriften der italienischen Strafprozessordnung vorläufig beschlagnahmen und insbesondere Bankkonten des Steuerpflichtigen zu diesem Zweck pfänden („einfrieren“).⁵³ Dies führt dazu, dass in vielen Fällen die Tilgung der Steuerschuld zur Erlangung der Privilegierung zumindest des Art. 13-bis Legislativdekret 74/2000 praktisch zunächst nicht möglich ist. In der Literatur wird dazu vertreten, dass eine Freigabe der Konten zum Zwecke der Steuerzahlung (und gebunden hieran) im Falle einer verbindlichen Verpflichtung des Steuerzahlers durchsetzbar sein kann.⁵⁴

⁵⁰ Zur abweichenden steuerlichen Sicht bzgl. der gemäß Art. 13 Legislativdekret 472/1997 zu mildernden Steuerstrafen siehe oben.

⁵¹ Amadeo in: Nocerino/Putinati, La riforma dei reati tributari, 1. Aufl. (2015), S. 331 m.w.N.

⁵² Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, La revisione del sistema penale tributario, 1. Aufl. (2016), S. 510.

⁵³ Amadeo in: Nocerino/Putinati, La riforma dei reati tributari, 1. Aufl. (2015), S. 331.

⁵⁴ Amadeo in: Nocerino/Putinati, La riforma dei reati tributari, 1. Aufl. (2015), S. 332 unter Verweis auf Corte Suprema di Cassazione, Urteil vom 12. Juli 2012 – Nr. 46726, der sich in diese Richtung äußert.

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Berufsrisiken der juristischen Berufe

Rechtsreferendarin Jennifer Sinn, Hamburg

6. Herbsttagung der WisteV am 14.10.2016 in der Bucerius Law School Hamburg

Am 14.10.2016 luden Herr Prof. Dr. Karsten Gaede, Inhaber des Lehrstuhls an der Bucerius Law School für deutsches, europäisches und internationales Straf- und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht und Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Jes Meyer-Lohkamp, Partner der Hamburger Rechtsanwaltskanzlei Meyer-Lohkamp & Pragal, zur 6. Herbsttagung der Wirtschaftsrechtlichen Vereinigung e.V. in die Bucerius Law School ein. Diese stand unter dem Thema **„Ungleiche Berufsrisiken?“ - Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beteiligten in straf- und zivilgerichtlichen Verfahren.**

In die Veranstaltung führte Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Wilhelm Krekeler aus Dortmund mit seinem Vortrag **„Es wird schon schiefgehen...“ - Strafbarkeitsrisiken für Verteidiger** anschaulich ein. Dabei hob er insbesondere die Stellung des Strafverteidigers hervor, der als Garant für ein justizförmiges Verfahren einstehe, sich bei der Verteidigung jedoch oftmals in einem Grenzbereich zwischen strafprozessual zulässiger und unzulässiger, strafbarkeitsbegründender Tätigkeit befinde. Das Vorgehen des Strafverteidigers werde dabei an den allgemeinen Gesetzen, insbesondere der Strafvorschrift des § 258 StGB gemessen. Herr Dr. Krekeler nannte anschauliche Beispiele für noch zulässiges und verbotenes prozessuales Vorgehen. Exemplarisch stellte er die seit langem umstrittene und von der Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beantwortete Frage in den Vordergrund, ob ein Verteidiger, der durch die Akteneinsicht von einer beabsichtigten Zwangsmaßnahme - beispielsweise einem noch zu vollstreckenden Haftbefehl - gegen seinen Mandanten Kenntnis erlangt, diesen darüber unterrichten darf. Während Teile der Literatur und die Rechtsprechung eine Unterrichtung des Mandanten für unzulässig erachten und hierin einen Missbrauch des Rechts auf Akteneinsicht sehen, machte Herr Dr. Krekeler deutlich, dass er eine differenzierte Betrachtung für angezeigt halte: Seiner Ansicht nach sei eine Weitergabe der durch die Akteneinsicht gewonnenen Informationen zulässig, wenn diese selbst in zulässiger Weise erlangt wurden. Denn schließlich stehe der Staatsanwaltschaft in diesen Fällen, in denen ein Untersuchungserfolg möglicherweise gefährdet werden könne, das Recht der beschränkenden Akteneinsicht gemäß § 147 Abs. 2 StPO zu.

