

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

## Redaktion:

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

## Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

## Ständige Mitarbeiter:

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

ISSN: 2193-9950 [www.wi-j.de](http://www.wi-j.de)

## Aus dem Inhalt:

### *Aufsätze und Kurzbeiträge*

MMag. Dr. Andreas Pollak, Wien

### **Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht**

90

### *Entscheidungskommentare*

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

### **BGH, Beschluss vom 15.03.2017 - 4 StR 472/16**

96

Rechtsanwältin, Diplom - Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion

### **Sich selbst überlassen?!**

98

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

### **Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht**

102

### *Internationales*

RA Dr. Richard Ehmann, Luzern, und RA Friedrich Frank, beide Zürich

### **Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht**

106

### *Veranstaltungen und politische Diskussionen*

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

### **Das neue Recht der Vermögensabschöpfung**

114

Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz, Stuttgart

### **Tagungsbericht zur WisteV Veranstaltung am 3. Mai 2017 in Stuttgart**

118

## Editorial

### Wij – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., dritte Ausgabe 2017

Mitten in der Urlaubszeit erreicht Sie die dritte Ausgabe des diesjährigen WisteV-Journals. Sie nimmt Sie gleich mit nach Österreich: *Pollak* stellt die neue Kronzeugenregelung im österreichischen Wirtschaftsstrafrecht vor. Diese sieht für den Kronzeugen, der wichtige Hinweise zur Aufklärung von Straftaten liefert, die Einstellung des gegen ihn geführten Verfahrens vor. Damit weicht sie erheblich von der deutschen Regelung in § 46b StGB ab, bei der die Aufklärungshilfe des Kronzeugen im Regelfall nur zu einer Milderung der gegen ihn zu verhängenden Strafe führt. In Deutschland ist zur Zeit aber vor allem die Kronzeugenregelung in ihrer kartellrechtlichen Ausprägung im Gespräch: Wer hat das große Kartell der deutschen Automobilhersteller als erster den Kartellbehörden angezeigt und kann deshalb auf Straffreiheit hoffen? Enthalten weitere Selbstanzeigen „Beweismittel mit erheblichem Mehrwert“, so dass zumindest eine Herabsetzung der von der EU-Kommission zu beschließenden Geldbußen in Betracht kommt?

*Klötzer-Assion* geht in der aktuellen Ausgabe anhand einer Entscheidung des BAG auf neue Rechtsfragen rund um Sachverhalte mit Fremdpersonaleinsatz ein, die sich anhand der Novellierung des AÜG zum 1. April 2017 stellen. Sie gibt zugleich wichtige Hinweise zur Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung. Altverträge sollten angesichts der neuen Regelungen überprüft werden, neue Verträge müssen an dem erweiterten Pflichtenkreis ausgerichtet werden.

*Ehmann* und *Frank* stellen die wichtigsten Entscheidungen des schweizer Wirtschaftsstrafrechts des letzten halben Jahres vor.

Wer es nicht zum 4. Kölner Insolvenzstrafrechtstag des WisteV-Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ in Zusammenarbeit mit ZInsO, DIAI und KAV in Köln geschafft hat, kann in dieser Ausgabe nachlesen: *Weyand* berichtet ausführlich über die spannenden Inhalte der Vorträge und Diskussionen zum „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ v. 13.4.2017, das zum 1.7.2017 in Kraft treten wird.

Auch in der vorliegenden Ausgabe finden Sie überdies eine breitgefächerte Reihe leserwerter Rezensionen zu aktuellen Veröffentlichungen.

Gleich nach der Urlaubszeit sind alle Mitglieder der WisteV eingeladen, an der Zukunft der WisteV – und damit auch des Wij – mitzuarbeiten und Vorschläge zu diskutieren. Deshalb sei an dieser Stelle noch einmal an das

WisteV-Sommertreffen am 23.9.2017 in Köln

erinnert. Im Anschluss an die Vortragsveranstaltung mit Oberstaatsanwältin beim BGH *Dr. Sonja Heine* und *Prof. Dr. Martin Waßmer*, Universität Köln, zum Thema „Änderung der Rechtsprechung zur Untreue bei Personenhandelsgesellschaften?“ widmet sich die Mitgliederversammlung den Fragen und Aufgaben einer weiteren Professionalisierung des Vereins. Bitte bringen Sie sich gerne darin ein!

Bis dahin darf ich Ihnen eine spannende Lektüre der aktuellen Ausgabe wünschen.

Milena Piel, Düsseldorf

## 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](mailto: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](http://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](mailto: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](http://www.wi-j.de)**

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	90
MMag. Dr. Andreas Pollak, Wien Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht	90
Entscheidungskommentare	96
Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M. BGH, Beschluss vom 15.03.2017 - 4 StR 472/16	96
Rechtsanwältin, Diplom - Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion Sich selbst überlassen?!	98
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	102
Internationales	106
RA Dr. Richard Ehmann, Luzern, und RA Friedrich Frank, Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	106
Veranstaltungen und politische Diskussionen	114
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Das neue Recht der Vermögensabschöpfung	114
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz, Stuttgart Tagungsbericht zur WisteV Veranstaltung am 3. Mai 2017 in Stuttgart	118
Stud. iur. Marcel Beck, stud. iur. Marilena Giesen, stud. iur. Sarah Zink, alle Frankfurt am Main Teamwork, Sackgassen und das Erkunden von neuen Wegen	119
Rezensionen	124
Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum September 2016 bis Juni 2017	124
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Robert Esser/Markus Rübenstahl/Frank Saliger/Michael Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht – Kommentar	132
Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, M.A., Berlin Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht	137
Rechtsanwältin Dr. Janika Sievert, LL. M. Eur., Regensburg Adick/Bülte, Fiskalstrafrecht	139
Rechtsanwalt Dr. Christian Heuking, Düsseldorf Sommer/Schmitz, Praxiswissen Korruptionsstrafrecht	142
Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, Düsseldorf Berndt/ Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung	145
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Thomas Fischer/Elisa Hoven/Hans-Peter Huber/Rolf Raum/ Thomas Rönnau/Frank Saliger/Gerson Trüg, (Hrsg.): Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens	150
Rechtsanwalt Dr. Richard Bley, Essen Michael Müller: Die Selbstanzeige im Steuerstrafrecht	152

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Österreich

MMag. Dr. Andreas Pollak, Wien

# Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht

## I. Verlängerung der Kronzeugenregelung um weitere fünf Jahre

Mit Anfang des Jahres 2017 wurde die österreichische wirtschaftsstrafrechtliche Kronzeugenregelung neu gefasst. Wie bereits ihre Vorgängerbestimmung ist die neue Kronzeugenregelung in den § 209a und § 209b<sup>1</sup> der österreichischen Strafprozessordnung<sup>2</sup> („StPO“) geregelt. Die ebenfalls in §§ 209a f StPO enthaltenen Vorgängerbestimmungen („Kronzeugenregelung-Alt“) traten mit 01.01.2011 in Kraft und waren bis 31.12.2016 befristet. Knapp vor deren Auslaufen wurde die Verlängerung der Kronzeugenregelung um weitere fünf Jahre, also bis zum 31.12.2021, beschlossen. Der Entscheidung über die Verlängerung der Kronzeugenregelung war eine wissenschaftliche Debatte über deren Sinnhaftigkeit vorangegangen.<sup>3</sup> Die Kronzeugenregelung ist bis auf wenige Einzelfälle hinaus in der bisherigen Rechtspraxis nicht angewandt worden.<sup>4</sup> Das Bundesministerium für Justiz („BMJ“) setzte daraufhin eine eigene Arbeitsgruppe ein, um die Effektivität der Kronzeugenregelung-Alt zu prüfen, Kritik aus Wissenschaft und Praxis aufzugreifen und in die Neuregelung einfließen zu lassen.<sup>5</sup>

Tragender Gedanke der Kronzeugenregelung ist der Austausch von der Strafverfolgung dienender Informationen gegen Strafnachlass für den Kronzeugen.<sup>6</sup> Anders als viele andere Rechtsordnungen sieht die österreichische Kronzeugenregelung keine gänzliche Straffreiheit des Kronzeugen vor. Nach dem österreichischen Konzept wird das Unrecht der von dem Kronzeugen begangenen Tat durch die Offenlegung einer anderen Straftat soweit ausgewogen, dass die vom Kronzeugen begangene Straftat einer diversionellen Erledigung (§§ 198 ff StPO) zugänglich wird. Bei der Diversion handelt es sich um eine Beendigung des Strafverfahrens ohne Schuldspruch und ohne förmliche Sanktionierung des Beschuldigten.<sup>7</sup> Je nach Inhalt des Diversionsangebotes der Staatsanwaltschaft an den Beschuldigten, hat der Beschuldigte anstelle einer Bestrafung bestimmte Leistungen, nämlich Zahlung eines Geldbetrages, gemeinnützige Leistungen oder Probezeit zu erbringen. Nach Erbringung seiner diversionellen Leistungen verliert der Beschuldigte seinen Beschuldigtenstatus und sagt in der Hauptverhandlung als Zeuge aus.<sup>8</sup>

Wesentlicher Kritikpunkt an der Kronzeugenregelung-Alt war die von zahlreichen Literaturstimmen als zu hoch empfundene Unsicherheit für den potentiellen Kronzeugen. Insbesondere wurde kritisiert, dass den Kronzeugen nahezu eine „Erfolgshaftung“<sup>9</sup> für die tatsächliche Verurteilung der Täter traf, selbst wenn der Kronzeuge seine Verpflichtungen voll erfüllt hatte. Ein weiterer essentieller Kritikpunkt war die in der Praxis bestehende Rechtsunsicherheit darüber, ob Ermittlungen gegen den Kronzeugen bereits ein Ausschlusskriterium dar-

<sup>1</sup> Bei § 209b StPO regelt den Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung. Die Kronzeugenregelung nach § 209b StPO unterscheidet sich grundlegend von § 209a StPO und wird in diesem Beitrag nicht näher dargestellt.

<sup>2</sup> Strafprozessordnung, StF: BGBl. Nr. 631/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2016.

<sup>3</sup> Siehe dazu die kontroversen Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf auf der Website des österreichischen Parlaments, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_01300/index.shtml#tab-VorparlamentarischesVerfahren](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01300/index.shtml#tab-VorparlamentarischesVerfahren).

<sup>4</sup> Vgl. EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 8.

<sup>5</sup> Vgl. Siehe dazu die Ausführungen <sup>5</sup> EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 8 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 220.

<sup>7</sup> Vgl. *Schroll* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 209 a (Stand 1.6.2016, rdb.at), Rz 2.

<sup>8</sup> Vgl. *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 230.

<sup>9</sup> EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 14; *Ruhri*, Kronzeugenregelung im österreichischen Straf- und Prozessrecht, AnwBl 2017, 157 (159).

stellen.<sup>10</sup> Außerdem schien der Prozess bis zur Erlangung des Kronzeugenstatus in der Praxis als zu langwierig. Berichtspflichten der Staatsanwaltschaften über die Zuerkennung des Kronzeugenstatus verlagerten die Entscheidung auf Ebenen des Bundesministeriums für Justiz<sup>11</sup> weg von den für die Führung des Ermittlungsverfahrens gegen den Kronzeugen zuständigen Staatsanwaltschaften.

Die neue Kronzeugenregelung sollte diese Defizite beseitigen, insbesondere indem die Voraussetzungen für die Erlangung des Kronzeugenstatus klarer gefasst werden und den Kronzeugen über die vollständige Erfüllung ihrer Offenlegungsverpflichtungen hinaus keine „Erfolgshaftung“ mehr für die Verurteilung der Haupttäter treffen soll.<sup>12</sup>

## II. Die wesentlichen Voraussetzungen für die Erlangung des Kronzeugenstatus

### 1. Anwendungsvoraussetzungen

Im Wesentlichen sieht der neu gefasste § 209a StPO folgende Voraussetzungen für die Zuerkennung des Kronzeugenstatus und die endgültige Einstellung des gegen den Kronzeugen geführten Strafverfahrens vor:

- Vorliegen einer geeigneten Aufklärungstat und einer geeigneten Kronzeugentat
- Offenlegung des Wissens des Kronzeugen über neue Tatsachen oder Beweismittel
- Rechtzeitigkeit des Kronzeugenantrages
- Freiwilliges reumütiges Geständnis
- Spezialpräventive Erwägungen stehen der Anwendung der Kronzeugenregelung nicht entgegen (Abwägungsklausel)

Im Nachfolgenden werden die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Kronzeugenstatus im Detail dargestellt:

### 2. Aufklärungstat und Kronzeugentat:

Die Kronzeugenregelung steht nur in Bezug auf Straftaten mit einer gewissen Schwere offen. Diese sind in § 209a Abs 1 StPO angeführt. Im Wesentlichen handelt es sich um alle Straftaten, die in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fallen, der Zuständigkeit der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption („WKStA“) unterliegen oder die im Zusammenhang mit einer kriminellen Vereinigung oder einer kriminellen Organisation stehen. Das bedeutet insbesondere, dass die Delikte der Untreue und des Betruges erst ab einem Schadensbetrag iHv. EUR 300.000 und Korruptionsdelikte sobald der Wert des Vorteils einen Betrag von EUR 3.000 übersteigt, in den Anwendungsbereich des § 209a StPO fallen.<sup>13</sup>

### 3. Offenlegung des Wissens des Kronzeugen über neue Tatsachen oder Beweismittel

Der Kronzeuge muss nicht Täter der Tat sein, zu deren Aufklärung er beiträgt („Aufklärungstat“). Die Offenlegung des Kronzeugen muss neue Tatsachen oder Beweismittel beinhalten, deren Kenntnis wesentlich dazu beiträgt, die umfassende Aufklärung der Aufklärungstat über den (allfälligen) eigenen Tatbeitrag des Kronzeugen hinaus zu fördern oder eine Person auszuforschen, die an einer solchen Verabredung führend teilgenommen hat oder in einer solchen Vereinigung oder Organisation führend tätig war (§ 209a Abs 1 Z 3 StPO). Es ist daher weder erforderlich, dass die Aufklärungstat bislang unbekannt war, noch dass der

<sup>10</sup> Vgl. EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 8.

<sup>11</sup> Vgl. *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (2).

<sup>12</sup> Vgl. EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 14; BMJ, Handbuch Kronzeugenregelung, 20.

<sup>13</sup> Zu denken wäre selbst bei geringeren Schadensbeträgen auch an die Zuständigkeit der WKStA unter Anwendung des § 20b Abs 2 StPO, wonach die WKStA Verfahren hinsichtlich Straftaten gegen fremdes Vermögen im Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit, die durch ihren Umfang oder die Komplexität oder die Vielzahl der Beteiligten des Verfahrens, die involvierten Wirtschaftskreise oder das besondere öffentliche Interesse an der Aufklärung der zu untersuchenden Sachverhalte gekennzeichnet sind, an sich ziehen kann. Verfahren wegen Korruptionsdelikten kann die WKStA ebenso auch bei Unterschreiten der Wertgrenze von EUR 3.000 an sich ziehen, wenn wegen der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat oder der Person des Tatverdächtigen ein besonderes öffentliches Interesse besteht (§ 20b Abs 2 StPO).

Kronzeuge an der Aufklärungstat nicht beteiligt gewesen wäre.<sup>14</sup> Die Anwendung der Kronzeugenregelung scheidet daher nicht aus, wenn gegen den Kronzeugen wegen der Aufklärungstat oder der vom Kronzeugen begangenen Tat (*Kronzeugentat*) bereits ermittelt wird.<sup>15</sup> Vielmehr entspricht es den mit der Kronzeugenregelung-Alt gemachten Erfahrungen, dass potentielle Kronzeugen erst an die Staatsanwaltschaft herantreten, wenn ein gewisser Verdachtsmoment gegen sie besteht.<sup>16</sup>

Im Zuge seiner Offenlegung muss der Kronzeuge sowohl die Kronzeugentat als auch die Aufklärungstat voll umfassend darstellen. Der Kronzeuge kann sowohl neue Beweise als auch neue Tatsachen offenbaren. Diese neuen Beweise oder Tatsachen müssen die Aufklärung einer als Aufklärungstat geeigneten Tat mit hinreichender Schwere (§ 209 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO) fördern. Es muss sich um konkret verwertbare Informationen und Beweise handeln, bloße Vermutungen reichen also nicht aus.<sup>17</sup> Nach Ansicht des BMJ ist es nicht ausreichend, wenn der Sachverhalt der Aufklärungstat schon weitgehend aufgeklärt ist und der potentielle Kronzeuge bloß bereits aktenmäßig bekannte Tatsachen wiedergibt oder einen nur mehr ähnlich gelagerten Sachverhalt bekanntgibt.<sup>18</sup>

Wie bereits die alte Kronzeugenregelung zuvor vorsah, können die Kronzeugentat und die Aufklärungstat in einem Konnex zu einander stehen.<sup>19</sup> Dies ist aber nicht erforderlich. Nach zutreffender Auffassung kann der Kronzeuge jegliche andere Tat mit hinreichender Schwere offenlegen, um eine diversionelle Erledigung der Kronzeugentat nach § 209a StPO zu erwirken.<sup>20</sup>

#### 4. Rechtzeitigkeit:

Der neue § 209a StPO enthält keine Beschränkungen, wie vielen Personen der Kronzeugenstatus gleichzeitig zuerkannt werden kann. Daher kann die Rechtswohltat des § 209a StPO von mehreren Personen in Anspruch genommen werden, selbst wenn es weitere Kronzeugen gibt. Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen beispielweise mehrere Geschäftsführer<sup>21</sup> und der nach Verbandsverantwortlichkeitsgesetz selbstständig strafrechtlich verfolgte Verband gemeinsam einen Kronzeugenantrag stellen und den Kronzeugenstatus zuerkannt erhalten.<sup>22</sup> Dadurch unterscheidet sich die wirtschaftsstrafrechtliche Kronzeugenregelung ganz entscheidend von der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung (§ 11b WettbG<sup>23</sup>), welche ausdrücklich vorsieht, dass nur das erste Unternehmen, welches die von der Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) benötigten Informationen und Beweise vorlegt, Kronzeugenstatus erlangen kann.

Auch wenn es keine Beschränkung der Anzahl an Kronzeugen in einem Verfahren gibt, sollte sich ein potentieller Kronzeuge nicht bis kurz vor Beginn der Hauptverhandlung mit der Stellung eines Kronzeugenantrages Zeit lassen. Vor allem ist zu bedenken, dass ein erfolgreicher Kronzeugenantrag die Staatsanwaltschaft bei den Ermittlungen unterstützen muss, sodass mit zunehmender Dauer der Ermittlungen auch der Wert der Offenlegung durch den Kronzeugen sinken könnte. Ein Beitrag zur Aufklärung erst in der Hauptverhandlung wäre jedenfalls zu spät.<sup>24</sup>

Darüber hinaus ist ein Kronzeugenantrag nicht mehr zulässig, sobald der Kronzeuge wegen der Tat, zu der er Umstände offenlegen möchte, als Beschuldigter vernommen wurde (§§ 48

<sup>14</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 5.

<sup>15</sup> Vgl. *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung Neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (3); *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung.

<sup>16</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 7.

<sup>17</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 6.

<sup>18</sup> Siehe BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 6.

<sup>19</sup> Vgl. *Schroll* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 209 a (Stand 1.6.2016, rdb.at), Rz 10 mwN.

<sup>20</sup> So etwa *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 221; aA *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (2), welche ausführen, dass die Tat des Kronzeugen in irgendeinem Zusammenhang mit der aufzuklärenden Straftat stehen müsse; unklar EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 11, worin ausgeführt wird, dass es nicht entscheidend sei „Ob der Kronzeuge selbst an dieser Tat beteiligt war oder lediglich ein Zusammenhang mit der Kronzeugentat besteht [...]“; zur strittigen Frage der Konnexität schon zur Kronzeugenregelung-Alt siehe die Darstellung des Meinungsstandes von *Komenda*, Grundsätzliche Fragen der großen Kronzeugenregelung (§209a StPO), JSt 2013, 66 (71).

<sup>21</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 9.

<sup>22</sup> Vgl. *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 228.

<sup>23</sup> Wettbewerbsgesetz, StFG: BGBl. I Nr. 62/2002.

<sup>24</sup> Vgl. *Lewis*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 231; BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 11.

Abs. 1 Z 2, 164, 165 StPO) oder wegen dieser Taten Zwang<sup>25</sup> gegen ihn ausgeübt wurde (§ 209a Abs 2 StPO). Wurde der Kronzeuge hingegen wegen einer anderen Tat als der Aufklärungstat als Beschuldigter vernommen oder Zwang gegen ihn (lediglich) wegen dieser anderen Tat ausgeübt, kann der Täter weiterhin im Zusammenhang mit der Aufklärungstat neue Tatsachen oder neue Beweise offenlegen und so Kronzeugenstatus für die den Ermittlungsbehörden bereits bekannte Tat des Kronzeugen erlangen.<sup>26</sup>

## 5. Freiwilligkeit und Reumütigkeit

Der Kronzeuge muss ausweislich des Gesetzeswortlautes freiwillig an die Staatsanwaltschaft herantreten und über die Kronzeugetat ein reumütiges Geständnis ablegen (§ 209a Abs 1 StPO). Nach Ansicht des BMJ handelt es sich bei dem Erfordernis eines reumütigen Geständnisses und der freiwilligen Offenlegung um ein „äußeres Zeichen einer Abkehr vom eigenen kriminellen Verhalten bzw. des Umfeldes“.<sup>27</sup> Das BMJ ist daher der Ansicht, dass den Strafverfolgungsbehörden nicht die Erzeugung von „Deals“ unter Drucksituation ermöglicht wird; vielmehr handelt es sich laut BMJ bei der Kronzeugenregelung um eine Gelegenheit für den potentiellen Kronzeugen aus eigener Initiative hinaus zu handeln.<sup>28</sup>

## 6. Spezialpräventive Gründe dürfen nicht entgegenstehen (Abwägungsklausel)

Die Staatsanwaltschaft hat vor Zuerkennung des Kronzeugenstatus abzuwägen, ob eine Bestrafung unter Berücksichtigung des Gewichts des Beitrags der Informationen zur Aufklärung oder Ausforschung im Verhältnis zu Art und Ausmaß seines Tatbeitrages geboten ist, um den potentiellen Kronzeugen von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten (§ 209a Abs 3 StPO). Anders als bei sonstigen diversionellen Maßnahmen sind bei der Anwendung der Kronzeugenregelung nach § 209a StPO generalpräventive Erwägungen nicht anzustellen.<sup>29</sup> Je konkreter der Verdacht gegen den potentiellen Kronzeugen bereits bei der Offenlegung ist, umso gewichtiger muss der Beitrag des Kronzeugen bei der Aufklärung ausfallen.<sup>30</sup> Bei der Abwägung zwischen dem Gewicht des Beitrags des Kronzeugen zur Aufklärung und der Art und dem Ausmaß des Tatbeitrags des Kronzeugen handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung.<sup>31</sup>

# III. Verfahren zur diversionellen Erledigung des gegen den Kronzeugen geführten Verfahrens

## 1. Diversionelle Erledigung

Nachdem der Kronzeuge sein Interesse an der Erlangung des Kronzeugenstatus gezeigt hat, im Zuge einer Beschuldigteneinvernahme ein reumütiges Geständnis über die Kronzeugetat abgelegt hat und (neue) Beweise bzw. Tatsachen über die Aufklärungstat offenbart hat, entscheidet die Staatsanwaltschaft über den vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung des Kronzeugen (§ 209a Abs 2 StPO). Sind die Voraussetzungen für die Erlangung des Kronzeugenstatus erfüllt, so ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, von der Verfolgung zurückzutreten. Dabei hat die Staatsanwaltschaft die Bestimmungen über die diversionelle Erledigung nach §§ 199 ff StPO anzuwenden. Demnach trägt die Staatsanwaltschaft dem potentiellen Kronzeugen entweder die Zahlung eines Geldbetrages, die Erbringung gemeinnütziger Leistungen oder die Bestimmung einer Probezeit auf (§ 209a Abs 2 StPO). Diesen Auftrag kann der Beschuldigte erfüllen, ist jedoch nicht dazu verpflichtet. Nach Erbringung der

<sup>25</sup> Beispielsweise Durchsuchungen, Sicherstellungen, Auskünfte aus dem Kontenregister, etc. (vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 8).

<sup>26</sup> Vgl. *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 227; in diese Richtung auch EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 13; aA *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (3), welche davon ausgehen, dass die Ausübung von Zwang oder die Einvernahme als Beschuldigter in Zusammenhang mit der Kronzeugetat ebenso die Anwendbarkeit des § 209a StPO ausschließt.

<sup>27</sup> BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 3.

<sup>28</sup> BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 4; ebenso *Pilnacek*, Zweites Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016 vom Parlament verabschiedet – Kronzeugenregelung neu, ÖJZ 2017, 1; *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (2).

<sup>29</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 9; *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 227; bereits zur alten Rechtslage, *Schroll*, in WK-StPO, Vorbemerkungen zum 11. Hauptstück (§§ 198 – 209 b), Rz 16/5 (Stand 1.6.2016, rdb.at).

<sup>30</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 10; *Pilnacek*, Zweites Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016 vom Parlament verabschiedet – Kronzeugenregelung neu, ÖJZ 2017, 1.

<sup>31</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 9.

diversionellen<sup>32</sup> Leistungen durch den Beschuldigten hat die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung einzustellen (§ 209a Abs 4 StPO).

Dem Beschuldigten kommt nach der nunmehrigen Rechtslage, wie unten näher ausgeführt, ein Recht auf Vorgehen durch die Staatsanwaltschaft nach § 209a StPO zu. Dieses Recht umfasst aber keine Einflussnahme auf den Inhalt der von der Staatsanwaltschaft aufgetragenen diversionellen Verpflichtungen.<sup>33</sup> Ist der Beschuldigte daher nicht mit den aufgetragenen Leistungen einverstanden und erfüllt er diese nicht, wird die Staatsanwaltschaft das gegen den potentiellen Kronzeugen geführte Strafverfahren fortführen.

Die Einstellung unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung wird daher gerade in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren häufig erfolgen, bevor der Kronzeuge seine Verpflichtung zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden vollständig erfüllt hat.<sup>34</sup> Die Staatsanwaltschaft kann daher auch nach Erfüllung der aufgetragenen diversionellen Leistungen bei einer späteren Verletzung der Kooperationsverpflichtungen durch den Kronzeugen die Fortführung des Verfahrens verfügen. Gesetzlich sind zwei Fälle für die Fortführung des Verfahrens gegen den Kronzeugen vorgesehen (§ 209a Abs 5 StPO). Erstens, wenn die eingegangene Verpflichtung zur Zusammenarbeit bei der Aufklärung verletzt wurde (§ 209a Abs 5 Z 1 StPO) oder zweitens, wenn die zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen falsch waren, keinen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Aufklärungstat zu liefern vermochten oder nur zur Verschleierung der eigenen führenden Tätigkeit in einer in Abs. 1 Z 3 genannten Verabredung, Vereinigung oder Organisation gegeben wurden (§ 209a Abs 5 Z 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft ist bei Vorliegen der Gründe des § 209a Abs 5 StPO berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Fortführung des Verfahrens anzuordnen.

## 2. Rechtsschutz

Dem Täter, der sämtliche Voraussetzungen erfüllt, kommt nunmehr auch ein Rechtsanspruch auf Zuerkennung des Kronzeugenstatus zu. Nach alter Rechtslage hatte der Beschuldigte kein Recht auf Zuerkennung des Kronzeugenstatus.<sup>35</sup> Wird dem potentiellen Kronzeugen nunmehr rechtswidrig durch die Staatsanwaltschaft der Kronzeugenstatus verweigert, kann sich der Täter mittels Einspruchs (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO) an das Landesgericht wenden.<sup>36</sup> Erkennt das Gericht, dass die Voraussetzungen vorliegen und die Staatsanwaltschaft daher rechtswidrig gehandelt hat, ordnet es die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes durch die Staatsanwaltschaft an. Darüber hinaus kann der potentielle Kronzeuge noch im Hauptverhandlungsstadium die Anwendung der Kronzeugenregelung verlangen,<sup>37</sup> wenn die Voraussetzungen für deren Zuerkennung im Ermittlungsstadium vorgelegen sind.<sup>38</sup>

## IV. Kritik an der Neufassung der Kronzeugenregelung nach § 209a Abs 1 StPO

Die Verlängerung der Kronzeugenregelung ist an sich eine begrüßenswerte Entscheidung des Gesetzgebers. Dennoch wurden grundlegende Probleme nicht oder nur teilweise gelöst.

### 1. Schädlicher Tatbeitrag nicht hinreichend konkret

Auch wenn dem Kronzeugen nunmehr bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 209a StPO ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Zuerkennung des Kronzeugenstatus zukommt, ist damit dem potentiellen Kronzeugen vor der Offenlegung nur wenig geholfen. Denn die Voraussetzungen des § 209a StPO sind weiterhin unklar und lassen im Einzelfall erheblichen Interpretationsspielraum offen, insbesondere da laut den Erläuternden Bemerkungen zur

<sup>32</sup> Vgl. *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 230.

<sup>33</sup> Vgl. *BMJ*, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 11.

<sup>34</sup> Vgl. *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 230.

<sup>35</sup> *Schroll* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 209 a (Stand 1.6.2016, rdb.at), Rz 3 mwN; *Preuschl/Prochaska*, Die novellierte Kronzeugenregelung aus Verteidigersicht, ZWF 2017, 4 (5).

<sup>36</sup> Vgl. *BMJ*, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 11; EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 9; *Preuschl/Prochaska*, Die novellierte Kronzeugenregelung aus Verteidigersicht, ZWF 2017, 4 (5); *Radasztics/Sackmann*, Die Kronzeugenregelung neu (§ 209a StPO), ZWF 2017, 2 (3);

<sup>37</sup> Siehe § 199 StPO.

<sup>38</sup> Vgl. EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 9; *BMJ*, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 11; *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 231.

Regierungsvorlage ein „führender oder mitbestimmender Tatbeitrag“<sup>39</sup> grundsätzlich zum Ausschluss von der Kronzeugenregelung führen soll. Die Kategorie „führender oder mitbestimmender Tatbeitrag“ ist dem österreichischen Strafrecht jedoch bislang fremd, sodass weiterhin in den in der Praxis wohl überwiegenden potentiellen Anwendungsfällen der Kronzeugenregelung sowohl die Erfüllung der Voraussetzungen als auch der Ausschluss der Kronzeugenregelung argumentierbar sein wird. Es wird daher (weiterhin) der bislang in der Praxis häufig gewählte<sup>40</sup> und risikobehaftete Weg sein, unter Zwischenschaltung eines Verteidigers zunächst auf möglichst anonymer Basis die Kooperationsbereitschaft der Staatsanwaltschaft auszuloten und erst nach Vorliegen einer – freilich nicht bindenden – Zusage der Staatsanwaltschaft die Anonymität des potentiellen Kronzeugen offenzulegen.

## 2. Langer justizinterner Entscheidungsprozess

Darüber hinaus ist der justizinterne Entscheidungsprozess über die endgültige Zuerkennung des Kronzeugenstatus weiterhin komplex und langwierig. Die Staatsanwaltschaften haben vor der endgültigen Einstellung des Verfahrens an die Oberstaatsanwaltschaft zu berichten (§ 209a Abs 3 StPO iVm § 8 Abs 1a StAG). Weiters ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, die Oberstaatsanwaltschaft im Nachhinein über die vorläufige Zuerkennung des Kronzeugenstatus zu informieren (§ 209a Abs 2 StPO iVm § 8 Abs 3 letzter Satz StAG). Damit wird die Entscheidung über die endgültige Zuerkennung des Kronzeugenstatus auf die Ebene des BMJ verlagert und führt somit weiterhin zu Rechtsunsicherheit für die potentiellen Kronzeugen.

## 3. Erfolgshaftung für Richtigkeit der Informationen

Durch die Neufassung des § 209a Abs 5 StPO (vormals § 209a Abs 4 StPO aF) sollte die Unsicherheit für den Kronzeugen reduziert werden. Denn anders als der neue § 209a Abs 5 StPO sah dessen Vorgängerbestimmung noch vor, dass der Beitrag des Kronzeugen zur Verurteilung des Täters führen musste. Der neue § 209a Abs 5 StPO wiederum macht den endgültigen Rücktritt von der Verfolgung davon abhängig, ob die Offenlegung des Kronzeugen einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Tat darstellt. Vor allem sollen außerhalb der Sphäre des Kronzeugen liegende Umstände sich nicht nachteilig für den Kronzeugen auswirken.<sup>41</sup> Allerdings dürfte dennoch eine gewisse „Erfolgshaftung“ des Kronzeugen verbleiben. Die vom Kronzeugen offenbarten Tatsachen dürfen weiterhin nicht falsch sein; die Gutgläubigkeit des Kronzeugen dürfte nach Auffassung des BMJ nicht ausreichen.<sup>42</sup>

## 4. Zivilrechtliche Haftung des Kronzeugen und Verfall

Ein weiteres bereits vor der Neufassung des § 209a StPO bekanntes Problem ist die zivilrechtliche Haftung des Kronzeugen und die drohenden Verfallsanordnungen. Dieser Umstand ist gerade für nach dem österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz<sup>43</sup> (VbVG) strafrechtlich verfolgte Verbände für die Entscheidung, einen Kronzeugenantrag zu stellen, von Bedeutung. Erfahrungsgemäß übersteigen die zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen in Wirtschaftsstrafverfahren die Verbandsgeldbußen um ein Vielfaches. Wird nun ein Verband Kronzeuge, beraubt er sich damit faktisch der Möglichkeit, einen auf der Straftat beruhenden zivilrechtlichen Anspruch zu bekämpfen ohne zu riskieren, den Kronzeugenstatus zu verlieren. Die übrigen Täter hingegen werden häufig die Begehung einer Straftat leugnen. Im Ergebnis werden sich die Geschädigten daher häufig zunächst bei dem als Kronzeugen qualifizierten Verband schadlos halten.

Ebenso kann der Kronzeuge mit Verfallsanordnungen konfrontiert sein,<sup>44</sup> wobei insbesondere das geltende Bruttoprinzip<sup>45</sup> wirtschaftlich desaströse Auswirkungen haben kann. Für die Zukunft wäre es wünschenswert, wenn es für Kronzeugen wirtschaftliche Erleichterungen bei vermögensrechtlichen Anordnungen geben kann.

<sup>39</sup> Vgl. EBRV 1300 BlgNR 25. GP, 9.

<sup>40</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 12.

<sup>41</sup> Vgl. BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 20.

<sup>42</sup> Im Ergebnis wohl BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, 20.

<sup>43</sup> Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, StF: BGBl. I Nr. 151/2005.

<sup>44</sup> Zur Anwendung des Verfalls im selbständigen Verfahren bei diversioneller Erledigung siehe *Schmidhuber*, Konfiskation, Verfall und Einziehung, 228; *Lewisch*, Verteidigung unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung, in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung, 233.

<sup>45</sup> Ausführlich zum Bruttoprinzip siehe *Schmidhuber*, Konfiskation, Verfall und Einziehung, 133 ff.

## Entscheidungskommentare

## Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

## BGH, Beschluss vom 15.03.2017 - 4 StR 472/16

**Gegenstand der Urteilsanmerkung ist ein Beschluss des 4. Strafsenats des BGH zur Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens bei einem Anlagebetrug. Nach den getroffenen Feststellungen liegt ein Vermögensschaden in voller Höhe des Anlagebetrages nur dann vor, wenn der Täter von Anfang an keine Anlage tätigen und das Geld nicht zurückzahlen will. Hat er lediglich die Absicht, die zugesagten Anlagegeschäfte nicht vorzunehmen und das Geld bei fortbestehender Rückzahlungsbereitschaft anderweitig zu verwenden, kommt es darauf an, ob und inwieweit der Rückzahlungsanspruch dadurch entwertet wird.**

### I. Sachverhalt

Anfang des Jahres 2006 trat der frühere Mitangeklagte R. an den Angeklagten mit der Bitte heran, bei ihm Gelder des K. e.V. anlegen zu dürfen. Der Angeklagte versprach R. daraufhin bewusst wahrheitswidrig, er könne diese Gelder bis zum 1. Oktober 2006 verdoppeln. Beide vereinbarten, dass der Angeklagte mit den Geldern eine Kapitalanlage in der Form eines Aktienkaufs tätigt, wobei er selbst Inhaber der Aktien werden sollte. Dem Angeklagten war bewusst, dass er R. mit dieser Vereinbarung täuschte. Diesem war zwar bekannt, dass die Anlage bei dem Angeklagten mit einem Risiko verbunden war. Insoweit nahm er auch einen eventuellen Totalverlust in Kauf. Er vertraute aber darauf, dass der Angeklagte tatsächlich eine Kapitalanlage in der Form eines Aktienerwerbs vornehmen werde. Die in Aussicht gestellten Renditen und Kursgewinne hielt er für möglich. Basierend auf dieser Vereinbarung überließ R. dem Angeklagten in der Zeit vom 24. Februar 2006 bis zum 15. August 2006 in neun Teilbeträgen insgesamt 180.500 Euro. Wie von Anfang an beabsichtigt, verwendete der Angeklagte mindestens die Hälfte der Gelder für seinen Lebensunterhalt und tätigte entgegen der Zusicherung in der Vereinbarung keine Kapitalanlage. Die andere Hälfte der Gelder übergab er - seinem Tatplan entsprechend - dem Zeugen Re., ohne dass dabei eine Kapitalanlage vereinbart war. Im Oktober 2006 trat ein „Totalverlust“ ein. Der Angeklagte erbrachte keine der versprochenen Zahlungen. Zugriffsmöglichkeiten auf von ihm erworbene Aktien bestanden nicht. Das Landgericht ist der Auffassung, dass dem K. e.V. deshalb ein (tatbestandlicher) Schaden in Höhe von 180.500 Euro entstanden sei.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des Angeklagten hat teilweise Erfolg.

### II. Entscheidungsgründe

Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe einen Vermögensschaden in Höhe von 180.500 Euro verursacht, wird von den Feststellungen nicht getragen. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung. Spätere Entwicklungen berühren den tatbestandlichen Schaden nicht. Diese haben nach st. Rechtsprechung nur noch für die Strafzumessung Bedeutung<sup>1</sup>. Übergibt der Getäuschte dem Täter später zurückzahlende Gelder, damit dieser davon Aktien kauft und Spekulationsgeschäfte vornimmt, an deren Ertrag der Getäuschte teilhaben soll, liegt ein Vermögensschaden in voller Höhe vor, wenn der Täter von Anfang an keine Anlage tätigen und das Geld nicht zurückzahlen will<sup>2</sup>. Hat er lediglich die Absicht, die zugesagten Anlagegeschäfte nicht vorzunehmen und das Geld bei fortbe-

<sup>1</sup> BGH, NStZ 2016, 674, 675; BGHSt 3, 99, 102; BGH WM 2016, 1785, 1786.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 23. November 1983 - 3 StR 300/83; Satzger in SSWStGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 271.

stehender Rückzahlungsbereitschaft anderweitig zu verwenden, kommt es darauf an, ob und inwieweit der Rückzahlungsanspruch dadurch entwertet wird. Ein eventueller Minderwert ist dabei nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilen und der Vermögensschaden unter Berücksichtigung banküblicher Bewertungsansätze konkret festzustellen und zu beziffern<sup>3</sup>.

Hier ergeben die Urteilsgründe nicht, dass im Zeitpunkt der täuschungsbedingten Vermögensverfügungen keinerlei Aussicht auf eine auch nur teilweise Rückzahlung durch den Angeklagten bestand und der erworbene Gegenanspruch deshalb wirtschaftlich vollständig wertlos war. Der Umstand, dass im Oktober 2006 tatsächlich ein „Totalverlust“ eintrat, hat dafür lediglich einen Indizwert. Dass der Angeklagte von Anfang an nicht nur die Absicht hatte, keine der Vereinbarung entsprechende Anlagen zu tätigen, sondern auch keinerlei Rückzahlungen leisten wollte, hat das Landgericht nicht festgestellt. Zwar wird der Eintritt eines tatbestandlichen Schadens hier bereits dadurch hinreichend belegt, dass der Angeklagte - seinem Tatplan entsprechend - mindestens die Hälfte der Gelder für private Zwecke verwandte. Um von einer völligen Wertlosigkeit des vertraglichen Rückzahlungsanspruchs ausgehen zu können, hätte es aber auch der näheren Darlegung bedurft, was aus dem Geld werden sollte, welches der Angeklagte dem Zeugen Re. übergab. Allein der Umstand, dass dabei keine den vertraglichen Vorgaben entsprechende Kapitalanlage vereinbart wurde, belegt lediglich, dass der Angeklagte auch insoweit abredewidrig handelte. Dass auch dieser Teil des Geldes als verloren anzusehen war, weil keine Aussicht auf eine zumindest teilweise Rückzahlung bestand, ergibt sich daraus noch nicht.

