

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
OSTA Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 www.wi-j.de

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln

Gibt es eine Änderung der Rechtsprechung zur Untreue bei Personenhandelsgesellschaften?

1

Rechtsanwalt Johann-Nikolaus Meyer, Rechtsanwalt Philipp Behrendt, beide Bonn

Das Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz – Neue Datenmassen für die Finanzverwaltung

7

Einführung und Schulung

Rechtsanwalt und Avocat à la Cour Dr. Ralf Willer, Berlin

Ermittlungen der Europäischen Kommission in Wettbewerbssachen

14

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden

BGH Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/115 – „HSH Nordbank“

25

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2017 – 18 KLS-130 Js 1/12-2/15 (Scalping)

30

Internationales

Rechtsanwältin Dr. Christina Galeazzi und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

40

Editorial

Wij – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2018

Menschliches Verhalten ist grundsätzlich straflos, nur ausnahmsweise strafbewehrt. Befeuert durch die Medien und starke gesellschaftliche Strömungen drängt der Gesetzgeber unter Hinweis auf „Strafbarkeitslücken“ den Grundsatz zurück und weitet die Ausnahme aus, etwa durch Modifikation bestehender oder Schaffung neuer Strafvorschriften, z.B. im Wirtschaftsstrafrecht. Begleitet wird diese materiell-rechtliche Entwicklung dadurch, dass den Ermittlungsbehörden immer weitere Befugnisse bzw. Maßnahmen zur Verfügung gestellt werden, um „Verfolgungslücken“ schließen zu können.

Es finden sich aber auch, u.a. in dieser Ausgabe des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., Gegenbewegungen: *Waßmer* tritt den Stimmen in der Literatur, die der subjektiven Verletzteneigenschaft einer Personengesellschaft in Bezug auf den Untreuetatbestand und damit der Strafbarkeit der Gesellschafter das Wort reden, entgegen. *Meyer* und *Behrend* befassen sich durchaus kritisch mit dem Instrumentarium des Steuerumgebungsbekämpfungsgesetzes, welches dem Steuerpflichtigen und Dritten weitgehende Mitwirkungspflichten „jenseits von Panama“ auferlegt. *Zimmermann* erläutert, warum der Bundesgerichtshof den landgerichtlichen Freispruch in Sachen HSH Nordbank im konkreten Einzelfall zwar einerseits aufgehoben hat, dabei aber andererseits allgemeingültig die Straflosigkeit bei Einhaltung der Business-Judgement-Rule ebenso thematisiert hat wie den zutreffenden Widerspruch gegen den Automatismus, aus jeder (aktienrechtlichen) Pflichtverletzung eo ipso auf eine Untreuestrafbarkeit zu schließen. Eine Nichteröffnungsentscheidung des Landgerichts Düsseldorf nimmt schließlich *Eggers* zum Anlass, sich u.a. mit dem Rückwirkungsverbot und der Straflosigkeit von Scalping per Telefonwerbung und durch Ad-hoc Mitteilungen des Emittenten zu befassen.

Möglicherweise stehen die benannten Beiträge in guter Tradition zur Glosse „Strafbarkeitslücken“, die *Vormbaum* unter Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG mit dem Fazit abschloss (JZ 1999, 613): „Es gibt keine Strafbarkeitslücken – es gibt nur Straflosigkeitlücken.“ Etwaig vorhandene Wissenslücken können Sie, lieber Leser, durch das Studium sämtlicher Beiträge der hiesigen Ausgabe schließen.

Dr. Henner Apfel, 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.

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, OStA Raimund Weyand.

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

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

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

ISSN: 2193-9950

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln Gibt es eine Änderung der Rechtsprechung zur Untreue bei Personenhandelsgesellschaften?	1
Rechtsanwalt Johann-Nikolaus Meyer, Rechtsanwalt Philipp Behrendt, beide Bonn Das Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz – Neue Datenmassen für die Finanzverwaltung?	7
Einführung und Schulung	13
Rechtsanwalt und Avocat à la Cour Dr. Ralf Willer, Berlin Ermittlungen der Europäischen Kommission in Wettbewerbssachen	14
Entscheidungskommentare	25
RA FA StrafR Gernot Zimmermann, Wiesbaden BGH Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 – „HSH Nordbank“	25
Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2017 – 18 KLS-130 Js 1/12-2/15 (Scalping)	30
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	37
Internationales	40
RA Dr. Christina Galeazzi und RA Friedrich Frank, beide Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	40
Rezensionen	46
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Fleckenstein, Lennart, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten	46
Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg, Köln Schneider/Geckert, Verhaltensorientierte Compliance – Ansätze und Methoden für die betriebliche Praxis	54
Rechtsanwalt Dr. Frédéric Schneider, Hamburg Quedenfeld, Dietrich/Füllsack, Markus et al., Verteidigung in Steuerstrafsachen	57
Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mainz Minoggio, Unternehmensverteidigung – Vertretung in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren	61
Dr. Andrej Dalinger, Frankfurt Adrian Fiedler, Das Doping minderjähriger Sportler; Eine straf- und verbandsrechtliche Untersuchung (Dissertation)	63
Richter Dr. Daniel Gutman LL.M. Ingo Bott, Das Recht zu strafen	66

Aufsätze und Kurzbeiträge

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln

Gibt es eine Änderung der Rechtsprechung zur Untreue bei Personenhandels- gesellschaften?¹

I. Einführung

Die Untreue bei Personenhandelsgesellschaften ist in den letzten Jahren in den Fokus von Wissenschaft und Rechtsprechung gerückt. Die Thematik hat nicht nur dogmatische, sondern auch ausgesprochen große praktische Bedeutung, da die Gesellschaftsformen der OHG und KG – einschließlich der beliebten Sonderform der GmbH & Co. KG – im heutigen Wirtschaftsleben omnipräsent sind. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob durch Untreuehandlungen die Gesellschafter oder aber die Gesellschaften selbst geschädigt werden. Von Bedeutung ist dies zum einen für die Frage, wem und in welcher Höhe ein Nachteil entstanden ist. Und zum anderen für die Frage, wer strafantragsberechtigt ist. Dies ist vor allem für Familiengesellschaften wichtig, an denen ausschließlich Familienangehörige beteiligt sind, aber auch für Publikumsgesellschaften, bei denen eine Vielzahl von Anlegern als kapitalgebende Gesellschafter (Kommanditisten) beteiligt sind. So wird etwa bei einer Familien-KG eine Untreue nur auf Antrag verfolgt (vgl. § 266 Abs. 2 i.V.m. § 247 StGB). Strafantragsberechtigt ist nach § 77 Abs. 1 StGB allein der Verletzte. Sind die Gesellschafter die Verletzten, können nur sie einen Strafantrag stellen, ist die Gesellschaft als Verletzte anzusehen, steht ihr das Strafantragsrecht zu. Ebenso kann bei einer Publikums-KG – also z.B. bei geschlossenen Fonds (Alternativen Investmentfonds) der Immobilien-, Medien-, Film-, Schiffs-, Leasing-, Windkraft-, Solar- und Private Equity-Branche – hinsichtlich Untreuehandlungen nur der Verletzte einen Klageerzwingungsantrag nach § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO stellen.

II. Die traditionelle Sichtweise

Die Strafrechtsprechung geht bislang in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es zwar eine Untreue zu Lasten von juristischen Personen gibt, nicht aber zu Lasten von Personenhandelsgesellschaften.² Hieran hält auch die Strafrechtswissenschaft³ überwiegend fest.

Begründet wird diese Differenzierung damit, dass juristische Personen – wie natürliche Personen – eigenständige Rechtspersönlichkeiten und damit selbstständige Vermögensträger sind, so dass ihr Vermögen nicht nur für deren Organe, sondern auch für deren Anteilseigner rechtlich fremd ist. Dies gilt etwa für die AG, KGaA, GmbH – einschließlich der Einpersonen-GmbH, bei der zwar der geschäftsführende Gesellschafter alle Anteile hält, das GmbH-Vermögen aber für ihn dennoch fremd ist – sowie Limited und SE. Geschädigt wird durch Untreuehandlungen die juristische Person selbst. Nach h.M.⁴ ist daher bei einer Untreue zu Lasten einer juristischen Person Verletzter i.S.d. § 77 Abs. 1 StGB und damit strafantragsberechtigt allein diese. Die Gesellschafter bzw. Aktionäre sind nur mittelbar verletzt und nicht

¹ Druckfassung eines Vortrages, der auf dem Sommertreffen der WisteV am 23.9.2017 in Köln gehalten wurde.

² Vgl. BGHSt 34, 221 (222 f.); BGH NSTz 1987, 279; NJW 2003, 2996 (2999); NJW 2011, 3733; NSTz 2012, 151; NSTz 2013, 38; NJW 2013, 3590 (3593) – Hochseeschlepper; OLG Celle wistra 2014, 34; wohl (unausgesprochen) abweichend BGH NSTz 2004, 205 (5. Strafsenat); hierzu krit. Bittmann/Richter wistra 2005, 51 (52).

³ Dierlamm, in: MK-StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 201; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 266 Rn. 113; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3; Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 266 Rn. 45; Kindhäuser, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 95; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 39a; Schramm, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5 B Rn. 33; Schönemann, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 262; Wessing NZG 2014, 97; Wittig, in: Beck-OK-StGB, 36. Edition Stand 1.11.2017, § 266 Rn. 11.

⁴ Zur AG: OLG Braunschweig wistra 1993, 31; OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 691 – Kirch/Deutsche Bank; zur GmbH: OLG Celle NJW 2007, 1223; OLG Stuttgart NJW 2001, 840; Esser, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 238; aA Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5/2 Rn. 13; Kindhäuser, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 129.

strafantragsberechtigt. Angeführt wird hierfür, dass derjenige, der über eine haftungsbeschränkende Konstruktion am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, um einen Durchgriff auf die eigene Person zu vermeiden, Anspruchsbeschränkungen gegen sich gelten lassen muss.⁵ Diese Sichtweise ist im Hinblick auf die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person konsequent. Sie wird in der Strafrechtswissenschaft aber z.T. dennoch kritisiert,⁶ weil damit die „wahren“ Vermögensinhaber, die Anteilseigner, keinen Klageerzwingungsantrag stellen können.

