

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

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Haben Sie das schon registriert?! 43

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

Keine Strafbarkeitslücke bei Marktmanipulation und Insiderhandel 49

Rechtsanwältin Dr. Sabine Ottow, Hamburg

Ein jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung darstellt, soll den Tatbestand der Untreue begründen 52

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 59

Veranstaltungen und politische Diskussion

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

„Wie entscheide ich richtig? – Funktion, Entstehen und Feststellung des bedingten Vorsatzes aus Sicht des Wirtschaftsstrafrechts und Risikopsychologie“ 76

Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann LL.M. (Illinois), Frankfurt a.M.

Überlegungen zum bedingten Vorsatz im Lichte von Risikopsychologie und Entscheidungsregeln 78

Editorial

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

Honorarkräfte und Scheinselbständigkeit – eine never ending story?!

„Einen Tod wird man sterben“ wird sich so manch ein Unternehmensinhaber denken, der ein attraktives Unternehmen mit – von dem Markt und der Politik gewünschten – flexiblen und modernen Beschäftigungsstrukturen führen möchte und dabei die divergierende Rechtsprechung zur Einordnung von Beschäftigte als Selbständige bzw. abhängig beschäftigte Arbeitnehmer liest.

Dreh und Angelpunkt der Abgrenzung sind stets die Fragen, ob eine weisungsgebundene Tätigkeit ausgeübt wird und ob die Person in die Arbeitsorganisation des Unternehmers eingebunden ist. Hierzu hat die Rechtsprechung vielzählige Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, wie zum Beispiel die Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung, etwaige Freiheiten beim Einsatz der (eigenen) Arbeitskraft, der etwaige eigene wirtschaftliche Einsatz, sowie das wirtschaftliche Unternehmerrisiko, die höchstpersönliche Leistungserbringung und die steuerliche Veranlagung der ausgeübten Tätigkeit. Entscheidend ist, welche Merkmale im jeweiligen Einzelfall überwiegen, wobei maßgebend nicht die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und der Honorarkraft sondern das tatsächlich gelebte ist. Doch selbst wenn im Rahmen einer flexiblen Beschäftigung Freiheiten gegeben sind, so soll eine Arbeitsleistung dennoch fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebs erhält, in dessen Dienst sie verrichtet wird.

Diese bereits jetzt schon komplizierte Abwägung ist nun um eine Facette reicher geworden. Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat am 31.03.2017 entschieden, dass auch ein relativ hohes Honorar einer Honorarkraft ein gewichtiges Indiz für die Einordnung darstellt (Az.: B 12 R 7/15 R, siehe die Pressemitteilung:

http://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Pressemitteilungen/2017/Pressemitteilung_2017_14.html?jsessionid=2868F550B460D97492B315A227686805.1_cid368?nn=8718590). Liegt das Honorar deutlich über der Vergütung fest Angestellter, so spricht viel für eine selbständige Tätigkeit. Diese Argumentation klingt aus Sicht von Unternehmern, Honorarkräften und Verteidiger bereits vielversprechend, dennoch verbleiben die ausführlichen Entscheidungsgründe des Bundessozialgerichts noch abzuwarten.

Bevor insbesondere Honorarärzte anfangen zu jubilierten, die regelmäßig eine höhere Vergütung erhalten als ihre angestellten Kollegen, so ist auf die Regelungen des § 299a/ § 299b StGB hinzuweisen. Unter Korruptionsgesichtspunkten wird stets zu prüfen sein, ob eine Vergütung angemessen ist und wofür diese gezahlt wird. Besteht der Verdacht, dass eine Zuleitung von Patienten in eine Einrichtung die Höhe der Vergütung des Honorararztes in unrechtmäßiger Hinsicht mitbestimmen könnte, so kann dies Grund genug für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen die verschiedenen Beteiligten sein.

So oder so, ein Unternehmen welches Honorarkräfte beschäftigt, muss die vertragliche Vereinbarung und die tatsächliche Lebenswirklichkeit stets im Blick haben, um sich nicht zukünftig gegebenenfalls in dem bundeseinheitlichen Wettbewerbsregister wieder zu finden. Wie das geplante Register nach dem aktuellen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 20.02.2017 ausgestaltet sein soll, welche Eintragungsründe und deren Folgen angedacht sind, beleuchtet Frau Rechtsanwältin Klötzer-Assion in dem nachfolgenden Beitrag, in dem sie auch auf die möglichen Folgen auf die Wirtschaft eingeht.

Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen der diesmaligen Ausgabe der WiJ, die neben den fundierten fachlichen Beiträgen auch eine Reihe sehr lesenswerter Rezensionen bereithält.

Kathie Schröder, 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	43
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. Haben Sie das schon registriert?!	43
Entscheidungskommentare	49
Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund Keine Strafbarkeitslücke bei Marktmanipulation und Insiderhandel	49
Rechtsanwältin Dr. Sabine Ottow, Hamburg Ein jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung darstellt, soll den Tatbestand der Untreue begründen	52
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	59
Internationales	62
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M. und Rechtsanwältin Mag. Petra Laback, alle Wien Länderbericht Österreich	62
Veranstaltungen und politische Diskussionen	68
Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, M.A., Berlin Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2017 am 20./21.1.2017 in Frankfurt am Main	68
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau „Organisationsherrschaft und Wirtschaftsstrafrecht“ – Tagung der WisteV-Regionalgruppe Süden am 22.2.2017 in München	74
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau „Wie entscheide ich richtig? – Funktion, Entstehen und Feststellung des bedingten Vorsatzes aus Sicht des Wirtschaftsstrafrechts und Risikopsychologie“ – Tagungsbericht, Saarbrücken 24.2.2017	76
Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann LL.M. (Illinois), Frankfurt a.M. Überlegungen zum bedingten Vorsatz im Lichte von Risikopsychologie und Entscheidungsregeln	78
Rezensionen	80
RA Raoul Beth, Berlin Rezension Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte	80
Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München Denis Lanzinner: Scheinselbständigkeit als Straftat	82
RA Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a. M. Markus Ebner, Verfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht	84
RA Joachim Schwede, Aichach Björn Gercke, Oliver Kraft, Marcus Richter, Arbeitsstrafrecht	87

Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Haben Sie das schon registriert?!

I. Einführung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 20.02.2017 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters vorgelegt.¹ Der Referentenentwurf knüpft an die im April 2016 in Kraft getretene Modernisierung des Vergaberechts bezogen auf das öffentliche Auftragswesen an². Seither gibt es in Deutschland für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ein neues Vergaberecht, mit dem drei EU-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden.³ Neue Bestimmungen betreffen aber auch Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes, z.B. kommunale Auftragsvergaben. Im Zuge der angesprochenen Novellierung ist die Einführung eines bundeseinheitlichen Wettbewerbsregisters geplant.⁴

II. Hintergrund und Ausgestaltung eines Wettbewerbsregisters

Gemäß § 123 Abs. 1 GWB schließen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme zwingend aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach § 123 Abs. 3 GWB dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG bestandskräftig festgesetzt worden ist wegen einer in § 123 Abs. 1 Nr. 1 – 10 GWB genannten Straftat.

Daneben stehen fakultative Ausschlussgründe des § 124 GWB.

1. Bekämpfung korruptiver oder wirtschaftskrimineller Praktiken von Unternehmen

Um den öffentlichen Auftraggebern die erforderlichen Informationen über etwaige Ausschlussgründe an die Hand zu geben, soll ein Wettbewerbsregister eingerichtet werden. Die Bestrebungen, auf Bundesebene ein solches Register zu etablieren, sind nicht neu. Mehrere Anläufe waren in der Vergangenheit gescheitert. Die Bundesländer haben zuletzt auf der Justizministerkonferenz am 25./26.06.2014 sowie der Wirtschaftsministerkonferenz am 10./11. Dezember 2014 erneut die Forderung erhoben, ein bundesweites Korruptionsregistergesetz einzuführen.

Das nunmehr in Aussicht genommene Wettbewerbsregister soll einen Beitrag zur Bekämpfung „korruptiver oder wirtschaftskrimineller Praktiken“ leisten, „der geeignet ist, einen fairen Wettbewerb unter den Bietern der öffentlichen Aufträge zu fördern und zu garantieren und zugleich den Staat, die Steuerzahler und integere Unternehmen vor Schäden zu be-

¹ <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/wettbewerbsregistergesetz-wregg.html>.

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist.

³ Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU (VRL), Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (KVR) und Richtlinie über die Sektorenvergabe 2014/25/EU (SRL).

⁴ Stellungnahmen liegen u.a. vor von: DAV, Stellungnahme Nr. 19/2017, abrufbar unter <https://anwaltsverein.de>; DIHK, Stellungnahme vom 07.07.2017, abrufbar unter <https://www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/rechtspolitik/nationale-stellungnahmen/dihk-positionen-zu-nationalen-gesetzesvorhaben>; Stellungnahme von Transparency International Deutschland e. V. vom 07.03.2017, abrufbar unter https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Vergabe/2017-03-06_Stellungnahme_zum_Wettbewerbsregister.pdf.

wahren.“⁵ Es soll gewährleisten, dass bundesweit gleichermaßen „alle öffentlichen Auftraggeber und Konzessionsgeber von Delikten der Bieter Kenntnis erlangen.“⁶

Die bisher auf Bundesebene bestehenden Register seien zur Prüfung von Ausschlussgründen im Rahmen der öffentlichen Vergabe nicht ausreichend. Beispielsweise hätten die Auftrag- und Konzessionsgeber bislang kein Auskunftsrecht aus dem Bundeszentralregister. Dieses enthalte im Übrigen keine Angaben zu Unternehmen. Das Gewerbezentralregister gebe gemäß § 149 GewO im Übrigen nur Auskunft über die Zuverlässigkeit im gewerberechtlichen Sinne.⁷ Das Gewerbezentralregister enthalte überdies keine Informationen zu freiberuflich Tätigen.⁸

Die Einführung eines Wettbewerbsregisters würde bislang bestehende Abfragepflichten nach Maßgabe des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) und des Mindestlohngesetzes (MiLoG) beim Gewerbezentralregister ersetzen. Abrufe sollen in Zukunft automatisiert erfolgen.

Die Registerbehörde soll im Geschäftsbereich des BMWi angesiedelt werden. Strafverfolgungsbehörden sowie die Behörden des Bundes und der Länder, denen die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten obliegt, sollen Erkenntnisse über etwaige Ausschlussgründe an die Registerbehörde übermitteln.

Öffentliche Auftraggeber werden zu prüfen haben, ob Eintragungen im Wettbewerbsregister vorliegen, **bevor** der Zuschlag erteilt wird. Sie werden nach Art. 1 § 6 Abs. 1 Satz 1 WRegG-E bei einem geschätzten Auftrags- oder Vertragswert ab EUR 30.000 ohne Umsatzsteuer zur Abfrage des Wettbewerbsregisters verpflichtet.

2. Eintragungsgründe

Als Eintragungsgründe nennt Art. 1 § 2 WRegG-E „rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen oder Strafbefehle sowie bestandskräftige Bußgeldentscheidungen“, die wegen nachstehender Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ergangen sind.

a) Erfasst werden sollen in § 123 Abs. 1 GWB aufgeführte Straftaten, die nach diesem Gesetz zwingende Ausschlussgründe im Vergabeverfahren darstellen - nämlich:

- § 129 StGB - Bildung krimineller Vereinigungen,
- § 129a StGB - Bildung terroristischer Vereinigungen,
- § 129b StGB - kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland,
- § 89c StGB - Terrorismusfinanzierung oder Teilnahme an solchen Straftaten,
- § 261 StGB – Geldwäsche,
- § 263 StGB - Betrug, soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 264 StGB - Subventionsbetrug, soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 299 StGB - Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr,
- § 108e StGB - Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern,
- §§ 333, 334 StGB - Vorteilsgewährung und Bestechung, jeweils auch in Verbindung mit § 335a StGB - ausländische und internationale Bedienstete,

⁵ RefE, S. 1.

⁶ Begründung RefE, S. 13.

⁷ Begründung RefE, S. 13.

⁸ Dem begegnet der Referentenentwurf mit der Definition des Unternehmensbegriffs in § 1 Abs. 4 WRegG-E. Danach ist ein Unternehmen „jede natürliche oder juristische Person oder eine Gruppe solcher Personen, die auf dem Markt die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

- Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung - Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr,
- §§ 232, 232a, 232b - 233a StGB - Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung
- und - angesichts der gemäß Art. 2 WRegG-E angestrebten Folgeänderung des § 123 GWB - §§ 299a, 299b StGB - Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen.

b) Hinzu kommen Straftaten und/oder Ordnungswidrigkeiten nach:

- § 266a StGB - Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt,
- § 370 AO – Steuerhinterziehung,
- § 298 StGB - wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen,
- § 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 9-11 [SchwarzArbG](#) - Beauftragung von Personen zur Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang, wobei die Personen ihre Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG erbringen, Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen, Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen, Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind, Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang oder von minderjährigen Ausländern,
- §§ 15, 15a AÜG - Ver- und Entleih von Ausländern, welche erforderliche Aufenthaltstitel etc. nicht besitzen,
- § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1b und 2 AÜG - Überlassung von Leiharbeitnehmern ohne Erlaubnis, Überlassen oder Tätigwerdenlassen von Leiharbeitnehmern entgegen den Vorschriften zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe, § 1b AÜG,
- § 21 Abs. 1 und 2 MiLoG - vorsätzlich oder fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeiten nach MiLoG einschließlich der Beauftragung von Unternehmen mit Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang, von denen man weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese bei der Auftragserfüllung dem MiLoG zuwiderhandeln,
- § 23 Abs. 1 und 2 AEntG - vorsätzlich oder fahrlässig verwirklichte Verstöße gegen das AEntG einschließlich der Beauftragung von Unternehmen mit der Ausführung von Werk- oder Dienstleistungen, von denen man weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese bei der Auftragserfüllung gegen das AEntG verstoßen

und zwar jeweils, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen verhängt wurde oder die festgesetzte Geldbuße wenigstens EUR 2.500 beträgt.

c) Des Weiteren sollen Bußgeldentscheidungen nach § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, also Absprachen und missbräuchliches Ausnutzen einer beherrschenden Stellung usw. eingetragen werden.

3. Zurechnung individuellen Fehlverhaltens als Eintragungsvoraussetzung

Voraussetzung für die Eintragung **des Unternehmens** bzw. des **Unternehmensverbundes** in das Wettbewerbsregister soll sein, dass die von Individualpersonen begangenen Straftaten oder verwirklichten Ordnungswidrigkeiten dem Unternehmen bzw. dem Unternehmensverbund **zugerechnet** werden können, Art. 1 § 2 Abs. 3 WRegG-E.

Das ist nach der Entwurfsfassung der Fall, wenn die wegen einer Straftat verurteilte natürliche Person für die Leitung des Unternehmens verantwortlich war, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in lei-

tender Stellung gehören, wobei die Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr begangen worden sein muss.

Daneben soll ein Zurechnungsfall vorliegen, wenn ein Aufsichts- oder Organisationsverschulden des Unternehmensinhabers nach § 130 OWiG vorliegt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG festgesetzt wurde.

Wurde ein Rechtsverstoß von einem Leitungsverantwortlichen eines Konzerns verwirklicht, muss der Konzern in das Wettbewerbsregister eingetragen werden, wenn der Leitungsverantwortliche für den Konzern gehandelt hat. Ist hingegen ein Leitungsverantwortlicher im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr einer rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft wegen einer Straftat verurteilt oder wegen einer Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße belegt, ist die Konzerngesellschaft einzutragen.⁹

4. Dauer der Eintragung und Löschung

Gemäß Art. 1 § 7 WRegG-E sollen Eintragungen nach Ablauf von 5 Jahren nach dem Tag der Rechts- oder Bestandskraft der Entscheidung gelöscht werden, soweit sie Verfehlungen nach Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 WRegG-E zum Gegenstand haben. Das sind die oben dargestellten Delikte, die nach § 123 GWB zwingend zum Ausschluss führen sowie Eintragungen wegen § 266a StGB und § 370 AO. Alle anderen Eintragungen sollen gemäß Art. 1 § 7 Abs. 2 WRegG-E nach 3 Jahren nach Eintritt von Rechts- bzw. Bestandskraft gelöscht werden.

Demgegenüber sollen Bußgeldentscheidungen nach Art. 1 § 2 Abs. 2 WRegG-E, also Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, nach Ablauf von 3 Jahren ab Erlass der Bußgeldentscheidung gelöscht werden.

Eine vorzeitige Löschung der Eintragung ist unter den in Art. 1 § 8 WRegG-E genannten Voraussetzungen möglich, wenn eine sogenannte Selbstreinigung stattfindet und die ergriffenen Maßnahmen von der Verwaltungsbehörde als ausreichend erachtet werden. Dazu zählen eine etwaige Schadenswiedergutmachung, Mitwirkung bei der Aufklärung des zugrunde liegenden Sachverhalts und Kooperation mit den Ermittlungsbehörden. Darüber hinaus sollen geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen, welche sicherstellen, dass weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten vermieden werden, eine vorzeitige Löschung ermöglichen.

III. Auswirkungen auf die Wirtschaft

Dass rechtskräftige Verurteilungen und/oder bestandskräftige Geldbußen bei Überschreitung bestimmter Straf- oder Betragsgrenzen registermäßig erfasst werden, ist für die Wirtschaft nicht neu.

Bislang gibt es in verschiedenen Bundesländern sogenannte Korruptionsregister, wobei längst nicht nur Straftaten mit Wettbewerbsbezug dort zur Eintragung gelangen. Vielmehr sind in den Landes-Korruptionsregistern ganz überwiegend (aber eben nicht nur) jene Delikte aus dem Straf- und/oder Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst, welche Eingang in das bundesweite Wettbewerbsregister finden sollen.

Wie die Bundesländer, welche bereits über solche Register verfügen und dort Eintragungen vornehmen, die sich in Art. 1 § 2 WRegG-E nicht wiederfinden, im weiteren Gesetzgebungsverfahren reagieren, bleibt abzuwarten. Ein Streitpunkt könnte sein, dass in einigen Länder-Korruptionsregistern sogar Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO einzutragen sind, d. h. Opportunitätseinstellungen bezogen auf Straftaten gegen Zahlung einer Geldauflage, mit denen keine Schuldfeststellung verbunden ist.

Viele Unternehmen, insbesondere solche, die sich präqualifizieren, sind mit Eigenerklärungen und Abfragemechanismen vertraut. Das angestrebte Wettbewerbsregister wird dennoch Auswirkungen haben, da in der Praxis häufig vorkommende Verfehlungen aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts mit Betriebsbezug sodann zentral erfasst und von allen öffentlichen Auftraggebern einheitlich berücksichtigt werden müssen.

⁹ Begründung RefE, S. 25.

Mit der Implementierung der Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ zwecks Vermeidung von Nachteilen in öffentlichen Vergabeverfahren ist auch kein neues Rad erfunden. Das Prinzip wird längst praktiziert - und zwar nicht nur auf dem Gebiet des Vergaberechts.

Für Geschäftsführer und Vorstände, Überwachungsorgane sowie mit Kontrollbefugnissen ausgestattete Leitungspersonen hat die Vermeidung von straf- und bußgeldrechtlicher Haftung einen enormen Stellenwert. Maßnahmen zur Haftungsvermeidung sind nicht nur mit Blick auf die persönlichen Folgen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bis hin zu Schadensersatzszenarien notwendiges Handwerkszeug für jede Führungskraft.

Auch aus Unternehmenssicht sind geeignete Organisations- und Aufsichtsstrukturen zur Vermeidung betriebsbezogener Straftaten und/oder Ordnungswidrigkeiten oberstes Gebot.

Werden Individualpersonen von Strafverfolgung oder Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten betroffen, kann es angesichts des Unternehmensinteresses, Ausschlüsse vom Wettbewerb zu vermeiden, ungemütlich werden. Der sogenannte Selbstreinigungsprozess bedeutet nicht selten das Ende langjähriger Freundschaften und Karrieren.

IV. Angrenzende Vorschriften des MiLoG, AEntG und SchwarzArbG

Die im Referentenentwurf angelegten Folgeänderungen betreffen auch die Ausschlussregelungen in § 19 MiLoG und § 21 SchwarzArbG – sind aber nur redaktioneller Art. Die in Art. 2 Abs. 3 WRegG-E vorgesehene Anpassung des § 19 MiLoG und des § 21 Abs. 1 SchwarzArbG bezwecken (nur) die Ersetzung der Wörter „Gewerbezentralregister“ durch das Wort „Wettbewerbsregister“, wohin Anfragen künftig zu richten sein sollen. Änderungen des § 21 AEntG sind (noch?) nicht Gegenstand des Referentenentwurfs.

1. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 19 MiLoG

§ 19 MiLoG normiert den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge beim Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in §§ 99 und 100 GWB genannten Auftraggeber, wenn die Bewerber wegen eines Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500 belegt worden sind. Nach § 19 Abs. 3 MiLoG können öffentliche Auftraggeber bislang im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 anfordern oder sog. Eigenerklärungen vom Bewerber verlangen. Bei einem Auftragswert ab EUR 30.000 sind sie vor Erteilung des Zuschlags zum Abruf des Registers verpflichtet, § 19 Abs. 4 MiLoG.

2. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 21 AEntG

Auch bei Zuwiderhandlungen gegen das AEntG kann der Ausschluss von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in §§ 99 und 100 GWB genannten Auftraggeber drohen. Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 AEntG sollen Bewerber oder Bewerberinnen für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 23 AEntG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500 belegt worden sind.

Beachtlich ist, dass dies auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens gelten soll, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung im Sinne des Satzes 1 besteht, § 21 Abs. 1 Satz 2 AEntG.

§ 21 AEntG sieht ebenfalls die Einholung von Auskünften bei den Verfolgungsbehörden bzw. von Eigenerklärungen vor und verpflichtet ab einem Auftragswert von EUR 30.000 zum Registerabruf, § 21 Abs. 2, 3 AEntG.

3. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 21 SchwarzArbG

§ 21 SchwarzArbG regelte den Ausschluss von Bewerbern um einen **Bauauftrag** der öffentlichen Hand im Grundsatz wie folgt:

„(1) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag der in § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerber bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen werden, die oder deren nach Satzung oder Gesetz Vertretungsberechtigte nach

1.

§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 9 bis 11,

2.

§ 404 Abs. 1 oder 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,

3.

§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1b oder 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder

4.

§ 266a Abs. 1 bis 4 des Strafgesetzbuches

zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als neunzig Tagessätzen verurteilt oder mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind. [...]“

Die Bundesregierung hatte zum Jahresende 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vorgelegt.¹⁰ Der Finanzausschuss hatte marginale Änderungen empfohlen.¹¹ Der Deutsche Bundestag hat über den Gesetzentwurf der Bundesregierung am 15.12.2016 beraten¹², und der Bundesrat hat kürzlich in seiner Sitzung am 10.02.2017 beschlossen, dem vom deutschen Bundestag am 15.12.2016 verabschiedeten Gesetz zuzustimmen.¹³

Mit der Novelle des § 21 SchwarzArbG erfolgte die Ausdehnung dieser Ausschlussmöglichkeiten auch auf Bewerber um **Liefer- und Dienstleistungsverträge** der in §§ 99, 100 GWB genannten Auftraggeber.

Mit dieser Erstreckung über Bauaufträge hinaus wird nach dem Willen des Gesetzgebers „der Gleichlauf mit den entsprechenden Regelungen des § 19 des Mindestlohngesetzes und des § 21 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes hergestellt. Damit sind künftig nicht nur erhebliche bußgeldbewehrte Verstöße gegen das Mindestlohngesetz und das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geeignet, Bewerber von der Teilnahme an einem Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen, sondern auch die in § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 - 4 genannten Verstöße“.¹⁴

Wie nach § 21 AEntG können nunmehr Bewerber um einen Bauauftrag sowie um Liefer- und Dienstleistungsverträge nach § 21 Abs. 1 Satz 2 SchwarzArbG von der Teilnahme am Wettbewerb bis zu einer Dauer von 3 Jahren ausgeschlossen werden, wenn ein Straf- oder Bußgeldverfahren noch nicht durchgeführt ist, soweit „im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung nach Satz 1 besteht.“

V. Fazit

Bewerber um Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge der öffentlichen Auftraggeber unterliegen einer engmaschigen Kontrolle in Bezug auf ihre Zuverlässigkeit. Diese Kontrolle beschränkt sich längst nicht mehr auf Verfehlungen mit Wettbewerbsbezug. Im Gegenteil: sie erstreckt sich auf nahezu alle Bereiche wirtschaftlicher Betätigung, die bei Zuwiderhandlungen straf- und/oder bußgeldrechtliche Sanktionen nach sich ziehen kann.

Bestandskräftige Geldbußen von wenigstens EUR 2.500 und Kriminalstrafen von mehr als 3 Monaten Freiheitsstrafe bzw. mehr als 90 Tagessätzen Geldstrafe werden registriert, wenn sie Leitungspersonen der Unternehmen individuell betreffen oder zu Verbandsbußen nach § 30 OWiG geführt haben. Sie müssen oder können in Abhängigkeit vom verwirklichten Delikt zum Ausschluss von öffentlichen Vergaben führen.