Da aufgrund der getroffenen Feststellungen sicher davon auszugehen ist, dass ein tatbestandlicher Vermögensschaden entstanden ist, hat der Rechtsfehler keine Auswirkungen auf den Bestand des Schuldspruchs.<sup>4</sup> Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass das Landgericht von einem zu großen Schuldumfang ausgegangen ist, sodass der Ausspruch über die Einzelstrafe aufzuheben ist. Dies entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage. Die Kompensationsentscheidung, die keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten aufweist, wird hierdurch nicht berührt. Daher wird die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### III. Anmerkung

Auch diese Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH verdeutlicht, dass bei der Bestimmung des Vermögensschadens sehr sorgfältig festgestellt werden muss, welche Motivation ein Täter zum Zeitpunkt einer Betrugsstraftat hatte und wie zu diesem Zeitpunkt sich seine wirtschaftliche Situation darstellte. Dabei sollte sich immer wieder vergegenwärtigt werden, dass der Betrug eine Vermögensstraftat ist und nicht jede Täuschung per se, sondern nur eine vermögensschädigende Täuschung von strafrechtlicher Relevanz ist.

Eine Täuschung über innere Tatsachen ist stets schwer nachzuvollziehen, da sich hierbei um psychische Zustände wie Absichten, Motive, Überzeugungen, Kenntnisse und Vorstellungen handelt. Diese psychischen Realitäten sind nur in ihren Auswirkungen wahrnehmbar und/oder beweisbar und beziehen sich häufig auf Zukünftiges. Der Rückschluss von objektifizierbaren Tatsachen auf die innere Einstellung des Handelnden wird – wie auch diese Entscheidung zeigt – nicht immer mit hinreichender Sorgfältigkeit von den Ermittlungsbehörden ermittelt oder in den Entscheidungsgründen herausgearbeitet.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170, 229 zu § 266 StGB; Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, 47 zu § 263 StGB.

<sup>4</sup> BGH, NStZ-RR 2016, 205, 207; NStZ 2016, 343, 344 mwN.

## Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwältin, Diplom - Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion

# Sich selbst überlassen?!

**Zugleich Anmerkung zu BAG Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, ZIP 2017, 836**

## I. Einleitung

Mit der Novellierung des AÜG zum 1. April 2017 rücken Rechtsfragen rund um Sachverhalte mit Fremdpersonaleinsatz wieder verstärkt in den Fokus der Protagonisten. Insbesondere zur Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung ist es erforderlich, Altverträge zu überprüfen und ggf. anzupassen, neue Verträge sind am geltenden Recht auszurichten. Sowohl Ver- als auch Entleiher von Personal sehen sich einem erweiterten Pflichtenkreis gegenüber. Entsprechend ist zu hinterfragen, welchen Sorgfalts- und/oder Prüfungsmaßstab die Vertragspartner anzulegen haben. Ein Urteil des 9. Senats des BAG vom 17.1.2017<sup>1</sup>, das die „Selbstüberlassung“ eines Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers eines Verleihunternehmens – hier einer GmbH – zum Gegenstand hat, enthält auch hierzu einen Hinweis. Der nachstehende Beitrag beleuchtet die Entscheidung und untersucht etwaige Auswirkungen auf Sachverhalte, welche nach neuem Recht zu beurteilen sind sowie straf- und bußgeldrechtliche Risiken der dem Entscheidungsfall zugrundeliegenden Gestaltung.

## II. Entscheidung des BAG vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16

### 1. Sachverhalt und vorinstanzliche Entscheidungen

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Kameramann war bei einer Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts als freier Mitarbeiter im Einsatz. Bei der Rundfunkanstalt gab es nach internen Vorgaben eine Beschränkung der Beauftragung freier Mitarbeiter auf höchstens 60 Tage im Kalenderjahr. Der frühere Produktionschef der Auftraggeberin erklärte dem freien Mitarbeiter, umfangreichere Einsätze seien möglich, wenn er über ein Verleihunternehmen mit Erlaubnis nach § 1 AÜG entliehen werden könne.

Vor diesem Hintergrund gründete der (vormals) freie Mitarbeiter die T.GmbH, welche auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhielt. Zwischen ihm als Alleingeschafter und alleinigem Geschäftsführer und der T.GmbH bestand kein Arbeitsverhältnis. Die T.GmbH beschäftigte aber Arbeitnehmer, welche sie auch verlieh; in geringem Umfang u.a. an besagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts.

Zwischen dieser – der späteren Beklagten – und der T.GmbH wurde eine Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung von Produktionspersonal und ggf. Sachmitteln getroffen. Die T.GmbH versicherte darin, über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG<sup>2</sup> zu verfügen. Die T.GmbH verpflichtete sich zudem, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr mindestens für die Dauer der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung erfolgten entsprechende Personalabrufe und -einsätze.

Mit wenigen Ausnahmen wurde überwiegend der Alleingeschafter und alleinige Geschäftsführer der T.GmbH – der spätere Kläger – bei der Beklagten eingesetzt. 2014 erhob dieser Klage zum ArbG Kiel und begehrte die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten. Er sei, so der Kläger, im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen. „Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingeschafter und Geschäftsführer der T. GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als sol-

---

<sup>1</sup> BAG Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, ZIP 2017, 836.

<sup>2</sup> Der Sachverhalt betrifft Überlassungen im Zeitraum von 2001 bis 2014. Angesprochen sind die Normen des AÜG in der alten, jeweils gültigen Fassung. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ist entfallen.

cher an die Beklagte verliehen worden sein.<sup>3</sup> Der Kläger trug vor, weisungsabhängig und in den Betrieb der Beklagten voll integriert gewesen zu sein.<sup>4</sup>

Das ArbG Kiel wies die Klage als unbegründet ab.<sup>5</sup> Es könne kein Arbeitsverhältnis festgestellt werden, da es an einer persönlichen Abhängigkeit des Klägers fehle. Diesem habe es u.a. freigestanden, auch andere Aufträge anzunehmen oder Aufträge der Beklagten abzulehnen. Im Zeitraum 2007 bis 2014 habe er – wenn auch in geringer Anzahl – auch Aufträge Dritter angenommen. Nicht entscheidend sei, dass er von der Beklagten ab 2007 zeitlich umfassend, „fast vollständig in Anspruch genommen wurde“.<sup>6</sup> Dies spreche zwar für eine starke wirtschaftliche, nicht aber für eine persönliche Abhängigkeit des Klägers.

Das erstinstanzliche Urteil wurde auf die Berufung des Klägers hin vom LAG Schleswig-Holstein kassiert.<sup>7</sup> Die Beklagte wurde verurteilt, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen. Zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit begründet worden. Das AÜG finde aus Rechtsgründen keine Anwendung, da Voraussetzung sei, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person *Arbeitnehmer* des Verleihers ist. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

Entsprechend habe die Prüfung des Status des Klägers nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen.<sup>8</sup> Die zwischen der Beklagten und der T.GmbH geschlossene Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung sei darauf ausgerichtet gewesen, „die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Einschaltung der Firma T. als Verleihunternehmen erfolgte aufgrund der Anregung des verantwortlichen Mitarbeiters M. des Beklagten gegenüber dem Kläger, er könne im Wege der Leiharbeit bei ihm eingesetzt werden. Den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten war auch bekannt, dass der Kläger tatsächlich Geschäftsführer der Firma T. war. Das konnten diese ohne Weiteres aus den regelmäßig vom Kläger unterzeichneten Rahmendienstverträgen der Firma T. mit dem Beklagten ersehen, in denen der Kläger als Geschäftsführer der T. zeichnete. Nach den Erörterungen im Berufungstermin war unstreitig, dass nicht nur im Jahr 2012 sondern auch in den Jahren zuvor jeweils Rahmenverträge vom Kläger und dem verantwortlichen Produktionschef und dem verantwortlichen Produktionsleiter des Beklagten unterzeichnet worden waren. Ferner wiesen sämtliche vom Kläger für die Firma T. bei dem Beklagten eingereichten Rechnungen den Kläger als Geschäftsführer dieser Firma aus. Damit lag zum Zeitpunkt der jeweiligen Einsätze des Klägers für den Beklagten offen zutage, dass der Kläger gerade nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer für die T. einer dieser gegenüber bestehenden Verpflichtung nachkam, wenn er seine Dienste bei dem Beklagten antrat.“<sup>9</sup>

Das LAG Schleswig-Holstein gelangt nach einer Gesamtabwägung der Merkmale, die für ein Arbeitsverhältnis oder für eine selbständige Tätigkeit (als freier Mitarbeiter) sprechen können, zu der Überzeugung, der Kläger sei in Vollzeit weisungsgebunden tätig und in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Dass der Kläger unregelmäßig von seinem sog. Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht habe, sei unmaßgeblich. Zwar habe der Kläger Aufträge ablehnen können und dies auch getan. Gleichwohl sei er im Umfang einer Vollzeitkraft für die Beklagte tätig geworden.

Der Kläger habe darauf vertrauen dürfen, auch in Zukunft weiter herangezogen zu werden. Bei Gründung der T. GmbH sei es gerade darum gegangen, „regelmäßig mehr als die von dem Beklagten vorgegebene 60-Tageshöchstgrenze für Einsätze als freier Mitarbeiter bei dem Beklagten beschäftigt zu werden“.<sup>10</sup>

Dass die Beklagte sich darauf berufe, ein Arbeitsverhältnis sei weder gewollt gewesen noch zustande gekommen, sei rechtsmissbräuchlich, die Berufung des Klägers auf den Arbeitnehmerstatus hingegen nicht treuwidrig i.S.d. § 242 BGB. Denn dieser habe bei Gründung der T. GmbH „nicht zielgerichtet zur Erlangung des Arbeitnehmerstatus“<sup>11</sup> gehandelt. Es sei ihm darum gegangen, mehr eingesetzt werden zu können. Das klägerische Vorgehen sei weder heimlich noch auf Täuschung ausgerichtet gewesen. Rechtsmissbräuchliches Verhal-

<sup>3</sup> BAG ZIP 2017, 836.

<sup>4</sup> ArbG Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, Rn. 6 ff., zitiert nach juris.

<sup>5</sup> ArbG Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, recherchiert in juris.

<sup>6</sup> Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, Rn. 30, zitiert nach juris.

<sup>7</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, recherchiert in juris.

<sup>8</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 60 ff., zitiert nach juris.

<sup>9</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 66, zitiert nach juris.

<sup>10</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 81, zitiert nach juris.

<sup>11</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 89, zitiert nach juris.

ten liege nicht vor, „wenn eine der beiden Parteien zu späterer Zeit die Rechtmäßigkeit einer zunächst einvernehmlich praktizierten Verfahrensweise in Frage stellt.“<sup>12</sup>

## 2. Abweichende Auffassung des 9. Senats des BAG

Der 9. Senat des BAG ist anderer Ansicht und stützt das klageabweisende Urteil auf folgende Erwägungen:

Mit Blick auf die Anwendbarkeit des AÜG prüft der Senat zunächst die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im Verhältnis zur T.GmbH. Er kommt zu dem Ergebnis, dieser sei unter keinem Gesichtspunkt Arbeitnehmer der T.GmbH gewesen. Entsprechend habe keine Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG vorgelegen. Das sich „Sichselbstüberlassen“ eines Alleingeschafters und Alleingeschäftsführers eines Verleihunternehmens unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.<sup>13</sup>

Des Weiteren führt der Senat aus: Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG diene dem Schutz des *Arbeitnehmers* für den Fall, dass der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis sei. Diese Fiktion kompensiere also „den Verlust, den der Leiharbeiter andernfalls infolge der Regelung in § 9 Nr. 1 AÜG erlitte. Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG arbeitete der Leiharbeiter, der von seinem Vertragsarbeitgeber entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ohne Erlaubnis einem Dritten überlassen wird, ohne arbeitsvertragliche Grundlage. Seine Ansprüche, die sich allein gegen den Verleiher richteten, wären nach den Grundsätzen über das faktische Arbeitsverhältnis und der Schadensersatzbestimmung des § 10 Abs. 2 AÜG zu ermitteln (BAG 20. September 2016 – 9 AZR 735/15 – Rn 54).“<sup>14</sup>

Das Vorliegen einer Verleiherlaubnis berechtige den Verleiher, Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit an Dritte zur Arbeitsleistung zu überlassen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, sei „auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar, soweit der Gesellschafter-Geschäftsführer die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte. Die Auswahlentscheidung, welche konkrete Arbeitskraft dem Entleiher zur Verfügung gestellt wird, trifft allein der Verleiher.“<sup>15</sup>

Rechtsverstöße – so der Senat – berührten das Außenverhältnis zum Entleiher nicht, sondern ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft. Soweit der Alleingeschafter und -geschäftsführer die autonome Entscheidung treffe, selbst tätig zu werden, werde „seine Vertragsbeziehung zur Gesellschaft“ betroffen, „ohne auf das durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vermittelte Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag behält seine Rechtswirksamkeit. Die Neubegründung eines weiteren Anstellungsverhältnisses bei dem Entleiher ist durch den Schutzzweck des AÜG nicht veranlasst.“<sup>16</sup>

Entgegen der Auffassung des LAG liege auch kein institutioneller Rechtsmissbrauch vor. Eine „Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten“ sei nicht intendiert gewesen.<sup>17</sup> Ausschlaggebend sei hier die umfassende unternehmerische Betätigung der T.GmbH, welche über eine „Ein-Mann-GmbH“ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausgehe.

Die „Zwischenschaltung der T.GmbH“ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 90, zitiert nach juris.

<sup>13</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838.

<sup>14</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838.

<sup>15</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838 f.

<sup>16</sup> BAG ZIP 2017, 836, 839.

<sup>17</sup> BAG ZIP 2017, 836, 840.

<sup>18</sup> BAG ZIP 2017, 836, 840.

### 3. Zusammenfassung

Als Kernaussagen lassen sich festhalten:

Das AÜG gelangt (nur) zur Anwendung, wenn Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen werden und dessen Direktionsrecht unterliegen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, ist „auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar. Dies jedenfalls, solange dieser „die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte.“<sup>19</sup>

Auf Seiten des Entleihers – und das ist mit Blick auf anzulegende Sorgfaltsmaßstäbe bedeutsam – besteht keine (!) Verpflichtung zur Überprüfung der konkreten Rechtsbeziehung zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Verleiher.

Institutioneller Rechtsmissbrauch liegt hier nicht vor, da eine „Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten“ nicht intendiert gewesen sei. Als ausschlaggebend wird die umfassende unternehmerische Betätigung der T.GmbH, welche über eine „Ein-Mann-GmbH“ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausging, angeführt.

Die „Zwischenschaltung der T.GmbH“ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.

### III. Bemerkungen

Mit der AÜG – Novelle 2017 wurde § 1 AÜG neu gefasst. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG<sup>20</sup> bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, weiterhin der Erlaubnis.

In § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG wird Arbeitnehmerüberlassung nun definiert: Arbeitnehmerüberlassung liegt danach vor, wenn *Arbeitnehmer* in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG, dass zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

Nach wie vor ist das AÜG auf die „Selbstüberlassung“ des Nicht-Arbeitnehmers also nicht anwendbar. Wird eine Person überlassen, die nicht Arbeitnehmer des Verleihers ist, ohne gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, 5 und 6 AÜG zu verstoßen, wirkt sich dies weiterhin nur auf das Innenverhältnis, nicht jedoch auf das Außenverhältnis zum Entleiher aus.

Nur bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher wegen Verstößen gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, 5 und 6 AÜG (also gegen die Erlaubnispflicht sowie die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht) oder § 1 Abs. 1b AÜG (also die Verletzung der Höchstüberlassungsdauer) kommt es zur Fiktion des Arbeitsverhältnisses. Für den Fall, dass *Arbeitnehmer* von einem anderen als dem Verleiher überlassen werden (früher möglicher Kettenverleih), ordnet der neu eingefügte § 10a AÜG die entsprechende Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b und § 10 AÜG an; die Fiktion des Arbeitsverhältnisses erfolgt zum Erstentleiher.

Aus der Perspektive des strafrechtlichen Beraters ist die gewählte Gestaltung keineswegs ohne Risiken. Der vorliegende Fall erinnert an die in der Praxis häufig anzutreffende Konstellation, in der alles reibungslos funktioniert – solange *beide* Seiten profitieren. Auseinandersetzungen der vorliegenden Art resultieren erfahrungsgemäß aus dem Rückgang der Beschäftigung oder Uneinigkeit über deren Vergütung und sind ebenfalls zu beobachten, wenn Auftragnehmer kurz vor Eintritt in das Rentenalter ihre soziale Absicherung überdenken.

<sup>19</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838 f.

<sup>20</sup> In der Fassung vom 21.2.2017, gültig seit 1.4.2017.

Der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH genießt aufgrund seiner Rechtsmacht keinen arbeitsrechtlichen Schutz; eine Arbeitnehmereigenschaft liegt nicht vor. Korrespondierend dazu unterliegt der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH auch nicht der Sozialversicherungspflicht.<sup>21</sup>

Hätte der 9. Senat des BAG anders entschieden und auf ein Arbeitsverhältnis erkannt, wäre die Beklagte (ungeachtet etwaiger Gegenansprüche gegen den Kläger) nicht unerheblichen Nacherhebungen der Sozialversicherungsträger und des Fiskus ausgesetzt gewesen. Des einen Freud, des anderen Leid.

Aber das Risiko der Beklagten war hier nicht nur finanzieller Art. Derartige Fälle ziehen regelmäßig strafrechtliche Ermittlungen nach sich, wobei die subjektive Tatseite und/oder Irrtumsfragen über strafrechtliche Konsequenzen z.B. nach § 266a StGB, § 370 AO häufig genug den Ausschlag geben. Gleiches gilt im Zusammenhang mit etwaigen Beitragsnacherhebungen, wenn es darum geht, ob diese im Rahmen der 4-jährigen Regelverjährung oder – bei bedingtem Vorsatz in sozialversicherungsrechtlichem Sinne – 30 Jahre lang möglich sind.

Die Entscheidung lässt den auf arbeitsrechtlichem Terrain nicht ganz trittsicheren Strafverteidiger und strafrechtlichen Berater mit der Frage zurück, ob sich ein Strafgericht über die Beweggründe des Abschlusses der Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung wohl dieselbe Überzeugung gebildet hätte, wie der 9. Senat des BAG. Die Lesart der Strafverfolger wäre mit einiger Wahrscheinlichkeit eine andere.

<sup>21</sup> Jüngst: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.3.2017, L 11 R 1310/16, recherchiert in juris.

---

## Insolvenzstrafrecht

---

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

### 1. Entbindungsbefugnis des Verwalters von der Schweigepflicht des Berufsgeheimnisträgers bei Insolvenzen juristischer Personen - § 53 StPO

Für im Rahmen eines Mandatsverhältnisses zu einer juristischen Person möglicherweise anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen Straftaten eines (auch faktischen) Vertreters ist die Schweigepflichtentbindung durch diesen, als Träger des Geheimnisses, erforderlich. Geht es um die Offenlegung von Straftaten des Insolvenzschuldners bzw. früherer oder jetziger (auch faktischer) Organe einer in Insolvenz geratenen juristischen Person, ist eine Schweigepflichtentbindung allein durch den Insolvenzverwalter nicht ausreichend.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08. 12. 2016 - 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 441 m. abl. Anm. Weyand.

Zu der Entscheidung s. auch zust. Pauka, NZI 2017, 176, differenzierend Beukelmann, NJW-Spezial 2017, 120 sowie abl. Priebe, EWIR 2017, 245. Mit dem Beschluss verlässt das OLG Zweibrücken die Linie verschiedener anderer Oberlandesgerichte, die – jedenfalls in jüngerer Zeit – bei insolventen juristischen Personen eine umfassende Entbindungsbefugnis des Insolvenzverwalters annehmen; vgl. etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399, sowie OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 – 2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157. Umfassend zu der Problematik s. Wick, ZWH 2017, 82.

### 2. Durchsuchungsanordnungen gegenüber einem Insolvenzverwalter - § 103 StPO

Eine Durchsuchung beim Insolvenzverwalter ist nur dann verhältnismäßig, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Beweismittel ohne Durchsuchung verloren gehen

könnten und dadurch die Ermittlungen beeinträchtigt werden. Der Insolvenzverwalter ist als unabhängige Rechtsperson verpflichtet, mit den Ermittlungsbehörden zu kooperieren. Etwas Anderes gilt allein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein besonderes Näheverhältnis zwischen ihm und dem Beschuldigten oder dessen Umfeld besteht, das besorgen lässt, dass eine Anfrage bei dem Insolvenzverwalter dem Beschuldigten zur Kenntnis gelangt und dort oder bei einem Dritten zu einem Beweismittelverlust führen wird oder wenn bereits vor Beantragung und Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses deutlich wird, dass der Insolvenzverwalter zur Herausgabe nicht bereit ist. Aus § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO lässt sich ein allgemeines Durchsuchungs- oder Beschlagnahmeverbot in Bezug auf den Insolvenzverwalter nicht herleiten.

LG Bonn, Beschluss vom 22. 12. 2016 - 27 Qs 23/16, ZInsO 2017, 719.

Zu der Problematik vgl. bereits Weyand, ZInsO 2008, 24. Aus der jüngeren Rechtsprechung s. LG Saarbrücken, Beschluss vom 02.02.2010 – 2 Qs 1/10, ZInsO 2010, 431; LG Dresden, Beschluss vom 27.11.2013 – 5 Qs 113/13, ZInsO 2013, 2564.

### **3. Ablehnung einer Durchsuchungsanordnung durch den Ermittlungsrichter: Keine anschließende Annahme von Gefahr in Verzug durch die Staatsanwaltschaft - § 105 StPO**

Ist beim Ermittlungsrichter ein Durchsuchungsbeschluss beantragt, ist auch dann, wenn dieser sich außerstande sieht, die Anordnung ohne Vorlage der Akte zu erlassen, für eine staatsanwaltschaftliche Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug regelmäßig kein Raum mehr, es sei denn, es liegen neue Umstände vor, die sich nicht aus dem vorangegangenen Prozess der Prüfung und Entscheidung über den ursprünglichen Antrag auf Durchsuchung ergeben. Der Hypothese eines möglichen rechtmäßigen Ermittlungsverfahrens kommt bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts im Rahmen der Abwägungsentscheidung über ein Beweisverwertungsverbot keine Bedeutung zu.

BGH, Urteil vom 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 1332 m. Anm. Zopfs.

### **4. Datenträger als „Papiere“ im Sinne des 110 StPO**

Geräte, die als elektronisches Speichermedium dienen und bei einer Durchsuchungsmaßnahme aufgefunden werden, sind nach § 110 StPO durchzusehen und auszulesen, um eine Entscheidung darüber herbeizuführen, welche beweiserheblichen Daten sich dort befinden.

LG Dessau-Rosslau, Beschluss vom 03.01.2017 - 2 Qs 236/16, StraFo 2017, 108.

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Rathgeber, FD-StrafR 2017, 388431.

### **5. Kostentragungspflicht bei Beauftragung externer Dienstleister im Ermittlungsverfahren - § 465 StPO**

Die Staatsanwaltschaft darf bei ihren Ermittlungen private Dritte zur Erbringung von Dienstleistungen, die Spezialkenntnisse erfordern, hinzuziehen. Die hierbei entstehenden Kosten können dem Verurteilten als Verfahrenskosten nur dann gesondert auferlegt werden, wenn die Beauftragung erfolgt, um spezifische Fragestellungen aufgrund des fachlichen Wissens des Beauftragten zu klären, und ggf. aufgrund entsprechender Erfahrungssätze verfahrenserhebliche Tatsachen zu ermitteln. Die bloße Sichtung sichergestellter Unterlagen bzw. Datenträger oder das reine Geben von Hinweisen für die weiteren Ermittlungstätigkeiten rechtfertigen nicht den Ansatz (fiktiver) Sachverständigenkosten. Erforderlich hierfür ist stets eine selbstständige und eigenverantwortliche gutachterliche Stellungnahme zu konkret umschriebenen Beweisthemen.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.01.2017 - 2 Ws 441/16 (165/16), ZInsO 2017, 324.

## **II. Materielles Strafrecht**

### **1. Beihilfe durch berufstypisches Verhalten - § 27 StGB**

Bei berufstypischen Handlungen eines Berufsträgers (in der entschiedenen Sache: einer Rechtsanwältin) kommt eine strafbare Beihilfe nur dann in Betracht, wenn das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war,

dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.

BGH, Beschluss vom 21.12.2016 – 1 StR 112/16, ZInSO 2017, 832.

Zu der Entscheidung, welche die bisherige Rechtsprechung zusammenfasst und explizit bestätigt, s. die Anm. von Gyarmati, FD-StrafR 2017, 388433.

## **2. Verjährungsbeginn beim Bankrott; Anforderungen an die Konkretisierung eines Durchsuchungsbeschlusses - § 78c StGB, § 264 StPO**

Bankrottatzen sind mit dem den eigentlichen Tathandlungen nachfolgenden Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit (§ 283 Abs. 6 StGB) beendet, sodass ab diesem Zeitpunkt die Strafverfolgungsverjährung zu laufen beginnt. Die Verjährung wird durch jede richterliche Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnung unterbrochen, auch wenn diese gegen einen Dritten ergeht (§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB). Die rechtliche Fehlerhaftigkeit einer solchen richterlichen Anordnung lässt die Unterbrechungswirkung unberührt, solange die Mängel nicht so schwer wiegen, dass sie die Unwirksamkeit der Anordnung zur Folge haben. Ein Durchsuchungsbeschluss muss den Tatvorwurf so umschreiben, dass der äußere Rahmen abgedeckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Um diese rechtsstaatlich zu begrenzen, muss der Richter die aufzuklärende Tat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist. Sind mehrere selbstständige Straftaten i.S.d. § 264 StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens, erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grds. auf alle diese Taten, sofern nicht der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden erkennbar auf eine oder mehrere Taten beschränkt ist.

BGH, Urteil vom 10. 11. 2016 - 4 StR 86/16, ZInSO 2017, 383 m. Anm. Weyand.

## **3. Bankrott durch Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens - §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 283c StGB**

Auch nach Inkrafttreten der Neuregelung der §§ 30 ff. GmbHG durch das MoMiG erfüllt die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens durch den Täter an sich selbst oder eine von ihm kontrollierte andere Gesellschaft bei Vorliegen aller übrigen Tatbestandsvoraussetzungen regelmäßig den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht aber den der Gläubigerbegünstigung im Sinne von § 283c Abs. 1 StGB

BGH, Urteil vom 09.03.2017 – 3 StR 424/16, ZInSO 2017,206 = NZI 2017, 547 m. Anm. Brand

## **4. Bedingter Vorsatz bei § 15a Abs. 4 InsO**

Der Geschäftsführer einer GmbH handelt nur dann zumindest bedingt vorsätzlich im Sinne des § 15a Abs. 4 InsO, wenn er es für möglich hält oder damit rechnet, dass bestehende offene Forderungen nicht mehr ausgeglichen werden können, und er sich hiermit abgefunden hat, ohne einen Insolvenzantrag zu stellen. Es genügt zur Verurteilung wegen einer Vorsatztat nicht, dass er mit der Existenz derartiger Forderungen lediglich rechnen musste.

KG, Beschluss vom 09.01.2017 – (4) 161 Ss 180/16 (248/16), ZInSO 2017, 873

## **III. Recht der Ordnungswidrigkeiten**

Bemessung der Geldbuße gegen eine juristische Person - §§ 17 Abs. 4, 30 OWiG

Die Geldbuße nach § 30 OWiG ist nach dem Unrechtsgehalt der Bezugstat und deren Auswirkungen auf den geschützten Ordnungsbereich zu bemessen. Dem durch die Straftat erlangten Vorteil kommt hierbei eine entscheidende Rolle zu, weil das Bußgeld diesen nach §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG übersteigen soll. Zur Bemessung des Vorteils in diesem Sinne ist eine Saldierung vorzunehmen, in deren Rahmen von den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und sonstigen Aufwendungen der Betroffenen abzuziehen sind; es gilt das Nettoprinzip.

BGH, Beschluss vom 08. 12. 2016 - 5 StR 424/15, ZInSO 2017, 763.

## IV. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

### 1. Amtshaftungsanspruch bei Absehen von Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe - § 839 BGB

Staatsanwaltschaftliche Ermittlungshandlungen sind im Amtshaftungsprozess nicht auf ihre „Richtigkeit“, sondern allein auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Die Vertretbarkeit ist nur zu verneinen, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege die betreffende Entscheidung nicht mehr verständlich ist. Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe (§§ 111b, 111d StPO) stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Strafverfolgungsbehörde und werden von ihr im Interesse des Geschädigten vorgenommen. Die Untätigkeit des über Anspruch und Gegner informierten Geschädigten begründet regelmäßig keine Handlungspflicht der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf Rückgewinnungshilfemaßnahmen.

BGH, Beschluss vom 24.11.2016 - III ZR 209/15, ZInsO 2017, 548.

Zu der Entscheidung s. zust. Greier, jurisPR-StrafR 4/2017 Anm. 1.

### 2. Inhabilität des GmbH-Geschäftsführers bei Verwarnung mit Strafvorbehalt - § 6 Abs. 2 GmbHG, § 59 StGB

Soweit in der Person eines zunächst wirksam bestellten Geschäftsführers einer GmbH nachträglich die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG eintreten, verliert er ohne weiteres seine Geschäftsführerstellung. Es genügt dabei, dass der Betreffende wegen einer Tat im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a GmbHG unter Vorbehalt der Verhängung einer Geldstrafe verwarnt wurde. Der Ausspruch einer unbedingten Geld- oder einer Freiheitsstrafe ist nicht erforderlich.

OLG Naumburg, Beschluss vom 30.01.2017 – 5 Wx 2/17, ZInsO 2017, 839 = GmbHR 2017, 403 m. zust. Anm. Melchior.

Zur Inhabilität s. jüngst auch LG Leipzig, Beschluss vom 12.10.2016 - 15 Qs 1 48/1 6, ZInsO 2017, 41.

### 3. Einstufung einer Person als faktischer Geschäftsführer bei Insolvenzsverschleppung - § 15a InsO

Die Einstufung einer Person als faktischer Geschäftsführer verlangt, dass diese auf die Geschäftsführung nachhaltig Einfluss nimmt. Maßgebend ist, ob und welche Führungsaufgaben der Betreffende wahrgenommen hat sowie das Ausmaß und die Intensität der vom Dritten bzw. Gesellschafter übernommenen Unternehmensführung. Ob die notwendige Qualität an Einfluss vorliegt, beurteilt sich dabei weniger nach rechtlichen als vielmehr nach wirtschaftlichen Maßstäben. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, ob und welche Führungsaufgaben der Betreffende wahrgenommen hat sowie das Ausmaß und die Intensität der vom Dritten bzw. Gesellschafter übernommenen Unternehmensführung, wobei es auf das Gesamterscheinungsbild ankommt. Ein faktischer Geschäftsführer muss die Geschäfte der Gesellschaft durch eigenes Handeln prägen bzw. maßgeblichen Einfluss nehmen. Die bloße Möglichkeit der Einflussnahme oder Einwirkung auf die Geschäftsführung reicht hingegen nicht aus.

LG Krefeld, Urteil vom 16.03.2016 – 7 O 119/13, n.v.

Zu der Problematik faktischer Geschäftsführung vgl. umfassend Weyand, ZInsO 2015, 1773.

### 4. Delisting eines Insolvenzverwalters aufgrund vorangegangener Verurteilung wegen einer Straftat – § 56 InsO

Wer wegen einer Straftat mit Bezug zu einem Insolvenzverfahren oder unabhängig davon wegen Untreue (§ 266 StGB) rechtskräftig verurteilt wurde, kann nicht als Insolvenzverwalter bestellt werden, weil er die hierfür erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Wurde der Betreffende zuvor bereits in eine Vorauswahlliste aufgenommen, ist er von dieser wieder zu streichen. Die Zahl der Straftaten spielt in diesem Zusammenhang ebensowenig eine Rolle wie die Dauer der Berufstätigkeit des Betroffenen.

AG Potsdam, Beschluss vom 05.01.2017 – 3376 E/236, ZInsO 2017, 658.

## 5. Stundung von Verfahrenskosten bei Geldstrafen - § 302 InsO

Geldstrafen stehen der Stundung der Verfahrenskosten (§ 4 a InsO) nicht entgegen, wenn der Schuldner bei wertender Betrachtung eine Chance für einen wirtschaftlichen Neustart erhält. Geldstrafen (§ 302 Nr. 2 InsO) fallen nicht unter den Begriff der Verfahrenskosten.

AG Göttingen, Beschluss vom 14.12.2016 – 74 IK 352/16, ZInsO 2017, 99.

## 6. Feststellung eines Arrestgrundes - §§ 517, 917 ZPO

Eine gegen den Arrestgegner gerichtete arglistige Vertragsverletzung rechtfertigt einen Arrest nur, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Schuldner sein Vermögen dem Gläubigerzugriff entziehen will. Ein Arrestgrund ist auch nicht dann schon per se gegeben, wenn der Arrestanspruch des Gläubigers aus einer gegen ihn gerichteten strafbaren Handlung des Schuldners resultiert.

OLG München, Urteil vom 23.02.2017 – 23 U 4047/16, ZInsO 2017, 847.

## V. Verwaltungsrechtliche Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO und gewerberechtliche Zuverlässigkeitsentscheidung

Die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO ist nicht mit der Entscheidung verbunden, ob der Angeklagte die ihm durch die Anklage vorgeworfene Tat begangen hat oder nicht, weil eine derartige Verfahrensweise in Übereinstimmung mit dem Gebot der Unschuldsvermutung keinen Tatnachweis voraussetzt. Die Gewerbebehörde muss im Fall einer solchen Einstellung eine eigenständige Würdigung und Bewertung der strafgerichtlichen Verfahrensakte in einem Verwaltungsverfahren vornehmen und auf dieser Grundlage eine berufsbezogene Zuverlässigkeitsprognose treffen.

Sächsisches OVG, Beschluss vom 06.10.2016 - 3 B 174/16 ZInsO 2017, 1032

## Internationales

### Schweiz

RA Dr. Richard Ehmann, Luzern, und RA Friedrich Frank, Zürich

## Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

### I. Einleitung

Im Berichtszeitraum, dem ersten Halbjahr 2017, gab es zumindest in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht in gesetzgeberischer Hinsicht kaum Neues zu berichten. Möglicherweise ist dies auch der Grund dafür, dass das Eidgenössische Finanzdepartement in einer Mitteilung vom März 2017 darauf hinwies, dass das wohl wichtigste wirtschaftsstrafrechtliche Reformvorhaben, die Revision des Steuerstrafrechts, seit dem Jahre 2015 sistiert ist und sich an diesem Zustand nichts geändert hat. Wichtige Neuerungen sehen freilich anders aus.

Aber auch in Bezug auf die Rechtsprechung ergaben sich keine bahnbrechenden Neuerungen – die nachfolgend besprochenen Entscheide sind gleichwohl lesenswert und manifestieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu zentralen Normen des Wirtschaftsstrafrechts wie der Veruntreuung (Art. 138 StGB) und der Misswirtschaft (Art. 165 StGB). Der zuletzt dargestellte Entscheid befasst sich mit Art. 54 und 55 SDÜ und kann auch in verteidigungstaktischer Hinsicht von Bedeutung sein.

## II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

### 1. Modifizierung des Art. 53 StGB

Art. 53 StGB regelt die Einstellung eines Strafverfahrens aufgrund Wiedergutmachung.<sup>1</sup> Es ist die Norm im schweizerischen Strafrecht, welche am ehesten mit § 153a D-StPO vergleichbar ist; eine Einstellung gegen Auflage als solche gibt es in der Schweiz nämlich (leider) nicht.

Seit Einführung von Art. 53 StGB im Jahre 2007 wurde immer wieder vorgebracht, dass die Anwendung der fraglichen Bestimmung einem „Freikauf von Strafe“ gleichkomme. Als Reaktion hierauf gab es Bestrebungen, die Norm ganz aus dem StGB zu streichen. Ein dahingehender Vorstoss wurde vom Parlament aber im Jahr 2012 abgelehnt. Die Kommission schlägt nun aber einen engeren Anwendungsbereich der Bestimmung vor, wobei zwei Varianten denkbar sind: so soll die Obergrenze, hinsichtlich welcher die Bestimmung anwendbar ist, entweder auf solche Fälle abgesenkt werden, in welchen eine Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr in Betracht kommt (Variante 1). Oder die Obergrenze wird noch weiter auf Fälle begrenzt, in welchen nur bedingte Geldstrafe oder Busse in Betracht kommt (Variante 2).<sup>2</sup>

Die Vernehmlassung zum Vorentwurf ist nun abgeschlossen, zumindest der Schweizerische Anwaltsverband äusserte sich kritisch.<sup>3</sup> Es bleibt zu hoffen, dass die geplante Modifizierung scheitert.

### 2. Revision des Steuerstrafverfahrens

Im Rahmen der Revision des Steuerstrafrechts sollten in materieller Hinsicht die Straftatbestände der direkten Steuern (z.B. der Einkommenssteuer) an jene der indirekten Bundessteuern (MWST und Verrechnungssteuer) angepasst werden. Das Verfahrensrecht sollte in ganz erheblicher Weise überarbeitet und dem Verwaltungsstrafrecht<sup>4</sup> unterstellt, Letzteres überarbeitet werden.<sup>5</sup> Allerdings wurde dieses Verfahren im Jahre 2015 – das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) war bereits mit der Ausarbeitung einer Botschaft befasst – aufgrund geringer politischer Erfolgschancen sistiert.

Offenbar damit das grundsätzlich begrüßenswerte Projekt nicht ganz in Vergessenheit gerät, meldet sich nun wieder das EFD zu Wort und stellte in einer Mitteilung vom 28. März 2017 den aktuellen Stand dar.<sup>6</sup>

### 3. Verschärfung der Deklarantenstrafpraxis

Die Eidgenössische Zollverwaltung EZV hat seine Strafpraxis für Deklaranten auf den 1. Januar 2017 zum Nachteil der Zolldeklaranten angepasst. Sinnvollerweise sollten seit Oktober 2009 Personen, die berufsmässig Zollanmeldungen vornehmen, nicht für jeden Fehler und jede Unachtsamkeit, die auch einem gewissenhaften Menschen unterlaufen können, bestraft werden, wenn Verschulden oder Verschuldensfolge gering sind.<sup>7</sup> Neu müssen nun das Verschulden und die Verschuldensfolge gering sein (bis Ende 2016 reichte eines von beidem), damit von einer Bestrafung des Deklaranten – dogmatisch über Art. 2 VStrR i.V.m. Art.

<sup>1</sup> Zu Art. 53 StGB ausführlich *Garbarski/Rutschmann*, ZStrR 134 (2016), S. 171 ff. Zur Anwendung von Art. 53 StGB als Verteidigungsinstrument im Verwaltungsstrafverfahren vgl. *Frank* in Eicker (Hrsg.), *Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel*, 2017, S. 137 f.

<sup>2</sup> Parlamentarische Initiative zur Modifizierung von Art. 53 StGB, abrufbar unter: [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB_Erl.-Bericht_de.pdf) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>3</sup> Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) vom 30. Januar 2017, abrufbar unter: [https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312\\_sav\\_fsa\\_stellungnahme\\_stgb-53\\_modifizierung\\_d\\_2017\\_01\\_web.pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312_sav_fsa_stellungnahme_stgb-53_modifizierung_d_2017_01_web.pdf) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>4</sup> Zum Verwaltungsstrafrecht und dessen Entwicklung wird auf den Blog [www.verwaltungsstrafrecht.ch](http://www.verwaltungsstrafrecht.ch) hingewiesen, welcher vom Verfasser Frank betrieben wird.