Anders ist die Rechtslage bei Personenhandelsgesellschaften,⁷ die – im Gegensatz zu natürlichen und juristischen Personen – keine Rechtspersönlichkeit besitzen. Nach der traditionellen Lehre von der individualistischen (oder gesellschaftsrechtlichen) Gesamthand steht den Gesellschaftern hier das Gesellschaftsvermögen als „Objekt“ zur gesamten Hand zu.⁸ Eine Kommanditgesellschaft komme als „verselbständigt Gesamthandsvermögen“ einer juristischen Person zwar „sehr nahe“, besitze aber dennoch keine eigene Rechtspersönlichkeit.⁹ Die Schädigung des Gesamthandsvermögens der Gesellschaft sei deswegen nur insoweit bedeutsam, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter „berührt“.¹⁰ Konsequenz ist, dass es damit nur eine Untreue zum Nachteil der Gesellschafter geben kann. Verletzte und damit strafantragsberechtigt sind ausschließlich die Gesellschafter. Allerdings kann die Schadensberechnung sehr kompliziert sein, wenn einzelne Gesellschafter mit der Schädigung einverstanden waren, da ihr Einverständnis anteilig einen Nachteil ausschließt. In diesen Fällen ist im Hinblick auf die strengen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Nachteilsberechnung¹¹ exakt zu ermitteln, wer in welcher Höhe einen Nachteil erlitten hat. Hierbei ist auf die Gesellschafteranteile im Verhältnis zur Gesamteinlage abzustellen.¹²

III. Die vordringende Auffassung

Die vordringende Auffassung will dagegen eine Untreue zu Lasten von Personenhandelsgesellschaften anerkennen.¹³ Angeführt wird dafür, dass die Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht schon lange vorangeschritten sei und das Strafrecht dies ignoriere. Denn bereits am 29.1.2001 hatte der II. Zivilsenat des BGH¹⁴ ein „Jahrhunderturteil“ gefällt. Er entschied, dass die Außen-GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (Ls. 1), und dass sie in diesem Rahmen zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig ist (Ls. 2). Damit folgte der Senat der Lehre von der kollektiven Einheit (oder Gruppenlehre), die zu Beginn der 1970er Jahre Werner Flume¹⁵ – in Anknüpfung an einen von Otto v. Gierke bereits im 19. Jahrhundert entwickelten Ansatz – ausgearbeitet hatte.¹⁶ Danach stellt die GbR zwar eine auf personenrechtlicher Verbundenheit beruhende Personenmehrheit dar, diese wird aber durch das Gesamthandsprinzip zu einer Personeneinheit. Die gesamthänderisch strukturierte GbR in Gestalt der gesellschaftsvertraglich zu einer „Gruppe“ verbundenen Gesellschafter bildet danach selbst ein Rechtssubjekt. Zuordnungssubjekt für das Gesamthandsvermögen sind daher nicht die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“, sondern dies ist die „Gesamthand“, die „Gruppe“. Im Schrifttum zum Gesellschaftsrecht hatte sich diese Auffassung bereits in den 1990er Jahren durchgesetzt.¹⁷ Mit der Entscheidung des II. Zivilsenats fand die Diskussion um die Rechtsnatur der Gesamthand ihren Abschluss.

Dieser Paradigmenwechsel, mit der die Gesamthand „vom Objekt zum Subjekt“ wurde, hatte für das Gesellschaftsrecht gravierende Konsequenzen. Seitdem wird bei der Außen-GbR das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft selbst zugewiesen.¹⁸ Auch bei den Personen-

⁵ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 691.

⁶ Schünemann, in LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 212: „kriminalpolitisch äußerst misslich“.

⁷ Vgl. BGH NJW 2003, 2996 (2999); NJW 2011, 3733; NStZ 2013, 38; NJW 2013, 3590 (3593) – Hochseeschlepper; OLG Celle wistra 2014, 34.

⁸ Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5/2 Rn. 362.

⁹ BGH StV 1984, 119.

¹⁰ BGHSt 34, 221 (222 f.) = BGH NJW 1987, 1710.

¹¹ BVerfGE 126, 170 = BVerfG NJW 2010, 3209 (3218).

¹² BGH NJW 2013, 3590 (3593) – Hochseeschlepper.

¹³ Grunst BB 2001, 1537 (1538); Brand ZWH 2014, 23; Golombek WiJ 2014, 84 (93); monografisch Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 96 ff., 259 ff.; Brand Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG, 2010, S. 210 ff.; Stölting, Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens bei der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften am Beispiel der GmbH & Co. KG, 2010, S. 88 f., 116 f., 126; vgl. auch bereits Richter GmbHR 1984, 137 (146); H. Schäfer NJW 1983, 2850 (2851).

¹⁴ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

¹⁵ Flume ZHR 136 (1972), 177 ff.

¹⁶ Schäfer, in: MK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 298.

¹⁷ Schäfer, in: MK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 300.

¹⁸ Vgl. nur Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Erster Teil Rn. 105.

handelsgesellschaften (OHG und KG) hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Gesellschaften als eigenständige Rechtsträger selbst die Träger des Gesellschaftsvermögens sind.¹⁹ Zuvor ging die Zivilrechtsprechung – wie bei der Außen-GbR – davon aus, dass Träger der im Namen einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Rechte und Pflichten nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist, sondern dass Träger allein die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter sind.²⁰ Damit wurde das Gesellschaftsvermögen allein den Gesellschaftern zugewiesen. Diese Sichtweise konnte aber schon vor der Änderung der Zivilrechtsprechung nicht überzeugen. Denn zentrale Vorschriften legen nahe, dass Personenhandelsgesellschaften eigenständige Rechtsträger sind, denen das Gesellschaftsvermögen selbst zugewiesen ist. So kann die Gesellschaft „Rechte“ erwerben (§ 124 Abs. 1 HGB), für die Zwangsvollstreckung ist ein gegen die „Gesellschaft“ (nicht die Gesellschafter) gerichteter Titel erforderlich (§ 124 Abs. 2 HGB), und im Fall der Liquidation ist das „verbleibende Vermögen der Gesellschaft“ anteilig unter die Gesellschafter zu verteilen (§ 155 Abs. 1 HGB).

Nach der im Strafrecht vordringenden Auffassung muss dieser Paradigmenwechsel auch für die Untreue Konsequenzen haben. Wenn den Gesellschaften das Gesellschaftsvermögen selbst zugewiesen ist, dann sei die Grundlage für die bisherige Differenzierung zwischen juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften entfallen. Für die Stellung als Verletzter sei auf die Vermögenshaberschaft abzustellen. Deshalb müsse jetzt eine Untreue zu Lasten von Personenhandelsgesellschaften anerkannt werden. Hierfür lässt sich zudem anführen, dass die Berechnung des Nachteils in der Praxis erheblich einfacher würde,²¹ da es der z.T. (sehr) komplizierten Feststellung des Nachteils der einzelnen Gesellschafter nicht mehr bedürfte.

Erheblich an Fahrt aufgenommen hat die Diskussion seit der „Hochseeschlepperentscheidung“ des 1. Strafsenats des BGH vom 10.7.2013.²² Hierin hatte der Senat an der bisherigen höchstrichterlichen Strafrechtsprechung festgehalten. Karsten Schmidt, einer der profiliertesten Handels- und Gesellschaftsrechtler, wandte sich im Sommer 2014 in einem Aufsatz („Untreuestrafbarkeit bei der GmbH & Co. KG – kompliziert oder einfach?“²³) gegen diese Entscheidung. Er konstatierte ein „bemerkenswertes Auseinandergehen“ der Vermögenszuordnung bei Personengesellschaften im Gesellschafts- und im Untreuestrafrecht und rief dazu auf, die bisherige Strafrechtsprechung grundsätzlich zu prüfen und den kollektiven Untreueschutz bei Eingriffen in Gesellschaftsvermögen auf eine „neue Grundlage“ zu stellen, mithin die Rechtsprechung zu ändern.

Der 1. Strafsenat des BGH war von dieser Kritik beeindruckt. Hatte er in einem Beschluss vom 23.2.2012²⁴ noch ausgeführt, er sehe „keine Veranlassung“, von der gefestigten Rechtsprechung der Strafsenate abzuweichen, hielt er in einem Urteil vom 9.8.2016²⁵ zwar daran fest, führte aber aus, dass die Rechtsprechung zur Untreue zu Lasten von Personenhandelsgesellschaften der gesellschaftsrechtlichen Rechtsstellung der Kommanditgesellschaft „möglicherweise nicht (mehr) vollständig gerecht werde“. Hierbei bezog er sich ausdrücklich auf die „bedenkenswerten Erwägungen“ von Karsten Schmidt. Diese Zweifel an der bisherigen Rechtsprechungslinie dürften maßgeblich auf Henning Radtke zurückzuführen sein, der seit Oktober 2012 dem 1. Strafsenat angehört. Bereits ein Jahr zuvor, am 19.6.2015, hatte Radtke²⁶ in einem Vortrag auf der NSTZ-Jahrestagung 2015 der traditionellen Sichtweise zwar „ein gewisses Maß an Plausibilität“ bescheinigt, folgte aber u.a. unter Bezugnahme auf den Aufsatz von Karsten Schmidt der vordringenden Auffassung.

¹⁹ Vgl. zur OHG Roth, in: Baumbach/Hopt, 37. Aufl. 2016, § 124 HGB Rn. 3; über § 161 Abs. 2 HGB gilt dies ebenso für die KG.

²⁰ BGHZ 110, 127, 128 f. = BGH NJW 1990, 1181; BGHZ 34, 293 = BGH NJW 1961, 1022.

²¹ Vgl. bereits Bittmann/Richter wistra 2005, 51 (54).

²² BGH NJW 2013, 3590 m. Anm. Brand.

²³ Karsten Schmidt, JZ 2014, 878 ff.

²⁴ BGH NSTZ 2013, 38.

²⁵ BGH ZWH 2017, 16 (Rn. 25) (= BGH BeckRS 2016, 15481; insoweit nicht abgedruckt in BGH wistra 2016, 486 ff.).

²⁶ Radtke NSTZ 2016, 639 ff.

IV. Stellungnahme

Wie ist die Kontroverse zu entscheiden? M.E. ist aus mehreren Gründen an der traditionellen Sichtweise festzuhalten, so dass bei Untreuehandlungen zu Lasten von Personenhandelsgesellschaften weiterhin nur die Gesellschafter als Verletzte anzusehen sind.²⁷

1. Fehlende Rechtspersönlichkeit

Erstens mag zwar anerkannt sein, dass Personengesellschaften, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen, Rechtsfähigkeit besitzen. Dennoch geht die im Gesellschaftsrecht ganz überwiegende Auffassung weiterhin davon aus, dass rechtsfähige Personengesellschaften über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen.²⁸ Der Charakter der (Außen-)GbR, OHG und KG als Schuldverhältnis der Gesellschafter mit gesamthänderisch strukturierter Organisation ist unverändert geblieben. Selbst wenn Personengesellschaften im Rechtsverkehr eigenständig auftreten können, sind sie – anders als Kapitalgesellschaften – keine juristischen Personen.