Öffentliche Auftraggeber sind nach vergaberechtlichen Vorschriften sowie nach Maßgabe der Gesetze, die über die Gewährung von gesetzlichen oder branchenspezifischen Mindestlöhnen wachen, und dem Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit ab einem Auftragsvolumen von EUR 30.000 zur Abfrage des/der Register verpflichtet.

¹⁰ Bundestagsdrucksache 18/9958 vom 12.10.2016.

¹¹ Bundestagsdrucksache 18/10655 vom 14.12.2016.

¹² Plenarprotokoll 18/209.

¹³ Bundesratsdrucksache 18/17 vom 10.02.2017.

¹⁴ Bundestagsdrucksache 18/9958 vom 12.10.2016, S 19.

Gemäß § 124 Abs. 2 GWB bleiben § 19 MiLoG und § 21 AEntG, § 21 SchwarzArbG sowie § 98c des Aufenthaltsgesetzes ausdrücklich unberührt.

Mit der Definition des Unternehmensbegriffs in § 1 Abs. 4 WRegG-E werden künftig auch Unternehmer der freien Berufe erfasst, die in punkto Zuverlässigkeit nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung unterliegen. Sie können damit ebenso von Ausschlussnormen betroffen werden.

Entscheidungskommentare

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

Keine Strafbarkeitslücke bei Marktmanipulation und Insiderhandel

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.01.2017 - 5 StR 532/16

Keine Woche nach Verkündung des „Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte“ vom 30. Juni 2016 (nachfolgend: „1. FiMaNoG“)¹ ist im kapitalmarkt(straf)rechtlichen Schrifttum eine kontroverse Diskussion um die Frage ausgebrochen, ob aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG am 02.07.2016 und der Anwendbarkeit der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 (nachfolgend: „MAR“) am 3. Juli 2016 eine 24-stündige Ahndungslücke entstanden ist. Die wohl herrschende Auffassung bejaht dies.² Wegen des in § 2 Abs. 3 StGB geregelten Meistbegünstigungsprinzips (*lex mitior-Grundsatz*) seien ihr zufolge zudem sämtliche Verstöße gegen die §§ 38, 39 WpHG a.F., die vor dem 2. Juli 2016 begangen worden waren und über die bis zu diesem Tag nicht rechts- bzw. bestandskräftig entschieden worden sind, sanktionslos.

I. Die Entscheidung

Der 5. Strafsenat hat diese Auffassung innerhalb seines Beschlusses vom 10.01.2017 nunmehr ausdrücklich abgelehnt. Ihm zufolge sei es „durch die Neufassung von § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG zum 02. Juli 2016 (...) zu keiner Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation gekommen.“ „Die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (2. Juli 2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bezugsnormen der Marktmissbrauchsverordnung in den Mitgliedsstaaten habe nicht zur Folge, dass die Verweisungen des Gesetzes auf die gemeinschaftlichen Vorschriften am 2. Juli 2016 ‚ins Leere‘ gegangen und Marktmanipulationen an diesem Tag nicht mit Strafe (...) bedroht gewesen wären. Die Bezugnahmen in § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14 und 15 der Marktmissbrauchsverordnung führten vielmehr dazu, dass diese Vorschriften der Verordnung bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt worden seien.“³ Der Umstand, dass die MAR als solche erst ab dem

¹ BGBl. I 1514.

² So etwa Gaede, wistra 2017, 41 ff.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205 ff.; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff.; Rothenfuß, Generalamnestie im Kapitalmarktrecht?, Börsen-Zeitung vom 07.07.2016, Ausgabe 128, S. 13; sodann ders./Jäger, NJW 2016, 2689 ff.; Szesny, BB 2017, 515 (516); für das Marktmanipulationsverbot auch Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347 ff.; a.A. BaFin, Keine Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht, Meldung vom 08.07.2016, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html; RegB 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz, BT-Drs. 18/10936, S. 218 f.; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801 ff.; auf der Grundlage einer „berichtigenden Auslegung“ auch Brand/Hotz, NZG 2017, 238, 239.

³ BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 8.

03.07.2016 anwendbar ist, stehe dem ebenso wenig entgegen, wie der Wortlaut der neugefassten §§ 38 und 39 WpHG oder verfassungsrechtliche Erwägungen.⁴

II. Würdigung

Dieser Entscheidung ist nicht zuletzt in Anbetracht des in Art. 103 Abs. 2 GG geregelten Bestimmtheitsgebots ausdrücklich zu widersprechen.

1. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Zwar ist es rechtlich durchaus möglich, dass der deutsche Gesetzgeber europarechtliche Vorschriften, die für sich allein gesehen (noch) nicht anwendbar sind, im Wege eines (statischen!) Verweises in Bezug nimmt und dergestalt zum Bestandteil der geltenden nationalen Rechtsordnung macht.⁵ Einer gesonderten „Inkooperationsnorm“ bedarf es dann nicht.⁶ Die Verweise in § 39 WpHG auf die Vorgaben der MAR gehen folglich nicht „ins Leere“. In Bezug genommen wird jedoch nicht die MAR als solche, sondern nur der in den §§ 38, 39 WpHG konkret genannte Artikel.⁸ Dies bedeutet für den in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG normierten Bußgeldtatbestand bzw. die in § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG geregelte Strafvorschrift, dass zwar das in Art. 15 MAR normierte Verbot der Marktmanipulation bereits am 02.07.2016 innerhalb Deutschlands galt, die in Art. 12 MAR geregelte Definition jedoch noch nicht anwendbar war, da es hinsichtlich dieser Vorschrift ebenso wie bezüglich der flankierenden Regelungen in Art. 7-11 MAR an einer konkreten Inbezugnahme fehlte. Ein bloß mittelbarer Verweis, bspw. über Art. 15 MAR, genügt insoweit nicht.

Vor diesem Hintergrund mangelte es dem Bußgeldtatbestand des § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG ebenso wie der Strafvorschrift des § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG am 02.07.2016 an der nach Art. 103 Abs. 2 GG erforderlichen Bestimmtheit. Denn ohne jegliche weitergehende Konkretisierung ist der in Art. 15 MAR verwendete Begriff der „Marktmanipulation“ nicht geeignet, ein erlaubtes Marktverhalten – für den Normadressaten vorhersehbar – von einer straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Praxis abzugrenzen.⁹

2. Fehlende Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands von §§ 38, 39 WpHG

Selbst wenn man dies für den Bereich der Insiderdelikte anders sehen wollte¹⁰, bestand am 02.07.2016 auch aus einem anderen Grund eine Ahndungslücke: Neben der Zuwiderhandlung gegen das in Art. 14 MAR bzw. 15 MAR geregelte Verbot setzt das nationale Recht sowohl in § 38 Abs. 3 WpHG als auch in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG nämlich voraus, dass der Täter durch sein Verhalten gerade „gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) (...) verstößt“. Anders als der 5. Strafsenat meint¹¹, handelt es sich bei dieser Formulierung keinesfalls nur um die rechtlich betrachtet irrelevante Folge einer bestimmten Gesetzgebungstechnik, sondern um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, das ebenfalls erfüllt sein muss.¹² Dies war jedoch am 02.07.2016 schon theoretisch unmöglich, da die MAR an diesem Tag nicht anwendbar war und gegen (noch) nicht anwendbares bzw. geltendes Recht nicht verstoßen werden kann.¹³

3. Das Gesetzgebungsverfahren

Auch wenn der Regierungsentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte“ (nachfolgend: „2. FiMaNoG“) vom

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 10 ff.

⁵ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

⁶ So aber Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691.

⁷ So auch BGH Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16 Rn.

⁸ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

⁹ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

¹⁰ So Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349 mit der wenig überzeugenden Begründung, dass der Normadressat anders als im Falle der Marktmanipulation allein schon aus dem Begriff des „Insidergeschäft“ das „erlaubte vom verbotenen und unter Strafe gestellten Verhalten hinreichend deutlich“ abgrenzen könne.

¹¹ BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 11.

¹² Vgl. Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 208 f.

¹³ Vgl. Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 208 f.

23.01.2017 nun Gegenteiliges verlauten lässt¹⁴, entspricht die Annahme der Existenz einer temporären Ahnungslücke am 02.07.2016 letzten Endes auch dem Willen des Gesetzgebers, wie er innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zum 1. FiMaNoG zum Ausdruck gekommen ist.¹⁵ Weder in dem finalen Gesetzesbeschluss noch in den vorgelagerten Gesetzesentwürfen findet sich ein ausdrücklicher oder angedeuteter Verweis darauf, dass der Gesetzgeber den einschlägigen Vorschriften der MAR geschweige denn der MAR als Ganzes bereits einen Tag vor deren europarechtlich festgelegter Anwendbarkeit auf nationaler Ebene Geltung verleihen wollte.¹⁶ Den Gesetzesmaterialien lässt sich in ihrer Zusammenschau vielmehr entnehmen, dass die Anordnung des 02.07.2016 als Datum für das Inkrafttreten des 1. FiMaNoG lediglich auf einem Versehen beruhte. So sah der ursprüngliche Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte“ vom 16.10.2015 hierfür noch den 03.07.2016 vor. Erst innerhalb des Regierungsentwurf eines „Ersten¹⁷ Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte“ vom 01.06.2016 wurde festgelegt, dass „die Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2014/57/EU und der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (...) zum 2. Juli 2016“ in Kraft treten“. Ganz offensichtlich ging man dabei irrtümlicherweise davon aus, dass es sich hierbei um den „in diesen Rechtsakten bestimmten Anwendungszeitpunkt“ handelt.¹⁸

4. Die Regelung des § 51 WpHG-E

Neben den aufgezeigten „Begründungsschwächen“ ist auch der Zeitpunkt der Entscheidung des 5. Strafsenats bemerkenswert. Am Tag seiner Beschlussfassung – dem 10.01.2017 – existierte bereits seit rund 3 Wochen der Regierungsentwurf eines 2. FiMaNoG. Anders als noch der vorangegangene Referentenentwurf vom 29. September 2016 sieht die Gesetzesinitiative der Bundesregierung zumindest seit dem 19.12.2016 mit § 51 WpHG-E („Übergangsvorschriften für Verstöße gegen §§ 38, 39“) eine Lösung der im Schrifttum kontrovers diskutierten Problematik einer temporären Ahnungslücke vor.¹⁹ § 51 WpHG-E ordnet an, dass Straftaten nach § 38 WpHG sowie Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG in der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung abweichend von § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden bzw. geahndet werden können.²⁰ Nach Auffassung der Bundesregierung solle dergestalt die Unsicherheit beseitigt werden, die durch das vorgezogene Inkrafttreten des 1. FiMaNoG entstanden ist. Ziel sei es, durch die ausdrückliche Erklärung der Anwendbarkeit des Tatzeitrechts „für Straftaten nach § 38 WpHG und Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG, die unter Geltung der §§ 38, 39 WpHG in der bis zum Ablauf des 1.7.2016 geltenden Fassung begangen wurden“ Rechtssicherheit herzustellen.²¹

Vor diesem Hintergrund hätte sich der 5. Strafsenat durch bloßes Zuwarten erheblichen Begründungsaufwand sowie die (berechtigte) Kritik des Schrifttums an seiner Entscheidung²² ersparen können. Denn selbst wenn in Folge der zeitlichen Diskrepanz zwischen Inkrafttreten des 1. FiMaNoG am 2. Juli 2016 und Anwendbarkeit der MAR am 3. Juli 2016 eine Ahnungslücke bestanden hätte, wäre die verfahrensgegenständliche Verurteilung durch das LG Hamburg ab Inkrafttreten von § 51 WpHG-E möglicherweise rechtmäßig geworden, hält man eine punktuelle Außerkraftsetzung des *lex mitior*-Grundsatzes für vereinbar mit höherem Recht.²³ Nimmt man das nicht an, müsste im Einzelfall gut begründet sein, dass ein schutzwürdiges Vertrauen in eine solche Art von Gesetzeslücke geschaffen wurde und dass eine Verletzung dieses Vertrauens durch rückwirkende Außerkraftsetzung des Meistbegünstigungsprinzips in einem solchen Fall dessen Wesensgehalt berühren.

¹⁴ BT-Drucks. 18/10936, S. 218 (Vorabfassung), wonach die die Straf- und Bußgeldtatbestände der §§ 38, 39 WpHG „einen Tag vor Geltung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 in Kraft gesetzt (wurden), damit die entsprechenden Bußgeldvorschriften die Voraussetzungen der Bestandschutzregelung in Art. 30 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 erfüllen. Dem entsprechend äußerte sich bereits die BaFin in ihrer Pressemitteilung vom 08.07.2016.

¹⁵ Vgl. Brand/Hotz; NZG 2017, 236, 239; Szesny, BB 2017, 515 (516).

¹⁶ Anders BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 10; PM BaFin vom 8. Juli 2016; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1804

¹⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁸ So u.a. auch Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 444; Brand/Hotz, NZG 2017, 236, 239;

¹⁹ BT-Drucks. 18/10936, S. 218 f. (Vorabfassung).

²⁰ BT-Drucks. 18/10936, S. 10 (Vorabfassung).

²¹ BT-Drucks. 18/10936, S. 219 (Vorabfassung).

²² Vgl. nur Brand/Hotz, NZG 2017, 238, 238 f.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 210 f.; Szesny, BB 2017, 515 (517).

²³ Ablehnend: Rossi, ZIP 2016, 2437, 2446 f.; Gaede, wistra 2017, 41, 48 f.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Wenn schon nicht mit der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 10.01.2017, hätte sich die Kontroverse um eine „Generalamnestie im Kapitalmarktrecht“ aufgrund des zeitlichen Versatzes zwischen dem 1. FiMaNoG und der MAR wohl spätestens mit Inkrafttreten von § 51 WpHG-E²⁴ nur kleinere Wellen geschlagen.

Nichtsdestotrotz wäre die Annahme verfehlt, dass die europäisch veranlasste Reform des Marktmissbrauchsrechts überhaupt keine Lücken gegenüber der früheren deutschen Rechtslage geschaffen hat. Insoweit bleibt auf Seiten der Literatur bislang weitestgehend unbeachtet und wurde auch vom 5. Strafsenat des BGH in seinem Verwerfungsbeschluss nicht thematisiert, dass Marktmanipulationen nach geltendem Recht überhaupt nicht mehr durch ein bloßes Unterlassen begangen werden können.²⁵ Dem steht nämlich die Regelung des Marktmanipulationsverbots in Art. 15, 12 MAR entgegen. Allen voran deren Wortlaut führt nach zutreffender Ansicht nicht nur dazu, dass § 38 Abs. 1 WpHG im Gegensatz zu § 38 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 39 Abs. 2 Nr. 11, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG a.F. kein echtes Unterlassungsdelikt mehr regelt. Er hat zudem zur Folge, dass die Begründung einer Unterlassenstrafbarkeit unter Rückgriff auf die allgemeine Regelung des § 13 Abs. 1 StGB, jedenfalls wegen fehlender Modalitätenäquivalenz ausscheidet.

Aufgrund des in § 2 Abs. 3 StGB, Art. 49 Abs. 3 Satz 3 GRC und Art. 7 EMRK normierten Meistbegünstigungsprinzips entfaltet dieser Umstand nicht nur Wirkung für die Zeit nach Inkrafttreten des 1. FiMaNoG. Die seit dem 02.07.2016 bestehende Ahndungslücke im Bereich des Unterlassens hat infolge dessen auch die Straflosigkeit sämtlicher bislang nicht rechtskräftig abgeurteilter Verstöße gegen § 38 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 39 Abs. 2 Nr. 11, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG a.F. zur Folge. Anders als im Falle der lediglich temporär bestehenden und nur aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens eingetretenen Ahndungslücke kann diese Konsequenz auch durch einen nachträglichen Eingriff des nationalen Gesetzgebers nicht vermieden werden. Da der europäische Gesetzgeber die pflichtwidrige Nichtoffenlegung kapitalmarktrelevanter Informationen dauerhaft aus dem Anwendungsbereich des Marktmanipulationsverbots ausgeklammert hat, würde eine Aufhebung des Meistbegünstigungsprinzips zumindest in diesem Fall zwangsläufig an den Grenzen von Art. 49 Abs. 1 Satz 3 und Art. 52 GRC scheitern.

²⁴ Gemäß dessen Art. 26 Abs. 1 wäre dies am Tag nach der Verkündung des 2. FiMaNoG der Fall.

²⁵ Ausführlich hierzu *Sajnovits/Wagner*, Marktmanipulation durch Unterlassen? - Untersuchung der Rechtslage unter MAR und FiMaNoG sowie der Konsequenz für Alt-Taten -, WM 2017 (erscheint demnächst).

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Sabine Ottow, Hamburg

Ein jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung darstellt, soll den Tatbestand der Untreue begründen

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15¹

Sind die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die

¹ NJW 2017, 578 = NZG 2017, 116.

(gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue gemäß § 266 StGB begründet.

Der 5. Strafsenat des *BGH* hat klargestellt, dass bei einem Verstoß gegen die zivilrechtliche Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG*² und des *BGH*³ zum Untreuetatbestand vorliegt. Angesichts des durch § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessensspielraums sei für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.⁴

Damit verlagert der 5. Strafsenat des *BGH* die Auslegungsprobleme des Untreuetatbestandes in das Aktienrecht.⁵ Für die Praxis hat die Entscheidung erhebliche Bedeutung. Unternehmen und Zivilgerichte werden bei der Prüfung einer Pflichtverletzung durch Vorstände und Aufsichtsräte gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1) AktG zu beachten haben, dass mit der Annahme eines Verstoßes gegen § 93 Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1) AktG (sofern es sich dabei um eine Hauptpflichtverletzung handelt) automatisch eine Untreuehandlung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bejaht wird.⁶ Liegt auch ein Schaden vor und handelte das Vorstands-/Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich, ist der Tatbestand der Untreue erfüllt.⁷

I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft Hamburg hat den sechs Angeklagten, die im Dezember 2007 den Gesamtvorstand der H., einer Bank, bildeten, vorgeworfen, sich der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, indem sie im Dezember 2007 auf Grundlage unzureichender Informationen dem Abschluss eines der Verbesserung der bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalquote zu dienen bestimmten Finanzgeschäfts mit der französischen B., der „Omega 55“-Transaktion, zustimmten und dadurch der H. einen Vermögensnachteil zufügten. Darüber hinaus hat die Staatsanwaltschaft Hamburg zweien der angeklagten Vorstandsmitglieder vorgeworfen, gemeinschaftlich gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG die Verhältnisse des H.-Konzerns in Darstellungen und Übersichten über den Vermögensstand unrichtig wiedergegeben zu haben, indem sie in dem Quartals-Zwischenbericht zum 31. März 2008 und in der Pressemitteilung vom 20. Juni 2008 fehlerhaft einen Überschuss in Höhe von EUR 81 Millionen auswiesen, während tatsächlich ein Fehlbetrag in Höhe von EUR 31 Millionen vorlag.

Das Landgericht Hamburg⁸ hat zu dem in der Anklage den Angeklagten zur Last gelegten Sachverhalt folgende Feststellungen getroffen:

Im Jahre 2007 sind die bei der H. bankintern festgelegten Obergrenzen für den Umfang der durch Eigenkapital abzusichernden gewichteten Risikoaktiva (sog. RWA-Grenzen, „*Risk Weighted Assets*“) zum Teil deutlich überschritten worden. Dies resultierte in einer unterhalb der Planung liegenden Eigenkapitalquote. Die Angeklagten nahmen an, dass es dem Auftreten der Bank am Kapitalmarkt erheblichen Schaden zufügen würde, wenn die selbst gesetzten und auch nach außen kommunizierten Eigenkapitalziele nicht eingehalten würden.

Vor diesem Hintergrund wurden im zweiten Halbjahr 2007 umfänglich Angebote für RWA-Entlastungsmaßnahmen am Markt gesichtet. Nachdem eine andere fast bis zur Abschlussreife vorbereitete Transaktion kurzfristig gescheitert war, entstand in der RWA-Entlastungsplanung eine Lücke, die durch die Transaktion „Omega 55“ mit der B. geschlossen werden sollte. Die hierüber seit Mitte November 2007 geführten Verhandlungen erfolgten unter Zeitdruck, da die RWA-Entlastung noch zum Jahresende 2007 wirksam werden sollte und aus diesem Grund ein vorheriger Geschäftsabschluss erforderlich war.

Den Angeklagten waren zur Information und Entscheidung über den Abschluss der Transaktion in der Woche ab dem 17. Dezember 2007 vier Dokumente (zwei Vorlagen und zwei Voten) mit der Bitte um alsbaldige Entscheidung vorgelegt worden. Die den Angeklagten vor-

² NJW 2010, 3209, 3215 Rn. 110f.

³ NStZ 2013, 715 m.w.N.

⁴ *BGH*, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, S. 16 Rn. 27.

⁵ *Müller-Michaels*, Anm. zu *BGH*, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, BB 2017, 79, 82.

⁶ Vgl. *Müller-Michaels*, a.a.O.

⁷ Nach der Rechtsprechung des *BGH* kommt dem Vorstand und dem Aufsichtsrat grundsätzlich eine Vermögensbetreuungspflicht zu, wie sie der Tatbestand des § 266 StGB überdies voraussetzt, vgl. *BGH* NJW 1988, 2483, 2485 (Vorstand) und *BGH* NJW 2002, 1585, 1588 (Aufsichtsrat).

⁸ Urteil vom 9. Juli 2014 – 608 Kls 12/11 (5550 Js 4/09), S. 2 ff. Rn. 8 ff.

gelegten Unterlagen enthielten nach den Wertungen des Landgerichts Hamburg in der Darstellung der Transaktion verschiedene Lücken und Unklarheiten. Das konkrete Vertragswerk als solches war den Angeklagten nicht bekannt. Der Vorgang war als Eilvorlage gekennzeichnet. Die Angeklagten stimmten dem Geschäftsabschluss jeweils durch Unterzeichnung der Vorlagen in der Zeit vom 17. bis 20. Dezember 2007 zu. Die Entscheidung wurde im schriftlichen Umlaufverfahren getroffen, eine mündliche Vorstandsberatung fand nicht statt.

Tatsächlich führte die Gesamttransaktion „Omega 55“, die aus zwei Teilgeschäften („A-Teil“ und „B-Teil“) bestand, entgegen der mit ihr verfolgten (aufsichts-)rechtlichen Zielsetzung bei zutreffender Anwendung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften nicht zu einer RWA-Entlastung und damit auch nicht zu Vorteilen bei der aufsichtsrechtlichen Bestimmung der Eigenkapitalquote. Vielmehr bewirkte der B-Teil der Transaktion in seinem ersten Teil („B-Teil 1“) letztlich, dass die B. in jedem Einzelfall, in dem sie für Ausfälle in dem im A-Teil abgesicherten Kreditportfolio hätte eintreten müssen, aus dem B-Teil 1 Gegenansprüche in gleicher Höhe erwarb, so dass sie im Ergebnis die Risiken aus dem H.-Kreditportfolio zu keiner Zeit wirtschaftlich zu tragen hatte.

Zudem übernahm die H. im zweiten Teil des am 24. Januar 2008 unterzeichneten B-Teils („B-Teil 2“) ein neues Risiko in Form einer Liquiditätsfazilität (wirtschaftlich: Einräumung einer Kreditlinie) im Nominalwert von EUR 400 Millionen für einen STCDO („*Single Tranche Collateralised Debt Obligation*“ = Variante des „*Collateralised Debt Obligation*“-Geschäfts, das seinerseits der Weitergabe von Kreditrisiken oder sonstigen Risiken gegen Zahlung entsprechender Prämien dient). Aufgrund dessen konnte die H. ständig für aktuelle Marktwertverluste dieses Finanzprodukts in Anspruch genommen werden.

Da die Transaktion allein dem nicht erreichten Zweck der Entlastung der aufsichtsrechtlich zu bestimmenden Eigenkapitalerfordernisse diene und darüber hinaus Kosten verursachte, war sie für die H. insgesamt sinnlos. Die Transaktion führte zu Vermögensverlusten, denen weder ein aufsichtsrechtlicher noch ein sonstiger Nutzen gegenüberstand. Wie das Landgericht Hamburg feststellte, wohnten der Transaktion bereits mit Abschluss der beiden Teilgeschäfte am 21. Dezember 2007 und am 24. Januar 2008 Vermögensnachteile für die H. in Höhe von mehr als EUR 40 Millionen inne.

Im Übrigen veröffentlichte die H. am 20. Juni 2008 den Quartals-Zwischenbericht für den H.-Konzern zum 31. März 2008 und eine hierauf bezogene Pressemitteilung. In beiden Dokumenten wurde zum Stichtag 31. März 2008 ein Konzernüberschuss von EUR 81 Millionen ausgewiesen. Beide Publikationen hatten im Hinblick auf den darin ausgewiesenen Überschuss einen falschen Inhalt. Bei zutreffender Bewertung ergab sich aus der auf den STCDO bezogenen Liquiditätsfazilität ein Verlust von rund EUR 112 Millionen. Anstelle des Konzernüberschusses hätte dementsprechend im Quartals-Zwischenbericht zum 31. März 2008 und der hierauf bezogenen Pressemitteilung für den Konzern ein Verlust in Höhe von ca. EUR 31 Millionen anstelle eines Überschusses von EUR 81 Millionen ausgewiesen werden müssen.