<sup>5</sup> Zur Revision des Steuerstrafrechts vgl. auch *Frank/Murmann*, WiJ 2015, S. 51 f. m.w.N. (abrufbar unter: <http://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ-2015.1.pdf>; zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>6</sup> Abrufbar unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/steuern/steuern-national/revision-des-steuerstrafrechts.html> (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>7</sup> Vgl. dazu etwa *Frank* in Eicker, a.a.O., S. 136 ff.

52 StGB begründbar – abgesehen werden kann.<sup>8</sup> Von Behördenseite wird dies mit dem Legalitätsprinzip begründet.

### III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

#### 1. **Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juni 2017 (zum Merkmal des Anvertrautseins einer fremden beweglichen Sache bei der Veruntreuung gem. Art. 138 Ziff. 1 StGB)<sup>9</sup>**

##### a) **Sachverhalt**

Mitte 2011 begab sich der Beschwerdegegner zum Autohändler A und bekundete dort Interesse an einem Pick-up. Es kam zum Abschluss eines Leasingvertrags mit der C-AG, wobei der Beschwerdegegner die B-GmbH als Leasingnehmerin angab, deren Geschäftsführer die Verträge auch signierte. Der Wagen wurde indes nach Abholung primär durch den Beschwerdegegner genutzt, der auch die Kfz-Steuer und Versicherungskosten aus seinem Privatvermögen beglich. Wenige Monate später veranlasste die C-AG die Auflösung des Leasingvertrags und verlangte Rückgabe des Fahrzeugs innert 3 Tagen. Kurz vor Fristablauf wurde der Geländewagen an die D-GmbH veräussert.

Das Regionalgericht Emmental-Oberaargau verurteilte den Beschwerdegegner hierfür wegen Veruntreuung (sowie wegen weiterer Taten, auf die hier nicht näher eingegangen wird) zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 9 Monaten und der Zahlung von Schadensersatz. Auf die Berufung des Beschwerdegegners, mit welcher die Verurteilung wegen Veruntreuung angefochten wurde, hob das Obergericht des Kantons Bern den Schuldspruch insoweit mit Entscheid vom 15. Dezember 2015 auf und sprach den Beschwerdegegner wegen unrechtmässiger Aneignung (Art. 137 StGB) schuldig, wofür es eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verhängte.

Dagegen führte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Bern Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der B-GmbH habe es sich um eine sog. Mantelgesellschaft gehandelt, deren einziger Zweck die Bereitstellung einer «unverdächtigen Leasingnehmerin» gewesen sei. Dadurch, dass er sich um sämtliche mit dem Fahrzeugwerb zusammenhängenden Formalitäten gekümmert habe, habe aus Sicht des A aber der Beschwerdegegner faktisch für die B-GmbH gehandelt resp. den Anschein erweckt, hierzu berechtigt zu sein. Infolgedessen habe A das Fahrzeug ihm anvertraut.

##### b) **Urteil**

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, soweit darin die Verletzung von Art. 138 Ziff. 1 StGB (Veruntreuung) gerügt wird, und weist die Sache unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz an diese zur erneuten Entscheidung zurück. Den Kern seiner Argumentation bilden Erwägungen zu den Voraussetzungen des Merkmals «Anvertrautsein» in Art. 138 Ziff. 1 StGB. Ausgehend von den in der Rspr. und Lehre offerierten Definitionen, wonach «als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern»<sup>10</sup> resp. wonach «anvertraut [ist], was jemand mit der besonderen Verpflichtung empfängt, es dem Treugeber zurückzugeben oder es für diesen einem Dritten weiterzuleiten, wobei der Treugeber seine Verfügungsmacht über das Anvertraute aufgibt»<sup>11</sup>, führt das Bundesgericht aus, dass der Beschwerdegegner mit der Übergabe des Pick-up durch A Verfügungsmacht über das Fahrzeug erhielt und ihm dieses anvertraut wurde. Die Frage nach der Verfügungsmacht sei rein faktischer Natur. Folglich erübrigten sich Erörterungen, ob der Beschwerdegegner dadurch, dass er den Wagen auswählte, die Verträge dem Geschäftsführer der B-GmbH zur Unterschrift vorlegte, den Wagen entgegennahm und dabei das Übergabeformular wiederum an den Geschäftsführer zur Signatur weiterleitete, namens der B-GmbH handelte. Nicht vertieft werden müsse auch, ob die B-GmbH zwischengeschaltet wurde, um den Anschein von Kreditwürdigkeit zu erwecken. Die feh-

<sup>8</sup> EZV Zirkular D.128 Weisung zur Beurteilung von Deklarantenstraffällen.

<sup>9</sup> BGer 6B\_841/2016 vom 7. Juni 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170607\\_6B\\_841-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170607_6B_841-2016.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>10</sup> BGE 133 IV 21 E. 6.2 S. 27; BGE 120 IV 117 E. 2b S. 119; BGE 118 IV 239 E. 2b S. 241.

<sup>11</sup> Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 3. Aufl. 2013 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 138 N 45 f.

lende Parteistellung des Beschwerdegegners bzgl. des Leasingvertrages sei nachrangig. Die strafrechtliche Bewertung hänge nicht davon ab, ob die Überlassung durch den Verletzten selbst (im vorliegenden Fall die C-AG vertreten durch A) oder die B-AG erfolgte. Denn selbst, wenn man wie die Vorinstanz Letzteres in den Vordergrund rücke, dürfe nach dem oben Gesagten nicht auf die Bestimmungen des Leasingvertrages abgestellt werden. Dass dieser die Überlassung des Wagens durch die Leasingnehmerin nur an deren eigene, zumal über einen gültigen Fahrausweis verfügende Angestellte gestattete, die B-GmbH mit der Weitergabe an den Beschwerdegegner, der weder einen gültigen Fahrausweis hatte noch Angestellter war, also vertragsbrüchig wurde, sei für die Strafbarkeit nicht entscheidend. Das Fahrzeug war dem Beschwerdegegner anvertraut; durch Weiterveräußerung an die D-GmbH habe er wie ein Eigentümer über eine der Leasinggeberin gehörende und damit für ihn fremde bewegliche Sache verfügt und sowohl vorsätzlich als auch mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt.

### c) Bemerkung

Das Bundesgericht folgt mit diesem Entscheid seiner gefestigten Rspr., wonach es für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals «Anvertrautsein» in Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht auf das Bestehen bzw. die Wirksamkeit eines zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ankommen soll. Sein Standpunkt stimmt insoweit mit der h.M. in Deutschland überein, die bei der strukturell ähnlich gelagerten veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB) das Merkmal des Anvertrautseins unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage beurteilt.<sup>12</sup>

Dieser in der Schweizer Literatur nicht unumstrittenen Position<sup>13</sup> ist im Ergebnis jedenfalls für Konstellationen wie der vorliegenden, in denen das Tatopfer redlich ist, beizupflichten. Eine (rein) zivilrechtsakzessorische Sichtweise ist hier nicht geboten, weil es bei Art. 138 StGB weniger um die Schutzwürdigkeit des Verletzten geht als vielmehr um die Strafwürdigkeit des Täters.<sup>14</sup> Dabei gilt es stets die Ratio des Veruntreuungstatbestandes mit seiner gegenüber der unrechtmässigen Aneignung (Art. 137 StGB) – dem Pendant zur Unterschlagung im deutschen Strafrecht – erhöhten Strafandrohung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vs. Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) im Blick zu behalten. Diese ist in dem enttäuschten Vertrauen des Tatopfers zu sehen, dass der Betraute den Gegenstand in Verfolgung eines konkreten Zwecks verwenden oder aufbewahren werde. Dieses Vertrauen kann aber ohne Einkleidung in ein rechtliches Gewand genauso gravierend und nachhaltig enttäuscht werden, wie wenn es sich auf Gesetz oder Vertrag gründet. Das Verhalten des Täters weist hier wie dort dieselben qualitativen Eigenschaften auf, welche die Legislative zu seiner Sanktionierung veranlassen dürfen. Ob diese Erwägungen allerdings auch dann noch Geltung beanspruchen können, wenn Tatopfer und Betrauter im Wege eines «Unrechtspakts» kollusiv zusammenwirken, erscheint indes zweifelhaft. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem ein Juwelier in der Absicht, einen Versicherungsbetrug zu begehen, einen Dritten zu einem (vorgetäuschten) Raub anstiftet und dieser die Schmuckstücke entgegen der Abrede, sie nach gewisser Zeit unter der Hand zurückzugeben, weiterveräussert. In solchen Konstellationen wird sich die Strafwürdigkeit des Betrauten ohne Bewertung auch der Schutzbedürftigkeit des Tatopfers nicht sinnvoll beurteilen lassen; vielmehr sind beide angesichts des Umstands, dass sich auch das Tatopfer auf die Seite des Unrechts gestellt hat, miteinander verwoben.

<sup>12</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1954, S. 889; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2015, Rn. 273 f.; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 19. Aufl. 2017, § 5 Rn. 61 ff.; a.A. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 246 Rn. 30 m.w.N. Anders soll es nach der h.M. nur in Fällen sein, in denen das Anvertrauen den Interessen des Eigentümers widersprechen würde.

<sup>13</sup> Dafür z.B. *Eder*, ZStrR 2011, S. 396; *Stratenwerth/Wohlens*, Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 138 N 2; dagegen etwa *Niggli/Riedo*, a.a.O., Art. 138 N 88; diff. *Schubarth/Albrecht*, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bd. II, 1990, Art. 140 N 8, wonach ein Anvertrauen bei blossen Formverstössen oder einem ungültigen Umgehungsgeschäft bzw. wenn mangels Konsens oder Vertretungsbefugnis kein Vertrag zustande gekommen ist, möglich sein soll, nicht aber, wenn der Vertrag wegen seines widerrechtlichen Inhalts ungültig und die Rückforderung wegen der Absicht, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, ausgeschlossen ist.

<sup>14</sup> So jedenfalls für das deutsche Recht *Bruns*, NJW 1954, S. 861; zust. *Jähnke*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, hrsg. von Jähnke et al., 11. Aufl. 2005, § 246 Rn. 26. Ausführlich zum Begriff der Strafwürdigkeit *Deckert*, ZIS 2016, S. 266.

## 2. Entscheidung des Bundesgerichts vom 27. Februar 2017 (Misswirtschaft gem. Art. 165 StGB durch verspätete Überschuldungsanzeige)<sup>15</sup>

### a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war seit 2007 als Alleinaktionär, Geschäftsführer und (alleiniger) Verwaltungsrat der A-AG und als Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der B-GmbH tätig. Die A-AG, welche sich seit 2008 in der Verlustzone befand, hatte seit Ende desselben Jahres einen hälftigen Kapitalverlust zu beklagen und war ein weiteres Jahr später überschuldet. Zwischen 2008 und 2012 wurde sie 105-mal mit einer Gesamtsumme von Fr. 443'920.65 betrieben. Gleichzeitig existierten 19 offene Verlustscheine über gesamthaft Fr. 122'555.40. Nach Konkurseröffnung 2012 wurden das Vermögen der Gesellschaft mit Fr. 500.- angesetzt und die ausstehenden Forderungen mit Fr. 90'663.94 beziffert. Mit der Begründung, er habe zum einen durch Unterlassen einer Überschuldungsanzeige die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der A-AG verschlimmert und damit ihren Konkurs vorsätzlich um min. 2 Jahre verschleppt, zum anderen die B-GmbH durch Übereignung aller Warenvorräte und Einrichtungsobjekte der A-AG zum Nachteil der anderen Gläubiger bevorzugt, erliess die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft gegen den Beschwerdeführer 2014 einen Strafbefehl wegen Misswirtschaft<sup>16</sup> und Bevorzugung eines Gläubigers, in welchem neben einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 180 Tagessätzen á Fr. 80,- bei 3-jähriger Probezeit eine Busse von Fr. 2'800,- festgesetzt wurde. Nach Einsprache des Beschwerdeführers verurteilte das Strafgericht Basel-Landschaft den Beschwerdeführer wegen oben genannter Delikte zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 60 Tagessätzen á Fr. 80,- bei 2-jähriger Probezeit. Dieser legte wie auch die Staatsanwaltschaft Berufung gegen das Urteil ein, die vom Obergericht Basel-Landschaft abgewiesen wurde. Im Rahmen seiner Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer neben einer Verletzung des Akkusationsprinzips, dass weder der Tatbestand der Misswirtschaft noch derjenige der Gläubigerbevorzugung erfüllt sei. Nachfolgende Ausführungen werden sich auf den aus strafrechtlicher Sicht interessanteren Vorwurf der Misswirtschaft konzentrieren.

### b) Urteil

Nach dem Hinweis, der Tatbestand des Art 165 StGB sei nur bei krassem wirtschaftlichem Fehlverhalten erfüllt, wobei unternehmerische Risiken auch dann eingegangen werden dürften, wenn sich bei nachträglicher Betrachtung ergebe, dass sie falsch gewesen seien, weist das Bundesgericht auf seine Rspr. hin, der zufolge die Tatvariante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Falle der Missachtung gesetzlicher Bestimmungen der Unternehmensführung verwirklicht sei, wozu insbesondere ein Verstoss gegen die Pflicht des Verwaltungsrats einer AG zur Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung gehöre. In subjektiver Hinsicht sei Vorsatz betreffend der Bankrotthandlung und mindestens Fahrlässigkeit bzgl. der Vermögenseinbusse erforderlich. Der Beschwerdeführer habe durch die Nichtbenachrichtigung des Richters den objektiven Tatbestand des Art. 165 StGB verwirklicht. Zwar könne die Überschuldungsanzeige im Falle des Bestehens begründeter und konkreter (aussergerichtlicher) Sanierungsaussichten aufgeschoben werden, doch reichten «übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen» hierfür nicht aus und dürfe nicht mit der Benachrichtigung des Richters zugewartet werden, wenn es nur noch um eine Verzögerung des Unternehmenszusammenbruchs ginge. Das Vorliegen erfolgversprechender Sanierungsmassnahmen habe der Beschwerdeführer aber nicht vorgetragen; solche seien auch nicht erkennbar gewesen. Der vom Beschwerdeführer in Abrede gestellte Kausalzusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Überschuldungsverschlimmerung ergebe sich aus der Zunahme der Eigenkapitalverluste von Fr. -23'534.74 im Jahre 2009 auf Fr. -195'486.15 im Jahre 2012. Der Beschwerdeführer, dem die Überschuldung und immer schlechter werdende Finanzlage der A-AG nach eigenen Angaben bewusst gewesen sei, habe diese in Kauf genommen und damit auch vorsätzlich gehandelt. Sein Einwand, er habe der A-AG über die B-GmbH Fr. 100'000,- zur Stützung zukommen lassen, verfange schon deshalb nicht, weil es sich hierbei um ein Darlehen gehandelt habe.

<sup>15</sup> BGer 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170227\\_6B\\_985-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170227_6B_985-2016.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>16</sup> Anders als in Deutschland ist die Insolvenzverschleppung an sich in der Schweiz nicht strafbar. Stattdessen greift der Straftatbestand der Misswirtschaft, wenn bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners zu einer (Verschlimmerung der) Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit führen, resp. er im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenssituation verschlechtert.

### c) Bemerkung

Dieser Entscheid kann zum Anlass genommen werden, die Rechtsunsicherheit aufzuzeigen, der sich überschuldete Unternehmer bei der Sanierung ihres Unternehmens in strafrechtlicher Hinsicht ausgesetzt sehen können. Nach ganz h.M.<sup>17</sup> verwirklicht den (objektiven) Tatbestand der Misswirtschaft, wer als Verwaltungsrat unter Verstoß gegen Art. 725 Abs. 2 S. 2 OR dem zuständigen Richter die Überschuldung nicht oder nur mit Verspätung anzeigt. Mit Blick auf den Umstand, dass Ankündigung und Bekanntgabe eines Konkursverfahrens in der Regel Zweifel an der Finanzkraft des Unternehmens wecken und in der Konsequenz dessen ökonomische Handlungsspielräume etwa dadurch limitieren können, dass Geschäftsverbindungen nicht eingegangen bzw. gekappt werden,<sup>18</sup> ist dem Schuldner nach einhelliger Meinung in der zivilrechtlichen Rspr. und Lehre eine Toleranzfrist für die Überschuldungsanzeige einzuräumen, während der eine Sanierung versucht werden kann.<sup>19</sup> Andernfalls würde durch Statuierung einer sofortigen Anzeigepflicht bei erstmaliger Feststellung der Überschuldung die Ratio des Art. 725 OR, die u.a. darin zu sehen ist, den Gläubigern das Haftungssubstrat in weitestmöglichem Umfang zu sichern,<sup>20</sup> in ihr Gegenteil verkehrt. Dieses Entgegenkommen dem Schuldner gegenüber wird zum einen dadurch eingegrenzt, dass die Sanierungsmassnahmen aus objektiver Warte erfolgversprechend sein müssen; zum anderen durch die Länge der Frist selbst, die jedoch unterschiedlich bestimmt wird. Während überwiegend starre Fristen postuliert werden,<sup>21</sup> rücken andere die Umstände des Einzelfalles in den Vordergrund.<sup>22</sup> Ersteres mag zwar für Rechtssicherheit bürgen, trägt jedoch den verschiedenen Unternehmensgrößen bzw. -strukturen und den dadurch bedingten Unterschieden hinsichtlich der Sanierungsdauer nicht Rechnung;<sup>23</sup> letzteres ist im Hinblick auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz problematisch. Diese schwierige Gratwanderung lässt sich am ehesten meistern, wenn man nur deutliche Überschreitungen der Toleranzfrist für tatbestandsmässig erachtet und dabei oben genannte Divergenzen einbezieht.<sup>24</sup>

Auf den konkreten Fall übertragen sind die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts freilich nicht zu beanstanden. Die Bemessung einer Toleranzfrist für die Überschuldungsanzeige konnte mit Blick auf die nicht vorhandenen Sanierungsaussichten unterbleiben. Diese Umstände lassen dann auch einen Rückschluss auf den Vorsatz des Täters zu, der mit seinem Vorbringen, er habe stets auf das Überleben der A-AG vertraut und deshalb nicht vorsätzlich gehandelt, vor Gericht zurecht kein Gehör fand.<sup>25</sup> Diskutabel ist allenfalls die etwas vorschnelle Bejahung des Kausalzusammenhangs zwischen Bankrottbehandlung und Verschlimmerung der Überschuldung durch das Bundesgericht. Da es sich bei der Tatvariante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung strukturell um eine Unterlassungsstrafbarkeit handelt,<sup>26</sup> wäre im Sinne einer Quasi-Kausalität zu erörtern gewesen, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Beschwerdeführer die gebotene Handlung – in concreto die Überschuldungsanzeige – vorgenommen hätte. Insoweit konnte jedoch auf die

<sup>17</sup> BGer 6B\_199/2016 E. 2.3.3.; OGer ZH vom 4.3.1996, ZR 2000, S. 67 ff.; Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Diss. Zürich 2015, 111 ff.

<sup>18</sup> Dazu Konopatsch, ZStrR 2016, S. 199 f. m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. etwa aus der Rspr. BGer 4C.436/2006 vom 18.4.2007 E. 4.1; BGer 4C.117/1999 vom 16.11.1999 E. 1b/aa; HGer ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29; ausführlich zur Toleranzfrist Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 816 ff.

<sup>20</sup> BGE 121 III 425 E. 2a S. 425; Mauchle/von der Crone, SZW 2014, S. 235, die darüber hinaus auf einen weiteren Schutzzweck hinweisen, der im Schutz der Allgemeinheit in Form potenzieller Gläubiger vor «wrongful trading» zu erblicken sei.

<sup>21</sup> Deren Länge allerdings unterschiedlich bzw. ungenau angegeben wird, etwa BGer 4C.436/2006 vom 18.4.2007 E. 4.1 («Aussichten für eine kurzfristig realisierbare Sanierung»); BGer 9C\_463/2011 vom 14.7.2011 E. 6.2 («höchstens [...] Zuwarten von wenigen Wochen entschuldbar»); BGer 4C.117/1999 vom 16.11.1999 E. 1b/aa («innert einer Frist von maximal 60 Tagen»); aus der strafrechtlichen Rspr. BGer 6B\_492/2009 vom 18.1.2009 E. 2.3.2, wo unter Verweis auf die oben genannten Fristen «ein Aufschieben der Benachrichtigung [...] während mindestens 94 Tage» für unzulässig erachtet und der auf 60 Tage abstellende Entscheid der Vorinstanz gestützt wurde.

<sup>22</sup> So v.a. das Handelsgericht ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29; zust. Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Diss. Zürich 2015, S. 124.

<sup>23</sup> Instrukтив Handelsgericht ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29, das die vom Bundesgericht benannte 6-Wochen-Frist bezogen auf den konkreten Fall eines Konzerns mit 3000 Mitarbeitern als «realitätsfremd» bezeichnet und eine Toleranzfrist von mehr als 8 Monaten gewährt hat.

<sup>24</sup> So der überzeugende Ansatz von Konopatsch, a.a.O., S. 208 f.

<sup>25</sup> Geht der Täter dagegen tatsächlich einmal (zu Unrecht) von der Möglichkeit erfolgversprechender Sanierungsmassnahmen aus, und unterlässt er deshalb die Überschuldungsanzeige, so unterliegt er einem Tatbestandsirrtum gem. Art. 13 Abs. 1 StGB und ist straflos; siehe dazu Konopatsch, a.a.O., S. 213 f.

<sup>26</sup> Vgl. Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 3. Aufl. 2013 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 12.

Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, denen zufolge die A-AG bei ordnungsgemässer Überschuldungsanzeige sofort liquidiert worden und damit ein Anwachsen ihrer Überschuldung verhindert worden wäre.

### 3. **Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Mai 2017 (Vollstreckungshindernis im Sinne von Art. 54 SDÜ bei Betrugsurteilen aus der Schweiz und aus Deutschland)**<sup>27</sup>

#### a) **Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn im Jahre 2012 in Abwesenheit zu einer siebenjährigen Freiheitsstrafe wegen Betruges verurteilt. Dabei wurde ihm vorgeworfen, planmässig zwischen dem 30. Juni 1998 und dem 23. April 2008 Anleger dergestalt getäuscht zu haben, dass er resp. zwei von ihm beherrschte Gesellschaften professionelle Vermögensverwaltung betreibe, welche attraktive Renditen zur Folge habe. Mit wenigen Ausnahmen habe er aber gar keine Anlagen getätigt, wodurch insgesamt 78 Personen getäuscht worden seien und ein Schaden von über 15 Millionen Franken entstanden sei. Dieser Entscheid des Obergerichts wurde rechtskräftig als das Bundesgericht auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eintrat.

Vom Amtsgericht Köln wurde der Beschwerdeführer im Jahre 2014 wegen Betruges zum Nachteil von 54 Anlegern zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt, welche zur Bewährung ausgesetzt wurde. Insgesamt sei dabei ein Schaden in Höhe von über 9 Millionen Franken entstanden. Zugunsten des Beschwerdeführers berücksichtigte das Amtsgericht insbesondere auch dessen Geständnis. Dem Gericht war dabei die Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Solothurn bekannt, im Urteil führte es diesbezüglich aus: *„Die Verurteilung [in der Schweiz] erfolgte auch wegen der hier [im Verfahren in Deutschland] angeklagten Taten.“*

Im Jahre 2016 wurde der Beschwerdeführer in Slowenien verhaftet und an die Schweiz ausgeliefert, wo das Urteil des Obergerichts Solothurn vollstreckt werden sollte. Gegen einen entsprechenden Strafantrittsbescheid legte er Beschwerde ein, welche das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn im März 2017 abwies.

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer – der nicht durch einen in der Schweiz zugelassenen Anwalt vertreten wurde – sog. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht und machte, gestützt auf das amtsgerichtliche Urteil aus Deutschland, ein auf Art. 54 SDÜ beruhendes Strafvollstreckungshindernis geltend.

#### b) **Urteil**

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintritt. Denn der Vollstreckung des obergerichtlichen Urteils stehe mit dem Urteil des Amtsgerichts Köln kein Verfahrenshindernis entgegen. An Art. 54 SDÜ sei die Schweiz im konkreten Fall nämlich gar nicht gebunden, liege doch ein Ausnahmefall nach Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ vor. Im Urteil des Bundesgerichts liest sich dies wie folgt (E. 4.5):

*„Gemäss Art. 55 SDÜ („Ausnahmen“) kann eine Vertragspartei erklären, dass sie in den in diesem Artikel erwähnten Fällen „nicht durch Art. 54 gebunden ist“, insbesondere gemäss Abs. 1 lit. a, „wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde; in letzterem Fall gilt diese Ausnahme jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist“. Die Schweiz hat diese Erklärung abgegeben: Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Assoziierungsabkommen zu Schengen [SAA; SR 0.362.31], Anhang: Erklärung zu Artikel 55 Absatz 1 und 2 SDÜ; abgedruckt auch bei: SCHOMBURG, a.a.O., S. 1692, N. 4 zu Art. 55 SDÜ, und ROSBAUD/LAGONDY, a.a.O., S. 115).“*

Die genannten Voraussetzungen – Begehung im eigenen Hoheitsgebiet sowie entsprechende Erklärung der Schweiz zu Art. 55 SDÜ – sind nach Ansicht des Gerichts gegeben (E. 4.6):

<sup>27</sup> BGer 6B\_482/2017 vom 17. Mai 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170517\\_6B\\_482-2017.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170517_6B_482-2017.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

„Es ist festzustellen, dass die „Tat“ auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz begangen wurde, dass die Eidgenössische Bankkommission die bankenrechtlichen Untersuchungen führte und die Konkurse über die Firmen eröffnete und dass die Tat in der Schweiz rechtskräftig abgeurteilt wurde. Gemäss der Erklärung im SAA zu Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ ist die Schweiz in diesem Fall nicht durch Art. 54 SDÜ gebunden. Diese Rechtslage bewirkt im Gegenzug die Rechtsfolge, dass die Schweiz nicht verpflichtet ist, das in Verletzung der Erklärung ergangene amtsgerichtliche Zweiturteil als Vollstreckungshindernis zu akzeptieren.“

### c) Bemerkung

Kennt man die Erklärung der Schweiz zur Art. 55 SDÜ, so verwundert der Entscheid des Bundesgerichts nicht. Allerdings greift dessen Sperrwirkung ausweislich des Wortlauts der Erklärung nur dann, wenn die Tat nicht zumindest teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in welcher das Urteil gefällt wurde.<sup>28</sup> Die ggf. taktische Herbeiführung eines Urteils macht also nur dann Sinn, wenn ein solcher Bezug gegeben und im Urteil entsprechend verankert ist. Vorliegend war dies entweder nicht der Fall oder aber es wurde dem Bundesgericht, welches keine weitere Tatsacheninstanz darstellt und kein Beweisverfahren durchführt (dazu E. 3.), so nicht dargelegt.

Erwähnenswert ist das Urteil des Bundesgerichts aber auch in einem anderen Zusammenhang. Das Gericht geht nämlich von einer Angleichung der Rechtsprechung von EGMR und EuGH betreffend den Tatbegriff des Art. 54 SDÜ aus und erklärt (E. 4.2):

„Der EGMR stellt inzwischen ebenfalls auf einen tatsächlichen Tatbegriff im Sinne des EuGH ab (ROSBAUD/LAGONDY, a.a.O., S. 106).“

Diese Ansicht des Gerichts ist – auch wenn die europäische Rechtsprechung zum Tatbegriff bis zum Erlass der vom Bundesgericht angegebenen Fundstelle, dem Aufsatz von Rosbaud und Lagodny aus dem Jahre 2010, keineswegs so einhellig erscheint, wie das Gericht dies annimmt – sehr erfreulich. Denn die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 54 SDÜ war und ist sowohl in Hinblick auf den Tatbegriff als auch bezüglich der „abgeurteilten Tat“ stets einheitlich und versteht sich damit offenbar als „Motor“ für die Verbreitung eines integrationsfreundlichen, weiten Verständnisses des transnationalen „ne bis in idem“.<sup>29</sup>

In Hinblick auf die Tatidentität stellt der EuGH nämlich lediglich auf die materielle Tat ab, dies unabhängig von ihrer rechtliche Qualifizierung oder dem durch sie geschützten Interesse in der jeweiligen Rechtsordnung. Das Gericht definiert die Tat dabei als einen „Komplex in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“.<sup>30</sup> Der EuGH stellt bzgl. diesem weiten Verständnis u.a. auf den Wortlaut ab, in welchem nur von der „Tat“ die Rede ist und nicht auf deren rechtliche Qualifikation abgestellt wird.<sup>31</sup>

Es macht vor diesem Hintergrund bereits aus Gründen der Rechtssicherheit Sinn, dass sich der EGMR dem anschliesst. Dessen Rechtsprechung zum Tatbegriff war nämlich deutlich wechselhafter. So sah die Entscheidung *Gradlinger v. Austria* aus dem Jahre 1995 einen weiten Tatbegriff vor: entscheidend war das natürliche Verhalten („the same conduct“), also der Lebenssachverhalt, nicht jedoch, ob auch eine Tatidentität in der Weise vorliegt, dass die massgeblichen Rechtsvorschriften in ihrer Benennung, ihrer Natur und ihrem Zweck ähnlich oder gar deckungsgleich sind.<sup>32</sup> In der sich hieran anschliessende Entscheidung *Oliveira v.*

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch die Erklärung der Schweiz zu Artikel 55 Absatz 1 und 2 SDÜ als Anhang zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20042363/index.html> (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>29</sup> *Baudisch*, Die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“ im dezentralen Kartellrechtsvollzug – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsdogmatik, Diss. St.Gallen 2008, S. 200; *Stein*, NJW 2003, S. 1162 ff.

<sup>30</sup> EuGH v. 09.03.2006, Rs. C-436/04 Tz. 42 („*van Esbroeck*“).

<sup>31</sup> Ein noch weiteres Verständnis vertritt der EuGH gar in der Rechtssache „*van Straaten*“ (EuGH v. 28.09.2006, Rs. C-150/05 Tz.49/50): zur Bejahung eines „Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“ sei es nicht unbedingt erforderlich, dass die betreffenden Drogenmengen bzw. die Personen, die mutmasslich an der Tat beteiligt waren, in den betroffenen Vertragsstaaten identisch sind“, vgl. dazu *Baudisch*, a.a.O., S. 207. Ganz anders sieht es dagegen im Gemeinschaftskartellrecht aus. Hier vertritt der EuGH ein überaus restriktives Verständnis der Tatidentität: nicht der historische Geschehensablaufs ist (anders als in der EuGH-Rspr. zu Art. 54 SDÜ) entscheidend, vielmehr stellt das Gericht hier auf eine dreifache Übereinstimmung in rechtlicher, tatsächlicher und persönlicher Beziehung ab.

<sup>32</sup> EGMR v. 23.10.1995 Nr.33/1994/480/562.

*Switzerland* vertrat der Europäische Gerichtshof dagegen plötzlich einen engen, normativen Tatbegriff. Zwar änderte sich grds. nichts am Rückgriff auf den Lebenssachverhalt, „ne bis in idem“ sollte aber nur dann angenommen werden können, wenn sich die jeweils hinter dem Lebenssachverhalt stehenden Tatbestände quasi im Wege der Gesetzeskonkurrenz ausschliessen.<sup>33</sup> Auch in den Folgejahren war die Rechtsprechung des EGMR keineswegs einheitlich. Im Entscheid *Fischer v. Austria*<sup>34</sup> untersuchte der Gerichtshof, ob die Beteiligung in Bezug auf dieselbe tatsächliche Handlung aufgrund unterschiedlicher, aber in ihren wesentlichen Elementen („same essential elements“) sich zumindest partiell überschneidenden Tatbeständen verurteilt werden soll. Das Gericht vertrat damit ein „gemischt extensives-restriktives Verständnis“ und stellt darauf ab, ob jemand wegen derselben tatsächlichen Handlung aufgrund derselben Vorschriften bzw. auf Grund unterschiedlicher, in ihren wesentlichen Elementen aber identischen Vorschriften bestraft werde.<sup>35</sup> Eine vollständige Identität der Tatbestände (in der Form, dass Gesetzeskonkurrenz vorliegt) war damit nicht mehr erforderlich. Folge war etwa, dass im Entscheid *Isaksen v. Norway*<sup>36</sup> ein Verstoß gegen „ne bis in idem“ verneint wurde: die Verurteilung wegen eines Strafdelikts und die Bestrafung durch die Finanzbehörden sind zwei verschiedene Anklagen und differieren in ihren wesentlichen Elementen.

<sup>33</sup> EGMR v. 30.10.1998 Nr. 84/1997/868/1080.

<sup>34</sup> EGMR v. 29.05.2001, No. 37950/97; ebenso in EGMR v. 06.06.2002, No. 38237/97 (*Sailer v. Austria*).

<sup>35</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (3.Aufl.2009), S. 212f.

<sup>36</sup> EGMR v. 03.10.2002, Nr.13.596/02.

## Veranstaltungen und politische Diskussionen

### Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

## Das neue Recht der Vermögensabschöpfung

### Tagungsbericht zum 4. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 18.5.2017

Der WisteV-Arbeitskreis „Insolvenzstrafrecht“, die ZInsO, das DIAI und der KAV haben am 18.5.2017 im Hotel „Mondial am Dom“ als gemeinsame Veranstaltung den mittlerweile 4. Kölner Insolvenzstrafrechtstag durchgeführt. Im Fokus der Darstellungen stand das „Gesetz zu Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ v. 13.4.2017<sup>1</sup>, das zum 1.7.2017 in Kraft treten wird, mit seinen erheblichen Auswirkungen auf das Insolvenz- und das Strafverfahren. Die circa 80 Interessierten wurden – wie schon in den vergangenen Jahren – in ihren hohen Erwartungen auf ein spannendes und sehr aktuelles Tagungsangebot sowie anschließende umfassende Diskussionsmöglichkeiten nicht enttäuscht.

### I. Insolvenz(straf)recht 4.0 - Ministerialdirektorin Marie-Luise Graf-Schlicker, BMJV, Berlin

Nach einem Grußwort von RA Jörg Gollnick vom KAV und einer Einführung durch den WisteV-Vorstandssprecher LOStA Folker Bittmann sowie den Sprecher des Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ der WisteV, RA Christof Püschel, die beide gleichermaßen die Moderation der Veranstaltung übernommen hatten, bildete – schon traditionell – ein Referat von Ministerialdirektorin Marie-Luise Graf-Schlicker aus dem BMJV den Auftakt der Veranstaltung. Sie informierte hierbei über die innerstaatlichen insolvenzrechtsbezogenen Reformen des letzten Jahres und entsprechende Aktivitäten auf EU-Ebene.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017, 872.

Ausgelöst durch eine Entscheidung des BGH<sup>2</sup>, in der das Gericht den § 104 InsO als nicht disponibel erachtete mit der Folge, dass in Rahmenverträgen für Finanztermingeschäfte enthaltene Netting-Klauseln unwirksam waren, hat der Gesetzgeber schnell reagiert und die Bestimmung mit Wirkung zum 29.12.2016 entsprechend überarbeitet.<sup>3</sup> Hierdurch wurden, so die Referentin, die gesetzlichen Grundlagen für die Abwicklung derartiger Geschäfte in der Insolvenz einer beteiligten Partei klargestellt, um die Stabilität des deutschen Finanzsystems zu sichern.

Ein weiterer Schwerpunkt der gesetzgeberischen Tätigkeit war natürlich die lange diskutierte Reform des Insolvenzanfechtungsrechts, die seit dem 5.4.2017 gilt,<sup>4</sup> und die mehr Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr und für Arbeitnehmer sowie die Vermeidung übermäßiger Belastungen im Rahmen von Insolvenzanfechtungen zum Ziel hat.

Gleichermaßen wurde das Konzerninsolvenzrecht neu geregelt. Mit dem „Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“<sup>5</sup>, das am 21.4.2018 in Kraft treten wird, wurden Instrumente zur effizienten Bewältigung von Einzelinsolvenzverfahren über Mitglieder einer Unternehmensgruppe in das deutsche Insolvenzrecht implementiert, so durch die Schaffung eines Gruppengerichtsstandes sowie der Möglichkeit, einen einheitlichen Verwalter zu bestellen, bzw. – bei mehreren selbständigen Einzelverfahren – durch die Einführung eines Koordinationsgerichts und die Bestellung eines Koordinationsverwalters.

Im Rahmen der europarechtlichen Aktivitäten verwies Graf-Schlicker insbesondere auf die schon am 20.5.2015 beschlossene EUInsVO<sup>6</sup>. Hierzu hat sich der Bundestag aktuell mit einem „Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren“ befasst.<sup>7</sup> Die alsbald im BGBl. zu veröffentlichende Neuregelung wird zum 26.6.2017 geltendes Recht werden.

In Art. 2 des vorgenannten Gesetzes finden sich indes auch Korrekturen, die sich unmittelbar auf die insolvenzstrafrechtliche Praxis auswirken. Ebenfalls mit Wirkung zum 26.6.2016 werden die in § 15a InsO enthaltenen Regelungen zur Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung novelliert. Der ursprüngliche Referentenentwurf zu dieser Problematik war Gegenstand heftiger Kritik aus der Praxis.<sup>8</sup> Unter Beachtung jener Monita wurden die §§ 13 und 15a InsO jetzt geändert. Künftig wird das Insolvenzgericht nach § 13 Abs. 3 InsO n.F. den Antragsteller auf einen unzulässigen Insolvenzantrag hinweisen und gleichzeitig auffordern müssen, die Mängel in einer angemessenen Frist zu beheben; eine Mindest- oder Höchstfrist sieht das Gesetz – anders als noch der bemängelte Referentenentwurf – hierfür nicht vor. Auch das im Entwurf enthaltene und ganz besonders kritisierte zwingende Zustellungserfordernis für derartige Fristsetzungen ist entfallen. Gleichzeitig werden § 15a Abs. 4 InsO geändert und in § 15a Abs. 6 InsO eine neue objektive Bedingung der Strafbarkeit eingeführt. Das Stellen eines unrichtigen Eröffnungsantrags ist künftig unabhängig davon strafbar, ob dem Antragsteller der gerichtliche Hinweis im Sinne von § 13 Absatz 3 InsO zugestellt worden ist, oder der Antragsteller auf sonstige Weise von diesem Kenntnis erlangt. Die Strafbarkeit wird indes an die objektive Bedingung geknüpft, dass das Gericht den Antrag als unzulässig zurückweist (§ 15a Absatz 6 InsO n.F.). Sie kann deshalb nur dann eintreten, wenn der Antragsteller es versäumt, auf den gerichtlichen Hinweis hin den Antrag binnen der vom Gericht gesetzten Frist nachzubessern oder wenn die entsprechende Nachbesserung nicht zur Zulässigkeit des Eröffnungsantrags führt, die Chance zur Antragsberichtigung folglich ungenutzt bleibt. Letztlich bleibt die aktuell geltende Fassung des § 15a InsO unberührt. Die im neuen § 15a Abs. 6 InsO normierte objektive Strafbarkeitsbedingung lässt den Tatbestand jedoch erst mit rechtskräftiger Abweisung des Eröffnungsantrags wegen Unzulässigkeit eingreifen. Sie beschränkt die Strafbarkeit wegen eines nicht richtig gestellten Antrags auf die Fälle, in denen der Antragsmangel eine Zulässigkeitsvoraussetzung betrifft. Ein unzulässiger Eröffnungsantrag erfüllt also die strafbewehrte Insolvenzantrags-

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14, ZInsO 2016, 1299; s. hierzu *Primožic/Schaaf*, WM 2016, 2110, sowie *Paulus*, ZIP 2016, 1233.

<sup>3</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung v. 22.12.2016, BGBl. I 2016, 3147.

<sup>4</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz v. 29.3.2017, BGBl. 2017 I, 654; zu der Novelle s. etwa *Huber*, ZInsO 2017, 517.

<sup>5</sup> V. 13.4.2017, BGBl. 2017 I, 866; vgl. hierzu *Wimmer*, jurisPR-InsR 8/2017 Anm. 1. Zum Konzerninsolvenzrecht s. weiter z.B. *Smid*, ZInsO 2016, 1277.