Zudem differenziert das gegenwärtige Recht eindeutig zwischen juristischen Personen „mit“ und rechtsfähigen Personengesellschaften „ohne“ Rechtspersönlichkeit. So unterscheidet § 14 Abs. 1 BGB zwischen natürlichen und juristischen Personen auf der einen, und rechtsfähigen Personengesellschaften auf der anderen Seite. Ebenso kann nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ eröffnet werden, wozu nach dem erläuternden Klammerzusatz u.a. GbR, OHG und KG zählen. An dieser klaren Differenzierung ist – solange der Gesetzgeber sie nicht aufgibt – festzuhalten. Die Rechtspersönlichkeit und ihre wichtigste Ausprägung, die Rechtsfähigkeit, dürfen nicht gleichgesetzt werden.

Daher ist eine Personengesellschaft zwar aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit zivilrechtlich Trägerin des Gesellschaftsvermögens, dies zwingt aber nicht dazu, sie aus Sicht des Strafrechts auch als die Verletzte einer Untreue anzusehen. Denn für die Stellung als Opfer einer Untreue ist die Rechtspersönlichkeit maßgebend.²⁹ Rechtspersönlichkeit besitzen bei rechtsfähigen Personengesellschaften aber allein die Gesellschafter. Soweit die Stellung als Opfer an die Vermögensträgerschaft geknüpft wird,³⁰ ist dem entgegenzusetzen, dass – zweitens (hierzu sogleich) – die personalistische Struktur von Personengesellschaften dafür spricht, bei Schädigungen des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter als die Untreueopfer anzusehen.

2. Personalistische Struktur

a) Grundstrukturen

Wie Karsten Schmidt³¹ ausführt, liegt der „Unterschied zwischen personengesellschaftsrechtlich und körperschaftlich verfassten Rechtsträgern [...] nicht in der Zuweisung des Gesellschaftsvermögens zur Gesellschaft oder zu den Gesellschaftern, sondern in der zugrunde liegenden Verbandsverfassung“. Diesbezüglich bestehen jedoch gravierende Unterschiede. Kapitalgesellschaften kennzeichnet die Trennung zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft, die mit der Eintragung im Handelsregister selbst zu einer (juristischen) Person wird; Kapitalgesellschaften sind durch die Fremdorganschaft geprägt; der Gesellschaftsvertrag ist durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss abänderbar; der Rückgang der Gesellschaftszahl lässt die Existenz der Gesellschaft unberührt, diese kann sogar als Einpersonengesellschaft geführt werden.³² Dagegen setzt eine Personengesellschaft das Vorhandensein von mindestens zwei Gesellschaftern voraus; es gilt zum einen der Grundsatz der Einstimmigkeit (der Gesellschaftsvertrag kann freilich abweichend Mehrheitsbeschlüsse vorsehen), und zum anderen der nicht dispositive Grundsatz der Selbstorganschaft; kennzeichnend ist im Übrigen die persönliche Bindung zwischen den Gesellschaftern, die gelockert, aber nicht beseitigt werden kann.³³ Kurzum: bei Personengesellschaften steht nicht wie bei Kapitalgesellschaften die kapitalmäßige Beteiligung im Vordergrund, sondern die gemeinsame

²⁷ Vgl. auch Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 63; ders. ZWH 2017, 20 ff.

²⁸ Vgl. nur Schäfer, in: MK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 308 m.w.N.

²⁹ Wessing NZG 2014, 97 (98).

³⁰ Brand NJW 2013, 3594.

³¹ Karsten Schmidt, JZ 2014, 878 (881).

³² Schäfer, in: MK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 295.

³³ Schäfer, in: MK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 308 f.

Zweckverfolgung durch die einzelnen „Persönlichkeiten“. Daher rechtfertigt es bei Personengesellschaften die besondere Stellung der Gesellschafter, bei einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch Untreuehandlungen allein die Gesellschafter als Opfer zu begreifen.

Fraglich ist allerdings, ob dies auch für die GmbH & Co. KG gilt. Denn im Gegensatz zur „klassischen“ KG, die aus mindestens zwei Personen (Komplementär und Kommanditist) besteht, kann hier (faktisch) eine Einpersonen-Gesellschaft vorliegen. Um eine „Einpersonen-GmbH und Co. KG“ handelt es sich dann, wenn eine natürliche Person eine Einpersonen-GmbH gründet, die als Komplementär der KG fungiert, und zugleich als Kommanditist der KG auftritt. Zudem kann bei einer GmbH & Co. KG als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ein Nichtgesellschafter beschäftigt werden, so dass (faktisch) eine Fremddorganschaft bestehen kann. In diesen Fällen gleicht die GmbH & Co. KG (faktisch) einer Kapitalgesellschaft. Dennoch ist auch für die GmbH & Co. KG daran festzuhalten, dass nur die Gesellschafter Opfer einer Untreue sein können. Denn trotz allem handelt es sich rechtlich um eine Personengesellschaft, der die eigene Rechtspersönlichkeit fehlt.

b) Familiengesellschaften

Welche außerordentliche Bedeutung die personalistische Struktur hat, wird vor allem bei Familiengesellschaften sichtbar. Diese Gesellschaften werden in der Praxis regelmäßig in Form einer GbR oder – sofern die Haftung von Familienmitgliedern auf die Einlage beschränkt sein soll – einer KG bzw. GmbH & Co. KG geführt. Bei diesen Personen- bzw. Personenhandelsgesellschaften stehen die Familienmitglieder im Mittelpunkt. Das Gesellschaftskonstrukt ist nur ein Vehikel, um gemeinsame Vermögenswerte zu erhalten sowie Steuervorteile zu nutzen.

Um eine solche Familiengesellschaft ging es in dem bereits erwähnten Fall, über den der 1. Strafsenat des BGH am 9.8.2016³⁴ entschied. Der Angeklagte, der seinem Vater als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nachgefolgt war, hatte dem Vermögen der Familien-KG durch 567 Einzelhandlungen rund 5,4 Mio. € pflichtwidrig entnommen. Für die Strafzumessung hatte das LG Tübingen im Hinblick auf diejenigen Gesellschafter, die geschädigt worden waren, einen Nachteil im Umfang von 48 % der dem Gesellschaftsvermögen entzogenen Beträge zugrunde gelegt. Der Senat bestätigte nicht nur die Verurteilung wegen Untreue, sondern auch die Versagung der Strafmilderung nach § 46a StGB. Eine mögliche Strafmilderung war zu prüfen, weil der Angeklagte mit der Gesellschaft eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen hatte, die zur Milderung der mit der Straftat verbundenen Folgen beitragen sollte.

Die Nichtanwendung des § 46a Nr. 2 StGB (Schadenswiedergutmachung) beanstandete der Senat nicht, weil es der wenigstens teilweisen Schadenswiedergutmachung gegenüber allen Geschädigten bedurft hätte.³⁵ Hieran fehlte es aber, da ein materieller Ausgleich gegenüber einem Familienstamm nicht stattgefunden hatte. Der Senat verlangte die Einbeziehung aller Gesellschafter, d.h. aller „Personen“. Würde man dagegen mit der vordringenden Auffassung die Gesellschaft als das Untreueopfer ansehen, hätte eine Schadenswiedergutmachung bejaht werden können, da es hierfür genügt, wenn nur ein Teil des Schadens wiedergutmacht wird, das Opfer sich damit zufrieden gibt und den Täter von einer weiteren Haftung freistellt.³⁶ Dann könnte also der Untreuetäter über eine Vergleichsvereinbarung mit der Gesellschaft eine Strafmilderung erreichen, ohne dass den Interessen aller (Familien-)Gesellschafter entsprochen werden müsste. Damit würde aber der besonderen Stellung der Gesellschafter nicht Rechnung getragen.

Die Nichtheranziehung des § 46a Nr. 1 StGB (Täter-Opfer-Ausgleich) beanstandete der Senat gleichfalls nicht. Denn wesentlicher Inhalt der Rahmenvereinbarung sei die materielle Neuordnung, nicht die Wiederherstellung des Familienfriedens gewesen.³⁷ Betrachtet man die Gesellschafter als die Untreueopfer, überzeugt auch dies. Würde man dagegen auf die Gesellschaft abstellen, könnte ein immaterieller Ausgleich erfolgt sein, da der Angeklagte auf weitere Leistungen der Gesellschaft verzichtete und aus ihr ausschied. Für den Täter-Opfer-

³⁴ BGH ZWH 2017, 16 ff. (= BeckRS 2016, 15481 = wistra 2016, 486 ff.) m. Anm. Waßmer.

³⁵ BGH ZWH 2017, 16 (Rn. 17 ff.).

³⁶ Vgl. BGH NJW 2001, 2557 (2558).

³⁷ BGH ZWH 2017, 16 (Rn. 22 ff.).

Ausgleich wäre es ausreichend, dass das Opfer die Leistung des Täters als „umfassenden, friedensstiftenden“ Ausgleich akzeptiert.³⁸

Das Beispiel zeigt, dass es auch bei § 46a StGB im Hinblick auf die personalistische Struktur von Personengesellschaften – gerade bei Familiengesellschaften – sachgerecht ist, die Gesellschafter als Untreueopfer anzusehen und deren Einbeziehung in die Schadenswiedergutmachung bzw. den Täter-Opfer-Ausgleich zu verlangen. Sofern eine stärkere Ablösung von den Interessen der einzelnen Personen gewünscht ist, steht als Gesellschaftsform die GmbH zur Verfügung, die als juristische Person über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Wird eine GmbH geschädigt, genügt es für die Anwendung des § 46a StGB, dass mit der Gesellschaft erfolgreich Vergleichsverhandlungen geführt werden.