Abschließend resümierte Herr Dr. Krekeler, dass die Grenzen zwischen zulässiger und gesetzeswidriger Verteidigung auch aufgrund uneinheitlicher Bewertungen oftmals nicht klar und eindeutig zu ziehen seien mit der Folge, dass es sich bei der Strafverteidigung um eine gefahrgeneigte Tätigkeit handle.

Im Anschluss referierte Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister aus Freiburg zum Thema **„Wer beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient...“ - Parteiverrat. Fallstricke für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.** Herr Prof. Dr. Gillmeister wies eingangs darauf hin, dass sich mit der anwaltlichen Problematik der Vertretung widerstreitender Interessen sowohl § 356 StGB als Straftatbestand als auch § 43a Abs. 4 BRAO als Reglementierung der anwaltlichen Berufsausübung befassen, an die jedoch unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen geknüpft sind. Das gleiche Verbot finde sich für Steuerberater in § 57 StBerG und § 6 BOSTB sowie für Wirtschaftsprüfer in § 53 WPO. Gemein sei allen Rechtsvorschriften, dass der weit gefasste Begriff der widerstreitenden Interessen durch die Rechtsprechung konkretisiert und nicht allein objektiv, sondern stets durch die jeweilige Mandatsbegründung im Einzelfall festgelegt werde. Dieses zum Mandanten begründete Vertrauensverhältnis bilde dabei neben der Wahrung der Unabhängigkeit der Advokatur und dem Interesse an einer funkti-

onsfähigen Rechtspflege die Grundlage des statusbildenden Tätigkeitsverbots. Ergänzt werde das anwaltliche Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen durch § 3 BORA. Diese Bestimmung enthalte in den Absätzen 2 und 3 eine Sozietäterstreckung und lasse nur ausnahmsweise die Tätigkeit von Angehörigen derselben Berufsausübungsgemeinschaft auch bei widerstehenden Mandaten zu. Herr Prof. Dr. Gillmeister legte dar, dass ein Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO regelmäßig auf einem Sorgfaltspflichtverstoß des Rechtsanwaltes beruhe und eine berufsrechtliche Sanktion nach § 114 BRAO nach sich ziehe, während für eine Verletzung des § 356 StGB Vorsatz in dem Sinne erforderlich sei, dass der Rechtsanwalt die Tatumstände erkennt, aus denen sich ergibt, dass er beiden Parteien pflichtwidrig in derselben Rechtssache dient. Dabei betonte Herr Prof. Dr. Gillmeister, dass es sich unter den Voraussetzungen des § 356 Abs. 2 StGB, dem kollusiven Zusammenwirken mit der Gegenpartei zum Nachteil des eigenen Mandanten, gar um ein Verbrechen handle, weshalb eine Verurteilung unweigerlich den Widerruf der Anwaltszulassung zur Folge habe.

Zum Abschluss seines Vortrages zeigte Herr Prof. Dr. Gillmeister auf, dass das Verbot der widerstreitenden Interessen in der anwaltlichen Praxis vor allem im Familienrecht eine große Bedeutung habe, wenn sich Eheleute durch einen gemeinsamen Rechtsanwalt beraten oder im Scheidungsverfahren einvernehmlich vertreten lassen wollten. Einer derartigen Mandatsübernahme wohne stets eine potenzielle Strafbarkeit wegen Parteiverrats inne. Allerdings komme eine solche selbst dann nicht in Betracht, wenn sich nach Abschluss dieses Mandates ein Rechtsstreit zwischen denselben Parteien anschließen sollte, wenn das Grundmandat für den für beide Parteien tätig gewordenen Rechtsanwalt keinen Anlass zur Annahme widerstreitender Interessen gegeben hatte.