<sup>6</sup> ABIEU L 141 vom 5.6.2015, 19. S. hierzu z. B. *Albrecht*, ZInsO 2015, 1077; *Parzinger*, NZI 2016, 63; *Fritz*, BB 2017, 131.

<sup>7</sup> S. BT-Drucks. 18/10823 und 18/12154.

<sup>8</sup> S. etwa *Richter*, ZInsO 2016, 2372, und *Frind*, ZInsO 2016, 2376. Vgl. ferner *Bittmann*, wistra 2017, 88.

pflicht gerade nicht. Straffrei ist indes der antragspflichtige Schuldner, wenn das Insolvenzgericht den ursprünglich unzulässigen Antrag zulässt, etwa weil die im Antrag nicht angegebenen Tatsachen auf andere Weise bekannt werden.

## II. Das neue Recht – Vermögensabschöpfung und Insolvenz - OStAe Torsten Elschenbroich, Staatsanwaltschaft Köln, und Dr. Gunnar Greier, Justizministerium NRW, Düsseldorf

In ihrem Vortrag blickten die beiden Referenten zunächst auf die Entwicklung des Rechts der Vermögensabschöpfung<sup>9</sup> seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zurück, die jetzt zum „Gesetz zu Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“<sup>10</sup> geführt hat.<sup>11</sup> Das alte bis zum 1.7.2017 geltende Recht unterschied noch zwischen Verfall (§§ 73 ff. StGB) und Einziehung (§ 74 ff. StGB). Beide Spielarten werden künftig unter dem Begriff „Einziehung“ zusammengefasst (§ 73 StGB n.F.). Außerdem wird das Verfahren zur Entschädigung eines durch eine Straftat Verletzten, also die bisherige „Rückgewinnungshilfe“ in das strafprozessuale Vollstreckungsverfahren verlagert. Genügt das gesicherte Vermögen, um die Ansprüche der Verletzten auszugleichen („Deckungsfall“), verteilt die Staatsanwaltschaft künftig diese Werte; anderenfalls („Mangelfall“) steht ihr ein entsprechendes Insolvenzantragsrecht zu (§ 111i StPO n.F.). Flankiert wird dies durch die Möglichkeit, auf das gesamte Vermögen des Betroffenen durch einen Vermögensarrest zuzugreifen (§§ 111e ff. StPO). Das so gesicherte Vermögen wird für Individualzwangsvollstreckungen – sei es durch Tatverletzte, sei es durch Dritte – vollständig gesperrt. Ab Inkrafttreten der Novelle sind Beschlagnahmen der Ermittlungsbehörden zudem insolvenzfest, d.h. die Tatbeute ist dem exklusiven Zugriff der Verletzten vorbehalten. Dies gilt auch für Pfändungen aufgrund eines Vermögensarrestes.

Bislang ist noch nicht sicher geklärt, ab welchem Zeitpunkt die Staatsanwaltschaft ihr Insolvenzantragsrecht ausüben kann. Einigkeit herrscht insoweit jedoch, dass diese Möglichkeit jedenfalls mit rechtskräftiger Verurteilung des Täters zur Verfügung steht. Zuständig für die verfahrensmäßige Abwicklung der Anträge ist künftig der Rechtspfleger (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 RPfLG n.F.). Ausreichende Grundlage für seine Tätigkeit ist prinzipiell der Inhalt der Ermittlungsakten. Wird das Verfahren aufgrund des Antrags eröffnet, erfolgt eine quotenmäßige Gleichbehandlung der Gläubiger; bei Nichteröffnung verteilt die Staatsanwaltschaft primär an Tatverletzte mit Titel. Drittgläubiger bleiben mithin ausgeschlossen. Im Einzelfall – etwa bei häufig sich über Jahre hinziehende Ermittlungen in umfangreichen Wirtschaftsstrafsachen – kann das Recht auf Individualzwangsvollstreckung nach der gesetzlichen Neuregelung bei Vermögensarresten faktisch über Jahre ausgeschlossen werden, obwohl ein Insolvenzverfahren (noch nicht) stattfindet.

Die Referenten sahen die gesetzliche Neuregelung durchaus kritisch. Inwieweit – und vor allem: wie schnell – die praktische Umsetzung bei den Ermittlungsbehörden gelingen kann und wird, ist aus ihrer Sicht noch nicht abzusehen. Auch sind noch praktisch wichtige Fragen völlig ungeklärt, z.B. in den – regelmäßig praxisrelevanten – Fällen, in denen der Täter seine Beute auf Dritte verschiebt; unklar ist hier etwa, wie der Insolvenzverwalter hier auf „verschobenes“ Vermögen Zugriff erhalten kann.

## III. Der Insolvenzrichter als Ermittlungsrichter? - Richterin am AG Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Tschakert, am AG Lübeck sowohl als Insolvenz-, Straf- und Ermittlungsrichterin tätig, gab zunächst gleichfalls eine kurze Einführung in das künftig geltende Recht der Vermögensabschöpfung und wandte sich anschließend schwerpunktmäßig dem neuen § 111i Abs. 2 StPO zu, also dem Insolvenzantragsrecht der Staatsanwaltschaft und dessen Auswirkungen.

Zur Antragsberechtigung gelten, so die Referentin, keine Besonderheiten. Auch der Eröffnungsantrag der Ermittlungsbehörde ist ein „normaler“ Gläubigerantrag iSd § 14 InsO. Grundlagen für die weitere Prüfung sind demgemäß der bei Gericht eingereichte Antrag, der über § 13 InsO hinausgehend keiner besonderen Form unterliegt, sowie die weiteren eingereichten Unterlagen und Urkunden zur Glaubhaftmachung von Forderung und Eröff-

<sup>9</sup> S. dazu auch *Bohne/Boxleitner*, NStZ 2007, 552.

<sup>10</sup> V. 13.4.2017, BGBl. I 2017, 872.

<sup>11</sup> Zu der Novelle s. etwa *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131; *Bittmann*, ZInsO 2016, 873; *Köllner/Cyrus/Mück*, NZI 2016, 329; *Rönnau/Begemeier*, GA 2017, 1; *Mansdörfer*, jM 2017, 122.

nungsgrund, also der ermittlungsrichterliche Beschluss zum Vermögensarrest, ggfs. eine Anklageschrift bzw. ein bereits ergangenes Urteil, Schadensaufstellungen, Durchsuchungsprotokolle, eine Liste der sichergestellten Vermögenswerte sowie – zur weiteren Glaubhaftmachung der Forderungen – eine Liste der von den Verletzten geltend gemachten Forderungen. Auch der Eröffnungsgrund ist glaubhaft zu machen. Es genügt hier in der Regel, wenn die Ermittlungsbehörde Indizien glaubhaft macht, die einzeln oder in ihrer Häufung nach der allgemeinen Erfahrung den hinreichend sicheren Schluss auf das Vorliegen des Eröffnungsgrunds erlauben. Dies geschieht regelmäßig auf Grund der Erkenntnisse, die die Staatsanwaltschaft durch die von ihr durchgeführten Finanzermittlungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners erhalten hat, aber auch auf der Grundlage von Durchsuchungsprotokollen, die belegen, dass Vermögenswerte nicht gesichert werden konnten; sie stehen Fruchtlosigkeitsbescheinigungen eines Gerichtsvollziehers gleich.

Aus der Sicht von Tschakert schafft § 111i Abs. 2 StPO n.F. eine Insolvenzantragspflicht der Staatsanwaltschaft. Sie kann von der Stellung eines Eröffnungsantrags jedoch absehen, wenn der Antrag voraussichtlich nicht zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt. Die Staatsanwaltschaft sei nach Meinung der Referentin nicht gehalten, einen Insolvenzantrag zu stellen, der offensichtlich unzulässig ist. Denkbar seien hier etwa Fallgestaltungen, in denen nur geringe Werte gesichert wurden, welche die Kosten eines Insolvenzverfahrens offensichtlich nicht decken und die Abweisung mangels Masse droht.

Als Fazit hielt Tschakert fest, dass durch die Neuregelung der Vermögensabschöpfung der Insolvenzrichter nicht zum Ermittlungsrichter wird. Auch Eröffnungsanträge der Staatsanwaltschaft unterliegen vollumfänglich der Regelung des § 14 InsO.

#### IV. Der Insolvenzverwalter als Staatsanwalt? - RAin Dr. Ruth Rigol, Köln

Rigol, Insolvenzverwalterin aus Köln, stimmte der These ihrer Vorrednerin, bei Eröffnungsanträgen der Staatsanwaltschaft handele es sich um „normale“ Anträge nach § 14 InsO, für die keine Besonderheiten gelten, vollinhaltlich zu. Ebenfalls wie Tschakert sah sie allerdings in der Verfahrenspraxis Probleme im Hinblick auf das in § 97 InsO verankerte „Insolvenzgeheimnis“. <sup>12</sup> Sie verwies insbesondere auf die letztlich ungeklärten Fragen der Reichweite der Bestimmung und deren Auswirkung, zumal im Hinblick auf das in der Norm postulierte Verwendungsverbot von (selbstbelastenden) Angaben des Schuldners. Die aktuellen „Kölner Leitlinien zur Zusammenarbeit mit dem Insolvenzgericht“ <sup>13</sup> sprechend in diesem Zusammenhang in Abschnitt A I Nr. 4 zu Unrecht von fehlender „Verwertbarkeit“ der Schuldnerauskünfte, was deutlich mache, dass auch die gerichtliche Praxis Probleme mit der Umsetzung des § 97 InsO hat.

Aus der Sicht der Referentin bleibt das Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Staatsanwaltschaft in der neuen gesetzlichen Regelung ebenso schemenhaft wie die Abgrenzung der Zuständigkeiten für die Befriedigung von Gläubigern bzw. Verletzten. Überdies führe das Fortbestehen einer exklusiven Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für Beschlagnahmegut ohne Rücksicht auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens faktisch zu einer Aufspaltung des Tätervermögens in zwei Verwaltersphären mit der Folge potentieller Friktionen.

Zusammenfassend hob Rigol hervor, der Insolvenzverwalter sei (gerade) nicht der Staatsanwalt. Aus ihrer Sicht muss auch bei Insolvenzverfahren auf der Grundlage von strafrechtlichen Vermögensabschöpfungen die bestmögliche Gläubigerbefriedigung und – gleichbehandlung im Mittelpunkt stehen.

#### V. Der Strafverteidiger als „Friedensfürst“? - RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M

Zum Abschluss der Veranstaltung setzte sich Greeve engagiert und sehr kritisch aus der Sicht der Strafverteidigerin mit der gesetzlichen Neuregelung auseinander. Bedenken äußerte sie sowohl in Bezug auf die Erstreckung der Einziehung auf jede Straftat als auch bezüglich der von § 76a Abs. 4 StGB n.F. geschaffenen Möglichkeit der selbständigen Einzie-

<sup>12</sup> S. hierzu aus der jüngeren Literatur etwa *Weyand*, ZInsO 2015, 1948; *Püschel*, ZInsO 2016, 262; *Haarmeyer*, ZInsO 2016, 545.

<sup>13</sup> ZInsO 2017, 637, 638.

hung: In beiden Fällen sei die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG unzulässigerweise tangiert; bei der selbständigen Einziehung komme es überdies im Zusammenhang mit Vermögenswerten unklarer Herkunft faktisch zu einer grundgesetzwidrigen Beweislastumkehr. Zweifel hegte Greeve auch in Bezug auf den künftigen Wegfall der aktuell noch geltenden Härtevorschrift (§ 73c StGB a.F.), im Hinblick auf die aus ihrer Sicht viel zu niedrige Verdachts- und Eingriffsschwellen, die künftig von Ermittlungsbehörden beachtet werden müssen, sowie bezüglich der fehlenden zeitlichen Limitierung derartiger Eingriffsmaßnahmen; eine hier nur noch mögliche Beurteilung allein auf der Basis des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei unzureichend.

Positiv hob die Referentin allerdings die Möglichkeiten hervor, die § 73e StGB n.F. mit sich bringt. Hiernach scheiden Vermögensabschöpfungsmaßnahmen dann aus, wenn aus einer Straftat resultierende Ansprüche des Verletzten nicht mehr bestehen. In geeigneten Fällen könne hier über einen Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46a StGB), also über eine – auch vergleichsweise mögliche – privatautonom Vereinbarung zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten, die Grundlage für staatsanwaltschaftliches Eingreifen beseitigt werden.

## VI. Fazit und Ausblick

Sowohl nach den einzelnen Vorträgen als auch zum Schluss der allseits sehr positiv beurteilten Veranstaltung ergaben sich umfangreiche – zum Teil auch kontroverse – Diskussionen zwischen dem Auditorium und den Referenten, die anschließend bei Fingerfood und Kölsch bis in die Abendstunden fortgesetzt wurden.

Die diesjährigen Veranstalter laden schon jetzt ein zum 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Mai 2018 stattfinden wird. Ein gleichfalls interessantes und abwechslungsreiches aktuelles Programm sei bereits versprochen.

---

### Steuerstrafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz, Stuttgart

## Tagungsbericht zur WisteV Veranstaltung am 3. Mai 2017 in Stuttgart

Am Mittwoch, den 3. Mai 2017 fand in den Räumlichkeiten des Fortbildungsinstituts der Rechtsanwaltskammer Stuttgart die gemeinsame Veranstaltung der Regionalgruppe Südwest und des Arbeitskreises Steuerstrafrecht mit dem Titel „Update Steuerstrafrecht – Konsequenz der Panama Papers und grenzüberschreitende Ermittlungen – Schweiz/Österreich“ statt.

Es war erfreulich, dass hochkarätige Dozenten für die Veranstaltung gewonnen werden konnten. So begann Reg.-Dir. Norbert Madauß nach kurzer Begrüßung und Einführung in das Thema durch Dr. Alexandra Schmitz mit dem Eröffnungsvortrag, dem das Publikum trotz deutlicher Zeitüberschreitung aufmerksam folgte. Wichtige Themen wurden nicht nur gestreift, sondern auch vertieft angesprochen. So befasste sich der Eröffnungsvortrag im schnellen Schritt wegen des Detailreichtums mit den aktuellen Entwicklungen des Steuerstrafrechts. Herr Madauß begann bei den Einflüssen der neuesten EuGH-Urteilen im Bereich der Umsatzsteuer auf die nationale Rechtsprechung und untersuchte die Auswirkungen auf die strafbare Umsatzsteuerhinterziehung. Er stellte sehr übersichtlich die wesentlichen Änderungen durch das Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz sowie das BMF-Schreiben zu § 153 AO und das Institut „tax compliance“ dar. Mit Spannung wurden auch seine Ausführungen zur Schwedischen Initiative und zur Europäischen Ermittlungsanordnung erwartet. Das Zuhören lohnte sich sichtlich und das Ende seines Vortrags wurde von einer Teilnehmerin mit den Worten kommentiert: „Da hätte ich auch noch länger zuhören können!“.

Trotz der Kaffeepause, die zum Kennenlernen und Erfahrungsaustausch diente, klangen noch die Worte von Herrn Madauß im Ohr, „die Schwedische Initiative mache die Ermittlungen in die Schweiz möglich“, worauf Herr Kollege Dr. Daniel Holenstein, Schweiz, sogleich

Bezug nahm. Auch für dessen Bereitschaft mitzuwirken waren die Veranstalter dankbar, denn will man grenzüberschreitende Ausblicke bieten, ist es unerlässlich, jemanden mit Praxisbezug sprechen zu lassen.

Gelingen also die Ermittlungen in die Schweiz durch die Schwedische Initiative flankiert durch die Europ. Ermittlungsanordnung? Herr Kollege Dr. Holenstein stellte mit seinem Vortrag „Informationsbeschaffung bei Schweizer Banken – Werden die „Abschleicher“ erfasst?“ zunächst die Weißgeldstrategie der Schweizer Bankenwelt vor und erläuterte, warum auch nach dem gescheiterten Steuerabkommen, das teilweise von den Banken bereits praktiziert wurde, viele Kunden nicht zur Deklaration oder zur Selbstanzeige bewegt werden konnten. Stattdessen wurde festgestellt, dass die Finanzmittel in Drittländer transferiert wurden um sie dort weiter geheim zu halten. Diese „Abschleicher“ will man nun mit Sammelauskunftersuchen erfassen, die aber von den sog. unzulässigen „fishing expeditions“ streng zu trennen sind. Daneben steht aber in Frage, ob nicht durch die spontane Rechtshilfe, geltend seit 1.1.2017, umgesetzt ab 1.1.2018 noch weitere Informationen auf dem „kleinen Dienstweg“ eingeholt werden können. Weiter wurde auch kurz die Selbstanzeige in der Schweiz thematisiert, die nach durchaus anderen Regeln erfolgt als in Deutschland oder Österreich.

Während in der Schweiz das ernsthafte Bemühen der Zahlung der Steuern ausreicht und die fehlende Zahlung der Steuern nicht die Wirksamkeit verhindert, musste an dieser Stelle Herr Kollege Dr. Felix Ruhmannseder aus Österreichischer Sicht widersprechen. Keineswegs genüge dies, weder nach deutschem noch nach österreichischem Recht. Sein Vortrag „Update Strafverfahren – Österreich“ zeigte ein deutliches Bild zum „schmelzenden“ Bankengeheimnis in Österreich. Das auf den Weg gebrachte Bankenpaket 2015 hat es in sich. Wir finden zunächst die Änderung des Bankwesengesetzes mit der deutlichen Einschränkung des Bankengeheimnisses, das Kontenregister- und Konteneinschaugesetz, das Kapitalabfluss-Meldegesetz und das gemeinsame Meldestandard-Gesetz, das den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten vorsieht.

Gläsern also, sind die Konten in Österreich. Auch über erste Erfahrungen im Bereich der Auslandsermittlungen wurde berichtet. Zum Ende referierte Herr Kollege Dr. Ruhmannseder über das Sonderproblem der Lieferschwelldensüberschreitung, d. h. die Lieferungen nach Österreich können, wenn betragsmäßig ein gewisser Umfang überschritten wird, zu einem anderen Steuersatz führen, was häufig auf der Ebene der Steuerberatung übersehen wird. Sinnvoll ist es daher, in diesem Bereich einen entsprechend qualifizierten Berater einzuschalten, um in diesem Bereich für eine korrekte Selbstanzeige und für die Rechnungskorrekturen zu sorgen.

Alles in allem stieß die Veranstaltung auf sehr positive Resonanz und wird im nächsten Jahr hoffentlich bei gleichbleibenden Vortragenden mit ähnlichen aktuellen grenzüberschreitenden Themen wieder aufgestellt werden.

### Strafprozessrecht

Stud. iur. Marcel Beck, stud. iur. Marilena Giesen, stud. iur. Sarah Zink, alle Frankfurt am Main

## Teamwork, Sackgassen und das Erkunden von neuen Wegen

### Die Teilnahme am wirtschaftsrechtlich-strafprozessualen Moot Court an der Goethe-Universität Frankfurt – Ein Erfahrungsbericht

„Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil...“ Gespannt warten Staatsanwaltschaft und Verteidigung auf die Entscheidung des Gerichtes. Auch die Zuschauer<sup>1</sup> und die Reporter von der Presse blicken durch die schussichere Plexiglaswand voller Erwartung zum vorsitzenden Richter. Das Besondere an dieser Verhandlung ist, dass das Urteil keine Rechtswirkung entfalten wird. Der Angeklagte wird den Gerichtssaal als freier Mann verlassen, gleich welche Entscheidung das Gericht treffen wird. Es handelt sich um den krönenden Abschluss

<sup>1</sup> Im Zuge der Erreichung einer besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

des diesjährigen<sup>2</sup>, durch das Institut für das Gesamte Wirtschaftsstrafrecht (IGW) an der Goethe-Universität Frankfurt in Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) veranstaltet und durch die European Law Students Association (ELSA) unterstützten, zweiten wirtschaftsrechtlich-straftprozessualen Moot Courts. Aber fangen wir von vorne an...

## I. Wie alles begann...

Im Oktober 2016 fand ein Vorbesprechungstermin an der Goethe-Universität statt, in der uns der Moot Court vorgestellt wurde. Schon vor Beginn der Veranstaltung hatten wir über Bekannte einiges über den letzten und zugleich ersten wirtschaftsrechtlich-straftprozessualen Moot Court der Goethe-Universität Frankfurt erfahren. Was uns konkret erwarten würde, wussten wir zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht.

Prof. Dr. Matthias Jahn, Richter am OLG im zweiten Hauptamt sowie Co-Direktor des IGW und Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, die den Moot Court an der Goethe-Universität Frankfurt gemeinsam mit WisteV ins Leben gerufen haben und seine Leitung übernahmen, stellten sich vor und erklärten uns das Rollenspiel. Gespielt werden sollte ein Strafverfahren. Vom Anfangsverdacht bis zum Urteil sollten alle Stationen der Praxis durchlaufen werden. Die Teilnehmer des Moot Courts wurden hierfür in vier Teams (zwei Staatsanwalts-Teams und zwei Verteidiger-Teams) eingeteilt. Die Rollen des Angeklagten und der Zeugen übernahmen ebenfalls Studenten. Einzig die Richter wurden von Volljuristen gespielt, die bereits über große Erfahrung und Bekanntheit auf ihrem Gebiet verfügen. Der Ablauf des Moot Courts wurde uns grob geschildert. Es werde eine Akte geben. Diese erhalte die Staatsanwaltschaft zuerst. Das Kernstück der Aufgabe der Staatsanwaltschaft sei es sodann, die Anklageschrift zu schreiben. Später erlange dann auch die Verteidigung Einsicht in die Akte und müsse dann eine Schutzschrift erstellen. Außerdem finde zu einem noch unbekanntem Termin eine Hausdurchsuchung statt, in der Beweismittel gefunden werden sollten. Den krönenden Abschluss stelle dann eine Gerichtsverhandlung in einem Sitzungssaal am Landgericht Frankfurt am Main dar, was in diesem Rahmen durch die Unterstützung der Landgerichtsverwaltung ermöglicht werden konnte. Hier sollte mit beiden Teams verhandelt werden. Wie sich noch zeigen sollte, auch mit zwei unterschiedlichen Ausgängen.

Im Anschluss an den Vorbesprechungstermin fand ein Bewerbungsverfahren statt. Wir gehörten zu den 14 Studenten, die an dem Moot Court teilnehmen durften und bildeten das zweite Team der Staatsanwaltschaft.

## II. Die Akte

An dem Tag, als das Aktenstück freigegeben wurde, warteten wir, Team Staatsanwaltschaft, gespannt vor unseren Rechnern, bis die Akte endlich zum Download bereit stand. Sie war 25 Seiten stark und enthielt einen Auszug aus dem Bundeszentralregister und eine „Strafanzeige“, in der ein Institutszwangsverwalter um die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen bat, weil eine Person namens Manfred Klein versuche, die Zwangsvollstreckung in das vom Anzeigerstatter verwaltete Grundstück zu verhindern, indem er eine Mietung des Objektes vortäusche; außerdem enthielt die Akte ein Zivilurteil, durch das im Eilverfahren der Antrag vom Beschuldigten Klein auf Einräumung des Besitzes des in Frage stehenden Anwesens zurückgewiesen worden war. Angehängt waren zahlreiche Gutachten sowie ein angeblicher Mietvertrag über das Anwesen.

Angefügt war überdies ein Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung des Beschuldigten, in dem ein Verdacht wegen Betrugs gem. § 263 StGB als Durchsuchungsgrund angegeben war.

Damit war die Marschrichtung für uns vorgegeben. Zunächst hatten wir viele Fragen. Es verging einige Zeit, bis wir uns in der Akte zurecht gefunden hatten und wir stellten schnell fest, dass nicht annähernd alle unserer Fragen beantwortet werden würden. Also arbeiteten wir zunächst mit dem, was wir hatten, was für Jura-Studenten immerhin nichts Ungewöhnliches ist, ist man doch in Klausuren gezwungen, mit dem Sachverhalt zu arbeiten, den man vorgegeben bekommt. Und doch fiel uns das im Moot Court wesentlich schwerer: Dadurch sollen reale Prozesse simuliert werden und wir sollten versuchen, so realistisch wie möglich

<sup>2</sup> Siehe bereits *Behrendt/Schmack*, Vom Schwimmen im kalten Wasser – Erfahrungen aus einem wirtschaftsrechtlich-/straftprozessualen Moot Court, WiJ 2015, 205.

als Staatsanwaltschaft zu agieren und dazu gehört doch auch, von seinen Befugnissen als Ermittlungsbehörde Gebrauch zu machen, oder?

Das Reizvolle und gleichzeitig sehr Schwierige an einem solchen Prozessspiel ist es, dass man in alle Richtungen zu denken versucht, weil unbekannt ist, in welche Richtung es letztlich führen soll. Gleichzeitig weiß man nicht, wo die Grenzen sind. Unser erster Anhaltspunkt führte uns deshalb in eine Sackgasse: Wir fanden einige Ungereimtheiten in der Akte und insbesondere im Zivilurteil. So waren Daten vertauscht, Begriffe verwechselt sowie Ansprüche geprüft worden, die aus unserer Sicht nicht einschlägig waren. Einmal blieben wir bis spät in die Nacht in einem der Seminarräume in der Uni, denn nur hier hatten wir genug Platz für den Zeitstrahl, der sich über die komplette vierseitige Tafel erstreckte und der auch beim zehnten Mal noch nicht so richtig Sinn zu machen schien.

Das führte uns auf die falsche Fährte, dass es sich hier womöglich um eine ganz andere als die in der Anzeige und dem Durchsuchungsbeschluss bezeichnete Sache handeln könnte: Irgendeine Form von Prozessbetrug bzw. Fälschung eines Urteils und weiterer Unterlagen, die der Akte beigelegt waren.

Wenn man einen – vermeintlichen – Fehler im Sachverhalt einer Klausur oder Hausarbeit findet, kann man sich an die Aufsicht oder den Veranstalter wenden. Im Moot Court hingegen stellt man den Realitätsanspruch in Frage, wenn man sich an die Spielleiter wendet. Glücklicherweise war uns als Staatsanwaltschaft ein Strafverteidiger in Wirtschaftsstrafsachen, Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz, als Mentor zur Verfügung gestellt, der unsere Zweifel an der Echtheit der in der Akte enthaltenen Unterlagen etwas auffangen konnte. Den Verteidigern stand Rechtsanwalt Ulf Reuker, Dortmund, mit Rat und Tat zur Seite.

Dass wir die Grenzen des Prozessspiels ausgelotet haben, war aber nicht das letzte Mal: Inspiriert durch unseren Mentor versuchten wir unter anderem, die Akte des Zivilgerichts sowie eine Übersicht sämtlicher Kontoverbindungen des Beschuldigten durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zu erhalten. Dies war aber im Spiel wohl nicht vorgesehen und so blieben wir enttäuscht mit all' unseren Fragen zurück.

Das ist einerseits der Tatsache geschuldet, dass man als Spielleiter ein solches Spiel mit allen Abzweigungen, die es nehmen kann, nur schwer antizipieren kann zu dem Zeitpunkt, zu dem die einzelnen Spielzüge geplant werden.

Andererseits kommt dies der Realität wohl auch sehr nahe: Viele Ermittlungsmaßnahmen verlaufen schließlich im Sande.

Nun aber noch einmal zur Perspektive der Spielleiter: Gerade wegen der eben angesprochenen Unvorhersehbarkeit des Spielverlaufs lässt sich nur erahnen, wie viel Arbeit in der Vorbereitung steckt – Wie plant man eigentlich einen Moot Court? Bezüglich der Erstellung der Akte haben wir – jetzt wo wir wieder aus der Rolle fallen dürfen – bei Prof. Dr. Jahn und Rechtsanwalt Dr. Meinecke nachgefragt:

Die Akte ist an einen Fall aus der Realität angelehnt, die Rechtsanwalt Dr. Meinecke in seiner beruflichen Praxis als Verteidiger in Wirtschaftsstrafsachen in einem Austausch unter Kollegen mitbekommen hat. Dabei musste der Fall wesentlich abgespeckt werden und insbesondere die Anzahl der angeklagten Personen reduziert werden, um den komplexen Sachverhalt für uns einigermaßen beherrschbar zu machen. Zu diesem Zweck ist der Eigentümer des bereits erwähnten Anwesens, um das es sich in der Akte dreht, in unserem Spiel zum Beispiel ins Ausland verzogen und nicht auffindbar. Eine „Musterlösung“ hatten die Spielleiter in dem Sinne vorgesehen, dass diese Raum für das Fortschreiben des Sachverhaltes und die prozessualen Handlungen der Beteiligten lassen musste. Wichtig war ihnen, dass in der Anklageschrift möglichst jedes potentiell strafwürdige Verhalten berücksichtigt wird; ob es nun in die eine oder andere vertretbare Richtung ausgelegt oder etwa zu manchen Delikten ein Vermerk mit der Begründung, warum es nicht angeklagt wird, geschrieben wird, war dabei gleichfalls zulässig.

Eine interessante Anekdote wurde uns im Nachhinein noch mitgeteilt: In der Realität wurde im Wesentlichen, ebenfalls wie von uns, wegen gemeinschaftlich und gewerbsmäßig begangenen versuchten Betrugs angeklagt – das „echte“ Verfahren wurde aber nach § 153a StPO eingestellt.

Damit konnten wir noch einige Puzzleteile in das Gesamtbild einfügen, das das Mysterium der „perfekten Lösung“ des Moot Courts für uns darstellte und wohl immernoch darstellt –

mit der Tatsache, dass wir dies akzeptieren müssen, ist dann wohl auch das Lernziel erreicht: „Welcome to reality“.

### III. Die Hausdurchsuchung

Teil des Moot Courts war die Durchführung einer Hausdurchsuchung bei dem Beschuldigten, um weitere Beweisstücke auffinden zu können. Zu dieser Maßnahme berechtigte der oben schon erwähnte richterliche Durchsuchungsbeschluss, welcher der Akte beigelegt war.

Wir erhofften uns dadurch, Dokumente, die Klarheit über Kontobewegungen verschaffen, sowie etwaigen Schriftverkehr zwischen den beiden Beschuldigten aufzuspüren, um Tatentschluss sowie –motivation nachzuweisen. Bezüglich dieser Aspekte hatten wir zu diesem Zeitpunkt mehrere Ansätze, jedoch war die Akte für sich genommen nicht ergiebig genug, um diese auch tatsächlich nachweisen zu können. Letztlich handelte es sich hierbei nur um denkbare Konstellationen, die ohne weitere Beweisstücke lediglich den Charakter von Spekulationen hatten. Insofern war die angesetzte Durchsuchung für uns von großer Bedeutung.

Angetrieben von der Hoffnung, Details bezüglich des Vorhabens der Beschuldigten zu erhalten, arbeiteten wir uns im Vorfeld vertieft in die Durchsuchungsthematik ein, um auf potentiell aufkommende Situationen souverän vorbereitet zu sein.

Anspruchsvoll, aber gleichwohl interessant, war es in diesem Kontext, zu antizipieren, wie die andere Gruppe – die Strafverteidiger des Beschuldigten – in dieser Situation strategisch vorgehen und was sie beabsichtigen würden. Diese Vorbereitung geschah auf verschiedenste Art und Weise.

Im Vordergrund stand dabei die Erörterung innerhalb des Teams, welche Vorgehensweise wir selbst – gesetzt dem Falle, wir wären in der Rolle der Strafverteidiger – wählen würden, damit die Durchsuchung für unseren Mandanten nicht zum Nachteil gereichen würde.

Weiterhin wurde einerseits die Kommentarliteratur zu dieser Thematik herangezogen sowie andererseits die zur Durchsuchungsmaterie ergangene Rechtsprechung ausgewertet.

Unter besonderer Berücksichtigung standen dabei auch einschlägige verfassungsrechtliche Überlegungen.

Weiterhin gehörte zu unserer Planungsphase die Ausarbeitung von Fragen, die wir dem Beschuldigten vor Ort stellen wollten sowie dessen Belehrung, dass er Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ist.

Im Rahmen der Durchsuchung machte dieser sodann von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch.

Am Tag der Durchsuchung, dem 21.12.2016, den wir per Mail zwei Tage zuvor mitgeteilt bekamen, wurde der Beschuldigte nebst seinen Rechtsanwältinnen – verkörpert durch das andere Team – in seiner Wohnung angetroffen.

Als Wohnung diente dabei ein Seminarraum der Goethe-Universität, der durch die Veranstaltungsleiter mit Beweisstücken und anderen Dokumenten präpariert und umfunktioniert war. Hier sollte der Beschuldigte mit seiner Familie leben. Dies wurde auch durch ein an der Tür des Raumes angebrachtes Türschild mit der Aufschrift „Familie Klein“ deutlich.

Das gegnerische Team versuchte – wie erwartet – die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme sämtlicher Beweisstücke zu verhindern. Besonders energisch gingen die Strafverteidiger gegen die geplante Durchsicht eines in einem Umschlag verpackten USB-Sticks, der die Aufschrift „Anwaltskorrespondenz“ trug, vor.

Wir einigten uns sodann mit den Strafverteidigern darauf, zu überprüfen, ob es sich tatsächlich um vertrauliche Anwaltskorrespondenz handelt. Wäre dies in Wahrheit der Fall gewesen, so hätten wir, sobald sich dies bestätigt hätte, selbstverständlich, ohne die Korrespondenz im Einzelnen zu lesen, von einer Beschlagnahme abgesehen.

Letztlich stellte sich heraus, dass es sich hierbei um einen Versuch des Beschuldigten handelte, die Beschlagnahme zu verhindern. Es handelte sich um eine schriftliche Korrespondenz zwischen den beiden Beschuldigten, die Hinweise darauf gab, dass es sich um mittä-

terschaftliches Vorgehen handelte. Zudem verdichtete sich hierdurch der Verdacht hinsichtlich der Begehung des gewerbsmäßigen Betrugs.

Unsere energische Strategie bewährte sich also und wir konnten auf diese Weise einige verwertbare Informationen für das weitere Verfahren gewinnen, die sich insbesondere bei der Verfassung der Anklageschrift auszahlten.

Im Anschluss daran fertigten wir ein Durchsuchungsprotokoll, ein Beschlagnahmeverzeichnis sowie Kopien hiervon an und gaben die Dokumente an die Strafverteidiger des Beschuldigten aus. Dieser Schlussakt stellte sich jedoch als echte Herausforderung dar, da das gegnerische Team uns diese Arbeit erheblich erschwerte, indem es deren mündliches Vorbringen berücksichtigt haben wollte und durch die Art und Weise des Vortrags zu einer hektischen Situation beitrug.

#### IV. Die Hauptverhandlung

Der Tag der Hauptverhandlung rückte näher. Die Anklageschrift war bereits an das Gericht weitergeleitet worden und nun galt es sich Gedanken über die Rolle der Staatsanwaltschaft im Gerichtssaal zu machen. Den Gerichtsvorsitz übernahm der bekannte Frankfurter Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Taschke – zugleich Präsident des Hessischen Anwaltsgerichtshofs –, dem die Rechtsanwälte Dr. Rudolf Kriszeleit, ebenfalls Frankfurt am Main, und Dr. Christian Rathgeber, Mainz, beisaßen. Als Schöffen waren die Frankfurter Rechtsanwältin Dr. Anette Hartung und der amtierende Präsident von ELSA Frankfurt am Main zur Teilnahme an der Verhandlung und der Beratung berufen.

Wir sahen uns den Ablauf einer Hauptverhandlung an und versuchten, unser Plädoyer weitestgehend vorzubereiten. Da wir noch nicht wussten, welche Erkenntnisse wir aus der Hauptverhandlung ziehen würden und inwieweit unsere Anklageschrift danach noch haltbar sein würde, versuchten wir bei der Vorbereitung alle möglichen Ausgänge zu beachten und ihre Bedeutsamkeit für unser Plädoyer zu durchdenken.

Der Tag der Hauptverhandlung begann für uns mit einer längeren Wartezeit in der Gerichtsmensa. Wir waren das zweite Team und die Verhandlung des ersten Teams dauerte einige Stunden länger, als sie eigentlich angesetzt war. Umso überraschender war es für uns, dass unser Urteil bereits nach eineinhalb Stunden verkündet wurde. Immerhin handelte es sich doch um dieselbe Akte. Was uns merkwürdig erschien, spiegelte jedoch die Realität wider. Der Angeklagte des ersten Teams hatte sich zur Sache eingelassen. Unser Angeklagter hingegen machte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Im Anschluss an die Hauptverhandlung erklärte uns Rechtsanwalt Dr. Meinecke, dass im Falle einer Aussage des Angeklagten immer eine sehr umfassende Befragung durch das Gericht erfolge, sodass dies in der Regel enorme zeitliche Auswirkungen auf die Verhandlung habe.

Die zeitliche Komponente war jedoch nicht der einzige Punkt, in dem sich unsere Verhandlung von der Verhandlung des ersten Teams unterschied. Auch die Urteile fielen anders aus. So gab es in einer Verhandlung einen Freispruch und in der anderen Verhandlung zumindest eine Teilverurteilung. Dieses Ergebnis zeigt, dass die Aktenlage und eine fundierte Anklageschrift für sich genommen nicht zwingend über den Schuld- oder Freispruch entscheiden. Neben diesen kam es in unserem Fall auch ganz entscheidend auf das weitere Verhalten der Prozessbeteiligten an.

#### V. Fazit

Der wirtschaftsrechtlich-straftprozessuale Moot Court hat uns einen ersten tieferen Einblick in die Praxis am Strafgericht und vor allem in die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gewährt.

Wir mussten sowohl bei der Hausdurchsuchung als auch bei der Hauptverhandlung spontan und schnell auf unerwartete Begebenheiten reagieren. Im Gegensatz zum Schreiben einer Hausarbeit hatten wir nicht die Zeit, in der Bibliothek nach dem besten Weg für unser weiteres Vorgehen zu recherchieren. Gerade das machte diesen Moot Court aber so spannend und realitätsnah. Lediglich an einigen Stellen war erkennbar, dass es sich doch bloß um ein Rollenspiel und nicht um einen realen Prozess handelte. So wussten die Zeugen nicht immer eine Antwort auf eine ihnen gestellt Frage, da sie den Fall eben nur spielten und nicht lebten und ihr Drehbuch nicht auf alle potentiellen Fragen vorbereitet war.

Abschließend lässt sich sagen, dass der Moot Court eine lehrreiche Erfahrung war und darüber hinaus auch Spaß gemacht hat. Wir können eine Teilnahme daher nur weiterempfehlen.

## Rezensionen

### Insolvenzstrafrecht

---

Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz

## Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum September 2016 bis Juni 2017

### I. Aufsatzliteratur

#### 1. Insolvenzrecht und Strafprozessrecht

- a) **Daniel Blankenburg: Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – wird der Insolvenzrichter künftig zum Ermittlungsrichter?, ZInsO 40/2016, S. 1963-1969.**

Schwerpunktmäßig befasst sich *Verf.* mit dem neugefassten § 111i StPO, dessen Absatz 2 der Staatsanwaltschaft aufgibt, den Insolvenzantrag über das Vermögen des Arrestschuldners zu stellen, falls die arretierten Vermögenswerte nicht ausreichen, um sämtliche Gläubiger des Schuldners, die sich bei der Staatsanwaltschaft gemeldet haben, zu befriedigen. *Verf.* weist auf zahlreiche Schwierigkeiten der neuen Vorschrift im Praxisalltag hin. So besage die Vorschrift weder, für wen die Staatsanwaltschaft den Insolvenzantrag stellt (S. 1964 f.) – nur für einzelne oder doch für alle Geschädigten? – noch nenne § 111i Abs. 2 StPO die Anforderungen, denen der Insolvenzantrag der Staatsanwaltschaft genügen muss (S. 1965 ff.). Auch die gesetzgeberisch intendierte Freistellung der Geschädigten von der Kostentrachtungspflicht eines bspw. als unzulässig zurückgewiesenen Antrags gelinge nicht vollständig, wie ein Blick auf die im Eröffnungsverfahren anfallenden Sachverständigenkosten zeige (S. 1968). Vor diesem Hintergrund schlägt *Verf.* vor, der Staatsanwaltschaft ein eigenes Insolvenzantragsrecht nach Anklageerhebung einzuräumen (S. 1969).