3. Personalistische Haftung

Drittens ist darauf hinzuweisen, dass Personenhandelsgesellschaften auch durch die personalistische Haftung geprägt sind. Die Zulassung einer Untreue zu Lasten der Gesellschaft wäre, worauf bereits Jürgen Seier hinwies, mit einer „nicht unerheblichen und bedenklichen Ausweitung der Strafbarkeit“ verbunden,³⁹ da dann das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur uneingeschränkten Disposition der Gesellschafter stünde. Denn in Bezug auf die GmbH als juristische Person folgen Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum⁴⁰ bekanntlich der Bestandssicherungstheorie (oder eingeschränkten Gesellschaftertheorie) und gehen davon aus, dass eine Einwilligung aller Gesellschafter einer GmbH bzw. des Alleingesellschafters bei einer Einpersonen-GmbH in eine Vermögensverschiebung, die das Stammkapital der Gesellschaft beeinträchtigt oder auf andere Weise ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet, unwirksam ist. Begründet wird dies damit, dass die GmbH als eigene Rechtspersönlichkeit am Geschäftsverkehr teilnimmt, eigenes Vermögen hat und das Stammkapital durch § 30 GmbHG insbesondere im Gläubigerinteresse erhalten wird. Der Bestand der GmbH ist daher vor den Gesellschaftern geschützt. Bei Personenhandelsgesellschaften bedarf es jedoch eines derartigen Bestandsschutzes nicht, da die vertretungsberechtigten Gesellschafter den Gläubigern gegenüber haften, und zwar persönlich, unmittelbar, unbeschränkt und auf das Ganze als Gesamtschuldner.⁴¹

Fraglich ist erneut, ob dies auch für die GmbH & Co. KG gilt. Denn bei ihr haftet die GmbH als Komplementärin zwar unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen, aber infolge der Haftungsbeschränkung ist die Haftung wirtschaftlich betrachtet beschränkt. Damit gleicht die GmbH & Co. KG wiederum (faktisch) den Kapitalgesellschaften. Der Wirtschaftsverkehr trägt dem Umstand, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftet, Rechnung, indem die GmbH & Co. KG weniger kreditwürdig ist. Aber auch dies ändert nichts daran, dass rechtlich eine personalistische Haftung besteht, es sich um eine Personenhandelsgesellschaft (und keine Kapitalgesellschaft) handelt.

4. Keine Abkehr des 1. Strafsenats von der Rechtsprechungslinie

Schließlich sei abschließend darauf hingewiesen, dass der 1. Strafsenat des BGH sich in seinem Urteil vom 9.8.2016 zwar kritisch zur bisherigen Rechtsprechung äußerte, die Zweifel aber offensichtlich nicht so stark waren, dass sie zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechungslinie zwangen. Denn dann hätten in dem Fall möglicherweise die Voraussetzungen des § 46a StGB vorgelegen, was im Hinblick auf die personalistische Struktur der Familien-KG nicht sachgerecht gewesen wäre.

V. Fazit

Eine Änderung der Rechtsprechung zur Untreue bei Personenhandelsgesellschaften ist nicht angezeigt, da dann der „personalistischen Rechtspersönlichkeits- und Haftungsstruktur“⁴² dieser Gesellschaften nicht mehr Rechnung getragen würde. Erachtet man es weiterhin als richtig, dass nur die Gesellschafter Opfer einer Untreue sein können, hat dies folgende Konsequenzen:

³⁸ Vgl. BGH NStZ 2015, 263.

³⁹ Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5/2 Rn. 364.

⁴⁰ Vgl. nur BGHSt 49, 147 (157 ff.) – Bremer Vulkan; BGHSt 55, 266 Rn. 34 – Trienekens; Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 148 m.w.N.

⁴¹ Zur OHG Roth, in: Baumbach/Hopt, 37. Aufl. 2016, § 128 HGB Rn. 1.

⁴² Schramm, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Teil 5 B Rn. 33.

- Schädigungen, denen ein Einverständnis aller Mitgesellschafter zugrunde liegt, sind straflos. Liegt ein Einverständnis von einem oder mehreren Gesellschaftern vor, scheidet insoweit eine Untreue aus. Ein Vermögensnachteil ist nur denjenigen Gesellschaftern entstanden, die mit der Schädigung nicht einverstanden waren. In diesen Fällen ist exakt zu ermitteln, wer in welcher Höhe benachteiligt wurde, wobei auf die Gesellschafteranteile im Verhältnis zur Gesamteinlage abzustellen ist.
- Bei einer Familien-KG ist die Strafverfolgung gemäß §§ 266 Abs. 2, 247 StGB vom Strafantrag eines Gesellschafters abhängig. Wird für den Untreuetäter eine Strafmilderung nach § 46a StGB angestrebt, ist in der Praxis darauf zu achten, dass alle Familienmitglieder in etwaige Vergleichsverhandlungen einbezogen werden.
- Bei einer Publikums-KG können Gesellschafter als Verletzte einen Klageerzwingungsantrag gemäß § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO stellen.
- Vergreift sich der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer Einpersonen-GmbH & Co. KG am Gesellschaftsvermögen, liegt in Bezug auf seine Kommanditisteneinlage eine straflose Selbstschädigung vor, dagegen in Bezug auf die persönlich haftende GmbH eine tatbestandsmäßige Fremdschädigung.⁴³

⁴³ Vgl. BGH NSTZ 1987, 279.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Johann-Nikolaus Meyer, Rechtsanwalt Philipp Behrendt, beide Bonn

Das Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz – Neue Datenmassen für die Finanzverwaltung?

Der Gesetzgeber hat mit dem am 25. Juni 2017 in Kraft getretenen Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz neue Mitwirkungspflichten für Steuerpflichtige und Dritte im Zusammenhang mit der Beteiligung inländischer Steuerpflichtiger an Drittstaat-Gesellschaften in die Abgabenordnung aufgenommen. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit diesen und anderen wesentlichen Änderungen in kritischer Auseinandersetzung.

I. Einleitung

Im April 2016 veröffentlichte ein Journalistennetzwerk aus 76 Ländern die so genannten „Panama Papers“.¹ Aus diesen ging hervor, dass eine Vielzahl von Personen – auch in Deutschland steuerpflichtige – über eine Anwaltskanzlei Briefkastenfirmen in Staaten errichtet hatten, die keine oder sehr niedrige Steuern auf Einkommen oder Vermögen erheben und gemeinhin als „Steueroasen“ bezeichnet werden.

Es entwickelte sich daraufhin auch in Deutschland eine Diskussion über Steuerumgehung mittels der Gründung und Nutzung solcher Domizilgesellschaften, die tatsächlich keine wirtschaftlichen Aktivitäten entfalten und allein dem Zweck der Verschleierung von Vermögensverhältnissen oder Zahlungsströmen dienen.

Noch Ende 2016 wurde auf Initiative der Bundesregierung der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften

¹ vgl. die Recherche der Süddeutsche Zeitung unter <http://panamapapers.sueddeutsche.de/>.

(Steuerungsbekämpfungsgesetz – StUmgBG) in den Bundestag eingebracht, welches schlussendlich am 25. Juni 2017 in Kraft trat.²

Ziel dieses Gesetzes war es insbesondere durch erhöhte Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen und Dritter, die Möglichkeiten der Finanzbehörden zur Feststellung entsprechender Sachverhalte zu verbessern, mithin die beherrschenden Geschäftsbeziehungen inländischer Steuerpflichtiger zu Gesellschaften und Vermögensmassen mit Sitz außerhalb der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) transparent zu machen. Zudem erhoffte sich der Gesetzgeber, durch das erhöhte Entdeckungsrisiko bereits präventiv auf die Steuerpflichtigen einwirken zu können.

Ob dieses Ziel durch das StUmgBG und insbesondere die damit verbundenen Änderungen der Abgabenordnung (AO) tatsächlich erreicht werden kann, bleibt abzuwarten. Im Rahmen der Anhörung der Fachverbände wurde u.a. kritisiert, dass sich die Neuregelungen auf sämtliche Drittstaat-Gesellschaft beziehen und nicht nur solche, die keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfalten,³ und dass durch die Begrenzung auf Drittstaaten außerhalb der EU und EFTA-Staaten viele als problematisch anzusehende Gesellschaften oder Strukturen insbesondere in Liechtenstein und der Schweiz ausgeklammert werden.

II. Wesentliche Änderungen der Abgabenordnung

Die Abgabenordnung wurde durch Art. 1 des StUmgBG an einigen Stellen geändert.

Im Wesentlichen handelt es sich um neugeschaffene Mitteilungspflichten für Steuerpflichtige und Dritte über Beziehungen des inländischen Steuerpflichtigen zu Drittstaat-Gesellschaften (§ 138 ff. AO) sowie (teilweise geänderter) Datenerfassungs- und Speicherungspflichten (§ 93b, § 147a Abs. 2, § 154 Abs. 2, Abs. 2 Buchst. a AO).

Ferner sind die Ermittlungsmaßnahmen der Finanzverwaltung (nicht der Steuerfahndungsstellen) durch Sammelauskunftersuchen erweitert (§ 93 Abs. 1 Buchst. a AO). Die Anlaufhemmung der Festsetzungsverjährung für Steueransprüche, die im Zusammenhang mit Drittstaat-Gesellschaften stehen (§ 170 Abs. 7 AO) und knüpft grundsätzlich an das Bekanntwerden der Beziehung des Steuerpflichtigen zur Gesellschaft an. Die außerdem vorgenommene Streichung des Bankgeheimnisses nach § 30a AO erfolgte nach Ansicht des Gesetzgebers als logische Konsequenz der schwindenden Bedeutung aufgrund erforderlicher Durchbrechungen.

Zudem wurde die Verwendung einer Drittstaat-Gesellschaft zur Verschleierung steuerlich erheblicher Tatsachen und einer damit verbundenen Steuerverkürzung bzw. Erlangung nicht gerechtfertigter Steuervorteile als besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung in § 370 Abs. 3 S. Nr. 6 AO aufgenommen.

1. Mitteilungspflicht nach §§ 138 ff. AO

a) Mitwirkung des Steuerpflichtigen

Neben der Anpassung der Mitteilungspflicht über den Erwerb von Beteiligungen nach § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO bei einer kumulativen Beteiligungsquote von 10 Prozent ist insbesondere in Nr. 4 eine Mitteilungspflicht für Fälle aufgenommen worden in denen inländische Steuerpflichtige alleine oder zusammen mit nahestehenden Personen (§ 1 Abs. 2 AStG) erstmals unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen, finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten einer Drittstaat-Gesellschaft ausüben können.