Auf besonderen Anklang im Plenum stieß der Vortrag von Frau PD Dorothea Magnus (LL.M., Universität Hamburg) zum Thema „**Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.**“ – **Strafrechtliche Haftungsrisiken wegen Nötigung bei der Verfolgung von Mandanteninteressen**, der im Anschluss eine lebhafte Diskussion nach sich zog. Frau Magnus rief zunächst den vom BGH im Jahr 2013 entschiedenen Fall über die Strafbarkeit des anwaltlichen Mahnschreibens in Erinnerung, der insbesondere in der Anwaltschaft auf großen Unmut gestoßen ist. In der zu Grunde liegenden Entscheidung bestätigte der BGH die Verurteilung eines Rechtsanwaltes wegen versuchter Nötigung, der zur Geltendmachung der – unberechtigten – Forderungen seines Mandanten zahlreiche Mahnschreiben verschickt und gleichzeitig angekündigt hatte, im Falle einer nicht fristgerechten Zahlung den Sachverhalt der zuständigen Behörde zur Überprüfung wegen des Verdachts des Betruges vorzulegen. Der BGH sah den Tatbestand des § 240 StGB hierdurch als erfüllt an. Frau Magnus zeigte auf, dass diese Entscheidung in der (anwaltlichen) Praxis weitreichende Konsequenzen haben dürfte: Während es für eine Straflosigkeit früher ausgereicht habe, dass der Anwalt keine positive Kenntnis vom Nichtbestehen der Forderung haben durfte, sei nunmehr für eine potenzielle Strafbarkeit ausreichend, wenn dem Anwalt die vom Mandanten einzutreibende Forderung verdächtig vorkomme. Die Androhung einer Strafanzeige sei lediglich zulässig, wenn das Bestehen der Forderung des Mandanten bzw. eine Straftat von dessen Schuldern hinreichend wahrscheinlich sei. Frau Magnus schloss sich in ihrem Vortrag der Rechtsauffassung des BGH an und legte – unter Protest aus dem stark anwaltlich vertretenen Plenum – dar, dass sie das Urteil des BGH sowohl dogmatisch für richtig halte als auch das Ziel der Rechtsprechung, nicht nur nachlässiges Verhalten von Anwälten im Einzelfall, sondern auch die generelle Praxis der Massenabmahnung einzudämmen, für richtig erachte. In der anwaltlichen Praxis habe dies gleichwohl zur Folge, dass Anwälte Abmahnungen zur Geltendmachung der von ihren Mandanten behaupteten Forderungen künftig sorgfältiger zu prüfen haben, wenn sich ihnen der Verdacht eines unlauteren Verhalten ihrer Mandanten aufdränge. Andernfalls setzten sie sich einem erhöhten Haftungsrisiko aus.

In der im Plenum in deutlicher Überzahl vertretenen Anwaltschaft stieß diese Entscheidung und ihre dogmatische Begründung gleichwohl auf wenig Verständnis, da doch die Androhung strafrechtlicher Konsequenzen zum adäquaten und elementaren Handwerkszeug eines jeden Anwalts gehöre und die Vorgaben des BGH mit dem anwaltlichen Berufsrecht kaum zu vereinbaren seien.

Im Kontext ihres Vortrages befasste sich Frau Magnus noch kurz mit der eher akademischen Frage, ob ein Haftungsrisiko auch für die an einer Verständigung nach § 257c StPO Beteiligten bestehen könne. Dabei stellte sie auf verschiedene mögliche Tathandlungen durch den Strafverteidiger oder das Gericht ab. Im Ergebnis verneinte sie jedoch – im Einverständ-

nis mit dem Plenum – eine Strafbarkeit der Verfahrensbeteiligten wegen (versuchter) Nötigung durch Handlungen im Zusammenhang mit einer verfahrensbeendenden Absprache.