- b) **Christian Sering: Anmerkung zu LG Potsdam, Beschl. v. 12.1.2016 – 24 Qs 52/15, in: ZWH 3/2017, 70-72.**

Das *Landgericht Potsdam* hatte über die Frage zu entscheiden, ob gegen einen Vollstreckungsschuldner, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, Erzwingungshaft angeordnet werden darf oder ob diese Anordnung deshalb zu unterbleiben hat, weil durch das Insolvenzverfahren die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners manifest geworden ist (vgl. § 96 Abs. 1 Nr. 2 OWiG). Unabhängig davon, ob das Insolvenzgericht seinen Eröffnungsbeschluss auf Zahlungsunfähigkeit oder auf einen anderen Insolvenzgrund stützt, gelangt das *LG Potsdam* zu dem Ergebnis, der Zahlungsunfähigkeitsbegriff des § 96 Abs. 1 Nr. 2 OWiG sei anders auszulegen als der der Insolvenzordnung. *Verf.* widerspricht dieser These und weist zusätzlich auf das Risiko hin, die mithilfe der Erzwingungshaft beigetriebene Geldbuße durch Insolvenzanfechtung wieder zu verlieren.

- c) **Frauke Rostalski: Legitimation der Anordnung und Vollziehung einer Ersatzfreiheitsstrafe nach bereits beglichener, aber infolge erfolgreicher Insolvenzanfechtung an die Insolvenzmasse zurückgewährter Geldstrafe – Folgeüberlegungen zu BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 280/13, NSTz 3/2017, S. 121-126.**

*Verf.* geht der Frage nach, was mit dem staatlichen Strafanspruch passiert, wenn der Insolvenzverwalter die Zahlung der Geldstrafe durch den Schuldner erfolgreich anfigt und den Betrag zur Masse zurückholt. Mit Blick auf den Charakter der Strafe als dauerhafte Übelzufügung gelangt *Verf.* zu dem Ergebnis, die erfolgreich angefochtene Zahlung einer Geldstrafe

stehe der uneinbringlichen Geldstrafe (vgl. §§ 43 Satz 1 StGB, 459e Abs. 2 StPO) gleich und gestatte den Rückgriff auf die Regeln der Ersatzfreiheitsstrafe. Habe der Schuldner die Geldstrafe allerdings bezahlt, bevor das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet bzw. er zahlungsunfähig wurde, sei der dadurch verursachte vorübergehende Verlust an liquider Freiheit zu seinen Gunsten bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe zu berücksichtigen.

## 2. Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne

### a) Raimund Weyand: Strafrechtliche Risiken für den externen Berater in der Unternehmenskrise – Erläuterungen anhand von praktischen Beispielen, ZInsO 40/2016, S. 1969-1973.

Beratung in der Krise „ist stets gefahrgeneigte Tätigkeit“, wie der *Verf.* eingangs seines Beitrags zutreffend betont. Insbesondere das Risiko, bei der Beratung in die Falle der Beihilfestrafbarkeit zu tappen, ist für den Berater naturgemäß hoch. Vor diesem Hintergrund zeichnet *Verf.* noch einmal die Leitlinien einer Beihilfestrafbarkeit bei neutralem Verhalten nach (S. 1971) und arbeitet anhand von Fallgruppen heraus, wann eine Beihilfestrafbarkeit droht und wann sich der Berater auf der sicheren Seite der Straflosigkeit bewegt (S. 1971 f.). Den Beitrag runden Ausführungen zu der Frage ab, wann eine täterschaftliche Haftung des Beraters – etwa über die Figur des faktischen Organs – in Betracht kommt (S. 1972 f.).

### b) Hans Richter: Strafbarkeitsbeschränkung beim Insolvenzantrag?, ZInsO 49/2016, S. 2372-2375.

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem schon wieder historischen Vorschlag des Gesetzgebers, die Tatmodalität des „nicht richtigen“ Antrags durch die Modalität des „nicht vollständigen“ Antrags zu ersetzen und die Strafbarkeit nach dieser novellierten Tatbestandsfassung zusätzlich davon abhängig zu machen, dass der Antragspflichtige seinen unvollständigen Antrag nicht innerhalb von drei Wochen ab Zustellung einer gerichtlichen Aufforderung vervollständigt hat (s. BT-Drucks. 18/10823, S. 6). *Verf.* lobt zwar das mit diesem Entwurf verfolgte Ziel – *scil.* die Strafbarkeit wegen „nicht richtiger“ Antragstellung vorhersehbarer und für die Praxis leichter handhabbar zu machen – kritisiert aber den Weg, auf dem der Gesetzgeber dieses Ziel erreichen will. Anscheinend hat der Gesetzgeber die Kritik erhört. Denn in seinem aktuellen Entwurf ist er zur ursprünglichen Formulierung des „nicht richtigen Antrags“ zurückgekehrt, will aber eine unrichtige Antragsstellung nur noch dann bestrafen, wenn das Insolvenzgericht den Insolvenzantrag rechtskräftig als unzulässig zurückweist (vgl. BT-Drucks. 18/12154, S. 5 f.).

### c) Folker Bittmann: Von der Strafbarkeit des „nicht richtigen“ zur Pönalisierung des „nicht vollständigen“ Insolvenzantrags?, wistra 3/2017, S. 88-91.

Zunächst zeichnet *Verf.* noch einmal die Diskussion nach, die das Schrifttum seit einiger Zeit über das zutreffende Verständnis des „nicht richtigen“ Antrags führt. Dabei stellt sich *Verf.* auf den Standpunkt, „nicht richtig“ seien nur unzulässige Anträge. Der Gegenansicht, die unzulässige Anträge der Modalität „nicht“ subsumiert und deshalb den Tatbestand „nicht richtig“ für zulässige, aber inhaltlich unzutreffende Anträge reserviert, wirft er vor, zum einen zu streng zu sein und zum anderen sich vom historischen Ursprung des § 15a Abs. 4 Var. 3 InsO zu entfernen, der darin gelegen habe, das Firmenbestattungsunwesen zu bekämpfen, indem den Antragspflichtigen die Möglichkeit genommen werde, mithilfe eines nichtsagenden Dreizeilers ihrer Antragspflicht nachzukommen. Sodann wendet sich *Verf.* dem mittlerweile schon wieder überholten Referentenentwurf des § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO zu, der das Attribut „nicht richtig“ durch „nicht vollständig“ ersetzt.

### d) Sebastian Wagner/Eerke Pannenberg: Einführung in das Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne, Ad Legendum 4/2016, S. 286-294.

*Verf.* bieten einen knappen Überblick über das sog. Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne, also über die Tatbestände der §§ 283-283d StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO. Während *Verf.* bei den Krisenmerkmalen „(drohende) Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ tiefer einsteigen und sich mit den verschiedenen Spielarten einer insolvenzrechtsakzessorischen Interpretation dieser Tatbestandsmerkmale beschäftigen (S. 288 f.), bleibt die Darstellung der §§ 283c, 283d StGB und leider auch des § 15a Abs. 4, 5 InsO eher blass.

### 3. Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne

#### a) Peter Laroche/Marc Wollenweber: Strafbarkeit von Geschäftsführer und vorläufigem Insolvenzverwalter nach § 266a StGB im Eröffnungsverfahren und ihre Vermeidung, ZInsO 46/2016, S. 2225-2231.

Es ist noch gar nicht lange her, da befand sich der Geschäftsführer einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH in einer Zwickmühle. Führt er in dieser Phase die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ab, haftete er nach Ansicht des *II. Zivilsenats* gem. § 64 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft auf Ersatz (exemplarisch *BGHZ* 146, 264). Befolgte er hingegen das „Zahlungsverbot“ des § 64 Satz 1 GmbHG und unterließ es, die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen, machte er sich nach Ansicht des *5. Strafsenats* gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar (s. nur *BGHSt* 48, 307 [311]; *BGHSt* 47, 318 [321]). Bekanntlich hat der *II. Zivilsenat* im Jahr 2007 dieses Dilemma aufgelöst und entschieden, es sei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 64 Satz 2 GmbHG) vereinbar, solche Zahlungen zu leisten, deren Unterbleiben für den Verpflichteten strafrechtliche Konsequenzen zeitige (*NJW* 2007, 2118 [2120]). Auf eine vergleichbare, wenn auch weniger einschneidende Interessenkollision machen *Verf.* für das Insolvenzeröffnungsverfahren aufmerksam. Die Pflicht, auch in diesem Verfahrensstadium noch Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen zu müssen, würde dazu führen, dem Unternehmen dringend benötigte Liquidität zu entziehen. Gleichwohl gelangen *Verf.* zu dem Ergebnis, dass die Pflicht, die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen, auch im Insolvenzeröffnungsverfahren besteht, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht einen vorläufig starken oder einen vorläufig schwachen Insolvenzverwalter bestellt hat. Die verschiedentlich vorgetragenen Ansätze des Schrifttums, den vorläufig starken Insolvenzverwalter von der Beitragsabführungspflicht zu befreien, weisen *Verf.* sämtlich zurück (S. 2227 ff.). Angesichts dessen kann nach Ansicht der *Verf.* für den vorläufig schwachen Insolvenzverwalter nichts anderes gelten. Insbesondere überzeuge es nicht, zu einer Straflosigkeit des vorläufig schwachen Insolvenzverwalters und des Geschäftsleiters der insolventen Gesellschaft *sub specie* § 266a Abs. 1 StGB zu gelangen, indem der mit einem Zustimmungsvorbehalt i.S.v. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO ausgestattete vorläufig schwache Insolvenzverwalter dem Geschäftsleiter untersagt, die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen und es diesem damit ermöglicht, sich gegenüber dem Vorwurf des § 266a Abs. 1 StGB unter Hinweis darauf zu verteidigen, ihm sei es rechtlich unmöglich gewesen, die Beiträge abzuführen. Solches kollusives Zusammenwirken könne unter dem Gesichtspunkt der *omissio libera in causa* Straflosigkeit nicht begründen (S. 2229 f.). Der einzige Weg, sich strafrechtskonform zu verhalten, ist somit aus Sicht der *Verf.* die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (S. 2231).

#### b) Michael Floeth: Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen sog. Scheinselbständigkeit – Arbeitgeberstellung des „Auftraggebers“ und die insoweit im Rahmen des subjektiven Tatbestandes zu stellenden Anforderungen, NZS 20/2016, S. 771-774.

*Verf.* beschäftigt sich kritisch mit den Anforderungen, die nach der höchstrichterlichen Rspr. genügen, um in sog. „Scheinselbständigkeitskonstellationen“ dem Auftraggeber vorzuwerfen, er habe bzgl. seiner Arbeitgeberstellung vorsätzlich gehandelt und deshalb den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB verwirklicht. Nach Ansicht der Rspr. handelt vorsätzlich, wer sämtliche Tatsachen kennt, die im Rahmen einer Gesamtabwägung dafür sprechen, ihn als Arbeitgeber einzustufen. Dass der präsumtive Täter des § 266a Abs. 1 StGB diese Wertungen nicht nachvollzogen hat, sondern aufgrund belastbarer Gegenindizien vom Fehlen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausging, lässt seinen Vorsatz unberührt (zu dieser restriktiven Linie der Rspr. s. *BGH wistra* 2014, 23 [25]; *OLG Celle wistra* 2014, 109 [110]). Demgegenüber plädiert *Verf.* dafür, Vorsatz bzgl. der Arbeitgeberstellung nur anzunehmen, wenn der präsumtive Täter, die Wertungen, die diese Position begründen, nach Laienart nachvollzogen hat (so auch schon *Weidemann, wistra* 2010, 463 [465]; zust. *Reichling, wistra* 2016, 306). Er müsse die Möglichkeit billigend in Kauf genommen haben, als Arbeitgeber eingeordnet zu werden. Habe er dagegen ernsthaft auf das „Ausbleiben“ einer solchen Einordnung vertraut, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB aus (S. 773).

**c) Ralf Peter Anders: Zur Bestimmung der Grenzen des Gesellschaftereinstimmungs bei der GmbH-Untreue, NZWiSt 1/2017, S. 13-22.**

Ausgehend von dem Befund, wonach das gesellschaftsrechtliche Existenzvernichtungsverbot in hohem Maße unbestimmt ist, der strafrechtliche Rückgriff hierauf, um die Reichweite des Gesellschaftereinstimmungs zu ermitteln, folglich auf Kollisionskurs zum Analogieverbot gerät (S. 16 f.), schlägt *Verf.* eine strafrechtsautonome „Verschränkungs-Lösung“ vor. Die Wirksamkeitsgrenze des Gesellschaftereinstimmungs markiert nach dieser Lösung der Bankrottatbestand. Zu diesem Ansatz gelangt *Verf.*, indem er das Zurechnungsmodell in seiner organisationsbezogenen Form ablehnt und dem Funktionsmodell den Vorzug gibt (S. 20 f.). Konkret heißt das: Ob ein Gesellschaftereinstimmung den Tatbestand der Untreue ausschließt oder aber der Geschäftsführer trotz des Einverständnisses wegen Untreue haftet, lässt sich *Verf.* zufolge ohne Rekurs auf das Gesellschaftsrecht feststellen.

**d) Benjamin Keramati/Maximilian Klein, Die unterlassene Anfechtung des Insolvenzverwalters als strafbare Untreue, NZI 11/2017, S. 421-427.**

*Verf.* beschäftigen sich mit einem Ausschnitt aus dem Themenkomplex der „Insolvenzverwalteruntreue“: der untreu strafrechtlichen Relevanz pflichtwidrig unterlassener Insolvenzanfechtungen. Dazu unterscheiden sie zwei Sachverhaltskonstellationen: Zum einen die unterbliebene Aufklärung eines anfechtungsrelevanten Sachverhalts und zum anderen das Unterlassen der Insolvenzanfechtung trotz bestehender Anfechtungslage. Für beide Konstellationen gelangen *Verf.* allerdings zu dem Ergebnis, dass dem Insolvenzverwalter eine Untreue strafbarkeit nur in Ausnahmefällen droht.

## II. Handbücher/Kommentare

**1. Karsten Schmidt/Wilhelm Uhlenbruck: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Otto Schmidt Verlag, 149,00 €, ISBN 978-3-504-32210-6.**

In nunmehr fünfter Auflage liegt *der* Klassiker zum Insolvenz- und Sanierungsrecht im GmbH-Kontext vor, das von *Karsten Schmidt* und *Wilhelm Uhlenbruck* herausgegebene Handbuch mit dem Titel „Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz“. Seit jeher enthält dieses Werk auch ein Kapitel, das den straf- und haftungsrechtlichen Risiken in der GmbH-Krise nachspürt und das auch in der fünften Auflage *Karsten Schmidt* (die haftungsrechtliche Seite betreffend) und *Wilhelm Uhlenbruck* (die strafrechtliche Seite betreffend) bearbeiten.

1. Haftungsgefahren drohen vor allem demjenigen Geschäftsführer, der es entgegen § 15a Abs. 1 InsO unterlässt, rechtzeitig, spätestens aber nach Ablauf von drei Wochen den Insolvenzantrag zu stellen. Vor dem Hintergrund der Schutzgesetzzeigenschaft, die die nahezu einhellige Meinung dem § 15a InsO beilegt, hat der *BGH* ein auf § 823 Abs. 2 BGB gestütztes Haftungskonzept entwickelt. Danach haftet der Geschäftsleiter den Altgläubigern – also den Gläubigern, die schon vor Entstehen der Antragspflicht vorhanden waren – auf den sog. Quotenschaden, der sich aus der Differenz zwischen der tatsächlich erzielten Quote und der Quote errechnet, die die Altgläubiger bei rechtzeitiger Insolvenzantragsstellung erhalten hätten. Den Neugläubigern gegenüber – also denjenigen Gläubigern, die nach Entstehen der Insolvenzantragspflicht mit der Gesellschaft kontrahiert haben – haftet der Geschäftsführer weitergehend auf das negative Interesse, da diese Gläubiger, wäre der Geschäftsführer seiner Antragspflicht rechtzeitig nachgekommen, mit der insolvenzreifen Gesellschaft keine Verträge abgeschlossen hätten. Während die Neugläubiger ihren, auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch unabhängig vom Gang des Insolvenzverfahrens einklagen können, macht den Quotenschaden der Altgläubiger gem. § 92 InsO der Insolvenzverwalter geltend. Nach der Konzeption des *BGH* soll sich § 92 InsO indes nur auf den Quotenschaden der Altgläubiger beziehen. Den Quotenschaden, den die Neugläubiger erlitten, habe der Insolvenzverwalter schon deshalb nicht geltend zu machen, weil sich Schadensersatz auf das negative Interesse und Quotenschaden nicht sinnvoll unterscheiden ließen und es zudem ausgeschlossen sei, den Quotenschaden eines jeden einzelnen Neugläubigers mit Blick auf die unterschiedlichen Entstehungszeitpunkte ihrer Forderungen zu berechnen. Überzeugend arbeitet *K. Schmidt* die Schwachpunkte dieser Konzeption heraus (Rn. 11.25 ff.), die aus § 92 InsO auf dem Feld des Gesamtquotenschadens „totes Recht gemacht“ hat (Rn. 11.27). Denn für den Insolvenzverwalter, der den Quotenschaden einzuklagen hat, ist es ein Ding der Unmöglichkeit im Zeitpunkt der Klageerhebung festzustellen,

wer zu den Alt- und wer zu den Neugläubigern gehört. Dazu müsste er nämlich nach Tag und Stunde genau wissen, wann die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers entstanden ist (Rn. 11.27). Seine Kritik verbindet *K. Schmidt* mit dem Aufruf an die Rechtsprechung, ihren Ansatz insofern zu ändern, als sie es dem Insolvenzverwalter künftig erlaubt, *via* § 92 InsO den Quotenschaden der Alt- und der Neugläubiger einzuklagen und es den Neugläubigern nur gestattet, ihren über den Quotenschaden hinausgehenden Individualschaden geltend zu machen (Rn. 11.28 f.).

2. Ausführliche Überlegungen widmet *K. Schmidt* darüber hinaus dem für GmbH-Geschäftsführer gefährlichsten Haftungstatbestand: dem Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich dieser Vorschrift, die sie als einen Erstattungsanspruch *sui generis* versteht, immer weiter ausgebaut. Hiergegen wendet sich *K. Schmidt*, der mit Blick auf die seiner Meinung nach bestehende Nähe des § 64 Satz 1 GmbHG zur Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO und dem von ihm favorisierten Schadensersatzrechtlichen Verständnis des § 64 Satz 1 GmbHG (Rn. 11.35) anmahnt, diesen Haftungstatbestand deutlich restriktiver zu handhaben, als es die Rechtsprechung tut. Scharfe Kritik formuliert *K. Schmidt* gegenüber der Unterscheidung von Ein- und Auszahlungen auf kreditorische Konten einer- und debitorische Konten andererseits (Rn. 11.42 ff.). Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat hier in der Tat seltsame Blüten getrieben, entnimmt sie doch dem § 64 Satz 1 GmbHG das an den Geschäftsführer gerichtete Handlungsprogramm, Einzahlungen auf das kreditorische Konto zu bewirken, Auszahlungen hingegen vom debitorischen Konto vorzunehmen. Solche nur schwer einleuchtenden Auswüchse veranlassen *K. Schmidt de lege ferenda* zu dem Vorschlag, die Vorschrift des § 64 Satz 1 GmbHG ganz zu streichen (Rn. 11.56).

3. Im Rahmen seiner Überlegungen zu § 64 Satz 1 GmbHG erörtert *K. Schmidt* auch die Frage nach dem Verhältnis dieses gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbots zu dem gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbewehrten Zahlungsverbot, den Arbeitnehmeranteil am Sozialversicherungsaufkommen rechtzeitig an die Sozialversicherungsträger abzuführen. Völlig zu Recht stellt er sich dabei auf den Standpunkt, dass für einen auf § 64 Satz 1 GmbHG gestützten Sonderrechtfertigungsgrund während des Laufs der Dreiwochenfrist, die § 15a Abs. 1 InsO höchstens gewährt, seit der Kehrtwende des *zweiten Zivilsenats* (GmbHR 2007, 757 m. Anm. *Chr. Schröder*) kein Raum mehr ist (Rn. 11.53). Das heißt aber nicht, dass der Geschäftsführer, der ein erfolgsversprechendes Sanierungskonzept verfolgt, sämtliche noch vorhandenen Gelder an die Sozialversicherungsträger überweisen muss. Im Gegenteil: Solange er die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO in Anspruch nehmen darf, besteht die Möglichkeit, eine unterbliebene Abführung der Arbeitnehmeranteile am Sozialversicherungsaufkommen und damit eine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB über § 34 StGB zu rechtfertigen (näher dazu *Brand*, GmbHR 2010, 237 [241 ff.]).

4. Im Anschluss an die Schilderung der haftungsrechtlichen Risiken, die dem GmbH-Geschäftsführer in der Gesellschaftskrise drohen, erörtert *Uhlenbruck* exemplarisch einige strafrechtliche Risiken. Das Zentrum seiner Ausführungen bildet der Tatbestand der strafbaren Insolvenzverschleppung (Rn. 11.81 ff.). Auch die strafrechtlichen Gefahren, die Berater von kriselnden Gesellschaften eingehen, zeichnet *Uhlenbruck* umfassend nach (Rn. 11.101 ff.) und gibt zugleich wichtige Hinweise darauf, wie sich diese Gefahren umschiffen lassen (Rn. 11.105).

5. Zusammenfassend handelt es sich bei dem „*K. Schmidt/Uhlenbruck*“ um ein Werk, das auch dem Strafrechtler tiefe Einblicke in die schwierige Materie des Insolvenzstrafrechts eröffnet und dessen Anschaffung sich deshalb auch für den lohnt, der sich vorwiegend mit Insolvenzstrafrecht beschäftigt.

**2. Godehard Kayser/Christoph Thole (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2016, C. F. Müller Verlag, 169,99 €, ISBN 978-3-8114-4202-3 und Martin Ahrens/Markus Gehrlein/Andreas Ringsteiner (Hrsg.): Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2017, Luchterhand Verlag, 189,00 €, ISBN 978-3-472-08669-7.**

Angesichts des Befunds, wonach bei jeder zweiten GmbH-Insolvenz der Geschäftsführer den Insolvenzantrag entweder nicht oder nicht rechtzeitig stellt und dadurch den Tatbestand der strafbaren Insolvenzverschleppung verwirklicht, nimmt es nicht wunder, dass § 15a InsO in letzter Zeit immer größere Aufmerksamkeit erfährt. Das hängt überdies mit

den jüngsten gesetzgeberischen Reformbestrebungen zusammen, die die Kritik des Schrifttums an der Tathandlungsmodalität des „nicht richtigen“ Antrags zum Anlass nehmen und den Tatbestand des § 15a InsO umfassend novellieren. Anders als zunächst vorgesehen ersetzt der aktuell vorliegende Gesetzesentwurf die Modalität des „nicht richtigen“ Antrags zwar nicht durch die Modalität des „nicht vollständigen“ Antrags, dessen Unvollständigkeit „nicht oder nicht innerhalb von drei Wochen ab Zustellung der gerichtlichen Aufforderung nach § 13 Absatz 3 Satz 1 ergänzt“ wird, sondern kehrt im neuen § 15a Abs. 4 Nr. 2 E-InsO zur alten Formulierung zurück (BT-Drucks. 18/12154, S. 6). Allerdings fügt der Entwurf dem § 15a InsO einen neuen Abs. 6 hinzu, nach dem das Stellen eines „nicht richtigen“ Antrags nur strafbar ist, wenn der Antrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wurde. Damit versinkt die Debatte, wann ein Insolvenzantrag „nicht richtig“ gestellt ist, zwar nicht in der Bedeutungslosigkeit. Der als objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestaltete § 15a Abs. 6 E-InsO enthält aber einen gewichtigen gesetzgeberischen Fingerzeig dahin, künftig nur noch solche Insolvenzanträge als „nicht richtig“ zu qualifizieren, deren Mängel sich auf ihre Zulässigkeit auswirken. Ob der Fall eines Insolvenzantrags, der statt der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit die Angabe enthält, dem Schuldner drohe lediglich die Zahlungsunfähigkeit, noch als „nicht richtiger“ Antrag bestraft werden kann und ob – wer das verneint – nicht kriminalpolitisch unerwünschte Lücken reißt, das muss die kommende Diskussion um das richtige Verständnis des neu gefassten § 15a E-InsO zeigen. Beide Kommentare konnten sich zu dieser Entwicklung freilich noch nicht äußern. Gleichwohl geben die Kommentierungen zu § 15a InsO dem Leser einen guten Einblick in die Probleme der (strafbaren) Insolvenzverschleppung. Während *Markus Kadenbach* im „Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier“ den Schwerpunkt seiner Kommentierung eindeutig auf die zivilrechtliche Seite des § 15a InsO legt und unter anderem spannende Ausführungen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei hochwasser- und starkregenfallbedingter Insolvenz“ (BGBl. I, S. 1824) macht (Rn. 31), gelingt es dem „Heidelberger Kommentar“ darüber hinaus nicht nur die zivilrechtliche Seite der Insolvenzverschleppung souverän abzubilden, sondern durch seine Konzeption – *scil.* die Kommentierung des § 15a InsO zwischen dem Zivilrechtler *Detlef Kleindiek* und dem Strafrechtler *Andreas Ransiek* aufzuteilen – auch die strafrechtlichen Aspekte umfassend zu beleuchten. Mit Blick auf ihre unterschiedliche Schwerpunkt- und Akzentsetzung ist es für den, der auf dem Feld der strafbaren Insolvenzverschleppung berät, von großem Nutzen, den Inhalt beider Kommentierungen zu § 15a InsO zur Kenntnis zu nehmen.

**3. Reinhard Bork/Carsten Schäfer (Hrsg.): Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2015, RWS Verlag, 124,00 €, ISBN 978-3-8145-1008-8, Marcus Lutter/Peter Hommelhoff: Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2016, Otto Schmidt Verlag, 129,00 €, ISBN 978-3-504-32489-6 und Ingo Saenger/Michael Inhester (Hrsg.): Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2016, Nomos Verlag, 124,00 €, ISBN 978-3-8487-3115-2.**

Kommentare zum GmbHG sind auch für den Wirtschaftsstrafrechtler von Interesse. Das liegt nicht nur an den Straftatbeständen des GmbHG (§§ 82-85 GmbHG), sondern insbesondere daran, dass die GmbH als die insolvenzanfälligste Rechtsform überproportional oft die Geschädigtenrolle in Wirtschaftsstrafverfahren einnimmt, es jedoch ohne vertiefte GmbH-rechtliche Kenntnisse zumeist nicht möglich ist festzustellen, ob die Schädigungen des GmbH-Vermögens einen Straftatbestand erfüllen. Ein anschauliches Beispiel für diese Interdependenzen zwischen Straf- und GmbH-Recht bietet die „GmbH-Untreue“. Früher noch in § 81a GmbHG geregelt, ist die GmbH-Untreue heute eine von vielen Fallgruppen des allgemeinen Untreuetatbestandes (§ 266 StGB). Angesichts der zivil- und gesellschaftsrechtsakzessorischen Struktur, die dem § 266 Abs. 1 StGB eignet, verwundert es nicht, dass die Untreuestrafbarkeit häufig davon abhängt, wie die Strafgerichte bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorfragen beantworten. Einfalltor für gesellschaftsrechtliche Wertungen sind die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht sowie der Prüfungspunkt des tatbestandsausschließenden Einverständnisses. Gerade das tatbestandsausschließende Einverständnis zeigt sehr anschaulich, wie eng Straf- und Gesellschaftsrecht miteinander verzahnt sind. Schädigt der GmbH-Geschäftsführer unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG das GmbH-Vermögen mit Zustimmung aller Gesellschafter, erscheint es auf den ersten Blick durchaus einleuchtend, den Geschäftsführer vom Vorwurf der Untreue freizusprechen, da ja die „wirtschaftlichen Eigentümer“ der GmbH mit seinem Verhalten einverstanden waren. Ein zweiter, an den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben geschulter Blick lehrt aber sehr schnell ein Besse-

res: Wegen des Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG war der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter unwirksam, konnte also der GmbH nicht wirksam zugerechnet werden. Das aber heißt: Die Vermögensinhaberin „GmbH“ hat selbst die Schädigung ihres Vermögens nicht konsentiert; hierfür wäre ein wirksamer, ihr zurechenbarer Gesellschafterbeschluss nötig gewesen, an dem es wegen des Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG jedoch fehlte. Ein weiteres Beispiel für das Zusammenspiel von GmbH- und Strafrecht betrifft Zahlungen, die der GmbH-Geschäftsführer entgegen § 64 Sätze 1, 3 GmbHG vornimmt. Einzelne Stimmen im strafrechtlichen Schrifttum knüpfen an die Vornahme solcher Zahlungen den Vorwurf der Vermögensbetreuungspflichtverletzung und wollen – bei vorsätzlichem Verhalten – den Geschäftsführer wegen Untreue verurteilen. Den Einwand, der GmbH-Geschäftsführer, der gegen § 64 Satz 1 GmbHG verstößt, habe doch immerhin die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreit, die Weggabe von Gesellschaftsvermögen sei mithin kompensiert, ein Schaden folglich nicht entstanden, lassen sie nicht gelten, weil die Gläubigerforderung aufgrund der Gesellschaftskrise nicht mehr dem Nennwert entsprach. Ein letztes Beispiel, das die Verflechtungen zwischen Straf- und GmbH-Recht illustriert, entstammt dem Themenkomplex der Gesellschafterdarlehen. Befriedigt der GmbH-Geschäftsführer bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit der GmbH inkongruent ein Gesellschafterdarlehen, erhebt sich die Frage, ob er sich, nachdem über das Gesellschaftsvermögen das Insolvenzverfahren eröffnet bzw. seine Eröffnung mangels Masse abgelehnt wurde (vgl. §§ 283 Abs. 6, 283c Abs. 3 StGB), wegen Bankrotts gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder aber „nur“ wegen Gläubigerbegünstigung gem. § 283c Abs. 1 StGB strafbar macht. Jüngst hat der BGH über diese Frage entschieden und für eine Bankrottstrafbarkeit votiert (NZI 2017, 542 m. Bespr. Brand, NZI 2017, 518 ff.). Die richtige Antwort hängt davon ab, ob man den darlehensgewährenden Gesellschafter als Gläubiger i.S.v. § 283c Abs. 1 StGB ansieht oder ob man aufgrund des Nachrangs, den § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO für sämtliche Gesellschafterdarlehen anordnet, den darlehensgewährenden Gesellschafter aus dem Gläubigerkreis herausnimmt. Im einschlägigen Schrifttum werden beide Positionen vertreten. Überzeugend sind sie indes beide nicht. Richtigerweise macht sich der GmbH-Geschäftsführer, der das Gesellschafterdarlehen bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit inkongruent zurückführt, dann – aber auch nur dann – gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar, wenn der Gesellschafter für seinen Darlehensrückzahlungsanspruch einen qualifizierten Rangrücktritt erklärt hat. Fehlt es an einem solchen qualifizierten Rangrücktritt, haftet der GmbH-Geschäftsführer nur nach dem mildereren § 283c Abs. 1 StGB. – Die zahlreichen Beispiele haben gezeigt, wie wichtig Kenntnisse des GmbH-Rechts für die Bearbeitung wirtschaftsstrafrechtlicher Fälle sind. Ohne gute Kommentare zum GmbHG ist der Wirtschaftsstrafrechtler in der täglichen Praxis folglich „aufgeschmissen“. Umso erfreulicher ist es, dass für den Berichtszeitraum die Neuauflage gleich dreier einbändiger Kommentare zum GmbHG vermeldet werden kann, darunter der mittlerweile in 19. Auflage vorliegende, einen Klassiker unter den Kommentaren zum GmbHG bildende „Lutter/Hommelhoff“. Der *Rezensent* ist glücklicherweise nicht in der Lage des *Paris*, muss also nicht entscheiden, welcher der drei Kommentare am besten ist. Es wäre auch ganz unmöglich, diese Entscheidung zu treffen, da alle drei Kommentare einen Glücksfall für das GmbH-Recht darstellen! Mit Blick auf den ähnlichen Zuschnitt – alle Kommentare behandeln das GmbH-Gesetz in einem Band – ist das höchst bemerkenswert. Einziger Wehrmuts-tropfen bilden die Kommentierungen zum originären GmbH-Strafrecht – i.e. die §§ 82 ff. GmbHG –, die in allen drei Kommentaren eher knapp ausfallen. Mit Blick auf die praktisch nicht allzu große Relevanz dieser Tatbestände schmälert das den glänzenden Gesamteindruck, den der *Rezensent* von allen drei Werken gewonnen hat, indes nicht. Der Wirtschaftsstrafrechtler, der sich mit Konstellationen befassen muss, die einen Bezug zum GmbH-Gesetz aufweisen, befindet sich deshalb in der komfortablen Situation, gleich auf drei höchst aktuelle Kommentierungen zugreifen zu können, die die Fragen, die solche Fallgestaltungen regelmäßig aufwerfen, zuverlässig beantworten!

**4. Karl-Heinz Boos/Reinfrid Fischer/Hermann Schulte-Mattler (Hrsg.): Kommentar zu KWG, CRR-Verordnung und Ausführungsvorschriften (zwei Bände), 5. Aufl. 2016, C. H. Beck Verlag, 299,00 € ISBN 978-3-406-67863-9.**

Eine, vielleicht die wichtigste Lehre aus der vergangenen Banken- und Finanzkrise lautet: auch Kreditinstitute können insolvent gehen. Zwar hielt der Staat über die großen Institute wegen ihrer viel beschworenen Systemrelevanz damals zumeist – eine Ausnahme bildet der Fall „Lehman Brothers“ – seine schützende Hand. Künftig soll sich dies jedoch ändern und die Kreditinstitute nicht mehr darauf vertrauen dürfen, dass der Steuerzahler sie aus finanzi-

ellen Problemen „heraushaut“. Nicht zuletzt, weil es dem Strafrecht nicht gelang, die für die vergangene Bankenkrise Verantwortlichen zu sanktionieren, hat der Gesetzgeber mit § 54a KWG einen neuen Straftatbestand geschaffen, der strukturell zwischen Bankrott und Untreue oszilliert. Daneben kennt das KWG einen weiteren insolvenzstrafrechtlichen Straftatbestand, den § 55 KWG, der denjenigen Kreditinstitutsleitern Kriminalstrafe androht, die gegenüber der BaFin nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig die (drohende) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung „ihres“ Instituts anzeigen. Im Unterschied zu ihren Geschäftsleiterkollegen, die keine Bank- oder vergleichbaren Geschäfte tätigen, trifft die Geschäftsleiter von Kreditinstituten nicht die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO. Vielmehr sind sie verpflichtet, die (drohende) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des von ihnen geführten Kreditinstituts gem. § 46b Abs. 1 KWG der BaFin unter Vorlage aussagekräftiger Unterlagen anzuzeigen, die dann nach eigenem Ermessen darüber entscheidet, ob sie Insolvenzantrag stellt oder andere Maßnahmen ergreift, um das strauchelnde Institut zu sanieren. Während der neu geschaffene § 54a KWG noch nie zur Anwendung kam und aufgrund seiner Struktur wahrscheinlich auch nie eine Rolle spielen wird, besitzt § 55 KWG angesichts von fünfzehn Bankinsolvenzen, die *Jan Henning Lindemann*, der Kommentator der §§ 46b, 54a, 55 KWG in dem hier angezeigten Werk, gezählt hat, durchaus eine nicht zu unterschätzende Relevanz.

Zum neuen Tatbestand des § 54a KWG findet sich im „Boos/Fischer/Schulte-Mattler“ eine umfassende Kommentierung von *Lindemann*. Zu Recht weist *Lindemann* in seiner Kommentierung des § 54a KWG den vielfach gegen diesen Tatbestand erhobenen Vorwand der Unbestimmtheit und des damit einhergehenden Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG zurück (Rn. 6) und verwendet stattdessen viel Raum darauf, die zahlreichen Merkmale des Tatbestandes zu konkretisieren und für die Praxis handhabbar zu machen. Besonders interessant sind die Ausführungen, wie das Merkmal der Bestandsgefährdung zu konkretisieren ist, nachdem der Gesetzgeber die §§ 48a ff. KWG aufgehoben und an ihre Stelle das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) gesetzt hat. *Lindemann* votiert hier für eine vorsichtige Übernahme des Bestandsgefährdungsbegriffs aus § 63 SAG (Rn. 9). Sprengkraft für die Reichweite des § 54a KWG birgt der Hinweis, wonach eine Auslegung der SSM-VO dazu führen kann – nicht muss –, die Kompetenz zum Erlass von Anordnungen gem. § 25c Abs. 4c KWG bei der EZB zu verorten, sobald es um bedeutende Kreditinstitute geht. Eine solche Interpretation hätte zur Konsequenz, dass nur Geschäftsleiter von nicht bedeutenden Kreditinstituten den Tatbestand des § 54a KWG verwirklichen könnten (Rn. 21). Richtigerweise hält *Lindemann* ein solches Ergebnis für absurd. – Ebenfalls von *Lindemann* stammt die Kommentierung des § 55 KWG. Während *Lindemann* an dieser Stelle ausführlich der Frage nachgeht, unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsleiter von Zweigstellen ausländischer Unternehmen die strafbewehrte Pflicht des § 46b KWG trifft (Rn. 4 f.), findet man auf die Frage, wann eine Anzeige nicht richtig bzw. nicht vollständig erfolgt, leider keine Antwort. Den Wert der Kommentierung des bankrechtlichen Insolvenzstrafrechts durch *Lindemann* schmälert das indes nicht. Im Gegenteil: Ihm ist es gelungen, diese schwierige und unübersichtliche Materie leicht verständlich, dabei aber nie vereinfachend darzustellen. Für jeden, der sich mit diesen exotischen Tatbeständen befassen muss, ist die Kommentierung von *Lindemann* ein Glücksfall!

**5. Thomas Fischer: Kommentar zum StGB, 64. Aufl. 2017, C. H. Beck Verlag, 92,00 €, ISBN 978-3-406-69609-1.**

Im Berichtszeitraum ist auch *das* Standardwerk unter den einbändigen Kommentaren zum StGB in mittlerweile 64. Auflage erschienen: der „Fischer“. Während die Kommentierung des § 266 StGB weiterhin zu den besten Untreuekommentierungen gehört, die sich auf dem Markt derzeit finden lassen, bleibt die Bearbeitung der §§ 283 ff. StGB dahinter leider etwas zurück. Zwar findet der Leser Ausführungen zu den wesentlichen Problemfeldern dieser Vorschriften. Mit Blick auf die gewachsene praktische Bedeutung vor allem der §§ 283, 283c StGB hätte man sich an einzelnen Stellen aber eine vertiefte Darstellung gewünscht: Keine Erwähnung findet bspw. die Frage, ob der Schuldner (kraft Zurechnung), der die wirtschaftlichen Verhältnisse der von ihm vertretenen Gesellschaft unzutreffend darstellt, um trotz bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO zu erreichen, bankrottstrafrechtliches Unrecht in Form des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB verwirkt. Unerwähnt bleibt auch die Entscheidung des *ersten Strafsenats* vom 14.3.2016 zum Verjährungsbeginn beim Bankrott (NJW 2016, 1525 m. Anm. *Brand*). Darin hat der *erste Strafsenat* wichtige Aussagen zur Beendigung des Bankrotts getroffen, indem

er entschied, das Verheimlichen von Vermögensbestandteilen sei im Falle eines Restschuldbefreiungsverfahrens erst mit Erteilung der Restschuldbefreiung beendet. Schließlich wird im Rahmen der Kommentierung von § 283c StGB die Entscheidung des *OLG Celle* (WM 2015, 188) nicht genannt, in der das *OLG* grundlegend zu der Frage Stellung bezogen hat, ob die inkongruente Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder „nur“ den Tatbestand des § 283c StGB verwirklicht. Gleichwohl bleibt der „Fischer“ auch für den insolvenzstrafrechtlich Tätigen ein unentbehrliches Hilfsmittel, das auf keinem Schreibtisch fehlen sollte!