Für den Begriff der „Drittstaat-Gesellschaft“ enthält § 138 Abs. 3 AO eine Legaldefinition, wonach jede Personengesellschaft, Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse mit Sitz oder Geschäftsleitung in Staaten oder Territorien, die nicht Mitglieder der EU oder EFTA sind, als eine solche zu qualifizieren ist.

b) Mitteilungspflicht von Kreditinstituten

Mit der neugeschaffenen analogen Pflicht Dritter zur Mitteilung über Beziehungen inländischer Steuerpflichtiger zu Drittstaat-Gesellschaften gem. § 138b AO setzt sich ferner die Ge-

² BGBl. I 2017, 1682.

³ BT-Drucks. 18/11132, 15.

setzungspraxis fort, Dritten die Informationsbeschaffung zu potentiell steuerlich relevanten Sachverhalte zu übertragen und sich nicht auf die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen oder eigene Ermittlungsmaßnahmen zu beschränken.

Nach dessen Absatz 1 haben Verpflichtete im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Nr. 6 des Geldwäschegesetzes (GwG), d.h. nur Unternehmen der Finanzbranche, dem eigenen zuständigen Finanzamt mitzuteilen, ob sie Beziehungen inländischer Steuerpflichtiger (§ 138 Abs. 2 S. 1 AO) zu Drittstaat-Gesellschaften hergestellt oder vermittelt haben.

Allerdings soll dies nur in den genannten Fällen des § 138 Abs. 2 S. 2 AO gelten, d.h. nach Nr. 1 in solchen, in denen – analog zur Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen nach § 138 Abs. 2 Nr. 4 AO – der mitteilungspflichtigen Stelle bekannt ist (positive Kenntnis), dass der Steuerpflichtige auf Grund der hergestellten oder vermittelten Beziehung allein oder zusammen mit nahestehenden Personen erstmals unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden oder bestimmenden Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen, finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten einer Drittstaat-Gesellschaft ausüben kann.

Des Weiteren nach Nr. 2 in den Fällen, in denen der Steuerpflichtige auf Grund der hergestellten oder vermittelten Beziehung, eine unmittelbare Beteiligung von insgesamt mindestens 30 Prozent am Kapital oder am Vermögen der Drittstaat-Gesellschaft erreicht, wobei anderweitige Erwerbe miteinzubeziehen sind.

c) Einschätzung

Der Gesetzgeber hat es versäumt anzugeben, ob der Verpflichtete auch bei § 138 Abs. 1 Nr. 2 AO positive Kenntnis über den Beteiligungs- bzw. Vermögensanteil haben muss. Lediglich für den Fall der Miteinbeziehung anderweitiger Erwerbe bei der Bewertung des Anteils soll es auf die positive Kenntnis oder ein „Bekannt-sein-müssen“ der mitteilungspflichtigen Stelle ankommen. Völlig unklar bleibt dabei, wann eine fahrlässige Unkenntnis anzunehmen ist, d.h. welcher Sorgfaltsmaßstab anzusetzen ist, und ob implizit aus dem letzten Halbsatz die Verpflichtung erwächst, Erkundigungen beim Steuerpflichtigen bzgl. anderweitiger Erwerbe einzuholen. Davon unabhängig ist es aus systematischer Sicht ungewöhnlich, die objektive Verpflichtung von subjektiven Faktoren bzw. einem faktischen Verschuldensmaßstab abhängig zu machen.

Auch enthält der Gesetzeswortlaut – und dies gilt gleichermaßen für § 138 Abs. 2 Nr. 4 AO – einige problematische unbestimmte und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe wie etwa der „mittelbar beherrschende oder bestimmende Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen, finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten“.⁴

Die praktische Relevanz des § 138b AO bleibt daher auch nicht zuletzt wegen des notwendigen Nachweises der positiven Kenntnis der meldepflichtigen Stelle durch die Finanzverwaltung abzuwarten. Diese könnte sich allerdings dann ergeben, wenn auf Grund der Verweisung in § 138b Abs. 4 AO auf den ebenfalls in diesem Jahr neugeschaffenen⁵ § 72a AO eine Haftung der meldepflichtigen Stelle für die entgangene Steuer oder eine Sanktion nach § 379 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d AO besteht.

2. Datenerfassung- und Speicherverpflichtungen

An verschiedenen Stellen der Abgabenordnung hat der Gesetzgeber Anpassungen in Hinblick auf das Erfassen und Vorhalten von Informationen zum (automatischen) Abruf vorgenommen.

a) Erweiterung des automatischen Kontenabrufs

So sollen gem. § 93b Abs. 1 Buchst. a S. 1 AO Kreditinstitute für die automatischen Kontenabrufersuchen der Finanzbehörden nach § 93 Abs. 7 AO für jeden Verfügungsberechtigten und jeden wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 GwG zusätzlich zu den in § 24c Abs. 1 KWG bezeichneten Daten auch die Adressen und die in § 154 Abs. 2 Buchst. a AO genannten Daten, d.h. die Identifikationsnummer nach § 139b bzw. § 139c AO, speichern.

Da die Kreditinstitute bereits als Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten gem. § 11 Abs. 1 GwG nötigenfalls den wirtschaftlich Berechtigten identi-

⁴ So auch Schmidt/Ruckes, IStR 473, 478.

⁵ Gesetz vom 18.07.2016 mit Wirkung vom 01.01.2017, BGBl. I, 1679.

fizieren müssen, sollte kein zusätzlicher Mehraufwand entstehen, wenn auch die Frage der Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 GwG auf Grund der schwierigen Bestimmung in der Praxis Probleme bereiten dürfte.

Zu beachten ist allerdings, dass die zu speichernden Daten nicht deckungsgleich sind. So statuiert das GwG gemäß dem sog. risikobasierten Ansatz, dass die Adressen bei einem wirtschaftlich Berechtigten nicht in jedem Fall gespeichert werden müssen (§ 11 Abs. 5 S. 2 GwG), anders als § 93b Abs. 1 Buchst. a AO.

b) Änderungen bei der Legitimationsprüfung

Personen und Unternehmen die für andere ein Konto führen, ein Schließfach überlassen, Wertsachen verwahren oder Wertsachen als Pfand entgegennehmen sind nach § 154 AO zur Legitimationsprüfung verpflichtet. Demnach muss der Kontoinhaber und die Verfügungsberechtigten in solchen Fällen identifiziert werden. Hier gilt das Gebot der Kontenwahrheit, § 154 Abs. 1 AO.

Im Sinne eines Gleichlaufes mit dem Geldwäschegesetz soll nunmehr auch der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne von § 3 GwG identifiziert und die Geschäftsbeziehung gem. § 154 Abs. 4 AO kontinuierlich überwacht werden.⁶ Weiter sollen auch die steuerlichen Identifikationsmerkmale vom Verpflichteten erfasst werden, siehe § 154 Abs. 2 und Abs. 2 Buchst. a AO. *Von Schweinitz* und *Schneider-Deters* weisen zu recht daraufhin, dass damit faktisch eine Verpflichtung entstehen kann, die Gesellschafterlisten einzuholen und zu prüfen.⁷

3. Ermittlungsmaßnahmen

Durch den neuen Abs. 1 Buchst. a in § 93 AO kann die Finanzverwaltung nunmehr andere Personen um Auskünften über einen Personenkreis bitten, der der Anzahl und der Identität nach unbekannt sind aber dem ein bestimmbarer Sachverhalt zugrunde liegt, sog. Sammelauskunftsverfahren. Ermittlungen „ins Blaue hinein“ sollen auch in der Zukunft damit vermieden werden, dass zumindest ein hinreichender Anlass gefordert wird. Dieses war nach der bisherigen Rechtsprechung bereits möglich⁸ und wurde nun normiert.

El Mourabit weist darauf hin, dass damit eine erweiterte Zuständigkeit einhergeht. Die bisher zugelassenen Sammelauskunftsersuchen waren unter § 208 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AO legitimiert und fielen damit in den ausschließlichen Bereich der Steuerfahndung. Der § 93 Abs. 1 Buchst. a AO ermöglicht solche Maßnahmen für die gesamte Finanzverwaltung.⁹

4. Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung bei Verwendung von Drittstaat-Gesellschaften

Die strafrechtliche Relevanz der Verwendung von Briefkastenfirmen hat der Gesetzgeber in § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 AO verankert.

Danach liegt nunmehr in dem Umstand, dass der Täter eine Drittstaat-Gesellschaft im Sinne des § 138 Abs. 3 AO, auf die er oder zusammen mit nahestehenden Personen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden oder bestimmenden Einfluss ausüben kann, zur Verschleierung steuerlich erheblicher Tatsachen nutzt und auf diese Weise fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, eine Indizwirkung für die Annahme eines besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung.

Konnte bis dato die Verwendung einer Briefkastenfirmen allenfalls bei der Gesamtwürdigung im Rahmen der Prüfung eines unbenanntes Regelbeispiel gem. § 370 Abs. 3 S. 1 AO Bedeutung gewinnen, ist diese Wirkung nun explizit festgeschrieben. Die Aufnahme der Verschleierungshandlung als benanntes Regelbeispiel hatte insbesondere zum Ziel, die Verfolgungsverjährung auf zehn Jahre zu verlängern (§ 376 Abs. 1 AO), da eine solche nach dem eindeutigen Wortlaut nur für die benannten Regelbeispiele vorgesehen ist,¹⁰ was wiederum einen Reflex auf die steuerliche Ablaufhemmung haben kann (§ 171 Abs. 7 AO).

⁶ Weitere Anpassung sind in Abs. 2 Buchst. a-d vorgenommen, zur Erläuterung siehe BT-Drucks. 18/12127, S. 53 f.; zur Umsetzung Anwendungserlass vom 11. Dezember 2017, Gz: IV A 3 – S 0325/17/10001, DOK: 2017/1030825.

⁷ *Von Schweinitz/Schneider-Deters*, IStR 2017, 344, 347.

⁸ Siehe etwa BFH, Urteil vom 12. Mai 2016, Az. II R 17/14, BStBl. II 2016, 822.

⁹ *El Mourabit*, BB 2017, 91, 94, damals noch zum Regierungsentwurf.

¹⁰ vgl. *Jäger* in Klein, Abgabenordnung, 13. Aufl. 2016, § 376 Rn. 12 m.w.N.

Es ist vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG fraglich, ob allein der Umstand, dass eine Gesellschaft außerhalb der EU bzw. EFTA domiziliert ist und diese für die Steuerhinterziehung benutzt wurde, ausreichend ist, um ein erhöhtes kriminelles Unrecht zu begründen.¹¹ Denn nach dem eindeutigen Wortlaut und der Begründung des Gesetzgebers ist die Definition der Drittstaat-Gesellschaft nicht auf solche begrenzt, die keine wirtschaftliche Aktivität ausüben (echte Briefkastenfirma), sondern auf sämtliche Gesellschaften außerhalb der genannten Staaten und Territorien.