Zum Abschluss der Veranstaltung widmete sich Herr Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi aus Berlin in seinem Referat **„Niemand schafft größeres Unrecht als der, der es in der Form des Rechts begeht.“ - Strafbarkeitsrisiken für Richter und Staatsanwälte wegen Rechtsbeugung – jüngere Tendenzen und Anwendbarkeit auf Verständigungen** der Problematik der Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StGB – einer Rechtsvorschrift, die speziell auf Richter zugeschnitten ist und teilweise auch auf Entscheidungen der Staatsanwaltschaft Anwendung findet. Herr Dr. Norouzi erläuterte, dass sich ein Richter dann wegen Rechtsbeugung strafbar mache, wenn er bei der Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich das Recht falsch anwende und dadurch einem Verfahrensbeteiligten zu Unrecht einen Vor- oder Nachteil verschaffe. Dieser Tatbestand solle folglich den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege unter Strafe stellen. Dies erläuterte Herr Dr. Norouzi anschaulich an einem vom BGH im Jahr 2013 entschiedenen Fall, in dem ein Richter seine eigene Zuständigkeit hinsichtlich des Erlasses mehrerer Haftbefehle auf sachfremde Beweggründe gestützt hatte und stellte dabei mit der Rechtsprechung des BGH heraus, dass nicht jede unrichtige Anwendung des Rechts eine Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StGB darstelle, da bei der Subsumtion stets ein normatives Element zu berücksichtigen sei. Von § 339 StGB erfasst würden daher nur elementare und schwerwiegende Rechtsverstöße, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise von Recht und Gesetz entferne. Der subjektive Tatbestand der Rechtsbeugung setze mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich eines Verstoßes gegen geltendes Recht sowie einer Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei voraus. Das darüber hinausgehende subjektive Element einer bewussten Abkehr von Recht und Gesetz müsse sich auf die Schwere des Rechtsverstoßes beziehen. Indizien für das in der Praxis schwer nachweisbare Vorliegen des subjektiven Tatbestands der Rechtsbeugung könnten sich dabei aus der Gesamtheit der konkreten Tatumstände ergeben, insbesondere auch aus dem Zusammentreffen mehrerer gravierender Rechtsfehler. Herr Dr. Norouzi machte deutlich, dass er die schon von Fischer geäußerte Kritik an diesem Tatbestand teile, die insbesondere durch die tatbestandsfremden Verhältnismäßigkeitserwägungen und die unbestimmten normativen Wertungen zu Tage trete, sodass es sich bei § 339 StGB letztlich um eine Billigkeitsjudikatur handele.

Zum Schluss widmete sich Herr Dr. Norouzi dem Kern seines Vortrages und zeigte die möglichen Strafbarkeitsrisiken auf, an die bei Verständigungen im Strafverfahren zu denken sei: So komme für Richter eine Strafbarkeit nach § 339 StGB in Betracht, wenn diese die Transparenz- und Dokumentationspflicht verletzen, um einen Rechtsmittelverzicht zu ermöglichen. Gleiches gelte bei einer allzu unkritischen Übernahme eines Formalgeständnisses oder der Ausnutzung einer besonderen Druck- oder Anreizsituation, wenn dabei die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet werde, ohne dass jedoch ein konkreter Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein müsse.

Den Abschluss fand die Veranstaltung im Foyer der Bucerius-Law-School, wo die zuvor gehörten interessanten Vorträge bei einem kleinen Imbiss und einem Glas Wein weiter diskutiert und vertieft wurden.

Rezensionen

Polizei- und Ordnungsrecht

Rechtsanwältin Dr. Stefanie Beyer, LL.M., Köln

Dr. Daniela Schröder, LL.M., Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen

2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2014, 166 Seiten

I. Einleitung

Das Polizei- und Ordnungsrecht gehört traditionell zu den Kernfächern der juristischen Ausbildung. Als klassisches Gebiet der Eingriffsverwaltung eignet sich das Polizei- und Ordnungsrecht wegen seiner erhöhten Grundrechtsrelevanz, seinen Bezügen zum Verfassungsrecht, zum allgemeinen Verwaltungsrecht und zum Verwaltungsprozessrecht in besonderem Maße, um das Verständnis des öffentlichen Rechts abzutesten. Fundierte Kenntnisse sind daher für eine erfolgreiche Klausurbearbeitung unerlässlich.

Das im Rahmen der Reihe "JURIQ Erfolgstraining" erschienene Skript richtet sich an Studierende und bereitet die Lerninhalte prüfungsorientiert auf. Die Darstellung orientiert sich am Aufbau der Prüfungsarbeit und erläutert das Gefahrenabwehrrecht, wie es in der Fallbearbeitung anzuwenden ist. Ergänzende Hinweise und Klausurentipps erleichtern das Verständnis und die Fallbearbeitung. Der Lernerfolg wird durch Wiederholungs- und Übungsangebote - Übungsfälle mit Musterlösung im Gutachterstil und Online-Wissens-Check - gewährleistet.

II. Inhalt

Das Skript gliedert sich in 6 Teile. Der kurzen Einleitung folgt die Darstellung der Grundlagen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, des Rechts der Gefahrenabwehrverfügungen, des Zwangsverfahrens, der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehrverordnung und des polizei- und ordnungsrechtlichen Haftungsrechts.