Das Landgericht Hamburg⁹ hat die Angeklagten freigesprochen. Betreffend den Vorwurf der Untreue habe die Hauptverhandlung zwar ergeben, dass die Angeklagten durch ihre Zustimmung ihre Vorstandspflichten aus § 93 Abs. 1 AktG verletzt und hierdurch der H. einen Vermögensnachteil zugefügt hätten. Die festgestellten Pflichtverletzungen seien jedoch nicht so „offensichtlich“ und „gravierend“, dass sie im Lichte der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB erfüllten. Betreffend den Vorwurf der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG habe die Hauptverhandlung ergeben, dass in den genannten Darstellungen des Vermögensstandes der H. zwar fälschlich der bezeichnete Überschuss anstelle des genannten Fehlbetrages ausgewiesen worden sei. Die Unrichtigkeit sei jedoch nicht erheblich. Daher sei bereits der objektive Tatbestand nicht verwirklicht.

⁹ Urteil vom 9. Juli 2014 – 608 KLS 12/11 (5550 Js 4/09).

II. Gründe

Der 5. Strafsenat des *BGH* hat das Urteil des Landgerichts Hamburg mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Hamburg zurückverwiesen.¹⁰

1. Zum Vorwurf der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB

Wie der *BGH* konstatiert, hält der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG liegt stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung vor

Zwar habe das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend bedacht, dass die Anwendung des Untreuetatbestandes auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handels zu beschränken ist; gravierende Pflichtverletzungen ließen sich, so der *BGH*, nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist. Allerdings liege bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* zu § 266 StGB vor.

Sind mit anderen Worten die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liege eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB begründet. Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums sei für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.

b) Voraussetzungen einer Pflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Allerdings, so der *BGH* weiter, seien die vom Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ herangezogenen Gesichtspunkte bereits im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Eine Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG liege vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss. Diese mittlerweile als sog. *Business Judgement Rule* in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Grundsätze seien auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB.

c) Informationspflichtverletzung begründet nicht ohne weiteres einen Pflichtenverstoß im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Allein aus der vom Landgericht bejahten Verletzung einer Informationspflicht folge nicht ohne weiteres auch ein Pflichtenverstoß im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG definiere einen „sicheren Hafen“, d.h. die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließe eine Pflichtverletzung aus. Umgekehrt begründe die Überschreitung seiner Grenzen durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Vielmehr sei auch dann pflichtgemäßes Handeln gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG möglich. Allerdings indiziere ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Pflichtverletzung. Letztlich sei eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt. Der Leitungsfehler müsse sich einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.

¹⁰ Die neue Hauptverhandlung soll voraussichtlich vor der Großen Strafkammer 18 des Landgerichts Hamburg unter Vorsitz von Herrn VRiLG Dr. Sommer stattfinden.

d) Der von dem Landgericht gewählte fehlerhafte Prüfungsansatz führt zu einer Aufhebung der Freisprüche

aa) Informationspflichtverletzung kann auf Grundlage der Feststellungen des Landgerichts nicht ausgeschlossen werden

Der von der Wirtschaftsstrafkammer gewählte Prüfungsansatz würde, so der *BGH*, allein nicht zur Aufhebung des Urteils führen, wenn zum einen eine Informationspflichtverletzung zu verneinen gewesen wäre; dies vermag der Senat auf der Grundlage der Feststellungen allerdings nicht zu beurteilen. Das Landgericht habe es unterlassen, das Maß der Informationspflichten der Angeklagten hinreichend zu bestimmen, um ausgehend hiervon die tatsächlichen Anforderungen zu klären, denen die Vorstandsvorlagen hätten genügen müssen.

bb) Bei der Abwägung des Maßes der Pflichtverletzung blieben wesentliche tatsächliche Gesichtspunkte unberücksichtigt

Der Freispruch der Angeklagten könnte zum anderen, so der *BGH* weiter, bestehen bleiben, wenn das Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ hinreichend alle bei der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 1 AktG zu beachtenden tatsächlichen Gesichtspunkte erörtert hätte; dies sei indes nicht der Fall.

Namentlich hätte das Landgericht berücksichtigen müssen, dass sich insbesondere aus den zwei Voten ablesen ließ, dass die Bewertungen der zuständigen Mitarbeiter auf unzureichender Tatsachengrundlage beruhten und ausdrücklich vorläufigen Charakter hatten. Beide Voten hätten unmissverständlich klargemacht, dass sie unter erheblichem Zeitdruck angefertigt wurden. Sie enthielten damit „Warnsignale“, die Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit der jeweils vorgenommenen Gesamtbewertung hätten geben müssen.

Zudem wären mögliche Vorinformationen über RWA-Entlastungstransaktionen der Art von „Omega 55“ zu würdigen gewesen. Tragfähige Vorinformationen aus anderen ins Auge gefassten Transaktionen hätten einerseits das Informationsbedürfnis der Angeklagten mindern können; andererseits hätten die Angeklagten aus ihnen aber auch Kenntnisse über aufsichtsrechtliche Probleme und Risiken des Geschäfts erlangt haben können.

Soweit das Landgericht auf die „Uneigennützigkeit“ des Handelns der Angeklagten abstellte, hätte es sein Augenmerk schließlich auch darauf richten müssen, ob diese sich von der Einhaltung der bankinternen RWA-Grenzen finanzielle Vorteile (z.B. „Boni“) versprechen konnten oder bei Verfehlung dieser Ziele entsprechende Nachteile zu erwarten gehabt hätten.

2. Zum Vorwurf der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG

Ferner hält auch der Freispruch zweier angeklagter Vorstandsmitglieder vom Vorwurf der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Dem Verhältnis der fehlerhaft dargestellten Ertragslage von insgesamt rund EUR 112 Millionen (Gewinn in Höhe von EUR 81 Millionen statt Verlust in Höhe von EUR 31 Millionen) zur Bilanzsumme und zum Gesamtgeschäftsvolumen könne im vorliegenden Fall keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Dieser Bezugsrahmen sei für Banken wenig geeignet, da diese aufgrund ihres Geschäftszwecks regelmäßig über besonders hohe Finanzsummen verfügen, mithin sich die Relation in den meisten Fällen als geringfügig darstellen werde.

Das Landgericht hätte vielmehr eine Gesamtbetrachtung vornehmen und dabei etwa einstellen müssen, dass die Ertragslage der H. für die Kapitalmarktöffentlichkeit unter dem Eindruck der Subprime-Krise und des durch sie hervorgerufenen allgemeinen Misstrauens gegenüber Finanzinstituten von großer Bedeutung war.

3. Hinweise des 5. Strafsenats für die neue Hauptverhandlung

Schließlich erteilte der 5. Strafsenat weitergehende Hinweise für die neue Hauptverhandlung. Insbesondere werde das neue Tatgericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen haben. Die Urteilsbegründung spreche bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion für das Bestehen nicht geringer Chancen, dass das Geschäft aufsichtsrechtlich nicht beanstandet worden wäre,

weshalb das verfolgte Ziel, die RWA-Entlastung gegenüber der Kapitalmarktöffentlichkeit geltend zu machen, hätte erreicht werden können und Nachteile für die H. am Kapitalmarkt vermieden worden wären.

III. Analyse

Nach der Rechtsprechung des 5. Strafsenats qualifiziert ein Verstoß gegen die zivilrechtliche Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung darstellt, automatisch als Untreuehandlung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums sei für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.¹¹

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht, denn sie begibt sich in Widerspruch zu den Wertungen des Aktienrechts (hierzu nachfolgend unter Ziff. 1.), entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers (hierzu unter Ziff. 2.) und verstößt gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz (hierzu unter Ziff. 3.).

1. Widerspruch zu den Wertungen des Aktienrechts

Während der *BGH*¹² annimmt, dass jeder Verstoß gegen die zivilrechtliche Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung begründet, die im Falle einer Hauptpflichtverletzung den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB erfüllt, unterstellt das Aktiengesetz, dass in einfacher und in grober bzw. gröblicher Weise gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verstoßen werden kann. Danach ist nicht jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG *per se* ein gravierender Verstoß.

Wie *Seibt/Schwarz*¹³ zutreffend feststellen, zeigt sich an den Bestimmungen betreffend den Schutz von Aktionärsminderheiten (§§ 142 Abs. 2 S. 1, 148 Abs. 1, S. 1, 2 Nr. 3 AktG) sowie an den Vorschriften des § 93 Abs. 5 S. 1, 2 AktG und des § 84 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 AktG, dass das Aktiengesetz nach dem Grad der Pflichtverletzung differenziert und für Verletzungen des gesetzlichen Pflichtenprogramms aus § 93 Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1) AktG ein abgestuftes Sanktionssystem vorsieht.

Namentlich werden der Aktionärsminderheit Kontrollrechte nur bei groben Gesetzesverletzungen gewährt. Gemäß § 142 Abs. 2 S. 1 AktG hat das Gericht auf Antrag einer Aktionärsminderheit bei fehlendem Hauptversammlungsbeschluss Sonderprüfer zu bestellen, wenn Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass bei dem Vorgang „*Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung vorgekommen sind*“. Ebenso räumt § 148 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 3 AktG der Aktionärsminderheit das Recht ein, Ersatzansprüche der Gesellschaft (§ 147 Abs. 1 S. 1 AktG) im eigenen Namen klageweise durchzusetzen (*actio pro socio*), wenn Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft „*durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung*“ ein Schaden entstanden ist.

Unter den Begriff Gesetzesverletzungen im Sinne der §§ 142 Abs. 2 S. 1, 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG fallen insbesondere Verstöße gegen die in § 93 Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1) AktG normierte Sorgfaltspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat.¹⁴ Als weitere Voraussetzung muss die Gesetzesverletzung grob sein, wofür im Einzelfall in einer Gesamtschau unter anderem darauf abzustellen ist, wie erheblich der Handelnde von seinen Pflichten abgewichen ist; auch das Maß des Verschuldens, die Höhe des Schadens, die Dauer und Intensität des Verstoßes können die Pflichtverletzung zu einer groben qualifizieren.¹⁵

Während für einen Verstoß gegen die in § 93 Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1) AktG normierte Sorgfaltspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat sowie den hierauf basierenden Schadensersatzanspruch gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bereits eine „einfache“ Pflichtverletzung genügt,

¹¹ Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, S. 16 Rn. 27.

¹² Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, S. 15 Rn. 25.

¹³ AG 2010, 301, 312f.

¹⁴ *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 142 Rn. 54 m.w.N.; *Mock*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 148 Rn. 77 m.w.N.

¹⁵ *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 142 Rn. 54 m.w.N.

die auch fahrlässig¹⁶ begangen werden kann, erfordert die Möglichkeit einer vorgelagerten Sachverhaltsaufklärung mittels Sonderprüfung durch die Aktionärsminorität bzw. einer anschließenden Anspruchsverfolgung darüber hinaus also einen groben Verstoß.¹⁷

Ferner bestimmt § 93 Abs. 5 S. 1, 2 AktG, dass der Ersatzanspruch der Gesellschaft von Gläubigern der Gesellschaft außer in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG nur geltend gemacht werden kann, wenn Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters „gröblich verletzt“ haben. Zudem sieht § 84 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 AktG vor, dass die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden nur widerrufen werden kann, wenn ein wichtiger Grund u.a. in Form einer „groben Pflichtverletzung“ vorliegt.

Folglich differenziert das Aktienrecht nach einfachen und groben bzw. gröblichen Verstößen gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und sieht hierfür unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Zu dieser Wertung begibt sich der BGH in Widerspruch, indem er in jeglichem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zugleich eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der Rechtsprechung zu § 266 StGB sieht.

In der Praxis führen diese Wertungswidersprüche, wie es Seibt/Schwarz¹⁸ konstatieren, zu dem nicht zu rechtfertigenden Ergebnis, dass etwa die Aktionäre als Eigentümer der geschädigten Gesellschaft den durch das pflichtwidrige Vorstandshandeln verursachten Schaden im Falle einfacher Übertretungen der *Business Judgement Rule* nur eingeschränkt liquidieren könnten, während der Staatsanwalt in Bezug auf dasselbe Verhalten uneingeschränkt in der Lage wäre, sogar eine strafrechtliche Sanktionierung zu initiieren.

2. Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nur grobe Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eine strafbewehrte Untreuehandlung darstellen.

Tatsächlich grenzt der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)¹⁹, mit dem die *actio pro socio* einer Aktionärsminorität in § 148 Abs. 1 AktG eingeführt wurde, grobe Verstöße von einfachen Verstößen ab, indem er das Kriterium des strafbewehrten Verhaltens bemüht. Wörtlich heißt es dort:

„Die Beschränkung des Verfolgungsrechts auf Fälle von Unredlichkeiten sowie grober Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung entspricht der bisherigen Regelung in § 147 Abs. 3 Satz 1 und in § 142 Abs. 2 Satz 1 AktG. [...] Im Fall von Unredlichkeiten, welche stets ins Kriminelle reichende Treupflichtverstöße sind, wird eine solche Einschränkung freilich nicht gemacht. Mit der Norm sollen also vor allem solche Fälle einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, in denen wegen der besonderen Schwere der Verstöße, die nicht im Bereich unternehmerischer Fehlentscheidungen liegen, sondern regelmäßig im Bereich der Treupflichtverletzung, eine Nichtverfolgung unerträglich wäre und das Vertrauen in die gute Führung und Kontrolle der deutschen Unternehmen und damit in den deutschen Finanzplatz erschüttern würde.“

[Unterstreichungen hinzugefügt]

Mithin geht der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass erst oberhalb der Schwelle einer groben Gesetzesverletzung zugleich ein strafbewehrtes Verhalten vorliegt. Eine einfache Gesetzesverletzung soll nach dem Willen des Gesetzgebers demgegenüber keine strafbewehrte Untreuehandlung darstellen.²⁰

¹⁶ Im Falle eines bloß fahrlässigen Verstoßes entfielen freilich mangels des hierfür erforderlichen Vorsatzes eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB.

¹⁷ Vgl. Seibt/Schwarz, AG 2010, 301, 312.

¹⁸ AG 2010, 301, 313.

¹⁹ Begründung zum RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092 vom 14.03.2005, S. 22.

²⁰ Ebenso Seibt/Schwarz, AG 2010, 301, 313.

3. Verstoß gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz

Schließlich verstößt es gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz, ein Verhalten als Untreuehandlung im Sinne des § 266 StGB zu bewerten und strafrechtlich zu sanktionieren, das sich unterhalb der Schwelle einer groben Pflichtverletzung bewegt.²¹

Wie das *BVerfG*²² wiederholt hervorgehoben hat, wird das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils komme dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.

Mit diesem Grundsatz ist es nicht vereinbar, ein Verhalten zu pönalisieren, das nicht dazu ausreicht, sämtliche Sanktionen nach dem Aktienrecht auszulösen. Die Sanktionen nach dem Strafrecht dürfen keine geringeren Anforderungen haben als die Sanktionen nach dem Aktienrecht.

²¹ Vgl. auch *Brand*, Anm. zu *BGH*, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 578, 582, der konstatiert, dass die zentrale These des Urteils, wonach jede aktienrechtliche Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG zugleich den Anforderungen an eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB genügt, mit Blick auf den Ultima-Ratio-Grundsatz nicht überzeuge.

²² NJW 2008, 1137, 1138 m.w.N.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters - § 475 StPO

Dem Interesse eines Insolvenzverwalters auf Einsicht in Ermittlungsakten ist ein vergleichbares Interesse beizumessen wie dem Interesse einer Justizbehörde, da auch er nicht nur im individuellen Interesse, sondern auch im Interesse der Rechtspflege tätig ist. Dies gilt auch, wenn es um die Prüfung oder Geltendmachung insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche gegen den Beschuldigten geht.

AG Bochum, Beschluss vom 22.11.2016 - 64 Gs-35 Js 206/05-3370/16, ZInsO 2016, 2442 = NZI 2017, 276 n. Anm. Köllner

Zur möglichen Verletzteneigenschaft des Insolvenzverwalters im Sinne des § 406e StPO, die ebenfalls Grundlage für die Gewährung von Akteneinsicht sein könnte, vgl. (verneinend) LG Mühlhausen, Beschluss vom 26.09.2005 – 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76 m. Anm. Freye, wistra 2006, 78; ausdrücklich offen gelassen durch LG Hildesheim, Beschluss vom 26.03.2007 – 25 Qs 17/06, NJW 2008, 531. Zuletzt zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten Quedenfeld, Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, 2015, 189.

Zum Akteneinsichtsrecht eines vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen s. OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011 m. Anm. Köllner/Mück, NZI 2016, 598, und Anm. Schork, NJW 2016, 1835

II. Materielles Strafrecht

1. Verantwortlichkeit des Strohmann-Geschäftsführers - § 14 StGB

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des bloß formell bestellten Geschäftsführers entfällt nicht dadurch, dass ihm rechtsgeschäftlich im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompe-

tenzen übertragen wurden, um auf die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

BGH, Beschluss vom 13.10.2016 – 3 StR 352/16, ZInSO 2016, 2483

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Heuking, BB 2016, 3089. S. überdies Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15, 16.

2. Unmittelbares Ansetzen zum Betrug beim Versuch einer Krediterschleichung - § 263 StGB

Bei einem Eingehungsbetrug ist für den Versuchsbeginn grundsätzlich ein ernst gemeintes, von einer Täuschungshandlung begleitetes Vertragsangebot ausreichend, das in der Vorstellung erfolgt, der andere Teil werde es möglicherweise annehmen.

OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2016 – III-1 RVs 72/16, n.v.

3. Pflicht zur Offenbarung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei Vertragsabschlüssen - § 263 StGB

Im Allgemeinen ist ein Vertragspartner nicht ohne weiteres verpflichtet, bei Vertragsschluss unaufgefordert alle für den anderen Teil irgendwie erheblichen Tatsachen mitzuteilen. Eine Ausnahme gilt jedoch außer bei bestehenden Vertrauensverhältnissen auch für die Anbahnung besonderer, auf gegenseitigem Vertrauen beruhender Verbindungen, bei denen Treu und Glauben und die Verkehrssitte die Offenbarung der für die Entschließung des anderen Teils wichtigen Umstände gebieten. Eine Aufklärungspflicht besteht auch bei der Anbahnung besonderer Verbindungen. Eine solche besondere Verbindung, die auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis beruht und auf langjährige Zusammenarbeit angelegt ist, liegt im Regelfall nahe unter den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und erst recht unter den Gesellschaftern einer Rechtsanwaltsgesellschaft, die sich in dieser Form zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben.

BGH, Urteil vom 04.08.2016 – 4 StR 523/15, NZI 2016, 934 m. Anm. Bauer = wistra 2016, 488 = ZInSO 2017, 216.

Zu der Entscheidung vgl. den Beitrag von Pauka/Link/Armenat, NZI 2016, 897. S. zudem Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15.

4. Untreue durch Vorstände eines Kreditinstituts (HSH-Nordbank) - § 266 StGB

Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG liegt stets eine gravierende und evidente Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB vor. Von einem derartigen Verstoß ist nur dann auszugehen, wenn der Täter das dem Vorstand eingeräumte weite unternehmerische Interesse überschreitet. Zu diesem weiten Interesse gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen. Eine Verletzung der durch § 93 Abs. 1 AktG begründeten Sorgfaltspflichten ist nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt, dessen Fehlerhaftigkeit sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängt. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern soll das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen schützen.

BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, ZInSO 2017, 25

5. Untreue bei Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens in Unter-Wert-Verkauf - § 266 StGB

Die wirksame Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens schließt die Tatbestandsmäßigkeit der Untreue aus. Eine Sparkasse kann jedoch eine dergestalt wirksame Zustimmung zur Veräußerung sämtlicher Vermögensgegenstände des Schuldners durch den Insolvenzverwalter weit unter Wert auch dann nicht erklären, wenn sie Hauptgläubigerin ist. Das Kreditinstitut darf über das schuldnerische Vermögen nicht allein disponieren.

BGH, Beschluss vom 20.10.2016 – 2 StR 2/16, n.v.

Der Senat lässt in seinem kurzen obiter dictum dahinstehen, ob eine entsprechende wirksame Erklärung durch die Gläubigergesamtheit – sprich: die Gläubigerversammlung – abgegeben werden kann. Zu der Entscheidung vgl. Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15, 17 f.

6. Nachweis der Zahlungsunfähigkeit durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen - § 283 StGB

Eine Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf der Grundlage der betriebswirtschaftlichen Methode ist nicht erforderlich, sofern dieses Tatbestandsmerkmal (auch) mit einer Vielzahl wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen belegt wird.

BGH, Beschluss vom 11.08.2016 – 1 StR 63/16, wistra 2017, 30

S. hierzu auch BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, ZInsO 2013, 2107 = wistra 2014, 28 m. Anm. Richter, NZWiSt 2014, 34 und Anm. Kudlich, NZSt 2014, 109.

7. Unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer AG (HSH-Nordbank) - § 400 Abs. 1 AktG

§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG bedarf als abstraktes Gefährdungsdelikt einer einschränkenden Auslegung. Nicht dem Schutzzweck der Bestimmung unterliegen insbesondere Erklärungen, die bei abstrakter Betrachtungsweise für eine Entscheidung der geschützten Personen, mit der Gesellschaft in rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu treten, nicht relevant sind. Hierzu ist eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen Umstände vorzunehmen.

BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, ZInsO 2017, 25

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

1. Insolvenzantrag von Gesellschaftern einer „führungslosen“ GmbH - § 15a InsO

Eine GmbH ist im Falle der Führungslosigkeit in einem gegen sie gerichteten Insolvenzeröffnungsverfahren nicht vertreten. Sie ist damit nicht prozessfähig. Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer, ist ein Insolvenzverfahren über ihr Vermögen unzulässig, wenn sich die Gesellschafter weigern, ein neues Organ zu bestellen.

AG Oldenburg, Beschluss vom 24.06.2016 – 65 IN 9/16, ZInsO 2016, 1712 = NZI 2016, 925 m. Anm. Laroche

Zu der Entscheidung s. auch Merten, jurisPR-HaGesR 12/2016 Anm. 1

2. Inhabilität eines GmbH-Geschäftsführers - § 6 Abs. 2 GmbHG

Wird ein Geschäftsführeranwärter wegen mehreren Taten, von denen eine oder mehrere keine Katalogtaten sind, zu Freiheitsstrafen verurteilt, ist für die Anwendung der Inhabilitätsregelung des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3e GmbHG die Summe der Einzelstrafen der in der Norm aufgeführten Tatbestände ausschlaggebend.

LG Leipzig, Beschluss vom 12.10.2016 – 15 Qs 148/16, ZInsO 2017, 41

Vgl. in diesem Zusammenhang zu möglichen Nebenfolgen eines Strafverfahrens auch Bellinghausen, ZWH 2013, 395

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

Ein Verweisungsbeschluss an das örtlich für den Wohnsitz des Klägers vor Antritt seiner Straftat zuständige Gericht ist nicht deswegen willkürlich und ohne Bindungswirkung, weil das verweisende Gericht nicht geprüft hat, ob der bisherige Wohnsitz im Zuge des Haftantritts entfallen ist. Gibt ein Inhaftierter beim Haftantritt seine bisherige Wohnung auf und wird er am bisherigen Wohnort polizeilich abgemeldet, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch sein Wohnsitz am bisherigen Wohnort aufgegeben werden soll und damit gem. § 7 Abs. 3 BGB als Wohnsitz entfällt.

OLG Hamm, Beschluss vom 18.08.2016 - I-32 SA 38/16, 32 SA 38/16, ZInsO 2017, 163 = NZI 2017, 36

S. zu dieser Thematik auch OLG München, Beschluss vom 01.07.2016 – 34 AR 77/16, ZInsO 2016, 1702 = NZI 2016, 698

4. Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts eines Insolvenzschuldners bei faktischer Geschäftsführung

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr.1 ZPO soll den Zeugen vor nachteiligen Folgen seiner wahrheitsgemäßen Aussage schützen. Er muss sich in wirtschaftlicher Hinsicht nicht selbst schaden, wenn seine wahrheitsgemäße Aussage unmittelbar zur Folge hätte, dass seinem Vermögen Schaden droht. Die Anwendung der Bestimmung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Zeuge als Insolvenzschuldner dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss sowie gegebenenfalls der Gläubigerversammlung gegenüber nach § 97 InsO auskunftspflichtig ist und er durch das Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ausreichend geschützt wird. Gleichwohl kann sich ein Zeuge im Insolvenzfall nicht auf § 384 Nr. 1 ZPO berufen, wenn die Ausnahmeregel des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO greift. In diesem Fall sind die Interessen der Partei an einer Aussage ihres Vertreters höher zu bewerten als mögliche Vermögensnachteile des Vertreters, die sich dieser letztlich selbst zugefügt hat. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen ein Zeuge für eine GmbH als faktischer Geschäftsführer rechtserheblich gehandelt hat.

AG Köln, Beschluss vom 002.01.2017 – 142 C 329/14, ZInsO 2017, 449

Internationales

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M. und Rechtsanwältin Mag. Petra Laback, alle Wien

Länderbericht Österreich

Verletzungen des Arbeitszeitrechts müssen nicht nur verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen wie Geldstrafen zur Konsequenz haben, sondern können durchaus auch strafrechtliche Relevanz bekommen. Die Strafverfolgungsbehörden werden von Arbeitgebern oft nicht informiert, allerdings vermutlich auch, da es den wenigsten bewusst ist, dass die falsche Aufzeichnung von Arbeitszeiten ein Betrug im strafrechtlichen Sinn darstellen kann (§ 146f StGB).