Auch stellt sich die Frage nach dem Bedürfnis für diese Verschärfung. Regelmäßig wird zugleich das Regelbeispiel aus § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO, die Steuerverkürzung im großen Ausmaß, in den in Frage kommenden Fallkonstellationen einschlägig sein, da der wirtschaftliche Aufwand für die Einrichtung und Unterhaltung einer Drittstaat-Gesellschaft bei Verkürzungsbeträgen unter EUR 50.000 zu hoch sein wird.

5. Festsetzungsverjährung

Um die verlängerte Festsetzung des Steueranspruchs nicht allein vom Nachweis strafrechtlicher Verantwortlichkeit abhängig zu machen, hat der Gesetzgeber außerdem in § 170 Abs. 7 AO für Steuern auf Einkünfte oder Erträge, die analog zu den Mitwirkungs- und Mitteilungspflichten nach § 138 AO in Zusammenhang mit beherrschten Drittstaat-Gesellschaften stehen, die Anlaufhemmung auf den Ablauf des Kalenderjahres bestimmt, in dem die Beziehung bekannt geworden ist, spätestens jedoch zehn Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Steuer entstanden ist.

Die zehnjährige Anlaufhemmung entspricht damit bereits der bestehenden Regelung des § 170 Abs. 6 AO für Kapitalerträge, die aus Drittstaaten ohne bestehenden automatischen Informationsaustausch stammen.

Im Falle einer Steuerhinterziehung (zehn Jahre Festsetzungsverjährung gem. § 169 Abs. 2 S. 2 AO) kann daher auch in diesen Fällen die Festsetzung im Extremfall noch nach zwanzig Jahren erfolgen.¹²

6. Abschaffung des Bankgeheimnisses

Die Abschaffung des Bankgeheimnisses durch ersatzloses Streichen des § 30a AO dürfte angesichts der Bedeutung dieser Norm zuletzt sowie der sonstigen Änderungen im StUmg-BekG eher mit Schulterzucken zur Kenntnis genommen worden sein. Dennoch birgt sie ein gewisses Konfliktpotenzial für die Zukunft.

Seit der Einführung der Abgeltungsteuer im Jahre 2009 hat das Bankgeheimnis erheblich an Bedeutung verloren (nicht jedoch vollständig, siehe § 32d Abs. 2 EStG). Bis dato galt sie als Hemmnis um unerklärte Kapitaleinkünfte zu ermitteln.¹³

Der Zweck des Bankgeheimnisses war auf die Schaffung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde gerichtet, da es ansonsten kein über den § 30a AO a.F. hinausgehendes, abgaberechtliches Berufsgeheimnisrecht für Bankmitarbeiter gibt, wie es etwa der § 102 AO für andere Berufsgruppen einräumt.¹⁴ Die Finanzbehörde war verpflichtet, „bei der Ermittlung des Sachverhalts besondere Rücksicht auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und deren Kunden zu nehmen“ und „erschwert (...) die Nutzung der bei den Kreditinstituten vorhandenen Informationen über ausländische Gesellschaften für steuerliche Zwecke“.¹⁵

Die Notwendigkeit dieser Abschaffung sieht der Gesetzgeber in einer Veränderung der aktuellen rechtspolitischen Lage¹⁶ und in der Ermöglichung von Auskunftersuchen nach § 93 AO auch an inländische Kreditinstitute ohne das „Vollzugshemmnis“ des Bankgeheimnisses.¹⁷

¹¹ So auch *El Mourabit*, BB 2017, 91, 98, der darauf hinweist, dass auch EU Staaten wie Irland, Malta und Zypern beliebte Steueroasen sein können. Auch sei seiner Ansicht nach die Hemmschwelle nicht besonders hoch, da eine solche Gesellschaft über das Internet innerhalb von 15-30 Minuten zu gründen sei.

¹² Zum jeweiligen Anwendungsbeginn siehe Art. 97 § 10 Abs. 15 und Art. 97 § 14 Abs. 5 EGAO.

¹³ Vgl. *Rüsken* in: Klein, AO, 13. Aufl. 2016, § 30a Rn. 1.

¹⁴ *Rüsken* in: Klein, AO, 13. Aufl. 2016, § 30a Rn. 1, 4.

¹⁵ BT-Drucks. 18/11132, S. 23.

¹⁶ BT-Drucks. 18/11132, S. 23 und verweist dabei auf das „Tipke-Urteil“ vom 9. März 2004, 2 BvL 17/02, BStBl. II 2005 S. 56.

¹⁷ BT-Drucks. 18/11132, S. 23.

Die tatsächliche Wirkung als echtes Vollzugshemmnis darf aber durchaus bezweifelt werden. § 30a AO räumt keine echtes Auskunftsverweigerungsrecht ein, wie es etwa die Normen §§ 101 bis 103 AO einräumen. Ein Auskunftersuchen war bei hinreichendem Anlass auch nach der bisherigen Gesetzesfassung möglich und nach § 30a Abs. 2 AO auch ausdrücklich vorgesehen. Der § 30a AO wurde daher teilweise als rein deklaratorische Norm angesehen.¹⁸ Jedenfalls hatte sie eine ermahrende Funktion an die Finanzverwaltung.

Nach einer ersten Gesetzgebung sei damit „*der Außenprüfung ein wesentlicher Teil der zur unmittelbaren Aufdeckung von Spekulationsgewinnen geeigneter Konten verschlossen*“¹⁹ geblieben. Seit der Einführung einer pauschalen Besteuerung von Spekulationsgewinnen an der Quelle, § 32d EStG, besteht diese Gefahr nicht mehr. Jedoch bestehen seitdem un-aufhörlich politische Stimmen, diese wieder abzuschaffen und Kapitalerträge wieder der regulären Veranlagung zu unterwerfen.²⁰ Sollte ein solcher Antrag erfolgreich sein, wird die nun erfolgte Abschaffung der bloß deklaratorisch gewordenen Norm zu einer ernsthaften Erweiterung der Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörden bei Kapitalerträgen führen.

Eine anlasslose Ermittlung dürfte dann zwar – wie bislang auch – gegen das Grundrecht der informellen Selbstbestimmung verstoßen,²¹ der Weg des Rechtsschutzes wird aber nunmehr schwieriger für den Steuerpflichtigen, da dieser sich nicht mehr auf eine normierte Einschränkung aus § 30a AO berufen kann.

Folgeschwer dürfte aber dann der Wegfall des § 30a Abs. 3 AO sein, der es bislang untersagte Guthabekonten und Depots von Kunden bei der Außenprüfung von Kreditinstituten festzustellen oder abzuschreiben.²² Eine solche Einschränkung ist nunmehr de facto weggefallen und führt zu erweiterten Ermittlungsansätzen, sollte die Abgeltungsteuer wieder abgeschafft werden.

III. Änderungen weiterer Gesetze

Zusammen mit Änderungen der Abgabenordnung wurden auch Teile des Kreditwesengesetzes (KWG), des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes, des Einkommenssteuergesetzes, Bundeskindergeldgesetzes, des Investmentsteuerreformgesetzes und des Steuerberatungsgesetzes geändert. Manche Teile sind bloße redaktionelle Änderungen (etwa § 4i EStG) oder bloße Korrekturen von Verweisen basierend auf anderen Änderungen des Gesetzes.

Änderungen im materiellen Steuerrecht sind in den einzelnen Gesetzen nur vereinzelt zu finden.

Im ErbStG wird die auf Antrag mögliche unbeschränkte Steuerpflicht nach § 2 Abs. 3 ErbStG gestrichen²³ und die Konsequenz stattdessen in den Freibetrag nach § 16 Abs. 2 ErbStG bzw. § 17 Abs. 3 ErbStG verlagert.²⁴ Zudem wird nunmehr durch den neuen § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG die Besteuerung von Abfindungszahlungen sichergestellt, die jemand erhält, weil er auf das Bestreiten der Erbenstellung eines anderen verzichtet, sog. weichender Erbprätendent.²⁵

Eine andere Änderung betrifft das Kindergeld ab dem 1. Januar 2018, welches durch die Einführung des § 66 Abs. 3 EStG, §§ 6 Abs. 3, 20 Abs. 10 BKGG nur noch rückwirkend für die letzten sechs Monate statt der bisherigen vier Jahre ausgezahlt werden kann.²⁶

Das Einkommensteuergesetz wird dahingehend geändert, dass die bisherige Übergangsregelung der Einordnung von Ehegatten bei denen nur ein Ehegatte berufstätig ist in die

¹⁸ U.a. *Intemann* in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 30a, Rn. 16.

¹⁹ BR-Drucks. 816/16, S. 21.

²⁰ Zuletzt Antrag der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen vom 23. September 2015, BT-Drucks. 18/6064.

²¹ So auch *El Mourabit*, BB 2017, 91, 93.

²² So auch *El Mourabit*, BB 2017, 91, 93.

²³ Eingeführt 2011 (BT-Drs. 17/6263, 64) als Reaktion auf das EuGH Urteil vom 22. April 2010, Rs. C-510/08 „Mattern“, DStR 2010, 861 und sollte die Steuerumgehung durch Aufspaltung von Schenkungen in verschiedenen Jurisdiktionen verhindern; und wurde nunmehr als europarechtswidrig wegen Verstoß gegen Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63, 65 AEUV eingestuft, EuGH Urteil vom 8. Juni 2016, Rs. C-479/14, „Hünnebeck“, NJW 2016, 2638; näheres *Fischer/Richter* in: Viskorf/Schuck/Wälzholz, Online Kommentar zum Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Bewertungsgesetz, Stand Sept. 2017, § 2 ErbStG, Rn. 35. In Konsequenz wird nunmehr der abziehbare Teilbetrag in § 16 Abs. 2 ErbStG geändert.

²⁴ Zur Anwendbarkeit nunmehr § 37 Abs. 13, Abs. 14 ErbStG.

²⁵ Die Besteuerungslücke ist entstanden, weil der BGH sowohl die Steuerbarkeit dieser Abfindung abgelehnt hat, BFH Urteil vom 4. Mai 2011, Az. II R 24/09, und dennoch die Abziehbarkeit als Nachlassverbindlichkeit zugelassen hat, BFH Urteil vom 15. Juni 2016, Az. II R 24/15.

²⁶ Näheres Bundeszentralamt für Steuern vom 25. Oktober 2017, Gz. St II 2 – S 2474-PB/17/00001.