1. Grundlagen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts

Im Grundlagenteil wird praxisbezogen der Polizeibegriff, die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz sowie Aufbau und Struktur der Polizei- und Ordnungsverwaltung speziell mit Blick auf Nordrhein-Westfalen erläutert. Dabei werden die historischen Entwicklungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts konzentriert in dem Maß dargestellt, wie sie dem Verständnis der Materie und des in Nordrhein-Westfalen geltenden Trennsystems zwischen der Vollzugspolizei und der organisatorisch eigenständigen Ordnungsverwaltung dienlich sind.

2. Gefahrenabwehrverfügungen nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht

Es folgt sodann die ausführliche Darstellung des Rechts der Gefahrenabwehrverfügungen nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht, welches mit den Prüfungspunkten der rechtsstaatlichen Anforderungen und der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Gefahrenabwehrverfügung regelmäßig einen Schwerpunkt der Prüfung bildet. Eine gut durchdachte Gliederung mit Zwischenüberschriften erleichtert die Einarbeitung in die Thematik. Zunächst werden die rechtsstaatlichen Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes für das Handeln der Exekutive mit ergänzenden Hinweisen und Klausurentipps erläutert. Sodann werden mit der polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklausel, polizei- und ordnungsrechtlicher Standardermächtigungen und prüfungsrelevanten spezialgesetzlichen Eingriffsnormen mögliche Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass einer Gefahrenabwehrverfügung dargestellt. Dies unter Berücksichtigung des jeweiligen Anwendungsvorrangs und mit Schwerpunktsetzung auf das Versammlungsrecht. Es folgt

die Darstellung der formellen Anforderungen einer Gefahrenabwehrverfügung bezüglich Zuständigkeit, Verfahren, Form, Begründung und Bekanntgabe, welche um instruktive Klausurentipps ergänzt werden. Breiten Raum nimmt sodann der regelmäßig den Kernbereich der Klausur ausmachende Teil der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung einer Gefahrenabwehrverfügung ein. In diesem Kontext erfolgt ein Überblick über die prüfungsrelevanten polizei- und ordnungsrechtlichen Standardermächtigungen mit jeweils einzelfallbezogenen Erläuterungen zu den gängigen Rechtsnormen, etwa aus dem Bereich der Datenerhebung und Datenverarbeitung und für die Platzverweisung, den Gewahrsam, die Durchsuchung und die Sicherstellung. Die zentralen Begriffe der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung werden an Beispielfällen gut nachvollziehbar erläutert, ebenso wie der Gefahren- und Störungsbegriff. Auf der Rechtsfolgenseite folgt dann die Darstellung der klausurrelevanten Ermessensausübung jeweils auf den Ebenen des Entschließungs-, Auswahl- und Handlungsermessens unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Gut verständlich und ausführlich werden sodann die polizei- und ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit und der Störerbegriff erläutert. Dies mit Hinweisen zu den einschlägigen Fallgruppen und Auswahlkriterien. Das Erlernete kann im Anschluss an die Lektüre bei der Bearbeitung des sich anschließenden Übungsfalls erprobt werden, wobei die ausführliche Musterlösung mit ergänzenden Hinweisen die Lernkontrolle gewährleistet.

3. Polizei- und ordnungsrechtliches Zwangsverfahren

Hiernach wird das polizei- und ordnungsrechtliche Zwangsverfahren dargestellt, welches ebenfalls regelmäßig einen Schwerpunkt der Klausurenbearbeitung bildet. Nach der Vorstellung der einschlägigen Rechtsgrundlagen im Polizei- und Ordnungsrecht folgt die leicht verständliche Abhandlung der drei Zwangsmittel, der Ersatzvornahme, des unmittelbaren Zwangs und des Zwangsgeldes, jeweils erläutert an Beispielfällen. Ein Exkurs zum Klausurenklassiker des Abschleppfalls ist ebenfalls umfasst. Es schließt sich sodann als Überblick die Einführung in das Zwangsverfahren an, welchem dann gut verständlich und aufbereitet die Darstellung der Prüfungsschemata einer Zwangsmaßnahme im gestreckten Verfahren und im Sofortvollzug folgt. Hilfreich ist die grafische Aufbereitung mit Querverweisen auf die entsprechenden Erläuterungen, welche die notwendige Orientierung im Rahmen der Prüfung bietet. Die Randverweise mit konkreten Arbeitsanweisungen, insbesondere Hinweisen auf die einschlägigen Gesetzestexte, erleichtert das Verständnis und sichern den Lernerfolg. In gleich bewährter Weise mit Prüfungsschema, Hinweisen und Klausurentipps werden die Anforderungen der Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides dargestellt. Auch hier kann im Rahmen eines Online-Wissens-Checks und im Rahmen eines Übungsfalls mit Musterlösung das Erlernete angewandt werden, so dass der Lernerfolg gewährleistet wird.