Arbeitnehmer sind für die Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes im Sinne des § 28 AZG verwaltungsstrafrechtlich nicht verantwortlich. Allerdings kann es unter Umständen zu einer Verantwortlichkeit von Arbeitnehmern im Rahmen des gerichtlichen Strafrechts gelangen. § 146 StGB bestimmt, dass wenn jemand mit dem Vorsatz sich durch das Verhalten des Getäuschten oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen ist.

Dies wird relevant, wenn die Auszeichnungspflicht der Arbeitszeiten vom Arbeitgeber im Wege der Vereinbarung gem § 26 Abs 2 AZG auf den Arbeitnehmer übertragen wird; insbesondere bei Gleitzeit ist dies relevant.

Wenn nun ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten vorsätzlich – wobei auch der bedingte Vorsatz ausreicht (!) – unrichtig aufzeichnet, so entsprechen die Arbeitszeitaufzeichnungen nicht der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit und enthalten Mehrarbeitszeiten bzw Arbeitszeiten mit Überstundenzuschlägen. Durch Vorlage dieser Arbeitszeitaufzeichnungen täuscht der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über das Ausmaß der erbrachten Arbeitszeiten und veranlasst den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entweder mehr Mehr- und/oder Überstunden samt Zuschlägen auszuzahlen, oder Mehrstunden samt Zuschlägen auf dem Zeitkonto gutzuschreiben.

Betreffend Bereicherung und Schaden ist folgendes auszuführen:

Für Überstunden gebührt ein Zuschlag von 50% oder eine Abgeltung durch Zeitausgleich im Verhältnis 1 : 1,5. Ob Überstundenzuschlag zu bezahlen ist oder ob es zu einem Zeitausgleich gelangt, überlässt § 10 Abs 2 AZG der Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Wird keine Vereinbarung getroffen, dann gebührt eine Abgeltung in Geld. Auch im Kollektivvertrag kann eine Wahl zwischen Abgeltung in Geld oder Zeitausgleich vorgesehen sein. Eine Betriebsvereinbarung kann eine solche Regelung nur dann treffen, wenn der Kollektivvertrag keine entsprechende Bestimmung enthält oder wenn kein Kollektivvertrag zur Anwendung gelangt.

Nahezu alle Kollektivverträge sehen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsüberstunden höhere Überstundenzuschläge vor, häufig 100 %.

Überstunden lösen neben den Zuschlagspflichten gegen Bezahlung zusätzlich einen Anspruch auf bezahlte Ersatzruhe im Verhältnis 1 : 1 aus, wenn sie während der Wochenend- oder Wochenruhe des Arbeitnehmers in der sogenannten Kernruhezeit geleistet wurden (§ 6 ARG).

Durchrechnungsmodelle sind bei Überschreitungen der bei starrer Arbeitszeit geltenden Normalarbeitszeitgrenzen unter der Voraussetzung privilegiert, dass ein Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 in natura innerhalb des Durchrechnungszeitraums erfolgt. Daraus folgt, dass innerhalb des Durchrechnungszeitraumes zwar grundsätzlich keine Überstunden anfallen können, jedoch bei dessen Ende aufgelaufene (nicht übertragbare) Zeitguthaben grundsätzlich als Überstunden mit 50%igem Zuschlag abzugelten sind. Die Beurteilung, ob zuschlagspflichtige Überstunden gebühren, kann daher erst am Ende des Durchrechnungszeitraums erfolgen, nämlich wenn festgestellt werden kann, ob die gesetzliche bzw kollektivvertragliche Normalarbeitszeit im Durchschnitt überschritten wurde. Entstehen nun während des Durchrechnungszeitraums Zeitguthaben, deren Abbau der Arbeitnehmer gem § 19f Abs 1 Z1 AZG zwar einseitig erzwingen kann, die aber innerhalb des Durchrechnungszeitraums noch durch Freizeit ausgleichbar sind, dann hat die Abgeltung dieser Arbeitsleistungen ohne Zuschlag zu erfolgen. Erfolgt am Ende des Durchrechnungszeitraums in einer Gesamtbetrachtung sämtlicher tatsächlich im Durchrechnungszeitraum geleisteter Arbeitsstunden insofern ein Ausgleich, als innerhalb desselben lediglich im Durchschnitt die gesetzliche bzw kollektivvertragliche Normalarbeitszeit gearbeitet wurde, dann besteht kein Anspruch auf Überstundenzuschläge.

Der Arbeitnehmer ist sohin entweder in der nicht zu verrichtenden Arbeitszeit – dh Freizeit – bereichert, da er ja – angeblich – bereits mehr Arbeitszeit erbracht hat, oder möglicherweise betreffend den am Ende des Durchrechnungszeitraums bestehenden Zeitguthabens, welches mit Zuschlag zur Auszahlung gebracht werden muss.

Zeichnet nun ein Arbeitnehmer mehr Stunden auf, als er tatsächlich verrichtet hat, damit er (zumindest mit bedingtem Vorsatz) entweder im Ausmaß des Zeitguthabens oder der Abgeltung des Zeitguthabens samt Zuschlägen bereichert ist, dann kann er die gerichtliche Straftat des Betruges verwirklichen, wenn er den Arbeitgeber über das Ausmaß der tatsächlich verrichteten Arbeit täuscht, sodass der Arbeitgeber ihm mehr Zeitguthaben auf dem Zeitkonto gutschreibt, mehr Freizeit gewährt, mehr Stunden bzw. Überstunden bzw. Überstunden mit Zuschlägen ausbezahlt, als dem Arbeitnehmer bei richtiger Aufzeichnung der Arbeitszeiten zustehen würden.

Selbstverständlich ist in der Rechtspraxis die Frage der subjektiven Tatseite des Arbeitnehmers relevant. Jede strafbare Handlung besteht aus einer äußeren (= objektiven) Tatseite und einer inneren ist (= subjektiven) Tatseite. Ohne objektive Tatseite kein Delikt und keine strafbare Handlung. Dasselbe gilt bei Fehlen der subjektiven Tatseite. Ein Delikt im Sinne einer strafbaren Handlung liegt nur dann vor, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind. In Hinblick auf den Tatvorsatz ist festzuhalten, dass dieser sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts umfassen muss, vor allem die Tathandlung, das Tatobjekt, allfällige Tatmodalitäten, den Erfolg sowie die Kausalität (ebenso auch die Delikts- bzw. Wertqualifikationen, nicht jedoch Erfolgsqualifikationen). Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Tat, d.h. bei Vornahme der Tathandlung – gegenständlich Aufzeichnung der Arbeitszeiten – muss der Arbeitnehmer den Willen haben oder es ernstlich für möglich halten, dass er einen Sachverhalt verwirklicht, der dem gesetzlichen Tatbestand des Betruges entspricht und sich damit abfinden (bedingter Vorsatz) (siehe dazu ausführlich *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht All-

gemeiner Teil¹², Z 15). Der Vorsatz des Arbeitnehmers muss zwei Komponenten enthalten, den Täuschungsvorsatz und den Schädigungsvorsatz: Er muss daher mit dem Willen handeln, erstens durch Täuschung über Tatsachen einen Irrtum hervorzurufen oder zu bestärken, zweitens dadurch eine Vermögensverfügung des Getäuschten zu bewirken, welche den Getäuschten oder einen Dritten am Vermögen schädigt (*Kienapfel/Schmoller*, StGB, BT II Rz 208).

Anzumerken ist, dass die Verfolgung einer Anzeige durch den Arbeitgeber bei der zuständigen Staatsanwaltschaft bedarf. Die strafrechtliche Verfolgung von Arbeitszeitbetrug erfolgt zwar eher selten, da sich Arbeitgeber in aller Regel mit den arbeitsrechtlichen Werkzeugen zufrieden geben und lediglich Kündigungen oder Entlassungen aussprechen und sich nicht darauf einlassen, noch für die Ermittlungsbehörden zur Verfügung stehen, da dies einen Aufwand bedeutet. Allerdings kann eine solche Anzeige bei beträchtlichem Ausmaß des zeitlichen Betrugs und einem entsprechenden Schaden auch in Hinsicht auf eine Generalprävention bzw Compliance im Unternehmen zielführend sein.

Selbstverständlich stellt die (bedingt) vorsätzliche Anfertigung von unrichtigen Arbeitszeitaufzeichnungen Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 AngG bzw § 82 lit d) GewO dar, sodass die Entlassung in aller Regel gerechtfertigt sein wird.

(Autor RA Mag. Petra Laback)

I. Aktuelle Entscheidungen

1. § 22 VbVG (§ 15 Abs 1 VbVG; § 270 StPO):

Urteil gegen Verband ist gesondert auszufertigen = EvBI-LS 2016/155

Der Oberste Gerichtshof hat am 18.5.2016 in der Finanzstrafsache gegen eine natürliche Person und einen belangten Verband wegen Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 und 13 FinStrG über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des belangten Verbandes sowie die Berufung der Finanzstrafbehörde gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 9. Dezember 2015, GZ 40 Hv 20/15t-43, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt, dass die Verfahrensrüge (Z 3) zutreffend aufzeige, dass die Ladung zur Hauptverhandlung - entgegen § 221 Abs 2 erster Satz StPO iVm § 14 Abs 1 VbVG - weder dem belangten Verband noch seinem Verteidiger zugestellt worden sei.

Demzufolge sei auch der weitere Einwand berechtigt, dass die Hauptverhandlung rechtsfehlerhaft, konkret unter Verletzung des § 23 VbVG, in Abwesenheit des belangten Verbandes durchgeführt worden sei. Entsprechendes gelte für die Urteilsfällung (§ 23 erster Satz VbVG).

Das Urteil gegen den belangten Verband sei daher gemäß § 285e StPO in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde schon bei der nichtöffentlichen Beratung sofort aufzuheben gewesen.

Hinzugefügt sei, dass im ersten Rechtsgang die Bestimmungen des VbVG mehrfach verletzt worden seien:

Werde die Hauptverhandlung gegen den belangten Verband und eine natürliche Person gemeinsam geführt (§ 15 Abs 1 VbVG), so habe das Gericht gemäß § 22 Abs 1 VbVG im Anschluss an das Beweisverfahren, das für beide Verfahren gemeinsam durchgeführt werde, zunächst nur die Schlussvorträge betreffend die natürliche Person zuzulassen und dann das Urteil über die natürliche Person zu verkünden. Im Fall eines Schuldspruchs seien sodann nach § 22 Abs 2 VbVG in fortgesetzter Hauptverhandlung Schlussvorträge zu den Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit des Verbandes sowie den für die Bemessung einer Geldbuße und die Festsetzung anderer Sanktionen maßgeblichen Umständen zu halten. Danach verkünde das Gericht das Urteil über den Verband.

Da die Urteilsausfertigung die Urschrift des mündlich verkündeten Urteils darstelle (vgl *Danek*, WK-StPO § 270 Rz 1), folge aus § 22 Abs 1 und 2 VbVG, dass in Verbandsverantwortlichkeitssachen die Urteile gegen die natürliche Person und den belangten Verband auch bei gemeinsamer Verfahrensführung (§ 15 Abs 1 VbVG) voneinander getrennt auszufertigen seien (13 Os 139/15p, 13 Os 140/15k).

Gemäß § 22 Abs 5 VbVG müsse auch in Verbandsverantwortlichkeitssachen die Urteilsausfertigung die in § 270 Abs 2 StPO angeführten Inhalte haben. Dem zuwider fehlten der gegenständlichen Urteilschrift (hinsichtlich des belangten Verbandes) die von § 270 Abs 2 Z 4 StPO iVm § 260 Abs 1 Z 1 und 2 StPO verlangten Inhalte.

OGH 18. 5. 2016, 13 Os 42/ 16 z

Conclusio:

Wird die Hauptverhandlung also gegen den belangten Verband und eine natürliche Person gemeinsam geführt, so hat das Gericht gem § 22 Abs 1 VbVG im Anschluss an das Beweisverfahren, das für beide Verfahren gemeinsam geführt wird, zunächst nur die Schlussvorträge betreffend die natürliche Person zuzulassen und dann das Urteil über die natürliche Person zu verkünden. Im Fall eines Schuldspruchs sind sodann nach § 22 Abs 2 VbVG in fortgesetzter Hauptverhandlung Schlussvorträge zu den Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit des Verbandes sowie den für die Bemessung einer Geldbuße und die Festsetzung anderer Sanktionen maßgeblichen Umständen zu halten. Danach verkündet das Gericht das Urteil über den Verband.

Da die Urteilsausfertigung die Urschrift des mündlich verkündeten Urteils darstellt, folgt aus § 22 Abs 1 und 2 VbVG, dass in Verbandsverantwortlichkeitssachen die Urteile gegen die natürliche Person und den belangten Verband auch bei gemeinsamer Verfahrensführung (§ 15 Abs 1 VbVG) voneinander getrennt auszufertigen sind.

2. § 29 StGB (§ 61 StGB; § 289 StPO):

Subsumtionseinheit nach Rechtsänderung = EvBI-LS 20 16/156

Eine nach altem Recht begründete Subsumtionseinheit, die infolge Aufhebung eines die rechtliche Unterstellung der Subsumtionseinheit nicht berührenden (Teil-)Schuldspruchs prozessual zerschlagen wird und neu zu bilden ist, ist dabei einem Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB nicht zu unterziehen.

OGH 24. 5. 2016, 14 Os 31/ 16 i

3. § 322 StPO (§ 252 Abs 4, § 281 Abs 1 Z 3, § 345 Abs 1 Z 4 StPO):

Verstoß gegen § 322 StPO begründet Beweisverwendungsverbot = EvBI 2016/142

Verletzungen des § 322 zweiter Satz StPO sind ausschließlich unter dem Aspekt des von § 345 Abs 1 Z 4 intendierten Schutzes des von § 252 (iVm § 302 Abs 1) StPO normierten Unmittelbarkeitsgrundsatzes, also eines Beweisverwendungsverbots, beachtlich.

Wurden die Zeugen unmittelbar vernommen oder die Aufnahme über deren kontradiktorische Vernehmung vorgeführt oder das Sachverständigengutachten in der Hauptverhandlung mündlich erstattet, fand eine Substituierung der persönlichen Zeugenaussagen oder der unmittelbaren Gutachtenserstattung unter Hintanhaltung von Fragemöglichkeiten der Parteien nicht statt und liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 252 Abs 4 StPO nicht vor.

OGH 27. 6. 2016, 15 Os 7/16 t

4. § 258 Abs 1 StPO (§ 13 Abs 3, § 222 Abs 3 StPO):

Strafprozessordnung kennt keinen Privatsachverständigen = EvBI-LS 2016/16

Die Auswahl des Sachverständigen steht im Hauptverfahren ausschließlich dem Gericht zu (§ 126 Abs 3 StPO). Ob das erstattete Gutachten ausreichend und verlässlich ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Die Berücksichtigung von „Privatgutachten“ ist dem Gesetz fremd (RIS-Justiz [RS0118421](#); Ratz, WK-StPO § 281 Rz 351; Danek/Mann, WK-StPO § 222 Rz 5/2). Diese sind weder zu verlesen noch (außer im Fall des § 222 Abs 3 StPO) zu den Akten zu nehmen. Die Bedeutung sogenannter „Privatsachverständiger“ liegt ausschließlich in der persönlichen Information der Parteien und ihrer Vertreter. Die mit besonderem Fachwissen ausgestattete Person darf den Verteidiger bei der Fragestellung unterstützen oder selbst Fragen an den Sachverständigen richten (§ 249 Abs 3 zweiter Satz zweiter Fall StPO), um so allenfalls einen Mangel der Expertise im Sinn des § 127 Abs 3 StPO aufzuzeigen. „Privatgut-

achter“ können nur als Zeugen und in dieser Eigenschaft nur über den Inhalt ihrer Befundaufnahme, nicht hingegen zu ihren Schlussfolgerungen vernommen werden.

OGH 14. 6. 2016, 11 Os 26/ 16 g

Conclusio:

Ein dem Gericht nach § 222 Abs 3 StPO zur Kenntnis gelangtes „Privatgutachten“ fällt – mangels Eigenschaft als Beweismittel nach § 13 Abs 2, § 258 Abs 1 StPO – nicht unter die Verlesungspflicht nach § 252 Abs 2 StPO.

Anmerkung: Seit dem Inkrafttreten des Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, BGBI I 2014/71, am 1.1.2015 ist es jedoch möglich, zu der auf das Gutachten des Sachverständigen gestützten Anklageschrift eine Gegenäußerung einzubringen und dieser eine Stellungnahme samt Schlussfolgerungen einer Person mit besonderem Fachwissen zur Begründung eines Beweisantrags anzuschließen (§ 222 Abs 3 zweiter Satz zweiter Halbsatz StPO). Hinzugefügt sei, dass selbst ein dem Gericht nach § 222 Abs 3 StPO zur Kenntnis gelangtes „Privatgutachten“ – mangels Eigenschaft als Beweismittel nach § 13 Abs 3, § 258 Abs 1 StPO – keineswegs gemäß § 252 Abs 2 StPO zu verlesen gewesen wäre (vgl RIS-Justiz RS0115646; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 351/1; Danek/Mann, WK-StPO § 222 Rz 5/3).

5. § 129 Abs 1 Z 3 StGB:

Einbruch durch Öffnen einer Sperrvorrichtung = EvBI 2016/150

Durch den Entfall des bislang in § 129 Z 3 StGB (alte Fassung) enthaltenen Wortes „sonst“ in § 129 Abs 1 Z 3 StGB hat die – auch zu Bargeldbehebungen bei Bankomaten mittels unbefugter Benutzung fremder Bankomatkarten ergangene – Rechtsprechung, wonach dieser Qualifikation nur die Überwindung von anderen als Z 1 und 2 des § 129 (nunmehr Abs 1) StGB genannten Objekten zugehörigen Sperren zu subsumieren ist, ihre Grundlage verloren.

OGH 27.6.2016, 15 Os 29/16 b

6. Gewerbsmäßige Begehung; bereits zwei solche Taten begangen.

§ 70 Abs 1 Z 3 Fall 1 StGB; § 38 Abs 2 Z 3 Fall 1 FinStrG; § 28 a Abs 2 Z 1 SMG

Gewerbsmäßige Begehung nach Maßgabe des § 70 Abs 1 Z 3 Fall 1 StGB [bereits zwei solchen Taten begangen; vgl auch § 38 Abs 2 Z 3 Fall 1 FinStrG] kann erst ab der dritten Tatvorliegen. Wird daher die Qualifikation des § 28 a Abs 2 Z 1 SMG [gewerbsmäßiger Suchtgiftdandel] deswegen angenommen, weil der Angeklagte iSd § 70 Abs 1 Z 3 Fall 1 StGB bereits zwei solche (ebenfalls verfahrensgegenständliche) Taten begangen hat, ist er wegen zweier Verbrechen des Suchtgiftdandels nach § 28 a Abs 1 SMG [Suchtgiftdandel] und eines oder mehrerer Verbrechen des Suchtgiftdandels nach § 28 a Abs 1 und 2 Z 1 SMG [gewerbsmäßiger Suchtgiftdandel] schuldig zu erkennen.

OGH 29.11.2016, 14 Os 105/16x; Ris-Justiz RS0130966 (T3)

Anmerkung:

Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2015 (BGBl 2015/163) und dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) wurden § 38 FinStrG und § 70 StGB angepasst. Die Voraussetzungen an die Gewerbsmäßigkeit einer Tat im Strafrecht sind seither identisch geregelt. Somit ist die Entscheidung des OGH analog auch für das FinStrG anzuwenden.

(Rainer Brandl/Roman Leitner in ZWF 2017/23)

7. § 70 StGB (§ 148 zweiter Fall StGB):

„Solche Taten“ bezeichnet Gattung = EvBI-LS 2016/171

Für gewerbsmäßigen schweren Betrug (§§ 146, 147 Abs 2, § 148 zweiter Fall StGB) nach § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB idF BGBl I 2015/112 („bereits zwei solche Taten begangen“) bedarf es der Feststellung von insgesamt drei binnen Jahresfrist gesetzten schweren Betrugshandlungen, nach § 70 Abs 1 Z 2 StGB aber der Konstatierung, der Angeklagte hätte zwei weitere schwere Betrugshandlungen schon im Einzelnen geplant.

OGH 16.6.2016, 12 Os 37/16 g

8. § 70 Abs 1 Z 1 StGB

Gewerbsmäßige Begehung

§ 70 Abs 1 Z 1 StGB idF BgBl I 2015/112 verlangt bloß ein Handeln „unter Einsatz“ entsprechender Fähigkeiten oder Mittel, nicht aber deren persönlichen und unmittelbaren Gebrauch durch den Täter.

OGH 4.11.2016, 12 Os 77/16i; RIS-Justiz RS0131062

9. § 221 Abs 2 StPO (§ 83 Abs 4 erster Satz, § 213 Abs 1, § 281 Abs 1 Z 3 StPO):

Rechtswirksamkeit der Anklage = EvBl 2016/121

Einem auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten wird die Anklageschrift durch Zustellung an seinen Verteidiger wirksam zugestellt.

OGH 10.5.2016, 11 Os 23/16s

10. § 126 Abs 1 SPO (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO)

Gutachten zur Glaubwürdigkeit von Zeugen bedarf Indizien für deren Fehlen = EvBl – LS 2016/139

Die Hilfestellung von Sachverständigen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen kommt nur ganz ausnahmsweise bei – durch Beweisergebnisse aktenmäßig belegten – Anhaltspunkten für solche psychischen Störungen in Betracht, die entweder erheblich sind und des Grad des § 11 StGB nahekommen oder gegen die allgemeine Wahrnehmungs- und Wiedergabefähigkeit oder die Aussagegierlichkeit dieses Zeugen schlechthin sprechen.

OGH 22.3.2016, 11 Os 21/16x

11. Strafbemessungsgründe bei Verbandsgeldbuße (ZWF 2016/52)

§§ 23 , 28 a FinStrG; § 5 VbVG

Da die besonderen Strafbemessungsgründe des Strafgesetzbuches primär auf natürliche Personen zugeschnitten sind und solcherart gemäß § 28 a Abs 1 Satz 2 FinStrG in Finanzstrafsachen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz nicht herangezogen werden können, sind auch bei der Strafbemessung einer Verbandsgeldbuße, der Finanzvergehen zugrunde liegen, die in § 5 Abs 2 und 3 VbVG genannten Erschwerungs- und Milderungsgründe heranzuziehen.

OGH 27.6.2016, 13 Os 10/16 v

12. Bei Finanzvergehen nur teilbedingte Nachsicht der Verbandsgeldbuße (ZWF 2016/53)

§ 28 a FinStrG; §§ 4,6,7 VbVG

Nach § 28 a Abs 1 FinStrG richten sich Verbandsgeldbußen in Finanzstrafsachen nach dem Sanktionensystem des Finanzstrafgesetzes. Insofern sind diese nicht – wie in § 4 VbVG vorgesehen – nach dem Tagessatzsystem, sondern nach dem Sanktionensystem des FinStrG zu bestimmen.

Daraus ist abzuleiten, dass die gänzlich bedingte Nachsicht der Verbandsgeldbuße in Verbandsverantwortlichkeitsachen, denen gerichtlich strafbare Finanzvergehen zugrunde liegen, nicht möglich ist, § 6 VbVG eine solche nur für in Tagessätzen bemessene Geldbußen vorsieht.

OGH 27.6.2016, 13 Os 10/16v

Anmerkung:

Die teilbedingte Nachsicht ist aber nicht nach § 26 Abs 1 FinStrG, sondern nach § 7 VbVG zu beurteilen, weil § 7 VbVG die Gewährung teilbedingter Nachsicht der Verbandsgeldbuße – ohne Einschränkung auf das Tagessatzsystem – ausdrücklich regelt, sodass die subsidiäre Anwendung des § 26 Abs 1 FinStrG in diesem Bereich gerade nicht in Betracht kommt (vgl OGH 6.11.2014, 13 Os 56/14f, ZWF 2015/22; *Reiner Brandl/Roman Leitner*)

13. Verbandsverantwortlichkeit; Akzessorietät

§§ 3, 15 Abs 1, 22, 24 VbVG; § 290 StPO

Nur die Begehung einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung durch bestimmte natürliche Personen vermag unter weiteren Voraussetzungen (vgl § 3 VbVG) die Verantwortlichkeit des Verbandes auszulösen. Diese spezifische Akzessorietät der Haftung des belangten Verbands stellt einen untrennbaren Zusammenhang zwischen dem Handeln des Entscheidungsträgers oder Mitarbeiters und der Verbandsverantwortlichkeit her. Ist ein solche natürliche Personen (hier: § 2 Abs 1 Z 1 und 3 VbVG) betreffender Schuldspruch (§ 22 Abs 1 VbVG) nicht auch gegenüber dem belangten Verband materiell rechtskräftig, ist demnach auch die rechtswidrige und schuldhaftige Begehung der mit Strafe bedrohten Handlung(en) durch die Entscheidungsträger (§ 3 Abs 2 VbVG) Gegenstand der amtswegigen Prüfung (§ 290 StPO) des gegen den belangten Verband ergangenen Urteils (§ 22 Abs 2 VbVG). Ist der die natürliche Person betreffende Schuldspruch (durch deren Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde) noch nicht materiell rechtskräftig, ist auch die (für die Haftung des belangten Verbands präjudizielle) rechtswidrige und schuldhaftige Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung durch den Entscheidungsträger noch nicht mit bindender Wirkung festgestellt. In einem solchen Fall kann sie vom Verband auch in seiner bloß gegen das Urteil über ihn gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde releviert werden und ist sie auch Gegenstand amtswegiger Prüfung (§ 290 Abs 1 StPO).