### Wirtschaftsstrafrecht

---

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

## Robert Esser/Markus Rübenstahl/Frank Saliger/Michael Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht – Kommentar (mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht)

Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, Köln, 3789 Seiten, ISBN 978-3-504-40016-3, 299 Euro

I. 1. *Mens sana, in corpore sano* – der ERST verleiht dem Leitspruch über dem Eingang des Hörsaalgebäudes der Heidelberger Universität neue Aktualität. Seine Lektüre schult nicht nur den Geist, sondern stärkt auch Arm-, Bauch- und Rückenmuskeln: Das schwergewichtige Werk zwingt den Leser zum steten Austarieren seines Gleichgewichts, damit ihm das Buch nicht aus der Hand rutscht:

Handelt es damit bereits um ein Medizinprodukt? *Anne Laurinat* lässt in ihrer sehr systematisch angelegten Befassung mit Spezialgesetzen für den medizinischen Sektor schnell erkennen, wie wichtig für Ärzte juristische und umgekehrt, für Juristen medizinische Kenntnisse sind – wie sonst soll man die für Verkehrsfähigkeit, Werbung und Gestaltung maßgebliche Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Medizinprodukten nach ihrer pharmakologischen, immunologischen oder metabolistischen bzw. – noch dazu nur: überwiegend – physikalischen oder physiochemischen Wirkungsweise vornehmen können (Rn. 20 f. vor §§ 95 ff. AMG und 5-12 vor §§ 40-43 MPG)? Die Lektüre ihrer Ausführungen zeigt: Der ERST ist jedenfalls kein Arzneimittel. Die Eignung zur Verhütung von Krankheiten (Rn. 5) könnte ihn jedoch als Medizinprodukt ausweisen. Abhängig ist das von der Zweckbestimmung des Herstellers. Der Nachforschung beim Otto-Schmidt-Verlag bedarf es jedoch nicht, denn die Zweckbestimmung folgt aus der Kennzeichnung, Gebrauchsanweisung und der Art, wie geworben wird (Rn. 8). Da weder Vorwort noch Umschlag auf die gegen Rückenschmerzen vorbeugende Wirkung hinweisen, bleibt das Buch ein nur Buch und ist nicht zusätzlich noch ein Medizinprodukt. Schade eigentlich, sonst könnte man sich den ERST vom Arzt auf Kosten der Krankenkasse verschreiben lassen!

2. Über 3.700 Seiten Wirtschaftsstrafrecht – knapp die Hälfte davon nehmen Ausführungen zum StGB (ca. 1.000 Seiten) und zur StPO (ca. 800 Seiten) ein. Allein *Saliger* beschäftigt sich auf etwa 180 kleingedruckten Seiten (aktualisiertes und z. T. komprimiertes Update aus dem *Matt/Renzikowski*, 2013, S. 365-545) mit dem Betrug und auf weiteren gut 100 Seiten (nach dem großenteils wortgleichen *SSW*, 3. Aufl. 2017) mit der Untreue, S. 613-713, sowie weiteren Vermögensstraftaten, § 263a-265b StGB: S. 545-612; § 266a und b StGB: S. 713-748. Insgesamt erläutern 45 „Praktiker und beratungsnaher Hochschullehrer“ (so die Selbsteinschätzung im Vorwort) 88 Gesetze in 3 Teilen (Allgemeines – 2 Kapitel – und Besonderes – 12 Kapitel – Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sowie Wirtschaftsverfahrensrecht) – und das in einer Weise, die sie weit überwiegend vor dem Vorwurf rein verteidigungsnaher „Lobbyarbeit“ bewahrt.

Werke zum Thema Wirtschaftsstrafrecht gibt es zahlreiche. In den Erläuterungsbüchern zum materiellen Strafrecht und zum Strafprozessrecht bilden wirtschaftsbezogene Themen nicht selten Schwerpunkte. Manche Veröffentlichungen befassen sich nur mit be-

stimmten Gesetzen oder abgrenzbaren Bereichen, andere (Hand-)Bücher mit dem gesamten Wirtschaftsstrafrecht und seinem Umfeld. Bis 2016 gab es aber nur einen einschlägigen Gesamtkommentar zum Thema (Graf/Jäger/Wittig). Dessen Erscheinen in 2. Auflage Anfang diesen Jahres fällt zeitlich nahe mit den Erstaufgaben des zweiten (Leitner/Rosenau) und dritten Gesamtkommentars (ERST) zum Wirtschaftsstrafrecht zusammen. Ob das Zufall ist oder nicht, sei dahingestellt – sie alle hatten jedoch mit der Kreativität des Gesetzgebers zu kämpfen und konnten doch nicht vermeiden, von der Aktualität der Veröffentlichung weiterer Gesetze im Bundesgesetzblatt bis zum Ende der Legislaturperiode überholt zu werden. Dankenswerterweise kündigte der Otto-Schmidt-Verlag an, alsbald eine gesonderte Kommentierung der grundlegenden Reform der Vermögensabschöpfung online zugänglich zu machen.

Das Neue am vorliegenden Kommentar beschreiben die Herausgeber mit seiner Systematik. Damit ist weniger der Aufbau der einzelnen Darstellungen gemeint als die äußere Ordnung, d.h. die Einteilung des Werkes insgesamt. Beleg dafür ist das Aufgreifen von als Ordnungswidrigkeit ahndungsfähigen Tatbeständen im Zusammenhang mit dem jeweiligen, auch Straftatbestände aufweisenden Rechtsgebiet (pars pro toto: 26 Gesetze Arbeitsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auf gut 150 Seiten, Esser, S. 1183-1341). Die Ausstattung ist komfortabel – 4 Bearbeiter- und Gesetzesverzeichnisse unter verschiedenen Gesichtspunkten, ein nach Sachgebieten unterteiltes allgemeines Literaturverzeichnis, ergänzt von Hinweisen auf Spezialliteratur vor Einzelgesetzen, bei den großen sogar vor einzelnen Paragraphen, dazu ein Abkürzungs- und mit knapp 40 Seiten solides Stichwortverzeichnis. Vor längeren Darstellungen finden sich Detailübersichten und die insgesamt 15 Kapitel sind auf der äußeren Papierschnittseite mit schwarzen Balken sichtbar gemacht. Die Praxisorientierung zeigt sich auch in der Gestaltung der Literaturhinweise: Etliche Autor(inn)en stellen nicht die Vollständigkeit in den Vordergrund, sondern wählten jeweils nur eine oder wenige repräsentative Fundstellen aus – ob es hier und da bessere gegeben hätte, ist eine Frage des Geschmacks, über den sich bekanntlich nicht streiten lässt. Einschlägige Rechtsprechung ist hingegen umfassend dokumentiert – eine sachgerechte und konsequent auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittene Entscheidung.

II. 1. Der Europäisierung Rechnung tragend befasst sich *Tine Schauenburg* im Zuge der Kommentierung des Allgemeinen Teils des StGB intensiv mit dem örtlichen Anwendungsbereich wirtschaftsstrafrechtlich relevanter Tatbestände (S. 19-31). *Rübenstahl* erläutert die Personen- und Sachbegriffe des § 11 StGB (S. 31-46), gefolgt von *Mansdörfers* monographieähnlichen Darstellung des materiellen Tatbegriffs (S. 47-69) und der Unterlassungsdogmatik (S. 69-80). *Trüg* stellt § 14 StGB vor (S. 80-103), *B. Gercke* Regeln zur Strafzumessung (S. 172-187). *Saliger/Schweiger* (Rn. 10 zu § 78a StGB) belegen die Aktualität ihrer Darstellung zur Verjährung mit dem Hinweis auf die Entscheidung des BGH (NJW 2016, 1525 ff.) zur Beendigung von Insolvenzstraftaten natürlicher Personen erst mit Feststellung der Restschuldbefreiung. Andere Abschnitte werden vorgestellt von *Esser*, *Eidam* und *Helen Schilling*.

Die Kommentierung des Besonderen Teils des StGB eröffnet *Rübenstahl* mit der Befassung von Korruptionsdelikten (§ 108e StGB, S. 266-276; §§ 299-299b StGB zusammen mit *Teubner*, S. 824-875; §§ 331-335 StGB mit Ausnahme von § 335a StGB, S. 978-990, zusammen mit *Hannah Milena Piel*, S. 924-1005), gefolgt vom Daten-Strafrecht (*M. Gercke*, S. 276-321, 748-752 und 875-884, sowie außerhalb des StGB S. 1539-1562). Das Insolvenzstrafrecht kommentieren *Alexander Schork* und *Sonja Fingerle* recht knapp (S. 752-788 und 1867-1909), das Wettbewerbsrecht *Tsambikakis* (S. 817-824), das Umweltstrafrecht *Kubiciel* (S. 884-923), weitere Tatbestände (außer bereits erwähnten) *Mückenberger* (vor §§ 257-262 StGB, S. 321-365) und *Leimenstoll* (§§ 284-287 und 291 StGB, S. 788-816).

2. Der Schwerpunkt der weitgehend aus der Feder von *Engelhart* stammenden Erläuterungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes liegt auf dessen § 30 (*Engelhart/Rübenstahl/Tsambikakis*, S. 1065-1100) und 130 (*Engelhart*, S. 1161-1179). Es folgen Kapitel zum Arzneimittel- (*Anne Laurinat*, S. 1345-1452), Außenwirtschafts- (*Nina Nestler*, S. 1455-1536), Gesellschafts- (fast 300 Seiten, 1565-1863, aufgeteilt zwischen *Lauterwein*, *Xylander*, *Tsambikakis* und *Christian Brand*), Kapitalmarkt- und Kreditwesen- (*Theile*, mehr als 170 S., 1913-2087), Lebens- und Genussmittel- (*Knierim*, S. 2091-2165), Produkt- und Verbraucherschutz- (*Lenz*, S. 2169-2191) Steuer- (fast 450 S., 2195-2634 aufgeteilt zwischen *Barbara Fleckenstein-Weiland*, *Rübenstahl*, *Gaede*, *Hunsmann*, *Bach* und *Güntge*) Wettbewerbs- und Kartell- (*Kubiciel*, *Tsambikakis* und *Lenz*, S. 2737-2792), sowie Urheber- und des Strafrechts des gewerblichen Rechtsschutzes (*Esser*, S. 2637-2734). Dem Strafverfahrensrecht

widmen sich *Corsten, Güntge, Gerst, Kirch-Heim, von Saucken, Lena Santoro, Szesny, Friederike Goltsche, Bott, Dann, Münkel, Nuzinger, Teubner, Knierim, Sauer, Tine Schauenburg, Rübenstahl* und *Helen Schilling*, S. 2795-3695).

III. 1. Sehr praxisfreundlich haben *Piel/Rübenstahl* in einem Anhang zu §§ 338 StGB Fallgruppen der Amtsträgerkorruption mit ausführlicher Dokumentation vor allem der Rechtsprechung zusammengestellt, S. 991-1005.

2. Verstöße gegen das AufenthG können auch im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität auftreten. Es ist deshalb völlig sachgerecht, es (auszugsweise) im ERST zu erläutern. Dies geschieht nicht ohne inneren Grund im Kapitel über das Arbeitsstrafrecht (S. 1220-1235). Allerdings hätte es die Anwenderfreundlichkeit weiter gesteigert, hätte *Esser* die jeweilige Relevanz für den Arbeitssektor noch stärker herausgestellt. Seine Vorstellung des § 9 Schwarz-ArbG, Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen (S. 1315 f.), stellt zu Recht das Verhältnis zum vorrangigen § 263 StGB in den Vordergrund (Rn. 4 und 7). Die Auffangfunktion gewinnt dort besondere praktische Bedeutung, wo die Quantifizierung des Betrugsschadens im sozialrechtlichen Gestrüpp aus verschiedenen Anträgen, unterbliebener Korrektur, unterschiedlicher Bemessungsgrundlage, (ggf. unzulässiger) Verrechnung mit Überzahlungen und Einfluss von Verhältnissen Dritter (z.B. Kinder, Bedarfsgemeinschaft) nicht (ohne weiteres) möglich ist.

3. Die Kommentierung des Insolvenzstrafrechts liegt in den Händen von *Alexander Schork* und *Sonja Fingerle*. Den für dies Thema eingeräumten Umfang könnte man im Vergleich zu anderen Erörterungen als etwas stiefmütterlich bezeichnen (S. 752-788; 1867-1909 – 18 Seiten davon sind allein schon § 97 InsO gewidmet, 11 weitere dem BauFordSiG). Zudem bleibt sowohl gestalterisch als auch inhaltlich durchaus noch Luft nach oben. Rn. 44-60 vor §§ 283 ff. StGB befassen sich gewiss nicht zu üppig mit den Krisenmerkmalen Überschuldung, drohende und eingetretene Zahlungsunfähigkeit. Darauf hätte (durchaus auch zugunsten weiterer Intensivierung) im Zuge der Insolvenzverschleppung (Rn. 23-29 zu § 15a InsO) verwiesen werden können. Insbesondere für Berater verdienstvoll ist allerdings der Hinweis, dass rechtzeitige Verlegung des wirtschaftlichen Schwerpunkts aus dem Anwendungsbereich deutschen Insolvenzrechts zur Straflosigkeit führen kann (Rn. 12 a.E. zu § 15a InsO).

a) Es gibt zwar Rechtsprechung in diese Richtung, gleichwohl wünscht man sich als Leser eine Erklärung dazu, wie ein nicht mehr im Amt befindlicher Geschäftsführer von Rechts wegen dafür Sorge tragen soll, dass ein Insolvenzantrag gestellt wird, (Rn. 11 a.E. zu § 15a InsO). In Rn. 1 und 14 wurde die (rechtsklärende) Existenz des seit 1.7.2014 gültigen § 15a Abs. 6 InsO (inzwischen: Abs. 7) nicht erwähnt. Die Darstellung des Einflusses des ESUG weist in Rn. 2 und 19 kleinere Differenzen auf. Rn. 21 könnte (ohne Berücksichtigung von Rn. 36 und 38) dahingehend verstanden werden, dass sich Gesellschafter in den Fällen des § 15a Abs. 3 StGB auch strafrechtlich hinsichtlich ihrer Unkenntnis von Führungslosigkeit oder Insolvenzreife exculpieren müssten. Zur Bedeutung eines Gläubigerantrags setzen Rn. 23 a.E. und Rn. 32 unterschiedliche Akzente. Bei all diesen Aspekten lässt sich zudem fragen, warum sie nicht jeweils an einer Stelle behandelt wurden.

Zur Hinweispflicht des Insolvenzgerichts bei unvollständigem Insolvenzantrag gibt es entgegen Rn. 34 mit Fn. 2 nicht nur Literaturstimmen, sondern auch Rechtsprechung, BGHZ 153, 205 ff. (deren Kodifizierung mit Wirkung vom 26.6.2017 konnte naturgemäß noch nicht berücksichtigt werden). Dass komplexe Rechtsfragen zum Tatbestandsirrtum führen können (Rn. 37 zu § 15a InsO), ist nicht falsch, aber doch präzisierungsbedürftig. Die pauschalierende Behauptung, die Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung verbräuche bei deren Fortsetzung die Strafklage nicht, blendet die dazu auf der Basis gegenteiliger Positionierung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, StraFo 2007, 369 f.) und des Bundesgerichtshofs (BGHSt 53, 24 ff.) geführte Diskussion aus (Rn. 42 zu § 15a InsO).

Fragen hinterlassen Literaturhinweise auf *Weyand*, Insolvenzdelikte, obwohl im allgemeinen Literaturverzeichnis zutreffend *Weyand/Diversy* angegeben werden und ohne nähere Erklärung aus dem Münchener Kommentar-StGB mal *Kiethe/Hohmann* und mal nur *Hohmann* zu § 15a Inso angegeben werden. Dazwischen liegen 5 Jahre – die Zweitaufgabe verantwortet *Hohmann* allein.

b) Deutlich engagierter stellt sich die Befassung mit § 97 InsO dar – zeigen sich die vertretenen Ergebnisse jedoch allzu sehr als Herzensangelegenheit, so ist das jedenfalls dann nicht unproblematisch, wenn die Auseinandersetzung mit ernsthaften Gegenargumenten unter-

blieb (Bedeutung des nach der InsO verabschiedeten JuMiG als Basis für die MiZi? Warum sollen falsche Auskünfte – wer entscheidet über die fehlende Richtigkeit und wie verhält sich das Prüfungsgebot zum in Rn. 27 und 33 befürworteten, auf eine Vorauswirkung gestützten Erhebungsverbot und dieses wiederum zur Ablehnung eines das Insolvenzgericht treffenden Offenbarungsverbots, Rn. 32? – einerseits strafbar, Rn. 60-66, andererseits aber mangels jeglicher in der Kommentierung erwähnter Einschränkung unverwertbar sein? Pflicht zur Erteilung falscher Auskünfte???)

aa) Für eine strafrechtliche Kommentierung ungewöhnlich ist es, sich mit dem § 97 InsO insgesamt, d.h. auch mit seinen rein insolvenzrechtlichen Implikationen zu befassen. Dieser das Verständnis des Lesers sehr förderlichen Tendenz folgend wäre es jedoch konsequent gewesen, auch den Text der häufiger in Bezug genommenen Ergänzungs- und Parallelnormen der InsO mitabzudrucken (z.B. §§ 20, 22 Abs. 3, 98, 101 und 274 InsO).

bb) Beschreibt man Anfangs- und Endpunkt des Zeitraums, über welchen hinweg Auskünfte zu erteilen sind (Rn. 7), so darf man für Letzteres auch hier einen Hinweis auf die zu § 78a StGB erwähnte strafrechtliche Entscheidung BGH NJW 2016, 1525 ff. erwarten. Bei Ersterem ist gewiss das Stellen des Antrags zu erwähnen. Ergänzend hätte es jedoch einer Befassung mit dem Erfordernis „richtiger“ Antragstellung bedurft. Ohne dessen Erfüllung, auf welche das Insolvenzgericht (wie erwähnt) hinzuwirken hat, stehen ihm die Zwangsmittel gerade noch nicht zur Verfügung.

cc) Völlig zu Recht beschreiben *Schork/Fingerle* die Erteilung von Auskünften als Bringschuld des Pflichtigen (Rn. 12). Dass *deswegen* auch die Geschäftsunterlagen unter das Insolvenzgeheimnis des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO fielen (Rn. 39; s.a. Rn. 13 und allg. 35-43 sowie 49), bleibt jedoch solange ein Kurzschluss, wie das Verhältnis zwischen Auskunft einerseits und Verwaltungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO; für Sicherungsmaßnahmen: § 21 InsO) nebst darauf aufbauender Mitwirkungspflicht gemäß § 97 Abs. 2 InsO andererseits nicht geklärt werden: § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bezieht sich nicht auf § 97 Abs. 2 InsO (so auch Rn. 57).

Wenn aber auch Geschäftsunterlagen unter das Insolvenzgeheimnis fallen (sollen), wie kann dann die objektive Erfüllung der Pflicht zu ihrer Vorlage allein aufgrund des subjektiven Zwecks, das Verwendungsverbot entstehen lassen zu wollen, zu einem Missbrauch werden, der zur Verwertbarkeit führt (Rn. 43 a.E.)? In vergleichbarer Weise lässt sich fragen, aus welchem Grunde ein (neben § 97 Abs. 1 S. 3 InsO stehendes) Beweisverwertungsverbot eingreifen soll (Rn. 47), wenn man nicht der Rechtsprechung widerspricht (Rn. 9 sowie 44-48), die die Auskünfte gegenüber dem bloßen Insolvenzgutachter als freiwillig betrachtet, sie damit gerade nicht als in Erfüllung der Auskunftspflicht erteilt einstuft und folglich als verwertbar ansieht?

dd) Die unumgängliche nötige Ruhe hätte manche – sprachliche wie inhaltliche – Unebenheit vermieden. Für Auskünfte an sich selbst braucht der Insolvenzverwalter die vom Schuldner eingeschalteten Berufsgeheimnisträger wie z.B. den Steuerberater nicht erst von der Schweigepflicht zu befreien (Rn. 6); da § 274 Abs. 2 S. 2 über § 22 Abs. 3 direkt auf § 97 InsO verweist, wären Erwägungen entbehrlich gewesen, die den Leser rätseln lassen, ob die Anwendung der Regelungen über das sog. Insolvenzgeheimnis auf den Sachwalter gesetzlich vorgeschrieben ist oder lediglich von den Autoren befürwortet wird (Rn. 10); weil der Schuldner zur Auskunft verpflichtet ist, handelt es sich nicht lediglich um eine (nicht erzwingbare) „prozessuale Last“, Rn. 10 a.E.; die (modifizierte) Übernahme eines bereits veröffentlichten Textes (Rn. 22 erinnert sehr an *Bader*, NZI 2009, 516, 517) birgt die Gefahr, ein Fremdzitat als Aussage des Zitierten misszuverstehen (Rn. 25 mit Fn. 10 einerseits; *Bader*, NZI 2009, 516, 517 bei dortiger Fn. 22 andererseits; wenig hilfreich zudem, wenn in Rn. 26 mit Fn. 12 a.E. *Bader* mit seiner eigenen, gegenteiligen Auffassung zutreffend zitiert wird, sich das Ergebnis aber erst auf einer Folgeseite findet); Buchführung zu führen (Rn. 55) lässt sich eleganter ausdrücken.

4. Glanzstücke stellen demgegenüber *C. Brands* Kommentierungen der §§ 82 GmbHG, 399 AktG (S. 1607-1707) und §§ 84 GmbHG, 401 AktG (S. 1707-1719) dar. Die gewählte Technik kombinierter Befassung mit zwar parallelen, aber doch nicht deckungsgleichen und in einen unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Kontext eingebetteten Vorschriften stellt eine große Herausforderung an den Autor dar. *Brand* bewältigt sie meisterhaft. Er arbeitet zunächst die Strukturen heraus, stellt dabei das Gemeinsame in den Vordergrund und weist anschließend auf etwaige Besonderheiten für die jeweilige Gesellschaftsform hin. In seiner sehr präzisen und gut verständlichen Sprache führt er auch den eiligen Praktiker schnell in

die Thematik ein und gibt ihm die maßgeblichen Argumente an die Hand; zudem weist er den wissenschaftlich Interessierten auf zahlreiche weiterführende Quellen hin. Wiewohl er klar Position bezieht, verschweigt er unter Darlegung der Erwägungen, derentwegen er ihnen nicht folgt, keine Gegenargumente. Dieser Zuverlässigkeit wegen stellt die für die detaillierte Lektüre aufgewandte Zeit allemal eine lohnende Investition dar.

5. Aus der umfassenden Kommentierung zu § 370 AO sei hier nur die Darstellung der Folgen der Änderung der Rechtsprechung zum „großen Ausmaß“ mit Urteil des BGH vom 27.10.2015 (BGHSt 61, 28 ff.) herausgegriffen. Mit knappen, aber treffenden Worten verschafft *Rübenstahl* (S. 2372 f.) unaufgeregt selbst dem eiligen Leser einen zuverlässigen Überblick nicht nur über den Grund und das Ergebnis der aktuellen Position des Steuerstrafsenats, sondern auch über deren Auswirkungen (Rn. 481 f.). Dass *Hunsmann* (S. 2383-2461) fast 80 Seiten benötigt, um den Dschungel des verschärften Rechts der Selbstanzeige gemäß § 371 AO mit all seinen Fußangeln zu durchdringen, ist erschreckend – nein, nicht die bewundernswerte Leistung des Autors (es sei denn, man ließe sich von Eifersucht ergreifen), sondern die Vorstellung, man müsse sich als Betroffener diesen Anforderungen stellen, oder als Berater einen solchen Klienten dabei begleiten, ist es, die einen schaudern und die (rhetorische?) Frage stellen lässt, ob die nunmehrige Fassung wirklich noch den Erfolg des Weges zurück in die Legalität bezweckt.

6. Mit leichter Hand zeigt *Kubiciel* (S. 2737-2758) die Systematik des § 81 GWB ebenso auf wie das sich überlagernde Geflecht aus einerseits nur Unternehmen mit Sanktionen bedrohendem europäischem und andererseits nationalem Wettbewerbsrecht, das sich auf StGB, OWiG und GWB stützt und Verstöße sowohl von Unternehmen als auch natürlicher Personen zu ahnden vermag (Rn. 6-13). Allein schon die vorgestellten Anwendungsvoraussetzungen einzelner Tatbestände (Rn. 20 und passim) zeigen – unabhängig von der tatsächlichen Schwierigkeit der Feststellung tatbestandlicher Voraussetzungen – die Notwendigkeit von Spezialwissen auf. Das rechtfertigt die Existenz nicht nur des Bundeskartellamts, sondern auch der aus dem OWiG folgenden bundesweiten Zuständigkeit des OLG Düsseldorf für Rechtsmittel gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamts. Wie bei jeder Konzentration auf eine Materie gilt es allerdings auch insoweit, der Gefahr einer allzu eingeschränkten Blickweise und damit der Überschätzung der Bedeutung der eigenen Aufgaben entgegenzuwirken.

IV. Ein neues Buch – ein faszinierender Ansatz, ein guter Beginn für eine hoffnungsvolle Zukunft. Das darin liegende Versprechen löst sich jedoch nicht von allein ein. Den Herausgebern ist der Mut zu wünschen, auch von den Autoren die Qualität zu verlangen, die sie selbst wie auch etliche Mitschreibende bereits jetzt zu bieten haben. Verlässliche, überzeugende Darstellungen kosten Zeit – und die stete Bereitschaft, den Text den sich ggf. rasch ändernden Rahmenbedingungen anzupassen. Nötig ist zudem durchweg die von den meisten Verfassern bewiesene professionelle Distanz zur Materie. Nur sie gewährleistet die prinzipiell erforderliche Ergebnisoffenheit einer Darstellung, die Vertreter anderer Auffassungen zum Nachdenken veranlassen und – für Berater und Mandanten vielleicht noch wichtiger – die Anhänger der eigenen Ansicht vor unangenehmen forensischen Überraschungen bewahren kann.

Ein großer Wurf? Von der Idee, vom Ansatz und der verlegerischen Gestaltung des Werkes her: allemal! Dass er noch nicht ganz seine potentielle Weite erreicht, ist mit der Last weniger, aber unnötiger Pfunde zu erklären. Für die sicher folgende 2. Auflage ist zu wünschen, dass sie „abtrainiert“ werden. Das dürfte sich jedoch gut bewältigen lassen.

Manches Gebiet, die ein oder andere Vorschrift verlangt nach noch detaillierterer Befassung. Da zudem wohl kaum etwas eingespart zu werden vermag und die sich zum Ende der Legislaturperiode häufenden Änderungen im materiellen und formellen Strafrecht (z.B. im Sportrecht, zur Vermögensabschöpfung und sonstige Veränderungen der StPO; auch im OWiG, s. Netzwerkdurchsetzungsgesetz) zusätzlichen Platz beanspruchen werden, wird es den ERST wohl nicht nochmals einbändig geben. Die Aufteilung in mehrere Bände stellt keinen prinzipiellen Nachteil dar, hat jedenfalls dem Ansehen etwa des „Scholz, GmbHG“ nicht geschadet und bietet die Chance zur Verwendung eines Schrifttyps, der (wie dort) einem alten Mann wie dem Rezensenten den Gebrauch einer Lupe erspart.

Wird der eingeschlagene Weg konsequent fortgesetzt, so greift man mit Sicherheit noch lieber als schon in der Gegenwart zum ERST und wird er weite Verbreitung finden. Der Keim

zu einem Standardwerk hat jedenfalls nicht nur Wurzeln geschlagen, sondern erlaubt bereits jetzt den Blick auf ebenso kräftig wie munter sprießende Äste.

### Steuerstrafrecht

---

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

## Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht

C.F. Müller 2016, 1087 Seiten, ISBN 978-3-8114-4103-3, 129,99 Euro.

### I. Einleitung

Auf strafrechtlichen Veranstaltungen ist in letzter Zeit zum festen Bestandteil des Gesprächs über neue Kommentarliteratur die rhetorische Frage geworden, ob es „noch einen Kommentar zum Steuerstrafrecht?“ braucht. Die Leitlinie bei der Besprechung des von *Dr. Silke Hüls* und *Dr. Tilman Reichling* herausgegebenen und 2016 in der ersten Auflage erschienenen Kommentars der §§ 369-412 AO war daher für den Rezensenten die Frage: Kann er das, was er können muss *und* hat er etwas, was die Anderen nicht haben?

Nicht unironisch nehmen die Herausgeber, die gemeinsam die §§ 371, 398a AO kommentieren, die Antwort in ihrem Vorwort vorweg: „Ein neuer Kommentar zum Steuerstrafrecht? Besteht dafür überhaupt Bedarf? Wir meinen ja!“. Diese nicht überraschende Antwort der Herausgeber ist – dies darf vorweggenommen werden – uneingeschränkt anschlussfähig. Der Heidelberger Kommentar zum Steuerstrafrecht hat sich für den Rezensenten in unterschiedlicher Weise seit Erscheinen in der praktischen anwaltlichen Arbeit – am Schreibtisch und vor Gericht – bewährt und ist in einzelnen Fragen in kurzer Zeit zum geschätzten Zugriffspunkt in dogmatischen Fragen geworden.

### II. Was muss ein Kommentar zum Steuerstrafrecht können?

Besondere Bedeutung hat bei einer Kommentierung zum Steuerstrafrecht aus Sicht des Rezensenten die Differenzierungsleistung, Bezüge zum materiellen Steuerrecht sowie zu Strafgesetzbuch (StGB) und Strafprozessordnung (StPO) anschaulich und prägnant darzustellen und in der anwaltlichen Arbeit verwertbare Lösungen zu präsentieren. Beidem wird der Heidelberger Kommentar ohne Verzicht auf Meinungsvielfalt gerecht.

Aus anwaltlicher Sicht gibt es einige wenige wiederkehrende Konstellationen, die darüber entscheiden, zu welchem Kommentar man als erstes greift. Eine davon ist die Prüfung der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Den Lackmустest, den Verjährungsbeginn für verschiedene Steuerarten bei unterschiedlichen Begehungsformen im Detail – etwa auf Grundlage eines ertragssteuerlichen Feststellungsbescheides erlassene Folgebescheide bei Personenmehrheit und abweichenden Bekanntgabezeitpunkten – griffig zur Verfügung zu stellen, hat der Heidelberger Kommentar in der durch *Prof. Dr. Martin Asholt* verantworteten Kommentierung zu § 376 AO (Rn. 35ff.) in sich wohlthuender Weise von manch anderer Kommentierung abhebend bestanden. Besonderer Erwähnung bedarf dies, weil der Kommentar mit seinen 1087 Seiten in jeder Aktentasche Platz findet und dank seiner Übersichtlichkeit auch zügig in der Hauptverhandlung konsultiert werden kann. Selten wird der Steuerstrafverteidiger zwar in Verhandlungen mit unvorbereiteten Rechtsfragen konfrontiert. Konkret konnten in einer Verfahrenssituation indes zügig wertvolle Hinweise zu Tateinheit und Tatmehrheit bei Beteiligung in der Kommentierung des § 370 AO (Rn. 437) durch *Stefanie Schott* gefunden und genutzt werden.

Die den jeweiligen Kommentierungen vorangestellten gut strukturierten Übersichten sind dabei noch hilfreicher als das genügsame Stichwortregister. Die Differenziertheit ist im Übrigen gelungen durch die kompakte Geschlossenheit der einzelnen Absätze, in denen weit überwiegend jeweils ein dogmatischer Ansatz diskutiert und auch beendet wird. Es ist damit in vielen Fällen entbehrlich nach einem Absatz, der den recherchierten Kernpunkt behandelt, noch zahlreiche folgende Randnummern nach weiteren maßgeblichen Aspekten zu durchforsten, wie es in weniger gut strukturierten Werken geboten ist. In manchem Standardwerk geht Differenzierung zu Lasten klarer, überzeugender und griffiger Stand-

punkte. Letzere lassen sich im Heidelberger Kommentar durchgängig finden. Zur effektiven Recherche trägt die klare Sprache wohlthuend bei.

### III. Praxistauglichkeit ohne Verzicht auf Wissenschaftlichkeit

Der Heidelberger Kommentar ist – wie es der Umfang und die Prägnanz des Werkes gebieten – verlässlich beim Identifizieren praxistauglicher Lösungen.

Um ein Beispiel zu nennen: Die Frage, ob bei Verschleierung von Barlohnzahlungen prozessuale Tateinheit zwischen einer Lohnsteuerhinterziehung und dem Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen bestehen kann, wird in der Kommentierung des § 370 AO durch *Schott* (Rn. 449) mit dem für die Anwendungspraxis maßgeblichen Beschluss des BGH aus dem Jahre 1987 beantwortet<sup>1</sup> und somit eine belastbare Lösung zur Verfügung gestellt. Ausführlichere Erwägungen kann man zu dieser Frage etwa bei *Prof. Dr. Jens Bülte* (nach Erscheinen des besprochenen Kommentars!) finden, der die Anwendungspraxis kürzlich mit überzeugenden Argumenten hinterfragt hat.<sup>2</sup> Mit dem Verzicht auf dogmatische Experimente zeichnet sich der *Hüls/Reichling* an dieser Stelle als unbedingt praxistauglich aus. Kompaktheit und Belastbarkeit stehen hier allem voran.

Der *Hüls/Reichling* kann sich daher auch für nur gelegentlich im Steuerstrafrecht tätige Rechtsanwälte eignen, die vor der Entscheidung für in den dogmatischen Tiefen und Untiefen des Steuerstrafrechts leicht zu findenden nicht etablierten Lösungen bewahrt werden. In den Vorbemerkungen zu § 369 AO findet sich auf 16 Seiten der Kommentierung von *Dr. Sascha Ziemann* eine Einführung in die Systematik und Methodik des Steuerstrafrechts, die einen guten Einstieg in die systematischen Besonderheiten des Prinzipienverschnitts aus Steuer- und Strafrecht liefert. In der Kommentierung der §§ 399-403 AO durch *Björn Krug* werden Rechte und Pflichten der Finanzbehörde im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren umfänglich dargestellt und liefern eine konzise Übersicht über Reichweite und Grenzen von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen mit den gebotenen, in der Praxis spürbar wichtiger werdenden internationalen Bezügen („Ermittlungen im Ausland“; Rn. 235ff.). Die Differenzierung bei den Besonderheiten der Rechtshilfe zwischen Deutschland und den Schengen-Staaten, der Schweiz, Österreich, Luxemburg, Liechtenstein und den USA liefert einen guten Ausgangspunkt für die Recherche bei entsprechenden zunehmend Raum greifenden Sachverhalten.

Auch wer die Grenze der Geringwertigkeit i.S.v. § 398 AO recherchiert, wird in der Kommentierung von *Hüls* schnell mit einer übersichtlichen Einordnung in das Gefüge der strafprozessualen Opportunitätsvorschriften und konkreten Zahlen fündig. Für den „Dauerbrenner“ der Verhandlungsführung über das Ob und Wie einer Einstellung nach § 153a StPO können hier wertvolle Argumente gefunden werden. Solche Bezüge zu § 153a StPO finden sich des Weiteren in der Kommentierung der Herausgeber zu § 398a AO. Dass angesichts der besonderen Eignung für die anwaltliche Praxis akademische Zweideutigkeit und Meinungsvielfalt nicht vernachlässigt wird, zeichnet den Heidelberger Kommentar besonders aus.

Zum Einen sind die verfassungsrechtlichen Bezüge zu nennen, die – etwa in der Kommentierung des § 393 Abs. 2 Satz 2 AO durch *Prof. Dr. Michael Lindemann* (Rn. 73) und zu § 371 AO durch die *Herausgeber* (Rn. 43) – fruchtbar gemacht werden. Gerade zur Selbstanzeige ist unter dem Aspekt der Risikovermeidung hervorzuheben, dass unterschiedliche Meinungen zu den (seit 1.1.2015 verschärften) Voraussetzungen des § 371 AO weit überwiegend zur Wahl des sicheren Weges führen müssen, etwa bei der Bestimmung des Mindestberichtigungszeitraumes. Der sinnvolle Rat zur risikoarmen Vorgehensweise bei Selbstanzeigen schließt im *Hüls/Reichling* indes Kritik der Kommentatoren an den gesetzgeberischen Vorgaben und deren Auslegung nicht aus, etwa zu der Frage, ob der Ausschlussgrund des § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a AO (Bekanntgabe der Prüfungsanordnung) in seinem aktuellen Wortlaut der gesetzgeberischen Intention einer interpersonellen Sperrwirkung gerecht wird. Die Herausgeber verneinen dies mit überzeugenden Argumenten (Rn. 65ff).

### IV. Bezüge zum Ordnungswidrigkeitenrecht

Des Weiteren sind die Bezüge zum Ordnungswidrigkeitenrecht hervorzuheben, die neben der Abgabenordnung und der Strafprozessordnung als Teile des Steuerstrafrechts eine drit-

<sup>1</sup> BGH, wistra 1987, 349.

<sup>2</sup> *Bülte*, NZWiSt 2017, 49.

te Verfahrensordnung betreffen und daher eine Spezialmaterie in der Spezialmaterie sind. Die Kommentierung von *Dr. Bernd Groß* zu den §§ 377f. AO führt die wesentlichen Schnittstellen zum Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) aus und liefert insbesondere Verteidigungsansätze gegen kritische behördliche Anwendungspraktiken. Der generellen Zulässigkeit einer Verfallsanordnung nach wirksamer Selbstanzeige setzt *Groß* etwa überzeugend entgegen, dass die hierfür als (einziges) Argument vorbrachte Vergleichbarkeit von Strafaufhebungsgründe (§§ 371 bzw. 378 Abs. 3 AO) und Rücktritt gem. § 24 StGB hinke (Rn. 74). Denn da bei einem Rücktritt die Tat notwendig im Versuchsstadium stecken bliebe seien die in Betracht kommenden Verfallskonstellationen ohnehin begrenzt. Ein Verfall komme nur für „für die Tat“ nicht für „aus der Tat“ erlangte Vorteile in Betracht. Auch liege der Selbstanzeige ein vollendetes Steuerdelikt zugrunde, weshalb es sich im Lichte allgemeiner strafrechtlicher Strukturen nicht um einen Fall des Rücktritts sondern der tätigen Reue handle.

Auch die überwiegend für zulässig gehaltene Anwendbarkeit der Aufsichtspflichtverletzung des Betriebsleiters gem. § 130 OWiG auf Steuerordnungswidrigkeiten wird von *Groß* mit überzeugenden Argumenten verneint (Rn. 84). Im Kern geht es um Wertungswidersprüche zwischen dem Steuerrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht, die dann entstünden, wenn über § 130 OWiG die überwiegend nur leichtfertig begehbaren Steuerordnungswidrigkeiten bereits „einfach fahrlässig“ begangen sanktioniert werden können. Einzig bei der zunehmenden Bedeutung von § 130 OWiG im Lichte von Compliance-Maßnahmen wäre der Vollständigkeit halber ein Hinweis auf den Anwendungserlass des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) zu § 153 AO wünschenswert gewesen (Rn. 83).

## V. Zusammenfassung

Zusammenfassend hat der *Hüls/Reichling* sich in den praktisch relevanten, wiederkehrenden Fragestellungen bewährt. Antworten zur Verfolgungsverjährung, zur Risikovermeidung bei Selbstanzeigen, zu Bezügen zum Ordnungswidrigkeitenrecht und zu den Opportunitätsvorschriften der StPO sind schnell und griffig recherchiert. Charakteristisch ist aus Sicht des Rezensenten, dass im *Hüls/Reichling* von der Rechtsprechung abweichende eröffnete Auslegungsfragen überzeugend wieder geschlossen werden, so dass der Kommentar die Meinungsbildung und die Risikobewertung eingeschlagener Lösungswege erleichtert.

### Steuerstrafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Janika Sievert, LL. M. Eur., Regensburg

## Adick/Bülte, Fiskalstrafrecht – Straftaten gegen staatliche Vermögenswerte

C.F. Müller, 2015, 713 Seiten, ISBN 978-3-8114-4101-9, 99,99 Euro.