4. Ordnungsbehördliche Gefahrenabwehrverordnungen

Sodann folgt die Abhandlung der ebenfalls prüfungsrelevanten ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehrverordnungen. Orientierung bietet ein einführender Überblick über Allgemeinverfügungen als Handlungsform, über Fehlerfolge und Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Einarbeitung wird anhand von Beispielfällen und Vorstellung des Prüfungsschemas mit den entsprechenden formellen und materiellen Prüfungspunkten erleichtert. Die klausurrelevanten Fragen bezüglich Zuständigkeit, Verfahren und Form einschließlich Verkündung werden dargestellt. Es folgt die Erläuterung der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung mit Schwerpunktsetzung auf den zentralen Begriff der abstrakten Gefahr und auf die prüfungsrelevante pflichtgemäße Ausübung des Entschließungs-, Handlungs- und Auswahlermessens. Rechtsprechungshinweise und Verweise auf einschlägige Literatur in den Fußnoten bieten Vertiefungsmöglichkeiten. Auch hier kann mittels des Online-Wissens-Checks das erlernte Wissen überprüft und anhand des speziell auf nordrhein-westfälisches Landesrecht zugeschnittenen Übungsfalls mit Musterlösung angewandt werden.

5. Polizei- und ordnungsrechtliches Haftungsrecht

Im letzten Teil werden die in Nordrhein-Westfalen spezialgesetzlich in § 39 Abs. 1 lit. a und b OBG NRW normierten Aufopferungsansprüche erläutert und anhand von Beispielfällen anschaulich dem Leser näher gebracht. Das gängige Prüfungsschema wird vorgestellt. Die Darstellung von Fallgruppen unter Einbeziehung analoger Anwendungsmöglichkeiten nach der Rechtsprechung erleichtert die Fallbearbeitung. Zusätzliche Hinweise und Klausuren-

tipps gewährleisten die Einarbeitung in diesen nicht leicht zugänglichen Teilbereich des Staatshaftungsrechts. Die Erläuterung der Rechtsfolgenseite mit der grundsätzlichen Entschädigung in Geld und der Rechtswegzuständigkeit der Zivilgerichte komplettiert die Darstellung. Es schließt sich der Online-Wissens-Scheck und ein Übungsfall mit ausführlicher Musterlösung an.

III. Zusammenfassung

Das Skript Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein Westfalen wendet sich in erster Linie an Studierende, wobei jedoch die anschauliche und praktische Aufbereitung anhand aktueller Beispielfälle auch dem Praktiker Gelegenheit zur Auffrischung seiner Kenntnisse geben mag. Das Skript ist in sämtlichen Abschnitten gut verständlich geschrieben, zur Veranschaulichung sind zahlreiche Beispielfälle aus der Praxis mit Lösungen aufgenommen. Klausurentipps und ergänzende Hinweise sowie hervorgehobene Lerndefinitionen und Prüfungsschemata erleichtern die Einarbeitung in das Polizei- und Ordnungsrecht sowie dessen Verständnis. Vertiefungsmöglichkeiten bieten Rechtsprechungsnachweise und Verweise auf einschlägige Literaturfundstellen. Zur Vorbereitung besonders gut geeignet sind die speziell auf Nordrhein-Westfalen zugeschnittenen Übungsfälle mit ausführlichen Musterlösungen. Der Online-Wissens-Check am Ende jeden Abschnittes gewährleistet den Lernerfolg. Insgesamt stellt das Skript ein umfassendes Trainingspaket zur Prüfungsvorbereitung auf Examensniveau zur Verfügung.