OGH 18.12.2015, 13 Os 139/15 15p; 18.12.2015, 12 Os 104/15k; 13.12.2016, 11 Os 104/16b; RIS –Justiz RS0131120

14. Untreue; Geschäftsführer; unbeschränkte Vertretung; Innenverhältnis

§ 153 StGB; §§ 18, 25 GmbHG

Der Geschäftsführer einer GmbH ist schon kraft Gesetzes zur unbeschränkten (und unbeschränkbar) Vertretung nach außen befugt, ohne dass es einer vertraglichen Festlegung seiner Hauptpflichten bedürfe. Im Innenverhältnis ist er als zur treuhändigen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen Berufener aber verpflichtet, seine Vertretungsmacht nur zum Wohle der GmbH zu nutzen und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns stets den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.

OGH 14.12.2016, 15 Os 73/16y; RIS-Justiz RS0131129

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Sonstiges

Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, M.A., Berlin

Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2017 am 20./21.1.2017 in Frankfurt am Main

Am 20. und 21.1.2017 fanden sich über 170 Vertreter aus Wissenschaft und Praxis zur achten Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) in Frankfurt am Main zusammen. Unter dem Thema „Das Wirtschaftsstrafrecht der Zukunft“ referierten elf Redner zu den aktuellen Entwicklungen in der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung eines unter dem besonderen Einfluss der Digitalisierung und Europäisierung stehenden Strafrechts. Im Rahmen der abendlichen Podiumsdiskussion des ersten Veranstaltungstages wurde den Teilnehmern

ein Einblick in die Bedeutung des unlängst reformierten Doping- und Betrugsstrafrechts für den Spitzensport gewährt.

Themenblock 1: Entgrenzung des Wirtschaftsstrafrechts – Über- und Ausblick unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. Oliver Kipper

Traditionsgemäß führte mit MinDgt. Dr. Matthias Korte (BMJV) ein Mitherausgeber der wi-stra in die Tagung ein. Nach der erfreulichen Feststellung, dass die Tagung von Wissenschaftlern und Praktikern sowohl aus der Wirtschaft wie zunehmend auch aus dem öffentlichen Dienst wahrgenommen und damit einem ihrer Zwecke – dem Perspektivenaustausch – gerecht werde, übernahm Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger die Einführung in die Themen. Im thematischen Überblick werde deutlich, dass die neuen Tendenzen der gesellschaftlichen Entwicklung, namentlich die Internationalisierung und der Digitalisierung, das Wirtschaftsstrafrecht nicht unberührt ließen. Exemplarisch stünden etwa Cyberangriffe auf Großunternehmen und entsprechende Herausforderungen der Compliance. Mit Blick auf die Amtseinführung des neuen amerikanischen Präsidenten am Veranstaltungstag könne sich die Frage aufdrängen, ob eine Emanzipierung der Europäer auch Auswirkungen auf ein (gemeinsames) Strafrecht habe.

Rechtsanwalt Dr. Oliver Kipper übernahm sodann die Moderation mit einer ersten thematischen Abschichtung des ersten Themenblocks in die geographische, tatbestandliche und institutionelle Dimension der „Entgrenzung“. Für letztere stünden etwa organisatorische Zusammenschlüsse wie die Vereinigung Europäischer Strafverteidiger, die European Criminal Bar Association (ECBA), Pate.

Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich, hielt den ersten Vortrag der Veranstaltung mit dem Thema „Europäisches Wirtschaftsstrafrecht – Die praktische Bedeutung Europäischen Rechts für das geltende Wirtschaftsstrafrecht“. Die Entwicklung des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts stünde in einem Spannungsfeld von unionalen Regelungsvorgaben, loyalitätsgetragenen Vollzugsprinzipien (Art. 4 Abs. 3 AEUV) und rechtlichen Schranken aus unionalen und nationalem Verfassungsrecht. Der durch die Vollzugsprinzipien getriebenen „Entgrenzung“ stünden insbesondere die in der Grundrechte-Charta (GrCh) der Union normierten Grundrechte als „Eingrenzung“ gegenüber. Die Unwägbarkeit des europäischen Wirtschaftsstrafrechts ergebe sich materiell u.a. aus dem Fehlen einer unionsrechtlich begründeten autonomen Zurechnungs- und Beteiligungslehre und fehlenden definitorischen Vorgaben zu Versuch und Vorsatz. Auf der Vollzugsseite seien die Mitgliedsstaaten zur unionsrechtsakt- und richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet. Nationale Regelungen dürften eine wirksame Strafverfolgung insbesondere nicht unmöglich machen oder exzessiv erschweren und die Rechtsanwendung müsse auf wirksame Umsetzung der unionalen Regelungsziele ausgerichtet sein (Effektivitätsprinzip). Im Einzelnen, so führte der Referent aus, bliebe durch die Vagheit der Bindungen und das Fehlen klarer europäischer Standards die Berechenbarkeit der Rechtsanwendung insgesamt erschwert. Am Beispiel der Taricco-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14 = StV 2017, 65 m. Anm. Kubiciel), in der eine Verjährungsregelung des italienischen Rechts für nicht anwendbar erklärt worden war, wurde ein praktisches Beispiel für die Bedeutung des europäischen Strafrechts diskutiert. In einem Ausblick gab Meyer zu erkennen, außerhalb der fiskalischen Interessen der Union auch in Ansehung der Taricco-Entscheidung keine generelle Durchgriffsoffensive des EuGH zu erwarten. Es bliebe abzuwarten, ob die Effektivitätsmaxime auch für andere Konstellationen zum Einsatz komme und wie „mutig“ der EuGH zukünftig sein werde. Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Universität zu Köln, ergänzte in einer Anmerkung den Vortrag um den Einzelfallcharakter der Taricco-Entscheidung, die insbesondere der Bewältigung einer Ausnahmesituation in Italien gedient habe. Es wurde in der weiteren Diskussion darauf hingewiesen, dass in der Ausgestaltung des europäischen Rechtswegs stets ein Vorabentscheidungsverfahren Voraussetzung für eine verbindliche Klärung der Unionsrechtskonformität deutschen Rechts ist. Um konkret den Weg zum EuGH als Teil der Verteidigung zu beschreiten, sei immer Voraussetzung, das Gericht von der Notwendigkeit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV zu überzeugen.

Das zweite Referat des Freitagnachmittag wurde von Corinna Ullrich gehalten, die beim Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) bei der Europäischen Kommission in Brüssel tätig ist. Thema war das „Europäische[s] (Wirtschafts-)Strafverfahrensrecht – die praktische Bedeutung Europäischen Rechts für das geltende Strafprozessrecht“. Die Referentin führte in den aktuellen Gesetzgebungsstand bei der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwalt-

schaft (EPPO) zur Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der fiskalischen Interessen der Union ein. Die Probleme bei grenzüberschreitenden Ermittlungen in Gestalt von Mehrsprachigkeit, erforderlichen Übersetzungen und aufwändiger Koordinierung ließe angesichts jährlicher Fiskalschäden der Union von 500 Mio. EUR (Dunkelziffer bei 3 Milliarden EUR) die Zentralisierung der Ermittlungstätigkeit notwendig werden. Die zu diesem Zweck erarbeitete Verordnung, die im Zustimmungsverfahren gem. Art. 86 AEUV verabschiedet werden sollte, sei letztmalig am 8.12.2016 im Rat verhandelt worden. Der aktuelle Entwurf sehe – in Abweichung des ursprünglichen Kommissionsvorschlags und mit Ausnahme u.a. kleinerer Fälle (Schadenssumme unter 10.000,- EUR) – eine geteilte Zuständigkeit des EPPO und dem Mitgliedstaat mit einem Evokationsrecht des EPPO vor. Des Weiteren solle die Durchführung von Ermittlungen stärker als im Kommissionsentwurf an das nationale Recht angebunden werden. OLAF werde nach dem aktuellen Verhandlungsstand den EPPO im Wege des Informationsaustausch und der Durchführung ergänzender verwaltungsrechtlicher Ermittlungen unterstützen, um das bestehende Schutzniveau zu erhalten. Prof. Dr. Robert Esser, Passau, erfragte die Bedeutung von Beschuldigtenrechten im Gesetzgebungsverfahren – ein Mehr an Befugnissen lasse die Frage nach dem Verfahrensgleichgewicht zwischen Ermittlungsbefugnissen und Beschuldigtenrechten aufkommen. Ullrich verwies auf eine Evaluierung, von der man sich hierzu Ergebnisse erhoffe. Auf Frage von Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt erläuterte Ullrich, dass Fragen von Legal Aid („Pflichtverteidigung“, Formen der Prozesskostenhilfe o.ä.) sowie der justiziellen Kontrolle sich weiterhin nach nationalen Vorschriften richten sollen, mithin kein übergeordnetes Rechtsinstitut geschaffen werde.

Im dritten Referat des ersten Veranstaltungstages stellte OstA Dieter Kochheim die Frage: „Weltweites Wirtschaftsstrafrecht? Die Bedeutung der Digitalisierung des (Wirtschafts-) Lebens für das Wirtschaftsstrafrecht“. Die Frage, so konnten die Zuhörer schnell feststellen, wird durch den Referenten uneingeschränkt bejaht. Im historischen Abriss des Cybercrime seit 1996 stellte Kochheim dar, dass Unternehmen und Privatpersonen weiter zunehmend von Internetkriminalität bedroht seien. Aktuell komme es zunehmend – wie die Zuhörer am Beispiel des Trojaners „Tox“ aus dem Jahre 2016 im Einzelnen nachvollziehen konnten – zu maßgeschneiderten Ausspähaktionen gegen Umsatzbeteiligung („Crimeware as a Service“). Hierdurch seien Unternehmensdaten und –geheimnisse erheblichen Bedrohungen ausgesetzt. Es bedarf aus Sicht des Referenten insbesondere geschulter Mitarbeiter, um kritische Bedrohungen der digitalen Infrastruktur zu prüfen und zu verhindern („Kümmerner“). Untersuchungen hätten gezeigt, dass selbst Mitarbeiterschulungen nicht immer erfolgreich seien und der Umgang etwa mit E-Mail-Anhängen noch immer von wenig Problembewusstsein selbst bei betrieblich sensibilisierten Mitarbeitern zeuge. Kipper berichtete den Vortrag ergänzend von einem Fall, in dem selbst Polizeibeamte zu großen Teilen auf Bots „hereingefallen“ seien. Auf die Frage, was aus behördlicher Sicht fehle, betonte Kochheim die grundsätzlich gute Rechtshilfepraxis im Schengen-Raum. Der Gleichlauf verfahrensrechtlicher Vorschriften sei auf internationaler Ebene aber wünschenswert.

Nach dem Abendessen fanden sich die Teilnehmer zu der in diesem Jahr von Anno Hecker, Leiter der Sportredaktion der FAZ, moderierten Podiumsdiskussion unter dem „Spitzensport und Wirtschaftsstrafrecht“ zusammen. Der Einstieg in das Thema gelang schnell: Mit den Beispielen FIFA, dem Vorwurf des Staatsdopings in Russland und den Korruptions- und Erpressungsvorwürfen um den ehemaligen IAAF-Präsidenten warf Hecker die generelle Frage nach der Bedeutung solcher Ereignisse für den Spitzensport und nach dem Schützenswerten an der „schönsten Nebensache der Welt“ auf. Nach der Vorstellung der Referenten stellte Hecker die konkrete Frage, welcher Unterschied angesichts der wirtschaftlichen Dimension etwa des FC Bayern München noch zu großen Wirtschaftsunternehmen bestünde. Zuerst kam Rechtsanwältin Inka Müller-Schmäh zu Wort, die u.a. als Schiedsrichterin im Profifußball einen besonders anschaulichen Einblick in die Sportwelt geben konnte. Sie hob nachdrücklich die schützenswerte Dimension des Sports und das „einmalige“ deutsche Vereinssportsystem in Deutschland hervor, das eine nicht zu unterschätzende soziale Kraft entfalte. LOStA Michael Loer, Abteilungsleiter der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen Frankfurt am Main, betonte, dass zwischen Spitzensport und Breitensport nicht generell sondern nur individuell unterschieden werden könne. Der überwiegende Teil von Fällen (95 %) käme jedenfalls durch den im Breitensport verbreiteten Handel mit inkriminierten Mitteln ans Tageslicht. Ein staatlicher Zugriff sei aus seiner Sicht notwendig, da die früher verbreitete Ansicht, Sportler seien „bessere Menschen“, angesichts der durch die wirtschaftliche Bedeutung des Sports hervorgerufene Gefährdungslage nicht mehr gelte. Dr. Lars Mortsiefer, Vorstandsmitglied und Leiter des Ressorts Recht der NADA,

warnte davor, den Sport zu überfordern, die Mittel der Verbände reichten nicht aus, um wirksam gegen Straftaten vorzugehen und diese entsprechend zu sanktionieren. Daher könne der Kampf insbesondere gegen Doping im Sport nur durch ein Zusammenwirken von Staat und Verband gelingen. Müller-Schmäh wies exemplarisch auf den Verbandsaustritt hin, der reiche, um dem sportrechtlichen Sanktionensystem zu entgehen. Für den Spitzensport sei indes auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten hinzuweisen. Der Anstoß von Ermittlungen durch Weitergabe von Dopingproben an die Staatsanwaltschaften müsse stets – darüber bestand Einigkeit – unter sorgfältiger Abwägung geschützter Interessen vorgenommen werden. Das derzeitige Kontrollsystem lasse allerdings, so Mortsiefer, noch internationale Standards vermissen. Nuzinger richtete sich nach Freigabe der Diskussion mit der Frage ans Podium, warum sich die Verbände mit der Öffnung für Reformen schwer getan hätten. Mortsiefer führte u.a. die festen Verbandsstrukturen an. Müller-Schmäh schloss die Diskussion mit einem lebhaften Plädoyer für ein Engagement im Sport.

Themenblock 2: Kapitalmarktstrafrecht im Wandel unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers

Den Auftakt am Samstagmorgen zum zweiteiligen Thema „Der digitalisierte Kapitalmarkt als Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung“ machte Bernd Mack von der Eurex Frankfurt AG mit einem „Erfahrungsbericht aus der kapitalmarktrechtlichen Praxis“. An diesen tatsächlichen Einblick in den Alltag einer der weltweit größten Terminbörsen schloss StA Dr. Thorsten Krach, Frankfurt am Main, mit dem zweiten Teil, dem „Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis“, an. Mack lieferte anhand von Daten einen Überblick über den hochtechnisierten Hochfrequenzhandel mit einem Tagesvolumen von 400-500 Milliarden Euro aus 1.5 Milliarden gehandelten Kontrakten. In der aktuellen zum Einsatz kommenden Systemarchitektur liege die Latenz eines auszuführenden Kontrakts etwa zwischen 3.3 Millisekunden für Amsterdam und 48 Millisekunden für Chicago. Die hohe Geschwindigkeit habe vor allem den positiven Effekt („risk management tool“), ungewollte Transaktionen zu verhindern und damit Liquiditätsrisiken zu minimieren. Die potentiellen Risiken des algorithmusbasierten und hochfrequenten Tradings würden durch elektronische Filter, Plausibilitätschecks und Geschwindigkeitsanpassungen minimiert. Krach schloss mit drei Fallbeispielen aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis an: Der erste Fall hatte die Untreue eines Wertpapierhändlers durch Teilabwicklung von Geschäften über ein inländisches Privatkonto zum Gegenstand. Fall 2 schilderte Varianten des Scalping und mit Fall 3 wurde die handelsgestützte Marktmanipulation durch Phantomorders, die nicht zur Ausführung gedacht seien, Spoofing und Layering dargestellt. An die Vorträge schloss Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg die Frage an, wie bei den Terminbörsen die einzelnen Trades dokumentiert würden. Mack machte deutlich, dass über die Orderbücher hinaus keine Dokumentation erfolge.

Zu dem zweiten Thema des Samstagvormittags unter dem Titel „Neue Entwicklungen im Kapitalmarktstrafrecht“ referierte Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman, Berlin. Er stellte die gesetzgeberischen Neuerungen durch das am 3.7.2016 in Kraft getretene 1. FiMaNoG sowie den Regierungsentwurf zum 2. FiMaNoG vor. Im Insiderstrafrecht sei neben der Entkriminalisierung der Leichtfertigkeit eine Verschärfung u.a. durch Aufgabe der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärinsider erfolgt. Im Bereich der Marktmanipulation kommt der Referent neben der Reform des „Naming and Shaming“ (§ 40d Abs. 1 WpHG) und der Ausweitung der Bußgeldtatbestände des § 39 WpHG insbesondere auf die Einführung der Verbrechenqualifikation in § 38 Abs. 5 WpHG zu sprechen, für die u.a. das Libor-, Euribor- und Tiborfixing wesentlicher Auslöser gewesen sei. Der Referent stellt anhand einzelner Beispielfälle dar, dass die Strafschärfung Fälle erfasse, bei denen das Strafbedürfnis als Verbrechen zumindest fraglich sei. Des Weiteren wird die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der BaFin gemäß § 4 WpHG vorgestellt und insbesondere das Betretensrecht in Verbindung mit dem Beschlagnahmeantragsrecht (§ 4 Abs. 4b WpHG) kritisch hinterfragt. Abschließend diskutiert der Referent die durch ein „Versehen des Gesetzgebers“ begründete unbeabsichtigte Generalamnestie für Verstöße im Bereich des Kapitalmarktrechts. Diese sei dadurch entstanden, dass das 1. FiMaNoG einen Tag vor Inkrafttreten der Marktmissbrauchsverordnung (MAR), am 2. Juli 2016, in Kraft getreten sei und damit wichtige Vorschriften „ins Leere“ verwiesen hätten. Der BGH habe – zeitlich passend zur Veranstaltung – am 20.1.2017 indes gegen eine Generalamnestie entschieden (5 StR 532/16). Die „Reparaturvorschrift“ im Regierungsentwurf des 2. FiMaNoG sei wegen des Verfassungsrangs des Meistbegünstigungsprinzips (Art. 49 GrCH, Art. 7 EMRK) verfassungs- und europarechtswidrig. In der anschließenden Diskussion wird die Frage erörtert, ob es – wie Gehrman vertrat – zukünftig wegen

§ 38 Abs. 5 WpHG vermehrt zu Einstellungsentscheidungen nach § 170 Abs. 2 StPO komme, da Opportunitätsentscheidungen verwehrt seien. Krach führt hiergegen das Legalitätsprinzip ins Feld, ein mögliches Korrektiv der Überpönalisierung könne allenfalls in dem Merkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ liegen. Zu der von Gehrmann geforderten gesetzgeberischen Konsequenz, die ein Erwägen der Aufnahme von § 38 Abs. 5 WpHG in den Katalog des § 100a StPO verlangt hätte, wies Korte auf das Fehlen einer notwendigen Aufnahme von Verbrechenstatbeständen in § 100a StPO hin.

Sebastian De Schmidt, BaFin, Frankfurt am Main, konnte mit seinem Referat „Die neue Rolle der BaFin im Aufsichts- und Strafverfahren – Darstellung der neuen strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse der BaFin nach § 4 WpHG-E“ unmittelbar an den vorherigen Vortrag anknüpfen und um die behördliche Perspektive erweitern. Nach einem Überblick über die unterschiedlichen Aufsichtsansätze (Solvenzaufsicht, Marktaufsicht) kam der Referent auf die Vorgaben der erwähnten MAR für die BaFin im Aufsichtsverfahren zu sprechen. Die Befugnisse der BaFin folgten insbesondere aus § 4 Abs. 2-4 WpHG als nationale Umsetzung von Art. 22 MAR. Die in § 40d WpHG geregelte Bekanntmachung von Maßnahmen und Sanktionen wegen Verstößen gegen die MAR enthalte nunmehr eine Pflicht, grundsätzlich sogar nicht rechtskräftige Entscheidungen auf der Internetseite der BaFin zu veröffentlichen. Im Anschluss stellte der Referent die Beteiligung der BaFin im Strafverfahren (§ 40a WpHG) in Gestalt der bestehenden Informations-, Mitteilungs-, Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte dar. Ausführlich widmete er sich dabei der Zulässigkeit des Heranziehens von Angehörigen der BaFin als Sachverständige im Ermittlungsverfahren (etwa für die Erstellung von Gutachten zu Preiseinwirkung). Rechtsanwalt Thomas Richter schloß an den Vortrag die Frage an, ob gesetzgeberische Vorhaben auch durch die BaFin motiviert seien. De Schmidt erläuterte hierzu die Aufgaben des Referates MA11 der BaFin, die u.a. darin bestehe, die aufsichtsrechtliche Perspektive in Gesetzgebungsverfahren einzubringen. Eggers artikuliert abschließend die Befürchtung, dass die doppel funktionale Rolle der BaFin zu einer Verfahrenspraxis von Deals ohne angemessene Beteiligung der Staatsanwaltschaft führen könnte, wie sie in Kartellsachen etabliert sei.

Themenblock 3: Modernisierung der Vermögensermittlung und –abschöpfung sowie der Unternehmenssanktionierung unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl

Nach der Mittagspause fanden sich die Teilnehmer zu dem dritten Themenblock ein. Nach einer Vorstellung der Referenten durch den Moderator Rechtsanwalt Dr. Rübenstahl machte OStA beim BGH Marcus Köhler, BMJV, Berlin, den Auftakt mit dem Referat zu der „Reform der Vermögensabschöpfung nach §§ 73 ff. StGB und Einführung einer non-conviction-based confiscation“. Der Referent gab einen ausführlichen Einblick in den Stand des Gesetzgebungsverfahrens, bei dem im ersten Quartal 2017 der Abschluss der parlamentarischen Beratungen erfolgen könne. Kernpunkte des Entwurfs seien die Reform der Opferentschädigung und die konzeptionelle Vereinfachung. Das leitende Prinzip solle hierbei Gläubigergleichbehandlung statt des vielfach kritisierten „Windhundprinzips“ sein. Eine Konkretisierung des Bruttoprinzips erfolge durch eine Neubestimmung des „erlangten Etwas“ in der Systematik: Grundsatz – Ausnahme – Rückausnahme. Das Unmittelbarkeitskriterium werde durch die Änderung der Formulierung „aus“ der Tat zu „durch“ die Tat verabschiedet. Die Einziehung nachträglich entdeckter Vermögenswerte sowie die erweiterte selbstständige Einziehung würden die Einziehung Vermögens unklarer Herkunft erleichtern. Die Beschlagnahme von Vermögenswerten solle des Weiteren zukünftig insolvenzfest sein (§ 111d Abs. 1 Satz 2 StPO-E). In der Diskussion zum Vortrag von Köhler wurden einige Aspekte des Reformvorschlages kritisch hinterfragt. Grundsätzlich stellte Kubiciel die Frage nach der Rolle des Staates als Garant rechtmäßiger Vermögenszuteilung. Köhler verwies hierzu auf die Rechtsprechung des BVerfG zum erweiterten Verfall, auf die man sich direkt berufe. Rübenstahl verwies auf die Probleme, die sich im Bereich grenzüberschreitender europäischer und internationaler Sachverhalte im Hinblick auf die doppelte Abschöpfung von Vermögenswerten stellten und dachte die Anwendung des ne bis in idem aus Art. 54 SDÜ an. Dessen Anwendung hinge vom Sanktionscharakter der Abschöpfung ab, der durch Köhler auch für die Neuregelung verneint wurde. Gehrmann machte auf mögliche Widersprüche aufmerksam, die in einzelnen Fallkonstellationen bei nicht bestehendem Strafcharakter entstehen könnten.