Steuerklassen IV/IV statt III/- oder III/V als dauerhafte Lösung übernommen.²⁷ Zudem wird durch eine Änderung des § 39b Abs. 2 EStG die bisherige Verwaltungsregelung hinsichtlich des Lohnsteuerausgleiches bei kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen übernommen, die nunmehr auch dauerhaft einen sog. permanenten Lohnsteuerausgleich durchführen dürfen.²⁸

Zudem wird ein Startzeitpunkt für die Ausweitung des Faktorverfahrens auf zwei Jahre benannt.²⁹ Durch § 37a EStG wird dieses nunmehr mit dem Veranlagungszeitraum 2019 eingeführt.

Mit einer Klarstellung in § 33 InvStG möchte der Gesetzgeber zudem der zuletzt in der Literatur aufkommenden Diskussion entgegenwirken, dass „die Steuerpflicht eines Spezial-Investmentfonds auch dann entfällt, wenn er die inländischen Immobilienerträge an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet.“³⁰ Neu werden zudem die § 56 Abs. 7 bis Abs. 9 InvStG eingeführt, die den abrupten Übergang der Besteuerungsregime von 2017 zu 2018 regeln.³¹ Zum 1. Januar 2018 tritt das Investmentsteuerreformgesetz in Kraft,³² nach dem die Besteuerung bei Publikumsfonds auf eine intransparente Besteuerung auf Fondenebene übergegangen wird, während es bei Spezialfonds bei der semi-transparenten Besteuerung verbleibt.

IV. Zusammenfassung

Die ursprüngliche, sicherlich honorable Zielsetzung des Steuerumgehungsbekämpfungsgesetzes, den Kampf gegen die Verwendung von Offshore-Briefkastenfirmen zu führen, wird durch die Neuregelungen übererfüllt, da sämtliche Beziehungen zu Drittstaat-Gesellschaften unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Aktivität bei bestimmten Beherrschungs- oder Bestimmungsverhältnissen von den Mitteilungspflichten erfasst sind und damit nicht nur legale sondern auch legitime Strukturen, die keine erhöhte Bedeutung für die Finanzverwaltung haben, umfasst sind.

Die doppelte Erfüllung der Mitwirkungs- bzw. Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit Drittstaat-Gesellschaften (der Steuerpflichtige einerseits, die meldepflichtigen Stellen andererseits) und eine in der Praxis aus Vorsichtsgründen (insb. wegen des Haftungsrisikos nach § 72a AO) zu erwartende weite Auslegung der Voraussetzungen insbesondere des „mittelbaren Einfluss auf die geschäftliche Angelegenheit“, dürfte die Finanzverwaltung vor einer weiteren Datenflut stehen, die es neben den zu erwartenden Informationen aus dem anlaufenden Automatischen Informationsaustausch zusätzlich zu bearbeiten gilt.

Letztlich wird abzuwarten sein, wie die Praxis und Rechtsprechung mit den neuen Pflichten umgehen und die Finanzverwaltung auf die Datenmassen reagieren wird. Jedoch ist nicht zu erwarten, dass die Kreativität des Gesetzgebers, was die Regelung der Mitwirkung von Steuerpflichtigen und Dritten bei der Informationsbeschaffung steuerlich relevanter Informationen anbelangt, erschöpft ist, was u.a. die alle Jahre wiederkehrenden Initiativen zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen zeigt – zuletzt wieder vom Bundesrat in der Beratung zum StUmgBG.³³

²⁷ Aufgrund einer fehlenden programmtechnischen Umsetzung war bislang die Einordnung bei Ehegatten von denen nur ein Ehegatte berufstätig ist in die vorgesehenen Steuerklassen III/- nicht möglich, weswegen Übergangsweise die Einordnung als IV/IV im ELStAM Verfahren seit 2012 vorgesehen wurde. Die Einordnung in III/V ist nunmehr auf Antrag möglich, siehe § 38b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 a) und Nr. 4 sowie § 39 Abs. 6 EStG.

²⁸ Dieser war eigentlich auf durchgängige Dienstverhältnisse beschränkt und durch eine Übergangsregelung für die Jahre 2014 bis 2017 für kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse zugelassen, siehe etwa BT-Drs. 18/12127 S. 60.

²⁹ Eingeführt mit dem Bürokratienteilungsgesetz vom 28. Juli 2015, BGBl. I S. 1400; aber aufgrund der fehlenden programmtechnischen Umsetzung konnte bislang kein Startzeitpunkt genannt werden.

³⁰ BT-Drs. 18/12127, S. 63 auch zur Argumentation in der Literatur und S. 64 ff. zu den Einzelregelungen in den Absätzen des § 33 InvStG mit Beispielen.

³¹ BT-Drs. 18/12127, S. 67 ff. zu den Einzelregelungen in den Absätzen 7 bis 9 des § 56 InvStG mit Beispielen.

³² InvStRefG vom 19. Juli 2016, BGBl. 106 I, 1730.

³³ Vgl. den Hinweis in BT-Drs. 18/11132, 43.

KartellrechtRechtsanwalt und Avocat à la Cour Dr. Ralf Willer, Berlin¹

Ermittlungen der Europäischen Kommission in Wettbewerbsachen

Ermittlungen von Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission (die „Kommission“) sind für den Schutz der Marktordnung vor Kartellbildung und dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen unerlässlich. Das vergangene Jahr 2017 hat verdeutlicht, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden nicht abnimmt – die Beamten zeigten nicht nur an der deutschen Automobilbranche, sondern ebenso an der Stahlindustrie und dem Bankensektor erhebliches Interesse.

Ermittlungen der Kommission – wie auch anderer Wettbewerbsbehörden – bringen für die betroffenen Unternehmen in der Regel erhebliche Herausforderungen mit sich: Sie binden Ressourcen und können den Geschäftsbetrieb zeitweise ganz oder zum Teil zum Erliegen bringen. Das gilt vor allem im Fall von Nachprüfungen. Die Kommunikationsabteilungen betroffener Unternehmen mögen dem Terminus gelegentlich eine gewisse Harmlosigkeit beizulegen versuchen, doch es handelt sich bei einer Nachprüfung um das europarechtliche Äquivalent der Durchsuchung. Sie schränkt den Zugriff auf Aktenbestände und auf Teile des IT-Systems des Unternehmens erheblich ein. Da das Unternehmen zu Beginn der Ermittlungshandlungen oft weder den Sachverhalt noch die Reichweite der Vorwürfe vollständig überblickt, sorgen Ermittlungshandlungen nicht selten auch für erhebliche Verunsicherung bei den Mitarbeitern.

Für die Belastungen einer Nachprüfung sollte sich ein Unternehmen unabhängig von konkret bestehenden Verdachtsmomenten wappnen.² Denn Nachprüfungen haben es typischerweise an sich, unangekündigt stattzufinden; nur so kann die Kommission die größtmögliche Wirksamkeit erzielen und die vorbeugende Vernichtung von Unterlagen verhindern.

I. Gegenstand und Rechtsgrundlagen der Ermittlungen (Überblick)

Die Markt- und Wettbewerbsordnung für den Binnenmarkt der Europäischen Union sieht in den Artikeln 101 und 102 AEUV zwei Verbotstatbestände vor, die den unbeeinträchtigten Handel zwischen den Mitgliedstaaten schützen sollen: Das Kartellverbot untersagt wettbewerbsbeschränkendes Verhalten jeder Art, sei es durch Vereinbarungen und sonst abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen oder durch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (Artikel 101 Abs. 1 AEUV); das Kartellverbot erfasst sowohl horizontale Absprachen zwischen Wettbewerbern (Kartelle im engeren Sinne) als auch bestimmte vertikale Absprachen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, z.B. Preisbindung der zweiten Hand, und den Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Informationen. Das Marktmissbrauchsverbot verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 102 AEUV). Die Tatbestände greifen jeweils ein, wenn das Verhalten geeignet ist, sich auf den Binnenmarkt auszuwirken.³

Über die Einhaltung des Kartell- und Marktmissbrauchsverbots wacht die Kommission.⁴ Sie soll Zuwiderhandlungen aufklären, abstellen und sanktionieren (Artikel 105 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV). Ihre Befugnisse sind zwar nicht strafrechtlicher Natur⁵. Doch kann sie im Rahmen des Verwaltungsverfahrens Bußgelder in empfindlicher Höhe gegen Unternehmen

¹ Der Autor ist als Counsel bei Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB tätig.

² Einen Überblick mit zahlreichen Hinweisen zur Vorbereitung auf Durchsuchungssituationen durch verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden bietet die von den sog. Best Friends-Kanzleien – Bonelli Erede, Bredin Prat, De Brauw Blackstone Westbroek, Hengeler Mueller, Slaughter and May, Uría Menéndez – betriebene Webseite www.europeandawnraids.com.

³ St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Urteil vom 31. Mai 1979, Rs. 22/78 – Hugin, ECLI:EU:C:1979:138 Tz. 17. Für rein innerstaatliche Sachverhalte gilt das mitgliedstaatliche Wettbewerbsrecht.

⁴ Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind subsidiär für die Aufklärung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 f. AEUV zuständig, vgl. Art. 5 VO 1/2003.

⁵ Vgl. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003. Dazu: Lettl, Kartellrecht 4. Auflage, § 4 Rz. 1; Willer, (2014) 10 CLI, 179 (184).

und Unternehmensverbände⁶ verhängen – nicht allerdings gegen natürliche Personen. Die Aufgaben der Kommission werden durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln⁷ („VO 1/2003“, auch: Kartellverfahrensverordnung)⁸ und die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission („Durchführungsverordnung“)⁹ konkretisiert. In ihrer Bekanntmachung über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV vom 20. Oktober 2011 hat die Kommission zudem praktische Hinweise zu ihrem Vorgehen zusammengefasst.¹⁰

II. Besonderheiten der Kommissionsermittlungen

Wettbewerbsrechtliche Ermittlungen der Kommission dienen der Aufklärung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartell- oder Marktmissbrauchsverbot der Artikel 101 f. AEUV, deren Abstellung sie mit einer Entscheidung nach den Art. 7 ff. VO 1/2003 verlangen kann. Das anwendbare Verfahren weist eine Reihe von Besonderheiten im Vergleich gerade zum Verfahren deutscher Ermittlungsbehörden auf.