Die Herausgeber Markus Adick und Jens Bülte widmen sich in ihrem Buch gemeinsam mit 20 weiteren Autoren sehr konzentriert einem kleinen Ausschnitt des Wirtschaftsstrafrechts, den Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gegen öffentliche Haushalte. Die Autoren gehören dabei zum größten Teil der Anwaltschaft an, das Werk empfiehlt sich jedoch nicht nur für diesen Adressatenkreis, sondern aufgrund seines Ansatzes auch für Juristen in Rechtsabteilungen sowie für Mitarbeiter von Justiz und Verwaltung.

Adick/Bülte erheben in ihrem Vorwort den Anspruch, „nicht nur ein weiteres Werk zum Steuerstrafrecht oder zum Wirtschaftsstrafrecht“ herauszugeben (Seite V). Das Konzept, die Konzentrierung auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gegen öffentliche Haushalte, soll dabei die „europaweit zu beobachtende Tendenz, Schädigungen öffentlicher Vermögenswerte verstärkt mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen“ (Seite V) aufgreifen. Diese inhaltliche Beschränkung der Straftatbestände weicht von den bisher erschienenen Handbüchern zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht ab und stellt einen neuen, begrüßenswerten, Ansatz dar, der eine höchst detaillierte und in der Praxis sehr gut anwendbare Darstellung von Handlungen zum Nachteil öffentlicher Haushalte mit sich bringt. Jedem Kapitel vorangestellt ist eine gute Auswahl von Literatur, speziell zu dem sodann zu behandelnden Themenkreis. Dies ermöglicht es dem Leser, sich schnell noch vertiefter in eine Fragestellung

einzuarbeiten. Da das Werk fast 700 Seiten umfasst, sollen im Folgenden nicht alle Kapitel exemplarisch besprochen werden.

Die Europäisierung des Strafrechts auf nationaler und europäischer Ebene ist eines der Hauptanliegen der Herausgeber und wird gleich in zwei Kapiteln besonders behandelt. Die „Europäisierung des Strafrechts“ (2. Kapitel, ab S. 11 ff.) von *Bülte* bringt dabei dem Einsteiger in diesem Bereich die grundlegenden Basics des „Mehrebenensystems“ (S. 12.) kompakt und verständlich formuliert näher. In einem weiteren Kapitel widmet sich *Rathgeber* nach einem informativen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der europäischen Kooperation auf dem Gebiet des Strafrechts (S. 101 ff.) den „Europarechtlichen Verfahrensvorschriften“ (S. 100 ff., 6. Kapitel), und handelt etwa das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung OLAF (S. 105 ff.) in Abgrenzung zu Europol (S. 109 ff.) und Eurojust (S. 116 ff.), die sog. gemeinsamen Ermittlungsgruppen GEG (S. 119 ff.) oder den europäischen Haftbefehl (S. 121 ff.) ab. In der notwendigen Kürze geht der Autor sodann noch auf die Verfahrensgrundrechte Verdächtiger oder Beschuldigter ein, die sich innerhalb der EU teilweise erheblich unterscheiden (S. 135 ff.), bevor die wissenschaftlich fundierten Ausführungen mit einem Überblick über die aktuellen Entwicklungen auf diesem sich ständig weiterentwickelnden Gebiet schließen (S. 141 ff.).

Auf den ersten Blick verwundern mögen die folgenden Kapitel sieben bis zehn. Hier finden sich auf immerhin gut 130 Seiten umfassende Ausführungen zum allgemeinen Teil des Strafrechts, die man so vielleicht eher in einem Lehrbuch für Erstsemester vermuten würde. Das 7. Kapitel von *Krell* widmet sich dabei „Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld“ (S. 144 ff.), wobei das Anliegen des Werkes, sich auf Fiskalstrafrecht zum Nachteil öffentlicher Haushalte zu konzentrieren, auch bei diesen Ausführungen konsequent befolgt wird. Auch *Bülte* widmet sich in seinen Ausführungen zu „Vorsatz und Fahrlässigkeit“ (8. Kapitel, S. 175 ff.) den Grundlagen dieses Tatbestandsmerkmals unter Berücksichtigung der „Besonderheiten im Fiskalstrafrecht“ (S. 189 ff.), wobei der Irrtumslehre, einem häufigen Diskussions- und Problempunkt in Verteidigungsstrategien, erfreulicherweise viel Raum eingeräumt wird (S. 191 ff.). Auch das Kapitel 9 von *Hüttemann* zu „Versuch, Vollendung, Beendigung und Verjährung“ (S. 218 ff.) und das mit vielen praktischen Beispielen versehene Kapitel 10 von *Kuhli* zu „Täterschaft und Teilnahme“ (S. 264 ff.) stellen die Regeln des allgemeinen Teils unter dem Blickwinkel des Fiskalstrafrechts dar. Damit sind diese Kapitel auch dem geübten Verteidiger zur Rekapitulation durchaus ans Herz zu legen, da dadurch der Blick auf das Fiskalstrafrecht gerade unter Berücksichtigung vermeintlich altbekannter Diskussionen und Problempunkte des allgemeinen Teils des Strafrechts geschärft werden kann.

Im Anschluss führen *Kämpfer/Buhlmann* in Kapitel 11 eingehend zu den strafrechtlichen Risiken für Berater aus (S. 277 ff.) und stellen eingangs zu Recht fest, dass die „Beratertätigkeit in steuerlichen Angelegenheiten und anderen Fragestellungen mit Bezug zum Fiskalvermögen“ unter dem strafrechtlichen Blickwinkel durchaus als „gefährgeneigte Tätigkeit“ bezeichnet werden muss (S. 279). Es folgen Darstellungen möglicher Straftatbestände, die der Berater – vor allem in Form der Beihilfe – verwirklichen kann. Die Autoren gehen jedoch auch auf das gestiegene Risiko des Beraters ein, in den Bereich strafbarer Geldwäsche zu gelangen (S. 285 ff.).

Ebenfalls gelungen und in der Praxis gut anwendbar sind die Ausführungen von *Schoop* zu „Durchsuchung und Beschlagnahme“ im 13. Kapitel (S. 219 ff.) als bewährte Maßnahmen der Ermittlungsbehörden, um in Steuerstrafverfahren an aus ihrer Sicht benötigte Beweismittel zu gelangen (S. 320). Den allgemeinen Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen für Durchsuchung und Beschlagnahme (S. 320 ff.) folgen Verhaltensempfehlungen (S. 338 ff.) und Ratschläge (S. 343 ff.) zu vorbereitenden Maßnahmen, die vor allem für Mitarbeiter in Rechtsabteilungen größerer Unternehmen hilfreich sein können.

Im 15. Kapitel widmet sich *Rosinus* der „Sicherung von Vermögenswerten“ (S. 378 ff.). In einer prägnanten Kurzdarstellung der jeweils relevanten Vorschriften konzentriert sich auch hier der Verfasser auf die wesentlichen Probleme im fiskalstrafrechtlichen Kontext und geht insbesondere auf den dinglichen Arrest zur Rückgewinnungshilfe (S. 379 ff.), den steuerlichen und den zivilprozessualen Arrest nach § 324 AO bzw. § 716 ff. ZPO (S. 391 ff. bzw. S. 396 ff.) und die Handlungsmöglichkeiten der Sozialversicherungsträger im Zusammenhang mit der Einziehung von Sozialversicherungsbeiträgen (S. 399 f.) ein, bevor explizit das Verhältnis zwischen diesen Sicherungsmöglichkeiten und dem strafprozessualen Arrest beleuchtet wird (S. 400 ff.). Das Kapitel schließt mit einem berechtigten Appell des Autors an

die behördlichen und gerichtlichen Stellen, mit der Anordnung vermögenssichernder Maßnahmen sorgsam umzugehen, da die Auswirkungen für den Betroffenen sehr einschneidend sind und durch spätere Schadensersatzansprüche aufgrund unberechtigter Maßnahmen nicht immer ausgeglichen werden können (S. 403).

Die zweite Hälfte des umfassenden Werkes ist ab Kapitel 17 (S. 419 ff.) der eingehenden Erläuterung der eigentlichen Fiskalstraftaten gewidmet. Den Auftakt macht hier *Adick* mit einer 50 Seiten umfassenden Darstellung der „Steuerhinterziehung“ (S. 419 ff.), beginnend mit allgemein gehaltenen Ausführungen zu § 370 AO als Zentralnorm des Fiskalstrafrechts (S. 419 ff.), Täterkreis (S. 424 f.) und Steuerhinterziehung durch Unterlassen (S. 425 f.), bevor ausführlich die Tathandlungen (S. 426 ff.) und der Taterfolg (S. 434 ff.) des § 370 AO beschrieben werden. Es folgen sodann praktische Ausführungen zu Hinterziehungen bei einzelnen Steuerarten (S. 439 ff.), insbesondere der Umsatzsteuer (S. 439 ff.) mit Blick auf die Versagung des Vorsteuerabzugs (S. 440 ff.), innergemeinschaftliche Lieferungen (S. 443 ff.) und Karussellgeschäfte (S. 445 ff.) sowie ausgewählte Probleme bei Einkommensteuer (S. 447 ff.), Lohnsteuer (S. 449 ff.), Verrechnungspreisen (S. 451 f.), Erbschafts- und Schenkungsteuer (S. 452 f.) und Verbrauchssteuern (S. 453 f.). Nach einem kurzen, an den Problemen der Verteidigung orientierten Abschnitt über den „Subjektiven Tatbestand“ (S. 454 f.) stellt *Adick* ausführlich die „Rechtsfolgen der Steuerhinterziehung“ (S. 455 ff.), unterteilt nach möglichen Strafen (S. 455 ff.), steuerlicher Haftung (S. 461 ff.) und etwaigen Nebenfolgen (S. 463) der Steuerhinterziehung etwa für Beamte, Steuerberater und Ärzte dar. Hinweise auf die Besonderheiten des Strafverfahrens in Steuersachen (S. 463 ff.) runden das gelungene Kapitel 17 ab.

*Groß* befasst sich im Kapitel 19 der „Korrektur steuerlicher Verfehlungen“ (S. 526 ff.) mit einem wichtigen Thema, das in der alltäglichen Beratungspraxis, aber zunehmend auch für Unternehmensjuristen im Bereich Steuern, von sehr großer Bedeutung ist. Neben den kurz dargestellten formalen Voraussetzungen der Selbstanzeige gemäß § 371 AO (S. 528 ff.) geht *Groß* auch auf die gesetzlich normierten Sperrgründe (S. 535 ff.) und auf die zum 01.01.2015 wiederingeführte und vor allem für Unternehmen wichtige Möglichkeit der Teilselbstanzeige für Lohnsteuer- und Umsatzsteuerhinterziehung (S. 541 f.) ein. Ebenfalls dargestellt wird die „Berichtigung von (Steuer-)Erklärungen nach § 153 AO“ (S. 548 ff.).

„Nicht jede Steuerhinterziehung ist eine Zollhinterziehung, aber jede Zollhinterziehung ist eine Steuerhinterziehung“ (S. 561). Darauf aufbauend beginnen *Retemeyer und Möller* im 20. Kapitel „Zölle und Marktordnungen“ (S. 554 ff.) zunächst mit Grundlagenwissen zu Zöllen, das für Leser mit geringen Kenntnissen auf diesem Gebiet von großem Nutzen ist, und führen sodann ab S. 561 zu den Parallelen dieser Fachgebiete zur Steuerhinterziehung aus. Damit stellen diese Ausführungen eine sinnvolle und gut verständliche Ergänzung jener von *Adick* in Kapitel 17 dar. Der auf S. 584 beginnende zweite Teil des Kapitels führt zu den „Marktordnungen“ aus und schließt mit einem Abschnitt über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EU (S. 593 ff.) durch die Vorschriften zum Subventionsbetrug nach § 264 StGB und der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO. Thematisch passend folgt sodann das ebenfalls von *Retemeyer* verfasste 21. Kapitel zum „Subventionsbetrug“ (S. 598 ff.), das einen guten Überblick über diesen Straftatbestand bietet und auch auf besondere Verfahrensfragen (S. 612 ff.) und weitere Auswirkungen einer Verurteilung wegen Subventionsbetruges, wie etwa zivilrechtlicher Schadensersatzpflichten (S. 615 f.), der finanzrechtlichen Haftung nach § 71 AO (S. 616) und dem seitens der Verteidigung bereits im Vorfeld zu beachtenden Ausschluss von weiteren Subventionen (S. 616), hinweist.

Hervorragend für den praktischen Gebrauch eignen sich die Ausführungen von *Möller/Zimmermann* zur Schwarzarbeit in Kapitel 22 (S. 618 ff.). Diese, in der anwaltlichen Praxis sehr häufig auftauchende Problematik, wird von den Autoren eingehend abgehandelt, wobei praktische Fragestellungen wie der Mitteilungen zwischen der FKS und den Landesfinanzbehörden (S. 621 ff.), Ermittlungskompetenzen der FKS (S. 623) und eine mögliche Tatentdeckung im Sinne von § 371 Abs. 1 Nr. 2 AO durch Ermittlungen der FKS (S. 623 ff.) zunächst im Zentrum stehen, bevor *Möller/Zimmermann* hilfreiche Verteidigungsansätze im Abschnitt „Gesichtspunkte zur Verteidigung bei Vorwürfen im Zusammenhang mit Schwarzarbeit“ (S. 626 ff.) darstellen.

Die letzten beiden Kapitel greifen sodann noch umfassend und kommentarmäßig die Problemkreise der Haushaltsuntreue (S. 653 ff.) und des Betrugs gemäß § 263 zu StGB zu Lasten öffentlichen Vermögens auf (S. 683 ff.). Auch hier ist es den Autoren *Adick/Krell/Wackernagel*

(Kapitel 23) bzw. *Voigtel* (Kapitel 24) gelungen, einen prägnanten Überblick über diese speziellen Fallgruppen zum Nachteil öffentlicher Haushalte zu bringen.

Fazit: *Adick/Bülte* ist es gelungen, ein umfassendes Werk zum „Fiskalstrafrecht“ herauszubringen. Die Autoren haben es geschafft, dem Anspruch der Herausgeber, „nicht nur ein weiteres Werk zum Steuerstrafrecht oder zum Wirtschaftsstrafrecht“ auf den Markt zu bringen, gerecht zu werden. Eine tatsächliche Stärke des Handbuchs ist die thematische Vernetzung untereinander und die Konzentration auf ausgewählte Straftatbestände. Dies ermöglicht dem Adressatenkreis eine tatsächliche Verwendung des Handbuchs in der täglichen Praxis und ist sämtlichen mit Steuerrecht beschäftigten Berufsgruppen uneingeschränkt zu empfehlen.

### Korruptionsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Christian Heuking, Düsseldorf

## Sommer/Schmitz, Praxiswissen Korruptionsstrafrecht

ZAP-Verlag, Bonn 2016, 2. Auflage, 333 Seiten, EUR 54,00

Mit ihrem Buch *Praxiswissen Korruptionsstrafrecht* widmen sich die Autoren diesem vielfältigen und intensiven Änderungen unterworfenen Bereich thematisch umfassend. Die nun vorliegende zweite Auflage des 2009 mit dem Titel „Korruptionsstrafrecht“ von Sommer begründeten Werkes war den Angaben des Verlags zufolge vor allem deshalb erforderlich geworden, weil der Gesetzgeber in jüngster Zeit mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 26.11.2016 und dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 3.6.2015 für die unternehmerische und ärztliche Praxis bedeutsame Änderungen beschlossen hatte. Noch davor, im Jahr 2014, hatte der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Erweiterung des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung § 108 e StGB geändert. Es gab also genügend Anlässe, zur Fortsetzung des schon mit der ersten Auflage des Buches verfolgten Ziels, das Korruptionsstrafrecht systematisch zu erfassen und für die praktischen Bedürfnisse der Rechtsanwender handhabbar zu machen, dieser eine zweite Auflage folgen zu lassen.

Unverändert geblieben ist der gewählte Ansatz, auf eine umfassende und eingehende wissenschaftliche Auseinandersetzung zu verzichten, dafür aber den Kern des spezifisch strafrechtlichen Unrechts der Korruption verständlicher zu machen. Die zu verarbeitenden Änderungen haben die Autoren daher zwanglos in den dieser Logik folgenden und auch bewährten Aufbau einbeziehen können: Ausgehend von grundlegenden Erläuterungen zur Korruption in der Einleitung (§ 1) werden in den folgenden Kapiteln die Amtsdelikte (§ 2), die Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 3), die Korruption im Gesundheitswesen (§ 4) und die Wählerbestechung (§ 5) bearbeitet. Es folgen eine Darstellung zum Ermittlungsverfahren (§ 6) und eine Übersicht zu den Folgen der Verurteilung (§ 7). Der darstellende Teil endet mit Ausführungen zur Korruptionsprävention (§ 8). Das Buch enthält schließlich einen Anhang mit diversen „Handreichungen“.

Den Autoren ist es ersichtlich ein Anliegen, die aktuell breit angelegte Diskussion um Korruption und Korruptionsbekämpfung abzuschichten und auf den strafrechtlich bedeutsamen Kern zurückzuführen. Angesichts der durch Medialisierung und Moralisierung bestimmten allgemeinen Vorstellungen zur Korruption heben sie als die Ausgangspunkte des Korruptionsstrafrechts die die Strafwürdigkeit begründenden Strukturelemente hervor: Die „Missbilligung einer (beabsichtigten) Entscheidung, die zum einen als unsachlich und zum anderen als unerträglich eigennützig bewertet wird“. Diese Elemente bildeten den Kern der gesetzgeberisch gebotenen Abwägung bei der Schaffung von Straftatbeständen. Für beide Elemente müsste der Gesetzgeber die Grenzen der Strafbarkeit definieren und begründen. Dass Korruption kein neues Thema ist und das deutsche Strafrechtssystem mit dem Schwerpunkt der Beamtenbestechung sein Vorbild bereits in preußischen Regelungen hat, ist für das Verständnis durchaus erhellend. Zutreffend aber weisen die Autoren auf die zunehmende Öffnung des Strafrechts zu politisch motivierten Anliegen hin. Als einschneiden-

den Ausgangspunkt für diese Entwicklung nennen sie die Reform der Korruptionstatbestände im Jahr 1997, welche in vielerlei Hinsicht Grenzüberschreitungen gebracht habe. Der zutreffende Hinweis darauf, dass auch kleinere Geschenke, die im Bereich menschlichen Anstandes liegen, Effekte unsachlicher Beeinflussung erzielen können, führe zu der formulierten Erkenntnis, dass die gebotene Grenzziehung der strafrechtlich zu sanktionierenden Einflussnahme auf Entscheidungen im Kern gar nicht zu erfassen sei und daher letztlich unbefriedigend bleiben müsse.

Ungeachtet dessen gehe der „eher blinde moderne Kampf der Strafrechtspflege noch einen Schritt weiter“. Über den Schutzzweck „Funktionstüchtigkeit des Staatswesens“ hinaus werde der strafrechtliche Kampf gegen die Korruption nunmehr flächendeckend auf das gesamte Wirtschaftsleben ausgedehnt. Die Autoren kritisieren die durch den Gesetzgeber signalisierte Vergleichbarkeit der von Amtsträgern in der rechtsstaatlich organisierten Verwaltung getroffenen Entscheidung mit der von Angestellten im Wirtschaftsleben. Die aus den Ausführungen gut nachvollziehbare Conclusio der Autoren ist, dass gerade die tiefgreifenden Veränderungen in den Regelungen zur Bestechlichkeit von Angestellten im wirtschaftlichen Verkehr der Annahme einer legislatorischen Stringenz entgegenstehen. Diese durch den Gesetzgeber getroffene (Grund-) Entscheidung, die Strafbarkeit der Korruption über den Bereich des Staatlichen auszudehnen, führe dann auch zur Entdeckung immer neuer Lücken im – vermeintlich gebotenen – Strafrechtsschutz. Zutreffend ist zudem der Hinweis auf die Bedeutung, die den Forderungen und Beschlüssen internationaler Organisationen (OECD, UN u.a.) auf die Rechtsentwicklung in Deutschland zukommt.

Die Ausführungen beleuchten kundig und engagiert das Umfeld der aktuellen strafgesetzlichen Regelungen. Sie verdeutlichen gut die Zusammenhänge und erhöhen das Verständnis für die weiteren Ausführungen zu den einzelnen strafrechtlichen Regelungsbereichen. Sie machen allerdings auch deutlich, dass trotz des Fehlens der dogmatischen Stringenz die Herausforderung für den Praktiker gerade darin besteht, in der Prävention trotzdem von der Strafwürdigkeit – gerade nicht – bestimmter Verhaltensweisen auszugehen.

Die Vermeidung der Korruption stehe aller Dogmatik zum Trotz auf der Agenda der Wirtschaft ganz oben. Die internationalen Einflüsse sowie die – auch jenseits der Korruption – in jüngerer Zeit festzustellende schärfere Haftung der Unternehmen hätte Rückwirkungen auf das Verständnis und den Umfang der Korruptionsstraftaten. Auch diese Hinweise schärfen das grundlegende Verständnis für das aktuelle Korruptionsstrafrecht.

Dieser Einführung folgt dann – getreu der aufgezeigten historischen Entwicklung und der originären Bedeutung der strafrechtlichen Korruptionsstraftaten – eine eingehende Darstellung der Amtsträgerdelikte (§§ 331 bis 336 StGB). Diese beginnt mit der Wiedergabe des Gesetzestextes. Der Aufbau folgt der Normstruktur. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale, geschriebene und ungeschriebene, und ihre sachlichen Zusammenhänge nebst gebotener teleologischer Reduktionen werden anhand einschlägiger Entscheidungen erläutert. Das Verständnis wird durch diverse erläuternde Hinweise („Leitbild: Verlängerter Arm des Staates“, „Blickwinkel: Sicht der Bevölkerung“) erleichtert. Zu praktisch bedeutsamen Tatbestandsmerkmalen wie bspw. dem Tatbestandsmerkmal des Amtsträgers kraft Bestellung bei einer Behörde oder sonstigen Stelle zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) wird die Kasuistik anhand konkreter Einzelfälle sehr gut dargestellt. Die für Beamte geltenden Regelungen werden ebenso in die Darstellung einbezogen wie Hinweise zur Verjährung gegeben. Der Bereich der §§ 331 ff. StGB nimmt mit neunzig Seiten den breitesten Raum ein.

Mit immerhin vierzig Seiten folgen die Ausführungen zu § 299 StGB (§ 3). Der Aufbau folgt dem gleichen Muster. Auch hier werden die Zusammenhänge der Normstruktur folgend anhand einschlägiger Entscheidungen dargestellt.

Die Neuregelungen, die den eigentlichen Anlass zu der hier zu besprechenden zweiten Auflage gegeben haben, die Erweiterung des § 299 StGB um das Geschäftsherrenmodell und die Einführung von §§ 299 a und b StGB betreffend die Korruption im Gesundheitswesen, fallen mit fünf Seiten zum Geschäftsherrenmodell bzw. achtzehn Seiten zum Gesundheitswesen sehr knapp aus. Dies ist sicherlich dem Konzept des Buches geschuldet, das Korruptionsstrafrecht anhand der für die Praxis wichtigen Rechtsprechung zu erläutern.

Wählerbestechung und Mandatsträgerbestechung (§ 5) werden in gleicher Weise und ihrer praktischen Bedeutung entsprechend noch kürzer behandelt.

Die Ausführungen zum Ermittlungsverfahren (§ 6) geben einen knappen, aber aussagekräftigen Überblick: Behandelt werden der Gang des Verfahrens, zu dem auch Hinweise zu den Ermittlungsanlässen (Steuerfahndung) gegeben werden, der Freiheitsentzug, die Durchsuchung und die Beschlagnahme sowie schließlich die Blockierung des Vermögens. Der im Unternehmen tätige Jurist würde sich hier sicher eine Darstellung des Ablaufs der Durchsuchung und konkrete Hinweise zu internen Vorbereitungsmaßnahmen wünschen. Der Hinweis auf die mögliche Kooperationsbereitschaft mit den Ermittlungsbehörden zur Vermeidung einer Durchsuchung ist einerseits hilfreich, andererseits aber sollte eine solche Entscheidung im Unternehmen nur nach sorgfältiger Beratung durch einen erfahrenen Verteidiger getroffen werden.

Ebenfalls knapp gehalten ist der Überblick zu den möglichen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Folgen einer Verurteilung (§ 7). Hier werden die Themenbereiche jeweils angerissen. Hilfreich ist für den im Korruptionsstrafrecht unerfahrenen Leser auch hier die aus der Berufserfahrung resultierende Schwerpunktbildung der Autoren.

Abschließend geben die Autoren Hinweise zu der zunehmend bedeutsamen Korruptionsprävention (§ 8). Für die öffentliche Verwaltung, die Wirtschaft und den Gesundheitssektor werden Hinweise zu bestehenden gesetzlichen Compliance-Pflichten und Instrumenten der Prävention gegeben. Durch die Darstellung wird für den jeweiligen Bereich ein Überblick gegeben, der zu den einzelnen Elementen bzw. einzelnen Präventionsmaßnahmen Eindrücke vermittelt.

Das Buch wendet sich an Praktiker, vornehmlich an Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen. Es dürfte darüber hinaus auch für Staatsanwälte und Richter von Interesse sein. Es ist in jeder Hinsicht konsequent auf diesen Adressatenkreis ausgerichtet: Ausgehend von der Einführung zu den Grundlagen der Korruption und den aktuellen Regelungen über die systematische Aufbereitung der einzelnen Tatbestände mit einer Vielzahl von Entscheidungen und Beispielfällen bis hin zu Präventionsmaßnahmen.

Wer auf der Suche nach einschlägigen Entscheidungen ist, wird schon durch den konsequenten Aufbau des Buches, aber auch über das umfassende Stichwortverzeichnis schnell fündig. Der Vorteil besteht in der guten Auswertung von Entscheidungen an den jeweils einschlägigen Stellen. Der Leser erhält ein im Normteil, gerade zu den §§ 331 ff. und den §§ 299 ff. StGB sehr gut verwendbares Werk. Hier liegt schon bei erster Durchsicht erkennbar der Schwerpunkt der Bearbeitung. Die Ausführungen zu den Normen, die Auswertung der Rechtsprechung und die gegebenen Hinweise verdeutlichen die bereits in der Einleitung aufgeführten Widersprüche und Probleme bei der Auseinandersetzung mit dem Korruptionsstrafrecht. Das inzwischen erreichte dogmatische Defizit dieses Regelungsbereichs wird deutlich. Der Praktiker erhält hier aber das, was er für seine Arbeit benötigt: Praktisch verwertbare Informationen. Verteidiger erhalten Argumentationspotential. Beratende Kolleginnen und Kollegen erhalten Nachweise für die Notwendigkeit präventiver Maßnahmen. Dazu sind nicht allein die verarbeiteten Entscheidungen hilfreich, sondern auch weitere Beispielfälle und Hinweise der Autoren.

Die weitergehenden Darstellungen zu Ermittlungsverfahren und Rechtsfolgen der Tat sind für die Unternehmensjuristen hilfreich, für den strafrechtlich tätigen Praktiker tägliches Brot. Andererseits ist die Übersicht zur Compliance für den strafrechtlich – forensisch – tätigen Praktiker hilfreich, hingegen für den Unternehmensjuristen und den beratenden Anwalt inzwischen Teil des unverzichtbaren Grundwissens. Wer zu diesen Bereichen praktisch verwertbare Informationen sucht, erhält hier einen ersten groben Überblick zu dem für ihn jeweils fremden Terrain, wird aber auf weitergehende Literatur bzw. weitergehende Beratung nicht verzichten können.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Buch für den Praktiker, der sich zu Verteidigungs- oder Präventionszwecken näher mit den Korruptionstatbeständen der §§ 331 ff. StGB aus der Sicht der Rechtsprechung befassen will oder muss, sehr hilfreich ist. Dies gilt, obwohl die Rechtsprechung nicht durchgängig bis auf den neuesten Stand verarbeitet ist. Aufbau und Bearbeitung der einzelnen Normen aber machen diese vereinzelt Defizite wett. Da zu den gesetzlichen Neuregelungen, also zu den für die Praxis bedeutsamen Änderungen des § 299 StGB und der §§ 299 a und b StGB noch keine obergerichtlichen, geschweige denn höchstrichterlichen Entscheidungen vorliegen, fallen die Ausführungen als dem Konzept des Buches geschuldet dünn aus. Hier besteht für eine – wünschenswerte – dritte Auflage noch Nachholbedarf. Für die zu gegebener Zeit insoweit – hoffentlich aber

nicht aufgrund weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen – gebotene Fortschreibung des Werkes wäre angesichts der Entwicklungen in diesem Bereich zu überlegen, die Ausführungen zur Compliance zu kürzen, da sie für beratende Praktiker keinen Mehrwert liefern. Allerdings wäre ein vollständiger Verzicht angesichts der für die Unternehmensjuristen durchaus erkenntnisreichen Ausführungen zu Ermittlungsverfahren und Rechtsfolgen der Tat eine inhaltliche Lücke. Als hilfreich dürfte sich eine aktualisierte Erweiterung des Anhangs erweisen.

### Unternehmensstrafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, Düsseldorf

## Berndt/ Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung

**C.F. Müller, Reihe Praxis der Strafverteidigung, Heidelberg, 2016, 342 S., ISBN 978-3-8114-5463-7, EUR 54,99**

Das „Unternehmensstrafrecht“ ist seit einigen Jahren Gegenstand zahlreicher Publikationen im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Das Besondere an dem hier zu untersuchenden Werk von *Berndt* und *Theile* ist der von der Unternehmenstat über die angedrohten Sanktionen bis hin zum Verteidigungsfall gespannte thematische Bogen, bei dem die praktische Relevanz der Ausführungen nicht aus dem Blick gerät.

Das Buch ist in insgesamt 5 Teile untergliedert, wobei die ersten 4 Teile von *Theile* und der letzte von *Berndt* bearbeitet wurden: Nach einer kurzen Einführung in das Thema befasst sich der 2. Teil mit den Spezifika von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit von, in bzw. für Unternehmen begangen werden. Im Anschluss an die Darstellung dieser Besonderheiten nimmt *Theile* die entsprechende Rechtsfolgenseite *de lege lata* in den Blick (Teil 3). Teil 4 gewährt in aller Kürze einen Ausblick auf das Unternehmensstrafrecht *de lege ferenda*. Der 5. Teil schließlich analysiert die Unterschiede zwischen Individual- und „Unternehmensverteidigung“ und gibt für letztere Praxishinweise. Im Einzelnen:

Einleitend erläutert *Theile* sehr wissenschaftlich, aber durchaus informativ die Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit der – bereits begrifflich schwer fassbaren – Unternehmenskriminalität im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts ergeben (Teil 1). In Teil 2 stellt *Theile* zunächst die Haftung von Personen auf Leitungsebene (im Horizontalverhältnis sowie im Vertikalverhältnis) nach straf- und bußgeldrechtlichen Vorschriften dar. Der strafrechtlichen Produkthaftung sowie den Problemen der Organ-, Vertreter- und Beauftragtenhaftung werden eigenständige Unterpunkte gewidmet.

Im Anschluss daran befasst sich *Theile* mit der straf- und ordnungsrechtlichen Haftung von Mitgliedern der Aufsichtsgremien (S. 98 ff.). Der Teil schließt mit „weiteren einschlägigen dogmatischen Problemfeldern“ (S. 102 ff.). Hier stellt der Autor unter anderem den allgemeinen Vertrauensgrundsatz als Haftungsgrenze sowie die Bewertungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit sogenannten „neutralen Verhaltensweisen“ dar. Zudem geht er auf entlastende Gesichtspunkte wie Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie das „Handeln auf Weisung“ ein. Abschließend wird in diesem Teil untersucht, welche Wechselwirkungen zwischen Compliance und straf- bzw. ordnungsrechtlicher Haftung bestehen: Einerseits könne Compliance haftungsbegründend, andererseits haftungs- und sanktionsbeschränkend wirken.

Im 3. Teil der Arbeit (S. 121 ff.) befasst sich *Theile* mit den speziell unternehmensbezogenen Sanktionen. Sehr ausführlich geht er auf das Instrument der Gewinnabschöpfung ein und erläutert die Unterschiede zwischen dem Verfall, der Abführung des Mehrerlöses nach § 8 WiStG sowie der Einziehung. Aufgrund des am 01.07.2017 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung ist diese Passage nicht mehr ganz aktuell. Für die Arbeit am praktischen Fall müsste sie daher noch einmal überarbeitet werden – was freilich nicht den Autoren anzulasten ist.

Sodann stellt der Verfasser die wesentlichen Regelungen vor, die die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße ermöglichen. Dabei nimmt er zunächst § 30 OWiG in den Blick (S. 137 ff.). Nach einer Darstellung des Regelungsgehalts der Norm geht *Theile* kurz auf die Vorschriften ein, aus denen sich die Höhe des Bußgeldes ergeben könne. Dabei hebt er hervor, dass die enormen Bußgelder, von denen gelegentlich in der Presse zu lesen sei, im Wesentlichen auf den Abschöpfungsteil zurückzuführen seien. Speziell für den Praktiker weist *Theile* darauf hin, dass und inwieweit Compliance-Maßnahmen nicht nur die Geldbuße als solche, sondern auch den Abschöpfungsanteil verringern könnten.

An die vergleichsweise knappe Darstellung der allgemeinen und wohl weitestgehend bekannten Vorschrift des § 30 OWiG schließen sich umfangreichere Ausführungen zu Spezialvorschriften an, nämlich zur Unternehmensgeldbuße nach deutschem und europäischem Kartellrecht (S. 147 ff.).

Aufgrund des normhierarchisch bedingten Anwendungsvorrangs des europäischen Kartellrechts setzt sich *Theile* zunächst mit den Vorschriften des AEUV bzw. mit den Vorgaben der zentralen europäischen Bußgeldvorschrift des Art. 23 VO 1/2003 auseinander. Diese Vorschrift, die als Bestandteil einer Verordnung unmittelbare Wirkung in den Mitgliedsstaaten entfalte, erfasse ausschließlich Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. An dieser Stelle arbeitet *Theile* die Unterschiede zwischen dem Normadressaten des § 30 OWiG und dem des Art. 23 VO 1/2003 heraus: Bei letzterem komme es nicht auf die Eigenschaft als Rechtsträger, sondern vielmehr darauf an, dass faktisch eine wirtschaftliche Einheit bestehe. Entscheidend seien letztlich rechtliche und wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten, die sich in Informations- und Weisungskanälen oder Verflechtungen von Kapital und Personal ausdrückten. Bei Unternehmensvereinigungen komme es auf die interne Organisation zur Willensbildung und Beschlussfassung an.

Zudem machte Art. 23 VO 1/2003 die Bebußung des Verbandes nicht von der Zurechnung des Verhaltens einer natürlichen Person abhängig. Vielmehr genüge „jeder Verstoß einer befugtermaßen tätig werdenden Person, was sogar Außenstehende einschließt. An diesem Punkt wird die auf dem europäischen Recht basierende Vorstellung deutlich, dass Unternehmen und Unternehmensvereinigungen selbst Täter des wettbewerbswidrigen Verhaltens und keineswegs nur Adressaten der Verhaltens- und Sanktionsnormen sind.“ Folglich könne das europäische Kartellordnungswidrigkeitenrecht auf Zurechnungsvorschriften verzichten. Die Vorhersehbarkeit des Verhaltens knüpfe – anders als das deutsche Recht – an das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen an, die erforderlich gewesen wären, um Rechtsverstöße zu vermeiden. Da mit dieser Sichtweise das Risiko verbunden sei, vorschnell vom bloßen Vorliegen eines Wettbewerbsverstößes auf ein Organisationsverschulden des Verbandes zu schließen, müsse der Verteidiger den Nachweis eines konkreten vorwerfbaren Fehlverhaltens innerhalb der maßgeblichen Entscheidungsinstanz des betroffenen Verbandes fordern.

An diese grundlegenden Erläuterungen schließt sich die Darstellung der konkreten Bußgeldvorschriften des Art. 23 VO 1/2003 an, die Bußgeldsanktionen für Verstöße gegen Verfahrensvorgaben (Abs. 1), gegen das in Art. 101, 102 AEUV geregelte materielle Kartellrecht sowie gegen Entscheidungen nach Art. 8, 9 VO 1/2003 enthielten. Erneut geht *Theile* auf die Unterschiede ein, die zwischen den nationalen und den europäischen Regelungen bei der Sanktionszumessung bestehen. Zum einen knüpfe das EU-Recht den Sanktionsrahmen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes. Damit bestehe die Gefahr, dass fiskalisch motiviert statt schuldangemessen sanktioniert werde. Zum anderen existierten auch auf europäischer Ebene Abschöpfungsmöglichkeiten, die freilich nicht auf den ersten Blick erkennbar seien. Zudem dürften Compliance-Maßnahmen nach dem Willen der Kommission bei der Sanktionszumessung keine Berücksichtigung finden: Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht belege nach Auffassung der Kommission – die aus der nachvollziehbar dargelegten Sicht des Verfassers kritisch zu sehen ist –, dass gerade kein effektives Compliance-Programm vorgelegen habe.

Dass mehrere Unternehmen eines Verbandes gesamtschuldnerisch haften sollen (Durchgriffshaftung), kritisiert *Theile* mit Blick auf den Grundsatz der individuellen Vorwerfbarkeit (der freilich im Spannungsverhältnis zur Regelung des § 81 Abs. 4 S. 3 GWB stehe). Zwar sei ihm bewusst, dass gem. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 die Kommissionsentscheidungen keinen strafrechtlichen Charakter haben sollen. Er betont indes, dass „die bloße Denomination der

Entscheidung als „nichtstrafrechtlich“ [...] eine solche pauschalierende Gesamthaftung nicht legitimieren“ könne.

Schließlich umreißt *Theile* noch knapp die Regelung und die Voraussetzungen der Kronzeugenregelung. Hierbei weist er für die anwaltliche Praxis insbesondere auf das strikte Prioritätsprinzip hin sowie auf die als Nebeneffekt der Kronzeugenstellung zu befürchtende geschwächte Verhandlungsposition im Rahmen etwaiger zivilrechtlicher Schadensersatzprozesse.

Demselben Aufbau wie die Darstellung des europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrechts folgt diejenige des deutschen Rechts nach §§ 81 ff. GWB, wobei der Verfasser an den jeweiligen Gliederungspunkten nochmals die Unterschiede zu Art. 23 VO 1/2003 hervorhebt.

Auch verweist er auf den Bußgeldrahmen, dessen aus § 30 Abs. 2 OWiG folgende Obergrenze durch die Vorschriften des § 81 Abs. 4 S. 2 bis 4 GWB aufgebrochen werde. Sie werde für bestimmte Verfehlungen ersetzt durch den Ansatz von 10 Prozent des Jahresumsatzes für vorsätzliche Verfehlungen und 5 Prozent für Fahrlässigkeitstaten (vgl. § 17 Abs. 2 OWiG). Der Verfasser setzt sich an dieser Stelle mit den verfassungsrechtlichen Bedenken auseinander, die gegen diese Regelung vorgebracht werden.

Bei der Zumessung des Bußgeldes sei – wie im übrigen Ordnungswidrigkeitenrecht – zwischen dem Ahndungsteil und dem Abschöpfungsteil zu unterscheiden. Kritisch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 19 Abs. 4 GG sieht *Theile* jedoch die in § 81 Abs. 6 S. 1 GWB normierte Verzinsung der im Bußgeldbescheid festgesetzten Geldbuße.

Der Teil 4 („Perspektiven eines Unternehmensstrafrechts“) fällt zwar mit 14 Seiten recht knapp aus, ist aber angesichts des Anspruchs der Autoren, für Praktiker zu schreiben, durchaus ausreichend. Dass die Frage nach einem echten „Unternehmensstrafrecht“ de lege ferenda überhaupt aufgeworfen wurde, erklärt sich der Verfasser mit den Friktionen, die sich bei der Sanktionierung von Unternehmen im Vergleich zu den tradierten Zurechnungsgrundsätzen des Individualstrafrechts ergeben. Er weist allerdings darauf hin, dass sich eine potentielle echte Unternehmensstrafe in die Systematik und Dogmatik des geltenden Strafrechts einfügen müsse.