Da der Vortrag von RA Dr. Wolfram Kessler, St. Julians/Malta zu „Geldwäsche aus europäischer Sicht: Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie am Beispiel des Umgangs mit den ,Pa-

nama Papers“ leider ausfallen musste, kamen Prof. Dr. Thomas Weigend, Kubiciel und Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven schließlich mit der Vorstellung der „Grundlinien eines modernen Sanktionenrechts für Unternehmen – das Kölner Modell“ zu Wort. Die Referenten gaben in dem Vortrag Einblick in die fortlaufende Arbeit der Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht an der Universität zu Köln. Die Ziele der Forschungsgruppe seien die Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten einer sinnvollen Umsetzung einer Verbandsstrafbarkeit und die Erarbeitung eines kommentierten Entwurfs für ein Verbandsstrafmodell. Arbeitsgebiete der Forschungsgruppe seien dabei das Wirtschaftsstrafrecht, das Strafprozessrecht, das Wirtschaftsrecht und die Erarbeitung empirischer Grundlagen. Zu letztgenanntem Zweck habe die Forschungsgruppe durch Aktenauswertung, quantitative Fragebogenerhebung und qualitative Leitfadenterviews erste Erkenntnisse gewonnen. Auffällig sei hiernach die geringe Anzahl von OWi-Verfahren nach § 30 OWiG. Von 48 kontaktierten Staatsanwaltschaften hätten 19 angegeben, keine solche Verfahren betrieben zu haben. Die Anwendungspraxis sei bundesweit uneinheitlich, wobei sich ein Ost- und ein Nordgefälle abzeichneten. Als Gründe für die geringe Zahl der Verfahren wurden u.a. fehlende Expertise (kein Teil der juristischen Pflichtausbildung) und der hohe Aufwand bei hohem Arbeitsdruck genannt. Rechtsvergleichend berichteten die Forscher aus qualitativen in den USA geführten Interviews, nach denen die Verbandsstrafbarkeit dort hohe praktische Anerkennung genieße. Auch in Österreich habe sich die mit dem öVbVG eingeführte Verbandsstrafbarkeit bewährt. Sodann kamen die Referenten auf Inhalte des ordoliberal angelegten Kölner Modells zu sprechen. Verantwortungssubjekt bei Straftaten soll nach den entwickelten Grundstrukturen der Verband sein, während für Ordnungswidrigkeiten (OWi) die §§ 30, 130 OWiG weiterhin Anwendung fänden. In Abweichung zu der OWi-Systematik kämen als verantwortungsauslösende Personen grundsätzlich alle Mitarbeiter des Verbandes in Betracht, weil der Verband mit und durch sie seine Freiheit ausübe. Einen Verantwortungsausschluss soll für Exzesstaten einer Leitungsperson, nicht aber eine generelle „Compliance Defense“ gelten. Verfahrensrechtlich sei eine Ermittlungspflicht vorgesehen, die indes ein Ermessen bei der Entscheidung über die Erhebung der Anklage belasse. Im Vordergrund stünde der sozialpräventive Charakter, nach dem Sanktionen, insbesondere in Gestalt umsatzbezogener Geldbußen, nur dann verhängt würden, wenn eine Einstellung gegen Auflagen nicht möglich sei. In der an die Vorstellung anschließende Diskussion wurde deutlich, dass die Umsetzung eines effektiven Verbandsstrafrechts auch von der personellen und sachlichen Ausstattung der zuständigen Behörden, insbesondere vor dem Hintergrund des durch Rübenstahl angeführten Legalitätsprinzips abhängige. LOStA Folker Bittmann brachte in die Diskussion den erforderlichen individuellen Zuschnitt von Sanktionen auf das betroffene Unternehmen ein. Kubiciel machte des Weiteren auf die guten präventiven Wirkungen in Österreich aufmerksam. Prof. Dr. Roland Schmitz, Osnabrück, hob die Problematik von zu viel Verfahrensopportunität hervor, die rechtsstaatswidrige Settlements begünstigen könnten. Dem könnte, so Kubiciel, auch durch gerichtliche Kontrolle begegnet werden. Rechtsanwältin Kathie Schröder befragte die Forschungsgruppe darauf, ob das (geographische) wirtschaftliche Gefälle in Deutschland hinreichenden Eingang in die Datenauswertung finde.

In abschließender Würdigung der Vorträge spannte Rübenstahl einen Bogen über die einzelnen Themen der Veranstaltung und entließ die Teilnehmer in den Samstagabend.

Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

„Organisationsherrschaft und Wirtschaftsstrafrecht“ – Tagung der WisteV-Regionalgruppe Süden am 22.2.2017 in München

Die WisteV-Regionalgruppe Süden hatte in Kooperation mit dem Gesprächskreis Wissenschaft im Dialog (wid) für den Abend des 22.2.2017 nach München zu einer Veranstaltung mit dem Thema „Organisationsherrschaft und Wirtschaftsstrafrecht“ eingeladen. Nach kurzer Begrüßung seitens Rechtsanwalts Prof. Dr. Lorenz Schulz begab sich der „Meister“, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, zum Podium, ergriff mit seinen fast 86 Jahren in ungebrochener geistiger Frische das Wort und erklärte mit einer Klarheit und Präzision, die ihresgleichen sucht, was er in seiner Antrittsvorlesung vor über 50 Jahren entwickelt hatte: die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als mittelbare Täterschaft hinter einem weiteren und ebenfalls strafrechtlich voll verantwortlichen unmittelbaren Täter.

Roxin stellte eindeutig klar, dass er diese Rechtsfigur zwar als allgemeine, nicht aber für jede beliebige Gruppen- oder Organisationsform entwickelt habe. Den Anstoß hätte die seinerzeit sehr zögerliche strafrechtliche Aufarbeitung des Unrechts der Nationalsozialisten gegeben. Als Täter sah die Rechtsprechung damals nur denjenigen an, der die Rechtsgutsverletzung selbst herbeigeführt hatte. Die Personen, die das Unrecht organisiert hatten, konnten danach nur Anstifter oder Helfer sein. Die Gerichte forderten zudem den Nachweis einer Verbindung zwischen politischem Handeln und konkreter Tat. Mit diesem rechtlichen Instrumentarium war es nicht nur unmöglich, einen Hintermann als Täter zu verurteilen, sondern es blieb selbst die Verurteilung als Teilnehmer eine eher seltene Ausnahme. Roxin ging es mit seinen Überlegungen um die Suche nach einer dogmatischen Grundlage, in der sich die tatsächlichen Machtverhältnisse rechtssicher als angemessene strafrechtliche Verantwortlichkeit spiegeln und erfassen lassen würden.

Im Ergebnis schuf er für Ausnahmefälle eine neue Kategorie, von drei Voraussetzungen abhängig: Die erste bestehe in (nahezu ungehinderter) Ausübung von Macht innerhalb einer größeren Gruppe von Menschen. Dazu gehöre der Durchgriff von oben nach unten, vom Wort des einen zur Tat des anderen. Die Assoziation vom eigenen Willen als Gesetz ist dabei unvermeidlich. Daran knüpft das zweite Kriterium an: die Rechtsgelöstheit des Handelns. Damit sei gemeint, dass sich einerseits der die Macht Ausübende über das Gesetz stelle und andererseits seine Anhänger bei Ausführung seines Willens keine Strafe zu fürchten, sondern eher dann Nachteile zu gewärtigen hätten, wenn sie sich diesem Willen verweigerten (oder sich ihm gar widersetzten). Als dritter Aspekt trete die Fungibilität hinzu. Gemeint sei damit, dass es für den Mächtigen unwichtig sei, wer die Tat unmittelbar verübe, die Aufgabe den Ausführenden mehr oder weniger zufällig treffe und die Weigerung eines Angewiesenen dem Opfer nichts nutze, weil es genügend andere gäbe, welche stattdessen die Tat gemäß dem Willen des Mächtigen auszuführen bereit seien.

Roxin betonte, dass er die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht allein zur Verfolgung nationalsozialistischer Täter geschaffen habe, sondern sie überall dort Anwendung finden könne, wo die drei genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Das könnten staatliche oder staatsnahe Organisationen ebenso sein wie mafiöse oder rein kriminell agierende Einheiten, aber auch Guerillagruppen. Demgemäß sei es stimmig, dass seine Lehre u.a. der Verurteilung des früheren Staatspräsidenten Perus, Fujimori, ausdrücklich zugrundeliege.

Ein besonderer Genuss war es, wie Roxin souverän auf die Einwände der zahlreichen inländischen Gegner der von ihm entwickelten Rechtsfigur einging. Die von ihm Aufgeführten erinnerten an ein who is who der deutschen Strafrechtswissenschaft der letzten ca. 60 Jahre. Jedem Erwähnten zollte Roxin dadurch Respekt, dass er zunächst all jene Aspekte darlegte,

die er akzeptiert. In unnachahmlicher Weise arbeitete er aber in jeder Gegenposition zu mindestens ein Begründungselement heraus, das ihn nicht überzeugt und das er ebenso kunstvoll wie präzise zugespitzt besonders herausstellte, um es anschließend und damit den jeweiligen Einwand insgesamt unter Rückgriff auf seinen schier unerschöpflichen Argumentationsschatz filigran zu widerlegen.

Nach dieser in ihren Voraussetzungen so klarsichtigen Vorlage hatte es der zweite Referent, Rechtsanwalt Prof. Dr. *Christoph Knauer* nicht schwer, dem Zuhörerkreis im Hinblick auf jedes der 3 Elemente die mannigfachen Unterschiede zu den wirtschaftsstrafrechtlichen Konstellationen vor Augen zu führen. Das Ergebnis war eindeutig: Die Lehre *Roxins* von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ist nicht auf aus der Wirtschaft stammende Fälle übertragbar. Umstritten war dabei lediglich, ob sich eine Ausnahme für Fälle von „Kriminalität als Gewerbe“ (Joecks) rechtfertigen ließe. *Roxin* selbst verneinte strikt die Anwendbarkeit seiner Rechtsfigur auf solches Handeln (ebenso seine Ehefrau, Rechtsanwältin Dr. Imme Roxin, Ausgesuchte Problemfelder im Bereich der Organisationsherrschaft und Geschäftsherrenhaftung, Tagungsband der 3. Jahresarbeitstagung Strafrecht des deutschen Anwaltsinstituts e.V. in Zusammenarbeit mit der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer in Hamburg am 24. und 25.6.2016, S. 425 ff.), während sich *Knauer* einer Fortentwicklung nicht von vorn herein verschließen wollte.

Prof. Dr. *Frank Saliger* kam die Aufgabe zu, die wesentlichen Strukturelemente beider Referate gegenüberzustellen. Da diese Aufgabe angesichts der beiden aus sich heraus so verständlichen Vorträge bereits weitgehend gelöst war, konnte er sich darauf konzentrieren, das Gesamtbild für die Zuhörer mit ergänzenden Informationen abzurunden. So problematisierte er einen Hinweis *Roxins* auf die Geburtsstunde der Idee, die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auch auf Fälle der Wirtschaftskriminalität anzuwenden: Sie sei im Kreise der Richter des BGH erstmals im Zusammenhang mit der Entscheidung über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder des früheren Politbüros der SED bzw. des ehemaligen Staatsrats der DDR für die Todesschüsse auf West-Flüchtlinge während eines Pausengesprächs diskutiert worden. Bereits kurz darauf habe sie in die höchstrichterliche Rechtsprechung Eingang gefunden, ohne dass eine breite Diskussion unter Einschluss der Wissenschaft stattgefunden hätte. *Saliger* ging zudem auf die für und gegen die Übertragbarkeit der von *Roxin* entwickelten Rechtsfigur auf das Wirtschaftsstrafrecht im Schrifttum vorgebrachten einzelnen Argumente bzw. auf die Überzeugungskraft der Versuche einer ausdehnenden Fortentwicklung dieser Lehre ein. In den Revisionsentscheidungen selbst vermisst er eine vertiefte, über die eher pauschale (wie verfälschende) Rezeption der Ursprungsidee *Roxins* hinausgehende Begründung. Er war sich mit *Knauer* und verschiedenen Wortmeldungen einig, dass die Tatgerichte die strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung keinesfalls schlicht auf deren rechtliche Verantwortung für das Unternehmen als Ganzes, als quasi-Erfolgshaftung, stützen dürften. Selbst auf Basis der Rechtsprechung des BGH sei zumindest die Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen unumgänglich.

Einige bereits von *Knauer* angeführte Beispiele aufgreifend und vertiefend schilderte *Saliger* typische wirtschaftsstrafrechtliche Situationen, in denen Parallelen zu einzelnen der 3 Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bestehen. In keiner dieser Konstellationen liegen jedoch kumulativ alle 3 Erfordernisse vor: Die Macht des Durchgriffs von der Spitze bis zum Ausführenden mag früher bei Patriarchen vorhanden gewesen, heute vielleicht bei dem ein oder anderen von Ehrgeiz zerfressenen dynamischen Manager festzustellen sein. Selbst in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, die es erlauben würden, auch die Fungibilität zu bejahen, fehlte es aber am Merkmal der Rechtsgelöstheit. Es ist nicht schon bei einzelnen Rechtsverstößen zu bejahen, sondern erfordert ein Gebaren, welches dem Absolutismus zumindest nahekommt.

An der Einsicht, dass die von *Roxin* entwickelte Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht auf Fälle der Wirtschaftskriminalität 1:1 übertragen werden kann, hätte es nichts geändert, wäre jemand zur Verteidigung dieser Erweiterung zugegen gewesen. Sie kann schon deshalb als gesichert angesehen werden, weil sich ihr „Erfinder“ selbst unmissverständlich gegen einen derartigen Transfer ausgesprochen hat.

Allerdings fängt damit die Aufgabe für die heutige Praxis erst an: Es steht die Frage im Raum, wie diejenigen rechtssicher ihrem tatsächlichen Einfluss gemäß als Täter strafrechtlich belangt werden können, die im Hintergrund die Fäden ziehen, die eigentliche

„Schmutzarbeit“ aber von anderen erledigen lassen. Zu prüfen ist z.B., ob es möglich ist, Elemente der Lehre *Roxins* aufzugreifen und sie innovativ oder als Fortentwicklung der Ursprungsidee so mit anderen Aspekten zu kombinieren, dass auf diese Weise eine eigene Rechtsfigur entsteht, die sachangemessen und rechtssicher konturiert spezifisch auf aktuelle Wirtschaftsphänomene angewendet werden kann. Selbst wenn dies gelingen sollte, wäre allerdings mehr als fraglich, ob man sich dafür auf den Vater der Lehre von der Organisationsherrschaft berufen könnte und dürfte. Viel wahrscheinlicher ist es, dass dieser sich dann wider Willen zum *spiritus rector* erkoren sähe. Das spricht jedoch weder gegen das Bedürfnis, auch über die Lehre *Roxins* hinausgehend die Hinterleute täterschaftlich zur Verantwortung ziehen zu wollen, noch wäre eine solche neu entwickelte Dogmatik vorrangig an seiner Lehre zu messen. Maßgeblich wäre vielmehr die Übereinstimmung mit dem Gesetz.

Darüber, ob es nicht sogar schon eine Rechtsfigur gibt, welche dem dargelegten Bedarf Rechnung zu tragen geeignet ist, waren sich *Saliger* und *Knauer* nicht einig: Während Ersterer ausdrücklich die Notwendigkeit ergänzender dogmatischer Anstrengungen bejahte, sah *Knauer* das Problem mit der Lehre von der Geschäftsherrenhaftung als gelöst an. Sind sich allerdings bereits zwei herausragende Kenner der Materie dieserhalb uneins, so lässt sich zumindest kühl konstatieren, dass selbst dann, wenn man *Knauer* folgt und die Geschäftsherrenhaftung als tragfähig ansieht, zumindest ein Konsens darüber noch lange nicht hergestellt ist: Demnach sind Praxis und Wissenschaft jedenfalls aufgerufen, sich am Herstellen eines derartigen Konsenses, seinem Kern wie seinen abgrenzenden Ausgestaltungen, zu beteiligen.

Dieser Appell reicht über den anregenden und rundum gelungenen Abend, der mit dem Schlusswort von Rechtsanwalt Prof. Dr. *Schulz* noch lange nicht endete, sondern sich in zahlreichen Diskussionen in kleinen Kreisen fortsetzte, weit hinaus: Wir dürfen den Referenten dafür dankbar sein, dass sie im Rahmen einer von WisteV mitgetragenen Veranstaltung einen Impuls gesetzt haben, der von Gerichten, Verteidigern und Wissenschaft aufgenommen und weitergeführt werden wird.

Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

„Wie entscheide ich richtig? – Funktion, Entstehen und Feststellung des bedingten Vorsatzes aus Sicht des Wirtschaftsstrafrechts und Risikopsychologie“ – Tagungsbericht, Saarbrücken 24.2.2017

Das Institut für Wirtschafts-, Internationales und Europäisches Strafrecht der Universität Saarbrücken (WIE) hatte für den 24.2.2017 gemeinsam mit dem WisteV-Arbeitskreis Compliance, Fraud und Investigations, zu einer Ganztagesveranstaltung zum Thema: „Wie entscheide ich richtig? – Funktion, Entstehen und Feststellung des bedingten Vorsatzes aus Sicht des Wirtschaftsstrafrechts und der Risikopsychologie“ in das Gebäude der Juristischen Fakultät eingeladen. Die Veranstalter konnten nichts dafür, hatten einfach nur Pech, dass der Referent, der als einziger den Part der Risikopsychologie übernommen hatte, absagen musste. Das veränderte zwar den Charakter des Treffens, minderte aber dessen Qualität nicht.

Nach einem Grußwort der saarländischen Staatssekretärin Dr. *Anke Morsch* aus dem Justizministerium sollte der Co-Leiter des WisteV-Arbeitskreises Compliance, Rechtsanwalt Dr. *Christian Wagemann*, eigentlich nur in die Thematik einführen. Er verschaffte den Teilnehmern jedoch mit seinen weit über die übernommene Aufgabe hinausreichenden Ausführungen nicht nur einen breit gestreuten Überblick auch zu vergleichbaren Phänomenen im außerjuristischen Bereich, die er mit geschickt ausgewählten literarischen Versatzstücken

eingängig und auch den Kern bekannter juristischen Fragen offengelegt schilderte, sondern bereitete allen Zuhörern einen herzöffnenden Genuß, der sie über die gesamte Tagung hinweg in eine offene und freundliche Stimmung versetzte. Seine Ausführungen sind nachfolgend für alle zum Nachlesen noch einmal abgedruckt.

Das Hauptreferat hielt Prof. Dr. *Marco Mansdörfer* zum Thema „Funktion des *dolus eventualis* im Wirtschaftsstrafrecht“. Er stellte, zugespitzt auf unbestimmte Rechtsbegriffe und insbesondere auf normative Tatbestandsmerkmale, eine Verbindung zwischen der Irrtumslehre und dem subjektiven Tatbestand her. Unter Berücksichtigung außerjuristischer, z.B. risikopsychologischer Forschung trat er mit Nachdruck dafür ein, Fragen nicht nur des Verkennens der tatsächlichen Umstände, sondern auch der Rechtslage nicht erst im Rahmen der Schuld, je nach Lehrmeinung entweder als Tatbestands- oder (häufiger) als Verbotsirrtum, abzuhandeln, sondern sie als Thema des subjektiven Tatbestands als solches zu begreifen. Das erinnert an die frühere Vorsatztheorie, die das Erfordernis des subjektiven Tatbestands auch auf die Rechtswidrigkeit bezog. *Mansdörfer* verlangte, sich nicht allein auf die Wahrnehmung eines Risikos (kognitives Element) zu kaprizieren, sondern stärker als bislang das Ziel des Handelnden zu berücksichtigen: Das voluntative Element liege nur bei einer „Entscheidung gegen das Rechtsgut“ vor. Es werde nicht nur konstituiert von bewußten Überlegungen, sondern auch von den die Handlungssituation mitprägenden Umständen. So wirke z.B. das Einhalten gesetzlich oder auf andere Weise vorgesehener Entscheidungsprozesse für den Handelnden entlastend. Der zutreffende Gedanke, dass das Recht das Eingehen von Risiken z.B. für das betreute Vermögen bei der Untreue, keineswegs verbiete, sondern im Grunde als evolutionär wünschenswert, ja in Grenzen gar als geboten betrachtet, übertrug *Mansdörfer* auf das Eingehen von Rechtsrisiken bei ungeklärter Rechtslage. Im Ergebnis lehnte er die Annahme billigenden Inkaufnehmens einer Rechtsgutsverletzung bei Feststellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen der Möglichkeit zur Verwirklichung der Chance, die wahrgenommen werden soll, und der Vermeidbarkeit der Realisierung des erkannten Risikos ab.

Wie die im Grundton zustimmende Diskussion allerdings ergab, verlangen *Mansdörfers* Überlegungen nach tatbestandsbezogen konkretisierender Anwendung. So wird man z.B. bei der Untreue die beim Geschäftsherrn liegende Zuständigkeit für die Definition des Rahmens zulässigen Eingehens von Risiken zu berücksichtigen haben, die Prägung des Anstellungsverhältnisses, die Erfordernisse des Einholens der Zustimmung der Eigentümer (oder ihrer Repräsentanten) für bestimmte Geschäfte, auch die Folgen im Fall der (wenngleich nicht angestrebten) Realisierung des Risikos (Stichwort: Existenzvernichtung). Wiewohl es gerade in Deutschland und für unsere Rechtsordnung nötig ist, stärker chancenorientiert zu denken, und dafür die Überlegungen *Mansdörfers* einen vielversprechenden Ansatz bieten, ist damit allein das Verhältnis zwischen normativen Grenzen und dem wirklichen Antrieb des Handelnden, auch seiner etwaig davon abweichenden nachträglichen Erklärungen, keineswegs ausreichend geklärt. Dass die selbstgestellte Aufgabe noch nicht abschließend gelöst ist, stellt jedoch alles andere als einen Vorwurf dar, markiert doch der erste Schritt die Richtung – ob es die richtige ist, in die *Mansdörfers* Vorstoß weist, bedarf unvermeidlich näherer Prüfung ebenso wie die Klärung seiner Tragweite.

Dem theoretisch-wissenschaftlich orientierten, sehr zuhörerfreundlich dargebrachten Vortrag *Mansdörfers* folgte ein äußerst lebendiger Überblick Rechtsanwalts Dr. *Richard Beyer* über die Erlebnisse eines Verteidigers mit der Steuerfahndung, den Bußgeld- und Strafsachenstellen sowie der Strafjustiz unter dem Titel „*Dolus* und *Leichtfertigkeit* im Steuerstrafrecht“. Obwohl seinen Beobachtungen zufolge der subjektive Tatbestand auf diesem Gebiet nicht im Fokus der Praxis der genannten Stellen stehe, könne es einer sachkundig die Interessen der Mandanten nachhaltig vertretenden Verteidigung doch immer wieder gelingen, sie dazu zu veranlassen, den Vorwurf einer Straftat gemäß § 370 AO auf den einer Ordnungswidrigkeit leichtfertiger Steuerverkürzung, § 378 AO, herabzustufen. Von *Beyer* beispielhaft vorgestellte Rechtsprechung zeigte nicht nur auf, wie insbesondere der BGH den *dolus eventualis* im Steuerstrafrecht handhabt, sondern auch, welche Ansätze sich in der Praxis auch der Rechtsprechung der Gerichte in den Bundesländern zur Unterscheidung zwischen *Leichtfertigkeit* und sanktionsloser einfacher Fahrlässigkeit herausgebildet haben.

Dieser Vortrag bot ebenso eine Fundgrube praxisrelevanter Erkenntnisse wie das die Tagung abschließende Referat von Frau Richter am BGH Dr. *Louisa Bartel* zum Thema „Die Feststellung von *dolus eventualis* nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere in wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten“. Die Referentin verwies nicht nur auf ausgewählte

Entscheidungen, in denen sich verschiedene Senate des BGH zum Thema positioniert haben, sondern verdeutlichte in ebenso glaubhafter wie überzeugender Weise, dass das höchste deutsche Strafgericht das Erfordernis des Vorliegens auch des subjektiven Tatbestands gerade im Grenzbereich zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit wirklich ernst nähme und sich der Tatsache sehr bewusst sei, damit häufig über Strafe oder Straflosigkeit zu befinden. Das gelte für sämtliche Kriminalitätsfelder. Die Entscheidung im Einzelfall hänge aber doch auch von Spezifika des in Rede stehenden Delikts ab. Das Ausmaß typisierender Elemente bestimme den Umfang der vorgegebenen Aspekte, anhand derer die Klärung stattzufinden habe. Es liege z.B. bei Kapitaldelikten relativ hoch. Die dort üblicherweise herangezogenen Indikatoren (etwa situative Erregung, Alkoholisierung, Gefährlichkeit der Handlung) ließen sich schon deshalb nicht unverändert auf das Wirtschaftsstrafrecht übertragen. Für dieses konstatierte Frau Dr. *Bartel*, dass die Umstände des Einzelfalls eine deutlich größere Rolle einnehmen, unvermeidlich spielen müssten.

Dass die von der Judikatur gerade für die *white-collar-Kriminalität* gefundenen Ergebnisse von den Beteiligten unterschiedlich beurteilt werden, ist danach nicht verwunderlich und liegt nicht nur an den unterschiedlichen Rollen der (nicht nur Verfahrens-)Beteiligten, sondern unbeschadet persönlicher Interessen eben auch daran, dass die Abgrenzung nie mit mathematischer Sicherheit erfolgen kann, sondern immer Ergebnis einer wertenden Betrachtung der für das Gericht sichtbar gewordenen konkreten Gesamtumstände ist. Da bei den Beteiligten unvermeidlich ein mehr oder weniger unterschiedlicher Kenntnisstand (zumindest in Details, manchmal aber eben auch zum Kerngeschehen) herrscht und sich ein gewisser subjektiver Einfluss auf Wertungen nicht umgehen lässt, fällt die uneinheitliche Rezeption des forensischen Geschehens nicht als Vorwurf auf die Justiz zurück: sie ist prinzipiell zwingend, nur in ihrem Grad beeinflussbar. Hinzunehmen ist dies dann, wenn sich die Richter auf „den Fall“ einlassen und erkennbar um dessen sachgerechte Beurteilung ringen. Dass dies in Karlsruhe tatsächlich tagein tagaus geschieht, zeigte Frau Dr. *Bartel* fraglos auf: Herzlichen Dank für dieses Beispiel an Wahrhaftigkeit.

Wie die lebhaften Diskussionen auch in den Pausen zeigten, bot die Tagung zahlreiche Anregungen. Ihr Inhalt, insbesondere der auf die Praxis zielende Vorstoß Prof. Dr. *Mansdörfers*, bietet auch über den Tag in Saarbrücken hinaus Anlaß zu weiteren sachlichen und fruchtbaren Auseinandersetzungen. So will, so soll WisteV sein!

Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann LL.M. (Illinois), Frankfurt a.M.

Überlegungen zum bedingten Vorsatz im Lichte von Risikopsychologie und Entscheidungsregeln*

Wir wollen uns heute einem bekannten, aber eventuell in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis unterschätzten Thema – dem bedingten Vorsatz im Strafrecht – unter einem alternativen Vorzeichen widmen. Es sollen Erkenntnisse aus der Risikopsychologie und aus Verhaltensgrundsätzen anderer Berufsfelder in den Dienst der Rechtserkenntnis gestellt werden, aber auch umgekehrt wollen wir versuchen, die Risikopsychologie und andere Berufsfelder mit Strukturen des Strafrechts vertraut zu machen, soweit dieses – hier in Gestalt des Vorsatzbegriffs – menschliches Entscheidungsverhalten bewertet – und damit auch zu leiten beabsichtigt. Möglicherweise ergeben sich aus diesem Gegensatz normativer und empirischer Ansätze wertvolle Ergänzungen und Zusätze, möglicherweise aber werden auch Konflikte sichtbar. Worum könnte es sich dabei handeln? Nach einem Zitat von Gigerenzer, einem der gegenwärtig bekanntesten Vertreter der Risikoforschung in Deutschland, kann „auch Halbwissen zum Erfolg führen“ (Berliner Zeitung v. 27.9.2005). Dies klingt ermutigend in einer Welt, die gewohnt ist, auf Expertenwissen zu vertrauen. Der Strafrechtler dagegen wird zögern und skeptisch fragen, wie das Halbwissen zu beurteilen ist, wenn es nicht zum Erfolg führt. Ist es z. B. als Übernahmeverschulden, als fahrlässig, leichtfertig oder bereits als bedingt vorsätzlich zu bewerten, oder würde es bei einem Vorstand einer Aktiengesellschaft

* Der Beitrag entspricht weitgehend dem Vortrag, den der Verfasser am 24.2.2017 auf der WIE-WisteV-Tagung an der Universität des Saarlandes gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

zum Überschreiten des Geschäftsleitungsermessens (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG; „Business Judgment Rule“) führen? Aus Sicht der Risikopsychologie ist diese Skepsis aber möglicherweise eine Voreingenommenheit des Strafrechts, gewissermaßen eine berufsmäßige Risikoaversion, die womöglich daher rührt, dass das Strafrecht im Bereich der eigenen Zuständigkeit überproportional vielen gescheiterten Entscheidungen begegnet.

Eventuell haben wir es aber auch lediglich mit einer Ambivalenz zu tun, die sich immer zeigt, wenn wir auf Risiko und Entscheidungen schauen:

„Wer wagt, gewinnt.“

„Wer die Wahl hat, hat die Qual.“

„Nachher ist man immer klüger.“

Aber auch umgekehrt heißt es:

„Übermut tut selten gut.“

„Vorsicht ist besser als Nachsicht.“

Diese gängigen Redensarten belegen, dass ein Handlungsspielraum auch vom Volksmund keineswegs einheitlich bewertet wird: Mal will er uns zu einem Gewinn ermutigen, mal uns mit einer Last versöhnen, mal uns das Dilemma vor Augen führen, wenn auf ungewisser Tatsachengrundlage zu entscheiden ist. Bemerkenswert ist, dass die ersten drei Redensarten im Ausgangspunkt eine grundsätzliche Risikotoleranz erkennen lassen. Diese Risikotoleranz ist eventuell auch tiefer kulturell verankert, wobei diese Frage hier nur gestreift werden kann. Man denke nur an die Überlieferung, wonach Sokrates einem jungen Mann, der fragte, ob er heiraten solle, antwortete: „Was Du auch tust, Du wirst es bereuen“. Enthält diese Wahrnehmung der Situation als ein Dilemma nicht die stillschweigende Aufforderung, sich mit bestimmten Nachteilen abzufinden oder sich ihnen gegenüber gleichgültig zu verhalten? Wäre der sokratisch gesinnte Täter, der trotz der ihm bekannten Unberechenbarkeit Fortunas in das Geschehen eintritt, im deutschen Strafrecht wegen seiner Mischung aus Skepsis und Tatkraft eventuell benachteiligt, weil die Tatkraft als „typische Gefährdungshandlung“ missverstanden wird? Man vergleiche dies mit einem anderen Kulturelement, nämlich dem biblischen Gleichnis vom anvertrauten Zentner, das eine Aufforderung enthält, in das Gelingen zu vertrauen, auch und gerade weil sich darin ein Vertrauen in den Segen Gottes spiegelt (Mt. 25, 14-30). Der, der sein Pfund vergräbt, weil es nicht verlieren möchte, wird als „böser und fauler Knecht“ angesehen und „hinausgeworfen in die Finsternis“, wo „wird sein Heulen und Zähneklappern“ (Mt. 25, 30). Wird hierin sichtbar, dass es eine sanktionsbewehrte Pflicht zum Vertrauen in das Gelingen gibt? Wird ein Mangel an einem solchen Vertrauen nicht auch im Bereich des bedingten Vorsatzes sanktioniert, wo das sog. voluntative Element der Billigung und des Sich-Abfindens vorzuliegen hat? Das Vertrauen darf aber offenbar auch nicht überstrapaziert werden. An anderer Stelle heißt es nämlich, „Du sollst den Herrn, deinen Gott, nicht versuchen.“ (Mt. 4, 7). Es ist die Warnung vor Übermut und Leichtsinne, die ihren dichterischen Niederschlag gefunden hat in Schillers bekannter Ballade „Der Ring des Polykrates“, wo der Gast auf Samos die Flucht ergreift, weil er überzeugt ist, dass dem, der sich glücklich schätzt, also sich frei von Risiken wähnt, Unglück widerfährt. Hierzu passt, dass auch bei uns bis heute Leichtigkeit nicht selten ein negatives Konnotat hat: Leichtlebigkeit, Leichtsinnigkeit, Leichtfertigkeit – und eine Anstrengung zum Guten Anerkennung findet wie z. B. im Strafrecht beim ernstlichen Bemühen und der tätigen Reue. Berühmt ist der Satz aus dem „Lied von der Glocke“: „Von der Stirne heiß rinnen muss der Schweiß, soll das Werk den Meister loben, aber der Segen kommt von oben.“ Wo nun, wird man sich fragen, verläuft theoretisch und praktisch die Grenze zwischen gebotener Risikotoleranz und angemessener Risikovermeidung? Wie kann man vertrauen, ohne leichtsinnig zu sein? Es ist die Frage nach dem richtigen Entscheiden.

Für viele Berufsträger – Ärzte, Juristen, Soldaten, Feuerwehrleute, Piloten, nicht zuletzt aber auch Kaufleute – ist das Entscheiden eine tägliche Anforderung. So sehr, dass es inzwischen eine Vielzahl von Techniken, Handlungsleitfäden und Ratgebern gibt, die sich mit dem Entscheiden befassen. Für Ärzte stellt sich die Entscheidung sinnfällig in Gestalt der *Diagnose*, dem griechischen Wort für Unterscheidung und Entscheidung. Nach einer gängigen Definition ist die Entscheidung das Urteil über mindestens zwei Lösungswege, wobei im Moment der Entscheidung unklar bleibt, ob das Urteil richtig oder falsch ist. Viele Berufsgruppen haben versucht, rationale Entscheidungsregeln zu schaffen, z. B. die Differentialdiagnose in der

Medizin oder das bei Piloten und Soldaten verbreitete Entscheidungsprogramm DODAR – Diagnosis, Options, Decision, Actions, Review. Ihnen ist zu eigen, dass es sich um technische Regeln handelt – oder auch: Klugheitsregeln -, die ein bestimmtes Handlungsprogramm vorgeben und von einem idealen (rationalen) Nutzer ausgehen. Sie sollen Entscheidungsmängeln vorbeugen, die beispielsweise zusammengefasst wurden als die überhastete Entscheidung, die vorgefasste Entscheidung, die einseitig erfahrungsgestützte Entscheidung, die aufgeschobene Entscheidung oder die allzu homogene Entscheidung. Insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass alle der genannten Berufsgruppen in ihrer Arbeit von den Geboten des Strafrechts unmittelbar betroffen sind, fragt sich, inwieweit die Beachtung solcher außerstrafrechtlichen Regeln innerhalb des Strafrechts entlastet, also eine Akzessorietät gegeben ist, die etwa den Verdacht des bedingt vorsätzlichen Handelns beseitigt. Eventuell aber auch zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der strafrechtliche Begriff des bedingten Vorsatzes selbst ein Entscheidungsprogramm vorgibt, mag auch der Begriff selten als (vorgelagertes) Verhaltensgebot wahrgenommen werden, sondern als Voraussetzung einer (nachgelagerten) staatlichen Sanktionsermächtigung. Auch diesem Punkt werden sich die heutigen Referate widmen.

Womit sich rationale Entscheidungsregeln in aller Regel nicht befassen – und auch nicht befassen können -, ist der „Faktor Mensch“, der in der Person des Entscheiders wirksam wird. Die wenigsten Entscheider erweisen sich durchweg als rational. Sie sind eingebettet in soziale Zusammenhänge, in Hierarchien, sie folgen persönlichen Bedürfnissen, sie zeigen Schwächen und mitunter spielt ihnen ihre Psyche „einen Streich“. Diesen Besonderheiten widmet sich unter anderem die Risikopsychologie. Gerade Gruppen und Hierarchien sind es, die rationale Risikoentscheidungen unerschwerlich beeinflussen können. Es kann beobachtet werden, dass ein Prinzipal-Agent-Verhältnis den Beauftragten zu defensivem Entscheiden verleitet – so wie im Gleichnis vom anvertrauten Zentner. Gruppenzugehörigkeit kann zu Konformismus oder übertriebenem Optimismus führen, das sog. Gruppendenken (Groupthink), bei dem Alternativen und Zweifel ausgeblendet oder unterdrückt werden. Darüber hinaus begegnet man der empirischen Erkenntnis, dass ein Mehr an Informationen nicht immer zu besseren Entscheidungen führt – das eingangs erwähnte „Halbwissen“ als Entscheidungsgrundlage. Einigermaßen bekannt ist auch das Milgram-Experiment, das die Menschen mit den Worten „Bitte fahren Sie fort“ zum Überschreiten stärkster innerer Hemmungen verleitete. Wie nun der „Faktor Mensch“ in Entscheidungssituationen sich auswirkt, werden wir heute einleitend im folgenden Referat hören.

Rezensionen

Sonstiges: ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

RA Raoul Beth, Berlin

Rezension Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte

10. Auflage, Heidelberg u.a. 2012, 594 Seiten, 109,95 Euro.

Das Lehrbuch von *Maurach/Schroeder/Maiwald* (im Folgenden „MSM“) zum Besonderen Teil des StGB bedarf eigentlich keiner großen Einführung mehr; denn wer sich im Laufe seines akademischen Lebens – egal ob als Student oder Wissenschaftler¹ – etwas ausführlicher mit dem Strafrecht befasst hat, dürfte an diesem Werk kaum vorbeigekommen sein. Dabei ge-

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird **nur die männliche Form** verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

hört der MSM zusammen mit dem Lehrbuch von *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* zu den „großen“ Lehrbüchern zum Besonderen Teil des StGB, aber während letzteres aktuell gerade erst eine „jugendliche“ 3. Auflage vorweisen kann, liegt das von *Reinhart Maurach* in den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts begründete Lehrbuch bereits in der 10. Auflage vor. Der MSM gehört demnach wohl zu den Lehrbüchern zum Besonderen Teil mit der größten zeitlichen Kontinuität.

Der MSM unterteilt sich in zwei Bände mit jeweils etwas über 500 Seiten an Fließtext sowie einem umfangreichen Register und Stichwortverzeichnis. Im Nachfolgenden wird der Teilband 2 besprochen, der 2012 in der besagten 10. Auflage erschienen ist. Die Unterteilung zwischen den Bänden richtet sich danach, ob es sich um individuell zuordenbare Rechtsgüter (Teilband 1) oder solche der Gemeinschaft (Teilband 2) handelt. Entgegen dem inzwischen auch unter Lehrbüchern vorherrschenden Trend, den Inhalt streng auf klausurrelevante Delikte und Fragestellungen zu beschränken, verfolgt der MSM einen anderen Ansatz. Anders als beispielsweise die weit verbreiteten (Kurz-)Lehrbücher zum Besonderen Teil von *Wessels/Hillenkamp* und *Rengier*, wird hier nicht nur der Pflichtstoff des Exams dargestellt, sondern der Besondere Teil des StGB als Ganzes. Daneben werden in Teilband 2 aber auch Delikte aus ausgewählten Nebengebieten, wie beispielsweise dem BtMG, dem TierschutzG oder dem TPG erläutert. Damit ist dann auch der grundsätzliche Adressatenkreis des Werkes vorgegeben. Der MSM richtet sich weniger an den Studenten im ersten Semester und noch weniger an den Examenskandidaten, der sich im Strafrecht auf das zwingend notwendige Minimalprogramm beschränken will. Für alle, die sich aber bereits die Grundlagen des Strafrechts angeeignet haben und das Strafrecht allgemein nicht nur als lästiges Nebenfach betrachten oder sogar ein wissenschaftliches Interesse in diesem Bereich hegen, bietet der MSM eine äußerst sinnvolle Ergänzung zur gängigen Kommentarliteratur.

Diese Ergänzungsfunktion ergibt sich insbesondere daraus, dass zwischen den Erläuterungen der einzelnen Delikte immer wieder Abschnitte eingeschoben sind, in denen Fragestellungen oder Begriffe von übergeordneter Bedeutung dargestellt werden. So findet sich beispielsweise vor der Erläuterung der Delikte des 28. Abschnitts des StGB („Gemeingefährliche Straftaten“) eine ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung des Begriffs der „Gemeingefahr“ sowie eine Übersicht über die grundsätzliche Funktionsweise von abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten, welche dem Leser die immer wiederkehrenden Probleme vorab erläutert. Weiter werden beispielsweise in einem gesonderten Abschnitt vor den Delikten gegen die staatliche Tätigkeit die Begriffe des „Amtsträgers“ und des „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ erörtert und allgemein wird die Systematik eines Abschnittes - soweit es sich für das allgemeine Verständnis des Ineinandergreifens der Tatbestände anbietet - vorab erläutert.

Die Darstellung der einzelnen Tatbestände beginnt regelmäßig mit einem Abriss der historischen Entwicklung der jeweiligen Straftat. Während dies bei „jüngeren“ Delikten, wie beispielsweise der Geldwäsche, naturgemäß entsprechend kurz ausfällt, sind unter anderem die historischen Abschnitte zu den Straftaten gegen Staat, Verfassung und Landesverteidigung (§ 82) oder den Straftaten gegen Völker, Rassen und fremde Staaten (§ 88) für den historisch interessierten Leser sehr informativ und lesenswert. Ein besonderes Augenmerk liegt auch auf der Darstellung des jeweils geschützten Rechtsguts und - soweit vorhanden - dem dazu bestehenden Meinungsstreit. Überhaupt ist die Darstellung der Meinungsstreitigkeiten durchweg gelungen. Die unterschiedlichen Ansichten werden kurz und prägnant dargestellt, bevor der jeweilige Bearbeiter seinen eigenen Standpunkt fundiert darlegt. Die inzwischen immer häufiger anzutreffenden kritikfreien Leerformeln von einer „zustimmungswürdigen h.M.“ finden man hier nicht; stattdessen werden die Standpunkte stets nachvollziehbar herausgearbeitet und begründet, auch wenn der Leser im Einzelfall vielleicht das Ergebnis nicht immer teilen mag. Bei der weiteren Darstellung der einzelnen Delikte bekommt man das geliefert, was man von einem klassischen Lehrbuch erwartet. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden in der gebotenen Ausführlichkeit erläutert, wobei der Fokus naturgemäß mehr auf einer verständlichen Darstellung der Funktionsweise und Struktur der Tatbestände liegt, als auf der Darstellung der letzten Verästelungen der Rechtsprechung zu bestimmten Einzelfragen. Bei dem gängigen Standardwissen für die beiden Examina, wie beispielsweise den Brandstiftungs-, den Verkehrs- und den Urkundsdelikten, werden insbesondere die altbekannten „Dauerbrenner“ ausführlich erläutert. So wird im Abschnitt über die Brandstiftungsdelikte (§ 51) zunächst die nicht immer leicht verständliche Systematik der §§ 306 ff. StGB kritisch besprochen, bevor die klassischen Klausurpro-

bleme wie etwa die Entwidmung und die Zurechenbarkeit von Rettungshandlungen erläutert werden (S. 20 ff.). Im Abschnitt zu den Straßenverkehrsdelikten (§ 53) sind insbesondere die Erläuterungen zum Gefährdungserfolg und zur Fahruntüchtigkeit hervorzuheben, in denen die dortigen Problemkreise gut verständlich dargestellt werden. Aber auch die gängigen Probleme bei den Urkundsdelikten (§ 65) werden behandelt, wobei insbesondere die sehr ausführlichen Erläuterungen rund um Urkundsbegriff sehr hilfreich sind (S. 195 ff.). Neben den Abhandlungen zum klassischen Stoff der Examina sind aber auch die „Randdelikte“ sehr ausführlich dargestellt. So werden die Straftaten gegen Staat, Verfassung, Verfassungsorgane und Landesverteidigung (§ 82 ff.) auf rund 70 Seiten in aller Ausführlichkeit besprochen und bieten für den interessierten Leser - gerade auch mangels Alternativen in anderen Lehrbüchern - einen sehr guten Überblick über diesen Bereich. Für Studenten in einem entsprechenden strafrechtlichen Schwerpunktbereich dürfte daneben insbesondere das Kapitel zu den Umweldelikten (§ 58) von Interesse sein, denn der von *Maiwald* verantwortete Abschnitt bietet eine gut verständliche Darstellung der komplizierten allgemeinen Systematik der §§ 324 ff. StGB sowie der Verwaltungsrechtsakzessorität im Umweltstrafrecht (S. 82 ff.).

Ein Punkt, den der Benutzer in der Examensvorbereitung aber stets im Hinterkopf behalten sollte, sind die langen Zeiträume zwischen den Auflagen des MSM und der damit einhergehende Verlust an Aktualität. Die 10. Auflage ist auf dem Stand August 2012, weswegen der Teilband 2 rund fünf Jahre nach seinem Erscheinen aufgrund der aktuellen Hyperaktivität des Gesetzgebers im strafrechtlichen Bereich und der allgemeinen Fortentwicklung der Rechtsprechung naturgemäß nicht mehr in allen Detailfragen auf dem neuesten Stand ist. So gehen beispielsweise die Ausführungen zu den §§ 299, 331 ff. StGB sowie zum Amtsträgerbegriff verständlicherweise noch von der alten Rechtslage aus. Dies fällt aber nicht übermäßig ins Gewicht, da die Grundstruktur der Delikte in Teilband 2 überwiegend gleichgeblieben ist und die Änderungen – anders als beispielsweise die vollständige Neugestaltung des Sexualstrafrechts – eher punktueller Natur sind. Daneben sind in einigen Randbereichen die Verweise auf außerstrafrechtliche Normen nicht mehr aktuell. So beziehen sich beispielsweise die Verweise bei der Gebührenübererhebung (§ 352 StGB) durch einen Rechtsanwalt noch auf die BRAGO (S. 368), welche aber bereits Mitte 2004 durch das RVG ersetzt wurde. Im Ergebnis sind diese Punkte im Einzelfall zwar bedauerlich, in der Gesamtschau aber nicht geeignet, den durchweg positiven Gesamteindruck des MSM zu schmälern.

Als Fazit lässt sich somit festhalten, dass die 10. Auflage des MSM uneingeschränkt zu empfehlen ist. Dies gilt in erster Linie für Studenten mit einem vertieften Interesse im Bereich des Strafrechts, die die Grundlagen bereits beherrschen und sich dementsprechend in der Prüfungsvorbereitung nicht nur auf das Nötigste beschränken wollen. Aber auch für die Erstellung von wissenschaftlichen Arbeiten bietet sich der MSM aufgrund der fundierten und ausführlichen Stellungnahme zu den einzelnen Meinungsstreitigkeiten an und ist in diesem Zusammenhang auch wegen der Darstellung der historischen Entstehungsgeschichte der einzelnen Delikte oftmals hilfreich. Und gerade aus diesen Gründen bietet das Buch auch für den wissenschaftlich interessierten Praktiker noch spannende Erkenntnisgewinne jenseits der alltäglichen Arbeitsroutine. Abschließend bleibt nur zu wünschen, dass *Schroeder* und *Maiwald* in absehbarer Zeit eine Neuauflage vorlegen, um so auch die aktuellen Entwicklungen in der Gesetzgebung und der Rechtsprechung in ihrem Lehrbuch aufzugreifen und kritisch zu erläutern.

Steuerstrafrecht/Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München

Denis Lanzinner: Scheinselbständigkeit als Straftat

Duncker & Humblot, Berlin 2014, 231 Seiten, 74,90 EUR

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2013/14 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen und hat sich das auch in der Praxis außerordentlich aktuelle Thema der Scheinselbständigkeit als Phänomen der jüngeren Rechtsgeschichte genauer angesehen.

Damit leistet die Arbeit einen wertvollen Beitrag zur Durchdringung der komplexen Thematik und hat sich dabei eine umfassende Beleuchtung der strafrechtlichen Systematik vorgenommen.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist dabei die Frage, welche Beweggründe bestehen, den Status der (Schein-) Selbständigkeit mit all ihren Risiken zu wählen und wie die nach Sozial- und Steuerrecht bestimmbare Arbeitnehmereigenschaft bzw. Arbeitgeberstellung mit dem Strafrecht verknüpft ist.

Nach einer Einführung im **1. Kapitel**, in welcher zunächst die Terminologie geklärt wird, erläutert *Lanzinner* „vorstrafrechtliche Grundlagen“ insbesondere aus dem Sozialversicherungsrecht. Es werden aber auch außerstrafrechtliche Rechtsfolgen des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts in den Blick genommen. Dabei erläutert der Autor, dass das Strafrecht im Wesentlichen die Verletzung von Rechtspflichten aus diesen außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten sanktioniert. *Lanzinner* wirft dabei die Frage auf, warum am Wirtschaftsleben Beteiligte ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu vermeiden suchen und vergleicht hierfür die unterschiedliche Rechtslage bei selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im Sozial-, Arbeits- und Steuerrecht. Er arbeitet die Vorteile einer Selbständigenkonstruktion für beide Parteien heraus und geht auf sozial-, arbeits- und steuerrechtliche Risiken im Falle „der Enttarnung“ ein.

Lanzinner formuliert, dass die Selbständigenkonstruktion nicht nur für den Auftraggeber nach Sozial- und Arbeitsrecht, weniger im Steuerrecht, vorteilhaft ist, sondern auch für den Auftragnehmer. Zwar erleidet dieser spiegelbildlich zu den Vorteilen des Auftraggebers im Sozial- und Arbeitsrecht entsprechende Nachteile, jedoch sind wesentliche steuerrechtliche Vorteile für den Auftragnehmer vorhanden, auch wenn im Regelfall die Vorteilhaftigkeit für den Auftraggeber überwiegt. Am Ende des 1. Kapitels stellt *Lanzinner* dar, dass die Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht in strafrechtlicher Hinsicht eine Vorfrage darstellt, da das Behandeln eines materiell-rechtlich bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in formeller Hinsicht als selbständige Tätigkeit im Strafrecht als solches noch nicht bezugsfähig ist.

Da es keinen Straftatbestand der Scheinselbständigkeit gibt, ergibt sich eine strafrechtliche Relevanz einzig aus den Pflichten, die mit einem Beschäftigungsverhältnis einhergehen.

Anknüpfend an die im 1. Kapitel dargestellten Grundlagen geht *Lanzinner* im **2. Kapitel** detailliert auf die Straftatbestände des § 266a StGB und der §§ 370 ff. AO ein. Hier liegt ein Schwerpunkt der Arbeit. Dabei gliedert der Autor seine Ausführungen in objektiven und subjektiven Tatbestand, Strafzumessung, Beteiligung und Verfolgungsverjährung. Im Rahmen der Einkommenssteuerhinterziehung erläutert der Autor die Möglichkeit der Selbstanzeige nach § 371 AO zur Erlangung persönlicher Straffreiheit.

Kritisch beleuchtet er dabei, dass der Anzeigende persönlich zwar bezüglich der Steuerstrafat Straffreiheit erlangt, sich jedoch durch die Offenlegung selbst der Strafverfolgung nach weiteren Straftatbeständen aussetzt. Der Autor geht dabei nicht nur auf die Rechtsprechung des BGH ein, sondern setzt sich auch mit den Risiken einer auf die Umsatzsteuer beschränkten Selbstanzeige auseinander.