Genau hierin würden die größten Probleme gesehen. *Theile* führt zur Verdeutlichung die wesentlichen gegen das Unternehmensstrafrecht ins Feld geführten Argumente an, insbesondere also die fehlende Handlungsfähigkeit von Unternehmen, deren fehlende Schuld- und Straffähigkeit. Der Verfasser selbst erachtet diese Argumente aus gut nachvollziehbar geschilderten Gründen für nicht überzeugend.

Unter der Vielzahl der aktuell propagierten Modelle zu einer Gesetzesänderung, die nahezu unüberschaubar seien, müsse letztlich eines gewählt werden, mit dem der Zweck der Gesetzesänderung, nämlich die verbesserte Kriminalprävention, am ehesten erreicht werde. Unabhängig von der damit von *Theile* postulierten Möglichkeit der Einführung eines „Unternehmensstrafrechts“ hält er deren kriminalpolitische Sinnhaftigkeit für zweifelhaft. Er hielte ein genuines Unternehmensstrafrecht für ein weiteres Beispiel für „ein im schlechten Sinne symbolisch wirkendes Strafrecht“ und geht davon aus, dass das „übrige öffentliche Recht“ oder ein „völlig neuer Regulierungstypus in Form eines Unternehmensinterventionsrechts“ erfolversprechender wäre.

Der sich anschließende Teil 5 (S. 193 ff.) wurde passend zu seiner inhaltlichen Ausrichtung – der „Unternehmensverteidigung“ – von einem Strafverteidiger verfasst. *Berndt* knüpft hierbei an die vorangegangenen Teile des Buches an und erläutert zunächst einleitend, warum trotz fehlenden echten Unternehmensstrafrechts durchaus von einer Unternehmensverteidigung gesprochen werden könne. Er stellt die Unterschiede dar, die im Vergleich zur Individualverteidigung bestehen, und geht auf den praktischen Umgang mit diesen ein. Dabei differenziert er zwischen Straftaten zum Nachteil und Straftaten im (vermeintlichen) Interesse des Unternehmens.

Der „Unternehmensverteidiger“ oder „strafrechtliche Unternehmensanwalt“ (der Verfasser setzt sich mit den Begrifflichkeiten intensiv auseinander) sei als Vertreter des Unternehmens ausschließlich dessen Interessen verpflichtet. Daher sei es die Aufgabe des Unternehmensverteidigers, das – im Einzelfall schwer zu bestimmende – Unternehmensinteresse (jenseits der ohnehin selbstverständlichen Sicherung von Bestand und Ertragsfähigkeit) gemeinsam

mit dem Auftraggeber herauszuarbeiten. Dem Unternehmensverteidiger müsse in jedem Fall bewusst sein, dass die gleichzeitige Vertretung des Unternehmens und eines in demselben Verfahren beschuldigten Mitarbeiters dieses Unternehmens das hohe Risiko einer Interessenkollision in sich berge, so dass hiervon dringend abzuraten sei.

Weitere Schwierigkeiten bringe die nicht unübliche Konstellation mit sich, dass das Organ, das für das Unternehmen handele, einerseits das Mandatsverhältnis mitbestimme, andererseits selbst Beschuldigter in dem Ermittlungsverfahren sei, dessentwegen der Unternehmensverteidiger beauftragt wurde. Für den Unternehmensverteidiger führe diese Konstellation zu dem Dilemma, dass er zwischen dem potentiell beschuldigten Organmitglied und seinem eigentlichen Auftraggeber, dem Unternehmen, stehe, das möglicherweise eine Geldbuße nach § 30 OWiG abwenden möchte.

Als wäre die Rolle des „Unternehmensverteidigers“ hierdurch nicht schon kompliziert genug, müsse er seine Tätigkeit auch stets mit Rücksicht auf und ggf. in Zusammenarbeit mit den Inhouse-Juristen, also insbesondere dem Syndikusanwalt und dem (ggf. personenidentischen) Compliance-Officer ausüben. *Berndt* setzt sich an dieser Stelle quasi en passant kritisch mit der vom 5. Strafsenat des BGH in einem Obiter Dictum angenommenen Garantspflicht des Compliance-Officers auseinander. Dem Grunde nach lehnt er eine solche ab, da er sie für kontraproduktiv erachtet: „Ein Klima des Wegschauens und der Unverantwortlichkeit würde gerade befördert und nicht verhindert.“

Unabhängig von einer Garantenhaftung sei über § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG aber jedenfalls der Anwendungsbereich des § 130 OWiG für Compliance-Officer eröffnet, da sie als Beauftragte des Unternehmens angesehen würden. Um zu verdeutlichen, welche ordnungsrechtlichen Vorwürfe den Compliance-Officer treffen könnten, skizziert *Berndt* in aller Kürze die Mindestanforderungen an eine funktionierende Compliance-Organisation. Wer hier mehr als eine Seite z.T. stichpunktartiger Ausführungen erwartet, darf nicht übersehen, dass sich dieses Kapitel nicht in erster Linie mit dem (internen oder externen) Compliance-Officer befasst, sondern mit dem Unternehmensverteidiger. Der knappe Ausblick kann und muss daher an dieser Stelle genügen.

Dem Thema der „echten“ Unternehmensverteidigung (S. 208 ff.) ist entsprechend mehr Raum gewidmet. Ein Unternehmen könne, wie *Berndt* zu Recht erläutert, durchaus in die Situation gelangen, einen Verteidiger zu benötigen. Dies sei dann der Fall, wenn das Unternehmen im Strafverfahren gegen eine natürliche Person als Nebenbeteiligter geladen werde. Eine Stellung als Nebenbeteiligter wiederum komme in Betracht, wenn gegen das Unternehmen eine Geldbuße verhängt oder der Verfall bzw. die Einziehung von Gegenständen angeordnet werden sollen.

Die Verteidigung des Unternehmens mit dem Ziel, die Verhängung einer Geldbuße zu vermeiden bzw. deren Höhe möglichst gering zu halten, ähnele strukturell der Individualverteidigung, wie bereits die §§ 137 - 139, 145a-149 und 218 StPO zeigten, die über §§ 444 Abs. 3, 434 Abs. 1 StPO auch im selbständigen Verfahren gegen Unternehmen anwendbar seien. Da *Theile* bereits in Teil 3 ausführlich die Voraussetzungen, die potentielle Höhe sowie die Kriterien der Sanktionszumessung im Zusammenhang mit einer Geldbuße geschildert hat, verzichtet *Berndt* an dieser Stelle darauf. Ebenso hätte er freilich von erneuten Ausführungen allgemeiner Art zu Verfall und Einziehung absehen können und dies unabhängig von der mittlerweile in Kraft getretenen Gesetzesänderung. Einen praktischen Gewinn für den Leser bringt jedoch der Hinweis auf die Zahlungsunfähigkeit, die einem Unternehmen durch einen Arrest drohen könne, so dass es „dringende Aufgabe des Unternehmensanwalts [sei], den dinglichen Arrest möglichst vollständig abzuwenden“. Dazu gibt *Berndt* dem Unternehmensverteidiger potentielle Argumente an die Hand.

Das Kernbetätigungsfeld des strafrechtlichen Unternehmensanwalts sei indes die Vertretung des Unternehmens im Fall einer Nebenbeteiligung bei drohender Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG, vgl. §§ 444, 434 Abs. 1 S. 2 StPO. *Berndt* schildert die für die Nebenbeteiligung wesentlichen Vorschriften und weist darauf hin, dass die Anordnung der Nebenbeteiligung zwar erst nach Anklageerhebung gegen die natürliche Person zulässig sei, dem Unternehmen jedoch bereits vorher ein Schweigerecht zustehe. Dieses folge aus der entsprechenden Anwendung des § 432 StPO im Ermittlungsverfahren, wenn sich in diesem bereits konkret andeute, dass die Verhängung einer Geldbuße gegen das Unternehmen in Betracht komme.

Schließlich verdeutlicht der Verfasser in einem eigenständigen Abschnitt die Unterschiede zwischen der Individual- und der Unternehmensverteidigung. So könne etwa die Kooperation mit den Ermittlungsbehörden für das Unternehmen ebenso sinnvoll sein wie für eine natürliche beschuldigte Person. Allerdings beinhalte sie das Risiko, dass etwa Beschuldigtenrechte bzw. Rechte von Mitarbeitern ausgehebelt würden. Hier müsse der Unternehmensverteidiger gerade dann aufmerksam agieren, „wenn eine abgestimmte Verteidigung des Unternehmens und der Individualbeschuldigten verfolgt werden“ solle. Maßgeblich sei dabei allein das Interesse des Mandanten, also des Unternehmens. Hierin ist *Berndt* zwar zuzustimmen. Der Leser vermisst an dieser Stelle allerdings Beispiele für diese im Einzelfall doch sehr unterschiedlich ausgeprägten Friktionen und die hieraus jeweils resultierenden Handlungsempfehlungen.

Für die Praxis wichtig sind die sich anschließenden Ausführungen zur „Sockelverteidigung“ sowie zu den Voraussetzungen und Folgen der potentiellen Einstellung eines Verfahrens gegen Unternehmensmitarbeiter aus Opportunitätsgründen. Hier müsse der Verteidiger zum einen bedenken, dass durch eine solche Einstellung die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße nicht gesperrt werde und auch die Eintragung in ein Korruptionsregister noch möglich sei. Zudem müsse er ein für mögliche zivil- oder verwaltungsrechtliche Verfahren präjudizielles Schuldeingeständnis seitens des betroffenen Mitarbeiters vermeiden.

Ebenfalls äußerst praxisrelevant ist die Überlegung, ob und wann ein Unternehmen die einem Mitarbeiter entstehenden Verteidigungskosten, fällige Geldauflagen oder gar Geldsanktionen übernehmen darf und soll. Bejaht werde dies etwa vom BAG unter Hinweis auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn die Kostenursache in der Ausübung der betrieblichen Tätigkeit zu verorten sei. Darüber hinaus könne die Kostenübernahme auch im Unternehmensinteresse liegen. Zu klären wäre indes, ob nicht bereits eine Spezialstrafrechtsschutzversicherung abgeschlossen worden und ein Versicherungsfall zu bejahen sei.

Freilich bestünde unter bestimmten Voraussetzungen das Risiko, dass durch die Kostenübernahme der Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, erfüllt werde. Wann dies der Fall und wann die Kostenübernahme im Ergebnis unkritisch ist, stellt *Berndt* anhand ausgewählter Gerichtsentscheidungen dar. Als Fazit hält er fest, dass die Frage der Kostenübernahme stets nur für den konkreten Einzelfall anhand des Unternehmensinteresses beantwortet werden könne. Sicherheitshalber solle ggf. ein Rückforderungsvorbehalt vereinbart werden oder die Kostenübernahme als Darlehen ausgestaltet werden. Zudem seien übernommene Geldsanktionen vom Arbeitnehmer als Arbeitslohn zu versteuern, die Einordnung von Verteidigungskosten als steuerpflichtiger Arbeitslohn sei hingegen umstritten.

Abschließend weist der Verfasser noch auf die außerstrafrechtlichen Folgen hin, die ein Unternehmen treffen können. Genannt seien insbesondere vergabe- und wettbewerbsrechtliche (z.B. die Eintragung in ein Korruptionsregister und der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen) sowie gewerberechtliche (§ 35 GewO) und gesellschaftsrechtliche (§ 62 GmbHG, § 396 AktG) Konsequenzen, die aus einem Fehlverhalten resultieren und sich ggf. allesamt existentiell auswirken könnten. Daneben erfolge ab einem Bußgeld von EUR 200 eine Eintragung in das Gewerbezentralregister, wodurch die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Unternehmens gefährdet werden könne.

Der nächste Abschnitt befasst sich mit den prozessualen Ermittlungsmaßnahmen, die das Unternehmen treffen können, also insbesondere Durchsuchung, Beschlagnahme und Durchsicht. Hier stellt *Berndt* die wesentlichen Rechtsgrundlagen dar und verdeutlicht dem Praktiker, worauf dieser im Falle einer Durchsuchung zu achten habe. An dieser Stelle hätte sich eine schlagwortartige „Checkliste“ angeboten, die all diejenigen Punkte enthält, die bei einer Durchsuchung für den Unternehmensverteidiger zu beachten sind und die ihm seine Aufgaben im Falle einer Beschlagnahme bzw. Durchsicht von Unterlagen noch einmal vor Augen führen. Von hohem praktischem Nutzen sind indes die ausführlichen Schilderungen betreffend die Frage, für welche Unterlagen räumlich, persönlich und zeitlich Beschlagnahmefreiheit besteht.

Im vorletzten Abschnitt geht *Berndt* auf die Tätigkeit des Unternehmensverteidigers für den Fall ein, dass das Unternehmen selbst geschädigt wurde. Hier böten sich die Vorbereitung und Stellung einer Strafanzeige im Namen des Unternehmens an, wobei die damit zusammenhängenden Nachteile (z.B. Presseberichterstattung) nicht ausgeblendet werden dürften. Weitere Risiken, denen der Unternehmensverteidiger indes durch geeignete Formulierungen begegnen könne, resultierten etwa aus den Vorschriften der §§ 145d, 164, 186 StGB.

Zu Recht weist *Berndt* darauf hin, dass die Arbeit des Unternehmensverteidigers mit der Abgabe einer solchen Anzeige nicht abgeschlossen sei, sondern dass im Nachgang auf eine enge Kommunikation mit den Strafverfolgungsbehörden geachtet werden müsse.

Zudem müsse der Unternehmensverteidiger das Unternehmen bei der Ausübung des Akteneinsichtsrechts (§§ 406e, 475 StPO) sowie der Rechte unterstützen, die aus der Neben- (§§ 395 ff. StPO) oder Privatklägerstellung (§§ 374 ff. StPO) des Unternehmens oder aus den §§ 111b Abs. 5 i.V.m. 111d StPO a.F. (Rückgewinnungshilfe) resultierten.

Das Buch schließt mit einem Blick auf das Thema Compliance, deren Bedeutung für Unternehmen im Allgemeinen und im Falle eines Strafverfahrens im Besonderen. Für die Verteidigung relevant sei insbesondere, ob und inwieweit das Vorhandensein eines Compliance-Programms (oder auch die Zusage, ein solches einzurichten) bei der Strafzumessung positiv berücksichtigt werden könne. *Berndt* verweist auf die de lege lata bestehenden Rechtsunsicherheiten, weil dies mangels konkreter Vorgaben von Behörde zu Behörde unterschiedlich gehandhabt werde. Möglichkeiten zur gesetzlichen Fixierung als Sanktionszumessungsfaktor hätten in der jüngeren Vergangenheit zwar bestanden – an dieser Stelle erwähnt *Berndt* auch kurz die Regelungsinhalte und Ziele der bekannten Entwürfe zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts aus NRW, des DICO und des BUJ –, wären aber nicht ergriffen worden.

Schließlich existiere auch eine repressive Seite der Compliance, die sich in den unternehmensinternen Untersuchungen („Internal Investigations“) widerspiegele. Eine Pflicht zu deren Durchführung folge letztlich aus § 130 OWiG. *Berndt* zeigt die Ziele solcher Untersuchungen auf und was sie für das Unternehmen leisten können, verdeutlicht die Rolle des Unternehmensverteidigers dabei, setzt sich mit den Thesen der BRAK zur Durchführung von internen Untersuchungen kritisch auseinander und gibt eigene Handlungsempfehlungen ab. Schließlich hebt er noch die wenigen, etwa aus § 153 AO und § 11 GWG resultierenden Berichtigungs- und Meldepflichten hervor, und beleuchtet die fakultativen Anzeigen sowie deren Vor- und Nachteile.

Insgesamt bietet das Buch mehr als ein reines Nachschlagewerk. Es lässt sich angesichts des Aufbaus wie ein Lehrbuch lesen, ohne dass dabei seine Funktion als Praxisleitfaden verlorenginge. Zwar zeigt bereits der Umfang des Werkes, dass hier nur Grundzüge aufgezeigt und allenfalls Einzelaspekte ausführlicher dargestellt werden können. Die im Zusammenhang mit der Beratung und Verteidigung von Unternehmen wesentlichen Fragen werden jedoch benannt und beantwortet, auf vertiefende Literatur wird stets verwiesen. Zudem erhält der Leser Tipps für den praktischen Fall. Damit ist auch dieser Band aus der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ eine empfehlenswerte Lektüre, insbesondere für denjenigen, der sich erstmals und zugleich fundiert mit der Materie der „Unternehmensverteidigung“ befassen möchte.

### Eigentums- und Vermögensstrafrecht

---

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

## **Thomas Fischer/Elisa Hoven/ Hans-Peter Huber/Rolf Raum/ Thomas Rönnau/Frank Saliger/ Gerson Trüg, (Hrsg.): Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens**

**Nomos-Verlag, Baden-Baden 2015, 386 S., ISBN 978-3-8487-2400-0, 89 €**

Die „Elite der Rechtswissenschaft (jedenfalls betreffend die Dogmatik des Vermögensschadens)“ – so Peter Noll, Vorsitzender Richter am OLG München über die anderen Teilnehmer (S. 313) hatte sich am 23. und 24.5.2015 in Baden-Baden zu einem Workshop zusammengefunden, der für den Nomos-Verlag Anlaß war, eine von Thomas Fischer und Elisa Hoven betreute neue Buchreihe über „Baden-Badener Strafrechtsgespräche“ zu eröffnen, deren 1.

Band sowohl die gehaltenen 25 Referate als auch die nachfolgenden Diskussionen (lesbar und gut verständlich aufbereitet von Christian Liebhart, Wissenschaftlichen Mitarbeiter am BVerfG) über das Verständnis des strafrechtlichen Vermögensbegriffs dokumentiert. Richter, Verteidiger und Professoren betrachteten das Thema aus unterschiedlichen Blickwinkeln, aber durchweg mit Bezug auf praxisrelevante Konstellationen. Das ist ein Wert an sich – so wie jeder vertiefte Kontakt zwischen Wissenschaft und Praxis.

Zur Sprache kamen die „großen“, die fallgruppenübergreifenden Themen (*Saliger*, S. 15 ff.; *Rönnau*, S. 31 ff., *Raum*, S. 43 ff., *Fischer*, S. 51 ff.): Was bedeutet Schaden? Ist er objektiv, subjektiv oder in einer Mischung aus beidem zu bestimmen? Ist nur die Substanz geschützt oder auch die Disposition? Worin liegt der Unterschied zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten? Welchen Einfluss entfalten normative Regeln? Genießt rechtlich missbilligtes, speziell allein illegal handelbares Gut, strafrechtlichen Vermögensschutz? Wie ist dem Verfassungsrecht Rechnung zu tragen (*Krehl*, S. 133 ff.), insbesondere dem Verschleifungsverbot? Aus praktischer Sicht stellen sich zudem Probleme der Handhabbarkeit: Wie weit bedarf es der Quantifizierung des Schadens? Wie ist mit nicht aufklärbaren tatsächlichen Unsicherheiten, wie mit Grenzen der Erkenntnisfähigkeit umzugehen (*Noll*, S. 313 ff.)? Was lässt sich aus dem Bilanzrecht übertragen (*Kempf*, S. 325 ff.)?

Teils sind Vorträge unmittelbar diesen Fragen gewidmet, teils durchziehen sie die einzelnen Referate, insbesondere die fallgruppenbezogenen (*Schlösser*, S. 89 ff.: Zweckverfehlung; *Piel*, S. 109 ff.: Risikogeschäfte; *Kudlich*, S. 123 ff.: Individueller Schadenseinschlag; *Kubiciel*, S. 153 ff.: Vermögensschaden bei Personengesellschaften; *Hamm*, S. 167 ff.: Konzernuntreue; *Perron*, S. 189 ff., und *Hoven*, S. 201 ff.: Schwarze Kassen; *Trüg*, S. 217 ff., und *Radtke*, S. 231 ff.: Schneeballsysteme; *Hellmann*, S. 245 ff., und *Gaede*, S. 257 ff.: Vertragsärzte-Betrug; *Becker*, S. 273 ff.: Sportwetten; *Ransiek*, S. 285 ff., und *Gercke*, S. 299 ff.: Anstellungsbetrug), aber auch die einzelthemenorientierten (*Schünemann*, S. 61 ff.: Identität des Schadensbegriffs bei § 263 und § 266 StGB?); *Hefendehl*, S. 77 ff., und *Salditt*, S. 99 ff.: Gefährdung und Expektanzen; *Waßmer*, S. 175 ff.: Kompensation).

Nachfolgende Beispiele können weder vollständig sein noch wirklich repräsentativ:

Während *Saliger* (S. 28) in jeder Normativierung des Schadensbegriffs einen Wandel zu einem Delikt gegen den bloßen Willen des Vermögensinhabers und damit eine systemwidrige Gleichstellung mit den Eigentumsdelikten sieht, die er überdies für verfassungswidrig hält, stellt sich für *Rönnau* allein die Frage, „wieviel an Recht nimmt man bei der Wertbestimmung mit hinein“ (S. 371), gepaart mit dem Bedauern (S. 34 ff.), dass es beginnend bei *Wach* 1908 noch nicht gelungen sei, einen einheitlichen Vermögensbegriff (für Vermögens- und Eigentumsdelikte unter Einschluss der Dispositionsbefugnis) zu definieren, aber anerkennend, dass *Kindhäuser* im NK diesem Erfolg mit seinem funktionalen Vermögensbegriff am nächsten gekommen sei. Der Klassifizierung des intersubjektiven Schadensbegriffs als „normativ“ seitens *Saligers* (S. 28, 344), widersprach *Hefendehl* (S. 347) energisch: Die Wertbestimmung in Gestalt eines Vertrages zwischen zwei Personen sei gerade Ausdruck der Marktwirtschaft. Dass im Rahmen der Untreue eine intersubjektive Wertbestimmung zwischen dem Treupflichtigen und einem außenstehenden Dritten jedenfalls keine Anerkennung zu Lasten des betreuten Vermögens finden kann, verdeutlichte *Waßmer* (S. 348) mit einem schlagenden Beispiel: Wenn etwas für 50.000 € gekauft werden sollte, aber als Kaufpreis 100.000 € akzeptiert wurden, könne ein Nachteil jedenfalls nicht unter Hinweis auf die vereinbarte Wertbestimmung verneint werden.

Ein aus der Tat erwachsener Gegenanspruch ist jedenfalls schon dann nicht geeignet, den Vermögensabfluss zu kompensieren, wenn er nicht erfüllt werden soll (*Krehl*, S. 148). Auf eine juristische Grenze verwies *Fischer* (S. 362): Die Erfüllung einer erpresserischen Forderung aus Gesellschaftsmitteln werde nicht von der Vermeidung des Verrats korruptiver Praktiken des Vorstands kompensiert.

Der von *Saliger* (S. 21) aufgeworfenen und tendentiell in ersterem Sinne beantworteten Frage, ob nur wirtschaftliche Werte oder auch andere Freiheitsbetätigungen geschützt seien, stellte *Rönnau* (S. 34) die Differenzierung zwischen Eigentum als gegenständlicher Freiheit und Vermögen als Wertsommenschutz an die Seite, während *Kubiciel* (S. 164) auch in Vermögen eine über den (Tausch-)Wert hinausgehende Freiheitssphäre verkörpert sieht, so dass es nur der Rechtsträger sein könne, der über die Verwendung zu bestimmen habe. Den Vermögenswert der (von ihm „unselbständig“ genannten) Dispositionsbefugnis, nach *Fi-*

*scher* (S. 350) der „Kern“ des Wertes, stellt allerdings auch *Saliger* nicht in Abrede (SSW-StGB, 3. Aufl., § 266 StGB, Rn. 1).

In der Kontroverse, ob die anfänglichen Rückzahlungen in einem Schneeballsystem tatbestandlich relevant (so *Trüg*, S. 217 ff.) oder lediglich bei der Strafzumessung (mildernd) zu berücksichtigen sind (so *Radtke* (S. 231 ff.)), verwies *Hellmann* (S. 368) auf das Synallagma: Wer statt „Anlage“ „Nicht-Anlage“ erhalte, bekomme im Austauschverhältnis nichts. Er unterstützte damit die von *Radtke* verteidigte Rechtsprechung des BGH.

In ihren Referaten bezweifelten *Ransiek* (S. 285 ff.) und *Gercke* (S. 299 ff.) nicht nur (mit gewissen Unterschieden in Details), ob die unterschiedliche Rechtsprechung zum Anstellungsbetrag im Arbeitsverhältnis einerseits und bei Beamten andererseits gerechtfertigt sei, sondern stellten zudem in Frage, dass die Auffassung des BGH zu beidem nach den grundlegenden Entscheidungen des BVerfG zur Untreue (BVerfGE 126, 170 ff.) und zum Betrug (BVerfGE 130, 1 ff.) aufrechterhalten werden könne. Zumindest für Umstände, die sich nicht leistungsmindernd auswirkten, dürfe das zu verneinen sein. Für leistungsbezogene Aspekte sei die Rechtsprechung des BAG zu berücksichtigen, derzufolge Minderleistungen nicht zur Rückforderung gezahlten Lohns führe. Es ist allerdings offen, ob wirklich ein Wertungswiderspruch besteht zwischen dem (anfänglichen) Vortäuschen voller Leistungsfähigkeit und der Verweigerung nachträglicher Rückforderung eines Teils der für die volle Leistung versprochenen und erbrachten Gegenleistung.

Beim Risiokogeschäft ist nicht auf den negativen, sondern auf den (ex ante) offenen Ausgang abzustellen, *Saliger* (S. 357).

Während *Schünemann* (S. 361) in der Rechtsprechung zur Konzernuntreue nichts anderes als die Anerkennung der eingeschränkten Gesellschaftertheorie sieht, wittert *Trüg* (S. 361 f.) in ihr einen Verstoß gegen das Verschleifungsverbot. Gegen dessen extensive Interpretation sprachen sich *Hefendehl* (S. 357) und *Rönnau* (S. 357 unter Berufung auf *Krell*) aus.

Die Übersicht und die Beispiele belegen, dass die Themen, die gegenwärtig Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigen, durchweg erörtert wurden. Die in zwei Tagen abgehandelte weite Spanne bedingt allerdings eine Beschränkung auf Schlaglichter, die manchmal die eigenen beruflichen oder sonstigen Interessen(schwerpunkte) nicht verleugnen. Die jeweiligen Leitentscheidungen sind durchweg angeführt, sonstige Nachweise in unterschiedlichem Umfang. Der Tagungsband ist von vorn herein nicht darauf angelegt, dem Leser vertiefende Lektüre zu ersparen, ist aber als Einstieg hilfreich und bietet einen verlässlichen Überblick über die aktuell diskutierten Aspekte als solche. Dem Leser, der sein Verständnis für die erörterten Themen vertiefen möchte, wäre es entgegengekommen, die Diskussion der jeweiligen Referate direkt im Anschluß zu dokumentieren (anstatt in einem Gesamtblock am Ende des Bandes).

Zwei unwidersprochen gebliebene wesentliche Ergebnisse verdienen besonderer Hervorhebung:

Der Vermögensschaden kann nicht bilanzrechtsakzessorisch bestimmt werden. Möglich ist aber vielfach eine Orientierung am Bilanzrecht, zumindest kennt es geeignete Instrumente (*Hefendehl, Kempf, Radtke*).

Das Erfordernis der Quantifizierung darf nicht mit der Neigung zu Scheingenaugigkeit (über)interpretiert werden (*Noll*, auch *Becker* und *Schünemann*). Stattdessen ist tendentell mehr Wert auf die Tat an sich (der Auflehnung wider das Recht) als auf den Schaden (als Folge des Rechtsbruchs) zu legen (*Raum*, S. 47).

---

### Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Richard Bley, Essen

## Michael Müller: Die Selbstanzeige im Steuerstrafrecht

Duncker & Humblot 2014, 229 Seiten, ISBN 978-3-428-14479-2, 74,90 Euro.

Das Steuerstrafrecht gehört zum wissenschaftlichen ‚Hochreck‘ für jeden Strafverteidiger, der auch steuerliche Beratungen leistet. Nicht zuletzt gibt es einige Kollegen, die sich ausschließlich auf das Steuerstrafrecht spezialisiert haben. Dies liegt, neben den Verdienstmöglichkeiten, an der notwendigen umfangreichen Sachkenntnis nicht nur des Strafrechts, sondern auch des Steuerrechts.

Genau an dieser Schnittstelle zwischen Steuerrecht und Strafrecht liegt die Möglichkeit der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht. In der anwaltlichen Beratung hat die Entscheidung, eine Selbstanzeige durchzuführen, einen auch im Verhältnis zu anderen Aufgaben, stark erhöhten Aufwandspegel zur Folge. So schnell wie möglich müssen möglichst vollständig Unterlagen herbeigeschafft werden und jede Woche (manchmal jeder Tag) Verzögerung kann bedeuten, dass aus dem Ziel der Strafflosigkeit des Mandanten (welches oft nur unter großem finanziellen Aufwand erreicht werden kann) dann doch nichts wird.

So stellt denn auch regelmäßig die missglückte Selbstanzeige eine ‚hervorragende‘ Grundlage für die dann folgende Strafverfolgung dar. Gerade der Fall Ulli Hoeneß zeigt deutlich, dass auch mit großem Aufwand, nicht zuletzt wegen des immensen Zeitdrucks, erhebliche Fehler geschehen können.

Wissenschaftlich wurde das Thema der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht bisher – verglichen mit seiner Wichtigkeit – etwas stiefmütterlich betrachtet. Meistens geschah dies im Rahmen von polithematischen Aufarbeitungen des Steuerstrafrechts insgesamt. Daneben gibt es einige wenige Arbeiten, die aber eher praktisch orientiert sind. Nun liegt die monographische Darstellung des Selbstanzeigerechts von Michael Müller vor. Die Darstellung war bereits vorher bei Professor Hans Kudlich (Universität Erlangen-Nürnberg) als Dissertation im Jahre 2014 zugelassen worden.

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile: Zunächst wird die Rechtslage vor dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz von 2011 dargestellt. Es folgt dann eine Darstellung der aktuellen Rechtslage (bis 2014), die unter der Berücksichtigung der bisher doch eher deskriptiven Darstellungen sehr umfassend ist.

Eine solche Aufarbeitung, wo also zunächst die alte Rechtslage dargestellt wird, ist sinnvoll: Zum einen gilt das Altrecht unter gewissen Umständen fort, zum anderen kann nur so der historische Kontext, einschließlich der Frage, wieso das Recht zur Selbstanzeige überhaupt geschaffen wurde, insgesamt dargestellt werden. Viele Formulierungen im aktuellen Recht werden erst durch die Bezugnahme des historischen Kontexts überhaupt verständlich.

Bereits zu Anfang der Arbeit werden, sozusagen als Epilog, die Probleme, die der Ankauf der sogenannten ‚Steuerdaten-CDs‘ (vor allem durch das Land NRW) mit sich brachte, wissenschaftlich reflektiert und aufgearbeitet. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vor allem die Entscheidung BVerfG, NStZ 2011, 103 vom 09.11.2010), wird dabei – durchaus praxisnah – in den Mittelpunkt der Argumentation gestellt. Dabei stellt sich der Autor auf den auch durch das Bundesverfassungsgericht vertretenen Standpunkt, dass ein grundsätzliches Verwertungsverbot nicht in Frage kommt, auch wenn durch den Ankauf der CDs die Glaubwürdigkeit des Staates grundsätzlich in Frage gestellt wird.

Darüber hinaus erörtert Müller aber die Frage, ob sich die Ankäufer selbst nach § 17 UWG und nach § 266 StGB (‚Haushaltsuntreue‘) strafbar gemacht haben und bejaht dies mit guten Gründen. Der dadurch entstehende scheinbare Widerspruch zwischen dem Nichtbestehen eines Verwertungsverbots und der Strafbarkeit der Mitarbeiter der Steuerverwaltung wird dadurch ‚gelöst‘, dass der Zweck des § 17 UWG und des § 266 StGB gerade nicht im Schutz des Steuerflüchtlings besteht, sich der Steuerhinterziehungstäter also gerade nicht auf die Rechtsverletzung der Beamten berufen kann. Dies entspricht im Wesentlichen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in der bereits zitierten Entscheidung und ist insoweit folgerichtig. Trotzdem darf man sich natürlich fragen, was von einem ‚Rechtsstaat‘ noch bleibt, wenn den Behörden Anreize gesetzt werden, dem Recht eben nicht mehr zu folgen. Die Konsequenzen aus diesem Widerspruch sieht man, wenn Mitarbeiter der Finanzverwaltung durch Schweizer Behörden ‚ausspioniert‘ werden, wie es gerade diskutiert wurde.

Müller schlägt hierzu vor, dass ein erweiterter Informationsaustausch zwischen den Ländern erzielt werden sollte, da nur so die Integrität des Staates wiederhergestellt werden könne.

Nach dieser einleitenden Frage, die das Recht zur Selbstanzeige nur indirekt betrifft, aber praxisnah aufgearbeitet wird, geht der Autor auf die historische Entwicklung des Selbstanzeigerechts seit seiner Einführung im Jahre 1919 (Reichsabgabenordnung) ein. Insbesondere die Frage nach den – erst zögerlich entstehenden – Sperrgründen für eine Selbstanzeige wird hier ausführlich erörtert.

Auf den Zweck der Straffreiheit durch die Selbstanzeige wird im Zuge der Aufarbeitung der Selbstanzeige § 371 AO (1977) ausführlich eingegangen, ohne allerdings zu weitschweifig zu werden. Der Autor kommt hier zu dem Schluss, dass durch die Straffreiheit bei einer Selbstanzeige die Rückkehr in die Steuerehrlichkeit gefördert werden soll. Dies begründe sich vor allem darin, dass eine Rückkehr in die Steuerehrlichkeit sehr viel schwerer möglich sei, als bei anderen Wirtschaftsdelikten. So kann ein Betrüger einfach aufhören und muss im Normalfall zur Rückkehr in die Ehrlichkeit keine neuen Straftaten begehen. Bei der Steuerhinterziehung ist dies jedoch oft nicht möglich, vor allem, wenn es sich um undeklariertes Vermögen handelt. Eine offene nachträgliche Deklaration derartiger Vermögenswerte ist häufig nur möglich, wenn gleichzeitig für die Vorjahre eine Steuerhinterziehung eingeräumt wird. Nicht näher eingegangen wird hier allerdings auf den Umstand, dass die Selbstanzeige auch dann möglich ist, wenn es sich um Einmaldelikte handelt, wie zum Beispiel bei einer nichtdeklarierten, aber vereinnahmten Umsatzsteuer.

Auch der Hinweis auf die fiskalischen Interessen des Staats (die auch vom BGH durchaus angeführt werden) kann insoweit nicht vollständig überzeugen, da diese den Interessen eines Betrugsopfers durchaus entsprechen und nicht zu ersehen ist, warum der Staat und seine Fiskalpolitik hier privilegiert werden sollen. Der Autor zieht aus seinem Zwischenergebnis Schlussfolgerungen für die grundsätzliche Frage, ob die Selbstanzeige ‚im Zweifel‘ eher extensiv oder restriktiv ausgelegt soll und kommt insofern zum Schluss, dass zum Schutze des § 370 AO die Straffreiheit bei einer Selbstanzeige als Ausnahmefall nur restriktiv interpretiert werden soll. Aus hiesiger Sicht ist das gefundene Ergebnis alles andere als zwingend: Ebenso gut könnte man die Sperrgründe (um die geht es hier ja eigentlich) des § 371 AO als Ausnahme zum Regelfall, nämlich der Straffreiheit nach einer Selbstanzeige betrachten.

Der Autor greift in seiner Darstellung immer wieder auf den Fall ‚Hoeneß‘ zurück und rechtfertigt gegen Ende seiner Darstellung (S. 199ff.) auch das vom LG München gefundene Ergebnis. Während durchaus viele Aspekte des Verfahrens (unter anderem die missglückte Selbstanzeige und der Umstand, dass ohne diese Selbstanzeige vermutlich überhaupt kein Strafverfahren gegen Hoeneß durchgeführt worden wäre) aufgeführt werden, kommt der Autor dagegen nicht auf die – zugegeben spekulativen – ungeschriebenen Gründe der gefundenen Strafe zurück: Zumindest der Prominentenstatus und die lokalen Gepflogenheiten der Höhe des Strafausspruchs sind hier zu nennen.

Im weiteren Verlauf der Monografie wird auch die Frage der Zulässigkeit von Teilselbstanzeigen – vor allem nach altem Recht – umfassend erörtert. Hierzu gehört auch das Wechselspiel zwischen der durchaus interpretationsfähigen Entscheidung des BGH vom 20. Mai 2010 und der mehr oder weniger parallel laufenden Gesetzgebungsmaschine, die im Ergebnis das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz, welches am 03. Mai 2011 in Kraft trat, zur Folge hatte.

In der Folge wird auf die durchaus umstrittene Frage des Begriffs des ‚Täters‘ (im Gegensatz zum Teilnehmer) das erste Mal Bezug genommen. Diese Frage wird ja gerade bei der Interpretation des neugeschaffenen § 398a AO virulent, da der dort vorzufindende Gesetzestext in einer wörtlichen Interpretation im Einzelfall zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann und die Rechtsanwender demzufolge gezwungen sind, den Wortlaut der Vorschriften so umzuinterpretieren, dass das gefundene Ergebnis erträglich erscheint. Auf dieses Problem geht dann auch der Autor umfassend ein.

Die neue Rechtslage bei der Selbstanzeige nach der Einführung des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes von 2011 wird ebenfalls umfassend erörtert. Dabei bleiben Fragen zum Täterbegriff ebenso wenig offen wie zum Tatbegriff im Rahmen des § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO (50.000 EUR je Tat: was bedeutet das im Einzelnen).

**Zusammenfassung:**

Die aufgezeigten Themen der Monografie sind nicht abschließend, sondern exemplarisch zu verstehen. Nahezu jedes bekannte Problem bei der Selbstanzeige wird in der Arbeit zumindest angesprochen und einer durchweg lesbaren Lösung zugeführt.

Die Sorgfalt des Autors dieser Arbeit hätte sich der Rezensent auch bei der Leistung des Gesetzgebers gewünscht. Speziell die Rechtslage seit 2011 lässt viele Fragen offen: Einfache Rechtsbegriffe und –unterschiede, wie Täter und Teilnehmer oder auch die Frage nach dem Tatbegriff wurden schlicht ignoriert. Umso verdienstvoller ist die Leistung des Autors Michael Müller in diesem Zusammenhang.

Die Arbeit überzeugt in mehrfacher Hinsicht: Zum einen ist sie formal logisch aufgebaut und einfach lesbar, so dass auch ein Neueinsteiger in das Thema ‚Selbstanzeige‘ hier einen guten Überblick in den Rechtsstand bis in das Jahr 2014 hinein erhalten kann. Zum anderen überzeugt die Dichte, mit der juristische Themen aufgearbeitet wurden.

Die Arbeit heißt vollständig: *‚Die Selbstanzeige im Steuerstrafrecht (vor und nach dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz (2011) mit besonderem Augenmerk auf den neu geschaffenen Sperrgrund gemäß §§ 371 Abs. 2 Nr. 3 AO, 398a AO‘*. Normalerweise bedeutet das, dass die Arbeit nur hinsichtlich des Untertitels überhaupt brauchbar ist (so jedenfalls die bisherige Erfahrung des Unterzeichners mit Arbeiten dieser Art). In der vorliegenden Arbeit ist dies glücklicherweise nicht der Fall, da auch über andere Problemfelder der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht umfassend referiert wird. Diese durch den Titel offenkundig zu Tage tretende Bescheidenheit der Arbeit zeigt sich auch in der immer fundierten Argumentation.

Man muss nicht mit allen Ergebnissen dieser Arbeit im Einzelfall einverstanden sein, der Autor versetzt einen jedoch in die Lage, auch zu anderen Ergebnissen zu kommen und die Recherche in dieser Arbeit als ersten ‚Steinbruch‘ zu nutzen. Die Arbeit ist damit vielleicht kein ‚Muss‘ als Lektüre für jede zu erstattende Selbstanzeige, sie stellt aber einen hervorragenden Einstieg dar und ist als solche, aber auch als Startpunkt eigener wissenschaftlicher Recherche uneingeschränkt zu empfehlen, wobei sie allerdings – wie bei Monografien im Duncker & Humblot Verlag leider üblich – im Verhältnis zum Umfang (226 Seiten) nicht ganz preiswert (74,90 EUR) ist.