Die Darstellung der Tatbestände ist ausführlich und interessiert nicht nur den wissenschaftlichen Leser, sondern gibt auch dem Praktiker einen tiefen und gut strukturierten Einblick.

Im **3. Kapitel** wendet sich *Lanzinner* dann den Auswirkungen behördlicher Feststellungsverfahren zu. Ausführlich geht er dabei zunächst auf das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV ein. Dieses grenzt der Autor zu anderen Verfahrensarten zur Statusfeststellung nach der Bedeutsamkeit für die Scheinselbständigkeit ab und erläutert die Einleitung und den Ablauf des Verfahrens, sozialrechtliche Wirkungen wie die verzögerte Beitragspflicht und die Fälligkeit nach § 7a Abs. 6 SGB IV sowie die Bindungswirkung der Entscheidung für andere Sozialversicherungsträger und im Besteuerungsverfahren.

Lanzinner stellt ausführlich die Auswirkungen des Verfahrens nach § 7a SGB IV auf das Beitragsstrafrecht dar. Er zeigt auf, dass aufgrund der Sozialrechtsakzessorität der Beitrags-

strafrechtstatbestände die Einleitung des Anfrageverfahrens Auswirkungen auf eine mögliche Strafbarkeit haben kann. Die grundlegende Rückwirkung der Antragsstellung auf bereits entstandene Gesamtsozialversicherungsbeiträge lehnt der Autor mit Blick auf die Grenzen zivilrechtlicher Rückwirkungsfiktionen im Strafrecht ab. Er kommt nach ausführlicher Diskussion auch zu dem Ergebnis, dass der Feststellungsentscheidung nach § 7a SGB IV keine echte Bindungswirkung im strafrechtlichen Bereich zukommt, sie jedoch durchaus „entsprechend den Grundsätzen zur Einbeziehung von Erfahrungswissen zu beachten und eine Abweichung daher besonders zu begründen“ (S. 170) ist. An dieser Stelle sei jedoch die praktische Anmerkung gestattet, dass das Anfrageverfahren auch gerne einmal rechts von strafrechtlichen Ermittlungen überholt wird und gar nicht abgeschlossen wird.

Der Autor stellt als zweites Verfahren die Lohnsteuer-Anrufungsauskunft nach § 42e EStG dar und kommt hierbei zu dem Schluss, dass eine objektive Auswirkung auf die Beitragsstrafatbestände der §§ 266a Abs. 1 und Abs.2 StGB nicht besteht.

Im **4. Kapitel** befasst sich *Lanzinner* mit Sachverhalten mit Auslandsbezug und behandelt dabei das Sonderproblem der Entsendung im Ausland Beschäftigter ins Inland, die illegale Ausländerbeschäftigung sowie den möglichen Einfluss der unionsrechtlichen Grundfreiheiten auf die strafrechtliche Behandlung.

Im 5. Kapitel schließlich stellt der Autor Reformüberlegungen zum materiellen Beitragsstrafrecht an. Konkret schlägt er die Einführung einer Leichtfertigkeitstrafbarkeit mit geringem Strafrahmen vor. Dadurch soll nach seiner Auffassung nicht die Strafbarkeit erweitert, sondern die „Alles-oder-Nichts-Situation“ im Rahmen des Vorsatzes abgemildert werden. Weiter schlägt *Lanzinner* vor, eine mit § 371 AO vergleichbare Möglichkeit zur Selbstanzeige für das Beitragsstrafrecht zu schaffen, da die gesetzgeberischen Intentionen übertragbar seien. Als besonders dringlich sieht er ferner die Anpassung der fünfunddreißigjährigen Verjährungsfrist des § 266a StGB auf ein „verhältnismäßiges Maß“ (S. 215) an.

Die Arbeit setzt sich umfangreich und detailliert mit der aktuellen Thematik der Scheinselbständigkeit auseinander und schlüsselt die einzelnen Aspekte systematisch auf. Der Leser kann sich hier einen Überblick verschaffen, gezielt einzelne Aspekte herausgreifen oder tiefer in das Phänomen der Scheinselbständigkeit mit all seinen Facetten und Erscheinungsformen einarbeiten. Die Rechtslage wird mit Stand September 2013 sowohl für Wissenschaftler als auch für Praktiker attraktiv und übersichtlich dargestellt.

Steuerstrafrecht

RA Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a. M.

Markus Ebner, Verfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht

Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2015 (89,90 Euro)

I. Problematik

„Verfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht“ – ein denkbar weit gefasster Titel, und dennoch legt *Ebner* mit seiner 2015 erschienen Dissertationsschrift eine präzise und klar strukturierte Untersuchung vor. Die Arbeit gibt einen umfassenden Überblick zur Rechtslage der Strafverfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht und liefert anhand bedeutsamer Hinterziehungsfallgruppen eine alle Steuerstrafatbestände erfassende Auseinandersetzung mit dem Verjährungsbeginn. Der Autor wird damit – so viel sei vorweggenommen – dem Ziel in außergewöhnlich hohem Maße gerecht, eine „Lücke zur Schicksalsfrage der Verjährung im Steuerstrafrecht (zu) schließen“ (S. 32). Das gelingt zudem mit besonderer sprachlicher Klarheit und praxisorientierter Anschaulichkeit.

In der Einführung weist *Ebner* zutreffend auf die Situation hin, dass die Strafverfolgungsverjährung in der Praxis des Steuerstrafrechts eine zentrale Rolle spielt (S. 29 f.). Einerseits würden Abgabendelikte erst spät aufgedeckt, andererseits könnten überlastete Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zahlreiche Akten oft nicht zeitnah bearbeiten. Hierüber hinausgehend ist aber auch die beratende Praxis mit Fragen der Strafverfolgungsverjährung konfrontiert, weil wirtschaftsstrafrechtliche Konstellationen in der Regel steuerliche Implikationen haben. *Ebners* Untersuchung ist somit für Staatsanwälte und Richter, Unternehmensjuristen und Strafverteidiger gleichermaßen hoch interessant.

Die Schrift geht von vier Grundfragen (S. 31) aus, die sich als rote Linie durch den Text ziehen:

- 1.) Welche Verjährungsfrist gilt (§ 78 III StGB, § 376 I AO)?,
- 2.) Ab wann hat der Verjährungsfristlauf begonnen, d.h. wann war die konkrete Steuerstraftat beendet (§ 78a StGB)?,
- 3.) (Wann) Ist der Fristablauf (rechtzeitig) unterbrochen worden (§ 78c StGB, § 376 II AO)?,
- 4.) ruht(e) der Lauf der Verjährungsfrist (§ 78b StGB, § 396 II AO)?

Der Unterbrechung des Fristlaufs wird richtigerweise besonderes Gewicht eingeräumt, weil diese in der Kommentarliteratur bisher vernachlässigt ist, was – so *Ebner* – auf die Vielschichtigkeit und Komplexität des Steuerrechts zurückzuführen ist.

II. Teil 1: Grundlagen und -begriffe

Teil 1. betrifft die Grundlagen und Begriffe der Verjährung im Steuerstrafrecht (S. 35-126). Ausgegangen wird von der kriminologischen Erkenntnis, dass bei der Steuerkriminalität ein enormes Dunkelfeld vorliege (S. 39), was in Verbindung mit den vom BMF nachgewiesenen jährlichen Hinterziehungsvolumina zu erheblichen Steuerausfällen in Deutschland führt. Dies unterstreicht die praktische Relevanz von *Ebners* Ausführungen, weil die Präventionswirkung des Steuersanktionenrechts auch von einer effektiven Anwendbarkeit der Vorschriften abhängt, der die Verjährung entgegenstehen kann (dazu auch *Ebner* auf S. 44 ff.).

Die Untersuchung widmet sich schließlich der seit dem 1.1.2008 neu gestalteten Rechtslage, durch welche die sog. „Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen“ erfolgt ist. Hiermit einher ging die Änderung bzw. Aufhebung der §§ 370, 370a, 373, 374 AO (S. 51), was der Verfasser im Einzelnen erläutert. Anschließend betrachtet *Ebner* das Phänomen des „Zigarettschmuggels“, das besondere Schwierigkeiten bereite, weil die Abgrenzung zwischen den zum Teil nebeneinander, zum Teil alternativ in Betracht kommenden Tatbeständen der §§ 370, 373 und § 374 AO (Steuerhellerie) selten behandelt werde (S. 58). Auf dieser Grundlage werden Beispielfälle genannt, anhand derer § 370 I Nr. 2 AO (Steuerhinterziehung durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen) und § 374 AO erörtert werden. Anschließend erarbeitet *Ebner* Grundlagen des allgemeinen Verjährungsrechts, unter besonderer Berücksichtigung der steuerstrafrechtlichen Implikationen (S. 60 ff.). Dieser Teil verdient besondere Hervorhebung, weil mit dogmatischer Sorgfalt auch die Wechselwirkungen zwischen Straf- und steuerrechtlichen Normen aufbereitet werden (S. 70 ff.).

Dem denktheoretisch und dogmatisch vorherrschenden Verständnis über das Wesen der Strafverfolgungsverjährung (Rechtsfrieden, S. 79 ff., und weitere Gesichtspunkte wie schwindendes Strafbedürfnis, mögliche Beweisschwierigkeiten, Gegenimpuls gegen Untätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, S. 81 f.) erteilt *Ebner* – aus der Sicht eines Verteidigers eher: bedauerlicherweise – eine Absage. Sie seien nicht geeignet, die Berechtigung einer Verjährung hinreichend zu begründen, weil staatliches Handeln dogmatisch von der Wirkung eines Eingriffes in die Freiheitsrechte des Einzelnen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz her gedacht werden müsse (S. 82). Hieraus ergebe sich, dass ein langer Zeitablauf zwischen Tat und Verurteilung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei. Bei Überschreitung der Grenzen von § 78 II StGB führe diese zum absolut wirkenden Strafverfolgungshindernis der Verjährung. Diese als „verfassungsrechtliche Verjährungstheorie“ zu bezeichnende Begründung (S. 84) ist gut nachvollziehbar und belegt *Ebners* Absicht, mit der Untersuchung nicht im Elfenbeinturm der Strafrechtsdogmatik zu verharren. *Ebners* Versuch, Wesen und Zweck des Rechtsinstituts der Verjährung im normativen Kontext des

Grundgesetzes zu interpretieren, erscheint verdienstvoll, auch wenn man – wie der Autor – mit dem Ergebnis nicht ganz glücklich ist.

Auf den Seiten 89-127 folgt eine Darstellung der allgemeinen Verfolgungsverjährungsregeln hinsichtlich Beginn, Ruhen und Unterbrechung.

III. Teil 2.: Die Verfolgungsverjährungsfristen

Teil 2. wird durch einen historischen Abriss über die früheren Regelungen zur steuerstrafrechtlichen Verjährung eingeleitet (A., S. 128-132), wobei die Darstellung problemorientiert auf die heutigen Fristen bezogen ist. Zusammengefasst mit den Abschnitten 3. und 4., die den Beginn der Verjährungsfrist betreffen, wird somit der Grundstein und Bezugspunkt für die weiteren Überlegungen gelegt. *Ebner* gelingt trotz der straffen Darstellung auch eine Erörterung einzelner Anwendungsfragen, wie zu den besonders schweren Fällen bei § 370 AO (S. 152 ff.) und der Verjährungsfrist beim Versuch (S. 157 ff.).

IV. Teil 3: Der Verjährungsbeginn bei § 370 AO

Teil 3. widmet sich ausschließlich den Einzelheiten des Beginns der Verfolgungsverjährung bei § 370 AO. Dieser erfolgt gem. § 78a S. 1 StGB mit der „Beendigung“ der jeweiligen Tat (S. 188). Die Darstellung unterscheidet die Gruppen der Veranlagungs- (A., S. 191 ff.) und der Fälligkeitssteuern (B., S. 312 ff.). Die Trennung sorgt für Übersichtlichkeit. So behandelt *Ebner* die praktisch möglichen Fälle der Steuerhinterziehung (Vollendung, Versuch, Unterlassen) in Bezug auf das Festsetzungsverfahren nach §§ 155 ff. AO. Ebenso erfolgt eine bei anderen Werken häufig zu kurz kommende Integration der Hinterziehungsvergehen im Ermittlungs-, Erhebungs-, Vollstreckungs-, Rechtsbehelfs- oder finanzgerichtlichen Verfahren.

Zuletzt wird eine empirische Befunderhebung zu der Frage geliefert, ob und wenn ja, wie und zu welchem Zeitpunkt der nach herrschender Meinung für den Verjährungsbeginn bei Vergehen gem. § 370 I Nr. 2 AO maßgebliche „allgemeine Veranlagungsschluss“ in den einzelnen Bundesländern festgelegt wird (A. III. 4. b., S. 261 ff.). Hierbei kommt *Ebner* zur interessanten Feststellung, dass in den Ländern unterschiedliche (steuerstraf-)rechtliche Fachkenntnisse vorhanden sind, was sich auf die Handhabung auswirkt (S. 292). Er stellt im Folgenden anhand von Fallbeispielen dar, wie der Zeitpunkt bestimmt werden kann (S. 293 ff.), wobei auch die praxisrelevante Fallgruppe der „Kindergeldhinterziehung“ eingehend behandelt wird (C., S. 325-342).

V. Teil 4.: Der Verjährungsbeginn bei den übrigen Steuerstraftatbeständen

Der kürzere Teil 4. (S. 344-365) behandelt die übrigen Steuerstraftatbestände hinsichtlich Verjährungsbeginn innerhalb und außerhalb der Abgabenordnung. Namentlich berücksichtigt werden die Steuerzeichenfälschung und Begünstigung von Steuerstraftaten (S. 345 ff.), die Steuerhinterziehung (S. 350 ff.), Schmuggel und Bannbruch (S. 354 ff.), Gewerbs- oder bandenmäßige Schädigung des Umsatzsteueraufkommens (S. 357 ff.) und die Lotteriesteuerhinterziehung (S. 363 ff.). Gegenüber den in der Literatur zum Teil einseitig auf § 370 AO reduzierten Darstellungen der Verjährungsproblematik zeigt sich in diesem Punkt, dass die Untersuchung ein vollständiges Gesamtbild zur Verjährung vermittelt.

VI. Teil 5: Schlussbetrachtung und „Verjährungskompass“

Teil 5. beinhaltet eine kritische Stellungnahme zur vom SPD-Parteivorstand im Wahlkampf zur 18. Bundestagswahl gemachten Ankündigung, die Verjährungsfristen durch eine Anpassung an die „Praxis in den Vereinigten Staaten“ zu vereinfachen. Nach Auffassung *Ebners* herrschten im deutschen Steuerstraf(-verjährungs-)recht zwar bereits „amerikanische Verhältnisse“ (S. 371), das US-amerikanische Recht sei im Übrigen aber nicht übertragbar, weil dies eine Verletzung der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit des Täters zur Folge haben würde (S. 373). Dem kann man auf Basis der intensiven Darlegungen nur zustimmen. Den Abschluss der Arbeit bilden als Verjährungskompass bezeichnete Abbildungen (S. 374 ff.), die dem Rechtsanwender einen schnellen Zugang zu den

im Einzelfall maßgeblichen steuerstrafrechtlichen Regelungen ermöglichen sollen und für die Arbeit des Rechtsanwenders von hohem Wert sind.

VII. Fazit

Ebner liefert mit der Untersuchung „Verfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht“ ein in sich stimmiges Werk, das tiefgehend und dogmatisch schlüssig ist. Aus Sicht des Beraters hätte der Aspekt der begrenzenden Wirkung der Verjährung stärker in den Fokus gerückt werden können. Dessen ungeachtet ist die Monographie für Steuerstrafrechtler als hochgradig praxistauglicher Leitfaden zur Bestimmung der anwendbaren Verfolgungsverjährung auf der Basis geltenden Rechts von großem Wert – ein Lob, welches man Dissertationen eher selten ausspricht. Das Werk kann nicht nur Wissenschaftlern, sondern besonders auch allen Rechtsanwendern uneingeschränkt empfohlen werden, die eine detaillierte, fallgruppenbezogene und verlässliche Darstellung der Verfolgungsverjährung im Steuerstrafrecht suchen.

Arbeitsstrafrecht

RA Joachim Schwede, Aichach

Björn Gercke, Oliver Kraft, Marcus Richter, Arbeitsstrafrecht

2. Auflage, 2015, ISBN 978-3-8114-3972-6, 482 Seiten, 69,99 Euro

Arbeitsstrafrecht ist eine ganz eigene Disziplin: Das Zusammenspiel zwischen dem kompakten und straffen Strafrecht und dem in einer Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen (Europa, Bund, Land, berufsgenossenschaftliches Satzungsrecht) sowie einer Unzahl von Entscheidungen manifestierten Arbeitsrecht stellt diejenigen, die damit in der Rechtspraxis befasst sind, vor einige Herausforderungen. Der Arbeitsrechtler, der selbst bei einer ausgeprägten Spezialisierung, „sein“ Gebiet nur mit Mühe überschauen kann, trifft auf Grenzen, wenn er strafrechtliche Dimensionen richtig bewerten muss. Der Strafrechtler, dem letztere in Fleisch und Blut übergegangen sind und der mit seinen Verfahrensbesonderheiten vertraut ist, erkennt dagegen schnell, dass die richtige Bewertung von Lebenssachverhalten aus dem Arbeitsrecht rasch aus dem engen materiellen Rechtsbereich des StGB in das weite Feld des Nebenstrafrechts hinausführt. In beiden Fällen erwartet der Mandant jedoch eine fundierte Einschätzung der Lage, die nur möglich ist, wenn ein zuverlässiges Arbeitsmittel zur Hand ist.

Die Fachanwälte für Strafrecht Prof. Dr. Björn Gercke und Dr. Oliver Kraft sowie der Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Marcus Richter haben nun bereits in zweiter Auflage ihr Handbuch „Arbeitsstrafrecht“ mit dem Untertitel „Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement“ vorgelegt, das ein solches Arbeitsmittel sein will.

In einem ersten Kapitel finden sich arbeitsrechtliche Grundbegriffe (z.B. Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft), Ausführungen zur Haftung von Unternehmen und Unternehmensverantwortlichen und zu prozessualen Besonderheiten des Strafrechts, die natürlich für den Arbeitsrechtler besonders lesenswert und interessant sind. Gerade das Unterkapitel III zum typischen Ermittlungsverlauf (S. 57) hat den Rezensenten sofort interessiert. Dieses fällt dann jedoch ausgesprochen knapp aus, worauf die Autoren auch selbst hin- und hilfsweise auf die angegebene weiterführende Literatur verweisen. Dieser Verweis ist wenig hilfreich, ist dem Buch zwar ein 20-seitiges (!) Literaturverzeichnis vorangestellt, das jedoch leider nicht sachlich geordnet, sondern alphabetisch nach Autoren aufgelistet ist. Hier die weiterführende Literatur aufzufinden ist mühsam, wenn nicht unmöglich. Würde der Rezensent nun von einem Arbeitgeber z.B. in einem arbeitsschutzrechtlichem Umfeld, zu möglicherweise stattfindenden Ermittlungsmaßnahmen befragt, wäre das Buch an dieser Stelle wenig hilfreich. Das wiederum interessiert natürlich den Strafrechtler weniger, weil es für ihn „täg-

liches Brot“ ist - ein schwieriger Spagat für die Autoren, der an dieser Stelle leider zu Lasten der arbeitsrechtlich orientierten Leser ausgefallen ist.

Kapitel 2 widmet sich dann dem materiellen Arbeitsstrafrecht und ist systematisch nach verschiedenen strafrechtlich relevanten Verhalten geordnet. Aus dem - auch für den Arbeitsrechtler - immer wieder überraschend breiten Fundus an strafrechtlich relevanten Missgriffen sollen nachfolgen exemplarisch einige ausgewählt werden: In der 2. Auflage neu bearbeitet ist das Unterkapitel zum Mindestlohngesetz (MiLoG; S. 217 ff.). Dank der bekannten Sorgfalt unseres Gesetzgebers bei der Schaffung neuer Rechtsvorschriften ist auch das MiLoG sofort vielfältig vor den Arbeitsgerichten thematisiert worden, z.B. zur ganz banalen Frage, welche Lohnbestandteile denn nun in den Mindestlohn einzurechnen sind und welche nicht (dazu z.B. Fuhlrott, ArbRAktuell 2017, 81, 83). Die Nichtzahlung des Mindestlohns ist jedoch eine Ordnungswidrigkeit, der sich der Arbeitgeber bereits deswegen ausgesetzt sieht, weil nicht klar ist, was nun eigentlich „Mindestlohn“ ist. Hier gibt das vorliegende Handbuch gute und richtige Hinweise (Rn. 721).

Alle Straftatbestände sind einheitlich aufgebaut und enthalten auch Hinweise zu Konkurrenzen (was auch und gerade für den arbeitsrechtlich geprägten Leser wichtig ist, weil ihm so aufgezeigt wird, was möglicherweise noch an Straftatbeständen „droht“) und zu den erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen.

Bei einem Blick in das Kapitel der besonders schutzwürdigen Arbeitnehmer (S. 269 ff.) fällt eine weitere Besonderheit auf. Die relevanten Vorschriften sind im Volltext abgedruckt. Das hat Vorteile (gerade für den Strafrechtler, die diese möglicherweise nicht immer gleich greifbar hat und aufgrund des Umstandes, dass die nebenstrafrechtlichen Vorschriften oft durch eine Vielzahl von Aufzählungen lang und unübersichtlich sind), aber auch Nachteile, weil diese möglicherweise schnell veraltet sind. Gerade im Internet-„Zeitalter“ sind diese Volltexte meistens „nur noch einen Klick entfernt“ und so könnte man erwägen, diesen Platz sinnvoller zu nutzen. Gut gefällt die kommentarartige Erläuterung der einzelnen Begriffe aus den Rechtsnormen, die mit einem umfangreichen Fußnotenapparat (alleine in Kapitel 2 sind es 2077), unterstützt werden.

Auch der Blick in das Kapitel der „Straftaten gegen die Betriebsverfassungsorgane“ (S. 297 ff.) zeigt die hohe praktische Relevanz auf: Wahlbehinderungen und -beeinflussungen sind (leider) an der Tagesordnung, aber auch grenzwertige Verhaltensweisen im Zusammenwirken von Arbeitgeber und Betriebsrat (das Beispiel VW ist lediglich die Spitze des Eisberges, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/zehn-jahre-vw-afaaere-gebauer-wo-bleiben-die-weiber/11972752.html>) können schnell strafrechtlich relevante Ausmaße erreichen. Darf man dem Betriebsrat Prämien zahlen (sehr ausführlich dazu Rn. 1095 ff.)? Die Grenzwertigkeit zeigt sich auch im Geheimnisverrat nach § 120 BetrVG: Wie weit darf eigentlich das Mitglied des Betriebsrats gehen, wenn „Geheimnisse“ die soziale Existenz seiner Wählerinnen und Wähler bedrohen? Alltäglich ist das nicht, aus der Praxis vieler Gremien trotzdem nicht wegzudenken! Das Handbuch gibt auch hier wichtige Hinweise (Rn. 1136 ff.).

Ebenfalls aus den Grenzbereichen des täglichen Arbeitsumfeldes kommen die Fälle des Verstoßes gegen den Arbeitnehmerdatenschutz (S. 316 ff.), denkt man z.B. an Videoüberwachungsmaßnahmen, die Kontrolle der Internutzung durch den Arbeitnehmer u.ä. Wegen der rasanten technischen wie rechtlichen Entwicklung wird dieses ein Kapitel sein, das bald fortgeschrieben werden muss.

Eigene Kapitel zu Rechtsfolgen im arbeitsstrafrechtlichen Verfahren (S. 340 ff.) und zur Vertretung von Arbeitgebern in Arbeitsstrafverfahren (S. 413 ff.) runden das Buch ab. Interessant ist im Letzteren ein eigener Abschnitt zur Beratung von Arbeitgebern als Opfer von Straftaten (S. 436 ff.), was durchaus eine hohe praktische Relevanz hat (s. Rn. 100 in Kapitel 4). Die Autoren geben eine Vielzahl von Hinweisen, wenn es darum geht, gegen Arbeitnehmer vorzugehen, die mit Schädigungsabsicht gegen den Arbeitgeber agieren.

Die Präventivberatung des Arbeitgebers (neudeutsch als „Compliance“ betitelt und von den Autoren nicht ohne Grund als „It-girl“ der präventiven juristischen Unternehmensberatung identifiziert (Rn. 6 zu Kapitel 4)) ist ebenfalls gut erläutert und mit vielen praktischen Tipps und Hinweisen versehen.

Das Handbuch wird durch ein ca. 10-seitiges Stichwortverzeichnis abgeschlossen, das die Buchinhalte gut erschließt.

Alles in allem liegt ein Kompendium vor, das sowohl dem Arbeitsrechtler als auch dem Strafrechtler gute Dienste leisten kann. Das Buch ist durchgehend klar und verständlich formuliert, umfasst - nach meiner Einschätzung - alle wesentlichen Beratungsschwerpunkte und bietet ein gutes Preis-Leistungsverhältnis, mit anderen Worten: Ich würde es uneingeschränkt empfehlen!