1. Einfache Ersuchen vs. Mitwirkungspflichten auslösende Entscheidungen

Der Kommission stehen mit dem einfachen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003), dem einfachen Nachprüfungsauftrag (Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003) und der (stets freiwilligen) selbstständigen Befragung (Art. 19 VO 1/2003) unverbindliche Ermittlungsmaßnahmen offen. Dabei ist sie auf eine freiwillige Mitwirkung der Adressaten angewiesen. Für die Adressaten kann sich die freiwillige Unterstützung anbieten, etwa aufgrund der Erwartung, dass sich die Geldbuße wegen einer Zuwiderhandlung ermäßigt.¹¹

Zum anderen kann die Kommission Auskunftsverlangen und Nachprüfungen durch eine formelle Kommissionsentscheidung¹² verbindlich ausgestalten (vgl. Art. 18 Abs. 3 bzw. Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003). Nichts hindert die Kommission, einer unverbindlichen eine verbindliche Maßnahme nachzuschieben. Den Adressaten einer formellen Entscheidung trifft die Pflicht, aktiv an der Ermittlungsmaßnahme mitzuwirken.¹³ Die Mitwirkungspflicht gilt ab Zugang der Entscheidung.¹⁴ Der Adressat der Entscheidung muss mehr tun, als die Nachprüfung bloß zu dulden. Insbesondere hat er den Anordnungen der Kommission Folge zu leisten und Auskünfte sowie Unterlagen beizubringen. Er ist allerdings nicht gehalten, Informationen erst noch zu beschaffen oder Dokumente wiederherzustellen.¹⁵ Auch eine vorwirkende wettbewerbsrechtliche Pflicht, bestimmte Dokumente aufzubewahren oder zu sichern, besteht nicht.¹⁶

Verstößt ein Adressat gegen seine Mitwirkungspflichten, kann die Kommission für jeden Tag der Mitwirkungsverweigerung Zwangsgelder in Höhe von bis zu fünf Prozent des im letzten Jahr durchschnittlich erzielten Tagesumsatzes (Art. 24 Abs. 1 lit. d) und e) VO 1/2003) oder ein Bußgeld verhängen, das bis zu einem Prozent des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Umsatzes der gesamten Unternehmensgruppe betragen kann (Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003). Schließlich kann die Kommission Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht in ihrer

⁶ Im Folgenden wird auf den Verweis auf Unternehmensverbände verzichtet; die Ausführungen gelten für Unternehmensverbände entsprechend.

⁷ ABl. L1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff. An die Stelle der Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages sind mit Wirkung zum 1. Dezember 2009 die Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) getreten. Sie übernehmen im Wesentlichen den Text ihrer Vorgängervorschriften.

⁸ Rechtsgrundlage für den Erlass der VO 1/2003 ist Artikel 103 AEUV.

⁹ ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 18 ff.

¹⁰ ABl. C 308 vom 20. Oktober 2011, S. 6 ff.

¹¹ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff.

¹² Für den Erlass der Entscheidung ist die Kommission als Kollegialorgan zuständig, in der Praxis ermächtigen die Kommissare allerdings die Wettbewerbskommissarin zum Entscheidungserlass, vgl. de Bronnert, Europäisches Kartellverfahrensrecht 2. Auflage, Allg. Vorbem. Rz. 26 u. Art. 20 Rz. 46.

¹³ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 13. September 2006 – COMP/F/38.456 – Bitumen (Niederlande), ABl. L196 vom 28. Juli 2006, S. 40 Tz. 19; EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-357/06 – Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., ECLI:EU:T:2012:488 Tz. 220 ff.

¹⁴ De Bronnert, Europäisches Kartellverfahrensrecht 2. Auflage, Art. 20 Rz. 18.

¹⁵ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 51.

¹⁶ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 19. Januar 2006, C-308/04 P – SGL Carbon AG, ECLI:EU:C:2006:54 Tz. 83.

finalen Entscheidung bußgelderhöhend berücksichtigen, wenn sie im Ergebnis einen Kartellverstoß feststellt.¹⁷

2. Selbstbelastung und Anwaltsprivileg

Der Mitwirkungspflicht des Entscheidungsadressaten steht die Gefahr einer möglichen Selbstbelastung nicht entgegen. Zwar muss das Unternehmen kein Geständnis abgeben und auch keine Unterlagen vorlegen, die einem Geständnis gleichkommen.¹⁸ Doch erkennt das Unionsrecht kein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht an, sodass auch belastende Unterlagen vorzulegen sind.¹⁹

Korrespondenz, die dem Anwaltsprivileg (*legal professional privilege*) unterfällt, muss das Unternehmen der Kommission nicht vorlegen. Das Anwaltsprivileg greift für die Korrespondenz des Unternehmens mit externen, in der Europäischen Union zugelassenen Rechtsanwälten ein, die einen spezifischen Bezug zur Verteidigung des Unternehmens im Zusammenhang mit den konkreten Ermittlungen der Kommission aufweist.²⁰ Unerheblich ist, ob die rechtliche Beratung vor oder nach Eröffnung des Verfahrens durch die Kommission erfolgte.²¹ Grundsätzlich nicht dem Schutz des Anwaltsprivilegs unterfallen Unterlagen des Syndikusanwalts oder sonstige intern erstellte Unterlagen²², es sei denn sie dienen der Vorbereitung der Beratung durch einen externen Rechtsanwalt in der Ermittlungssache oder fassen den Rechtsrat eines externen Rechtsanwalts zusammen.²³ Macht ein Unternehmen das Anwaltsprivileg geltend und begründet dies, so folgt daraus ein Verbot an die Kommission, den Inhalt ohne weiteres zur Kenntnis zu nehmen; d.h. die Kommission darf selbst nicht prüfen, ob das Anwaltsprivileg greift.²⁴

3. Rechtsschutz

Die Rechtmäßigkeitsprüfung verbindlicher Kommissionsentscheidungen obliegt der Unionsgerichtsbarkeit (vgl. Art. 20 Abs. 8 Satz 4 und ferner ErwG. 27 VO 1/2003). Betroffene können Rechtsschutz vor dem Gericht suchen, indem sie eine Nichtigkeitsklage nach Artikel 263 Abs. 4 AEUV erheben. Eine aufschiebende Wirkung ist mit ihr jedoch nicht verbunden. Dazu kommt eine Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach Artikel 278 Satz 2 AEUV in Betracht, wenn die Sache dringlich ist und hinreichende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen (vgl. Art. 104 § 2 EuG-Verfahrensordnung).

Unverbindliche Ermittlungsverlangen sind nicht selbstständig justitiabel. Gleiches gilt für einzelne Maßnahmen im Zusammenhang mit einer verbindlichen Nachprüfung. Ein Unternehmen kann Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich erst zusammen mit der finalen Entscheidung der Kommission in der Sache überprüfen lassen.²⁵ Da die Kommission ihrer finalen Entscheidung ausschließlich rechtmäßig erlangte Beweismittel zugrunde legen darf, ergibt sich bei begründeter Klage ggfs. ein Beweisverwertungsverbot für durch unrechtmäßige Maßnahmen erworbene Beweismittel.²⁶ Hat sich das Unternehmen einer Ermittlungsmaßnahme verweigert und erlässt die Kommission daraufhin eine Buß- oder Zwangsgeldentscheidung nach Art. 23 f. VO 1/2003, ist diese selbstständig angreifbar.²⁷ Unmittelbarer Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen ist auch dann eröffnet, wenn ein Verstoß der Kommission gegen das Anwaltsprivileg im Raum steht.²⁸

¹⁷ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff., Tz. 28.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, Rs. 374/87 – Orkem S.A., ECLI:EU:C:1989:387 Tz. 35; EuG, Urteil vom 20. Februar 2001, T-112/98 – Mannesmannröhren-Werke AG, ECLI:EU:T:2001:61 Tz. 67.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, Rs. 374/87 – Orkem S.A., ECLI:EU:C:1989:387 Tz. 34.

²⁰ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 23 u. 27.

²¹ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 21 u. 25.

²² EuGH, Urteil vom 14. September 2010, C-550/07 P – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 44 ff.

²³ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T 125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 122 ff.

²⁴ Seitz, EuZW 2008, 204 (206 f.).

²⁵ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysmian SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 108; EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 132.

²⁶ Seitz, EuZW 2008, 204 (206).

²⁷ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysmian SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 103; EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 126. Dazu: Kovács, [2014] 35 E.C.L.R. 110, 112 f.

²⁸ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 129.

4. Geschäftsgeheimnisse und Vertraulichkeitsschutz

Ein gesonderter Schutz für Geschäftsgeheimnisse vor einer Einsichtnahme durch die Kommission besteht nicht. Allerdings darf die Kommission die erlangten Informationen nur zu dem Zweck verwenden, zu dem sie eingeholt wurden, d.h. für ihre Ermittlungen wegen des Verdachts von Zuwiderhandlungen gegen Wettbewerbsrecht; es ist ihr verwehrt, vertrauliche Informationen an Dritte weiterzugeben (Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003).²⁹ Um sie vor der Akteneinsicht Dritter zu schützen, sollten Geschäftsgeheimnisse stets eindeutig als solche gekennzeichnet bzw. bezeichnet werden. Auf Verlangen der Kommission ist für jedes Dokument eine Begründung des vertraulichen Charakters beizubringen (Art. 16 Abs. 3 Durchführungsverordnung). Sie kann nicht-vertrauliche Fassungen der vertraulichen Dokumente verlangen (Art. 16 Abs. 2 Durchführungsverordnung).

III. Nachprüfungen der Kommission vor Ort

Nachprüfungen führt die Kommission bei Unternehmen durch, um Beweismittel für Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 f. AEUV zu gewinnen. Sie finden in der Regel bei Unternehmen statt, gegen die die Kommission den Verdacht eines wettbewerbswidrigen Verhaltens hegt. Die Kommission kann sie in den Grenzen eines strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabes³⁰ auch bei unverdächtigen Unternehmen durchführen, bei denen sie sich Beweismittel vorzufinden verspricht.³¹ Die Kommission stützt die Nachprüfung in der Regel auf eine formelle Nachprüfungsentscheidung (Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003)³², nicht auf einen bloßen Nachprüfungsauftrag (Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003), um Mitwirkungspflichten des Adressaten auszulösen.³³ Einer vorherigen richterlichen Genehmigung bedarf es nicht.³⁴ Das EuG hat in jüngerer Zeit angedeutet, dass die Kommission gegen das Unternehmen bei einem Widerspruch gegen die Nachprüfung nicht ohne weiteres ein Bußgeld verhängen darf, sondern erst bei offensichtlicher Behinderung oder Rechtsmissbrauch.³⁵ Das kann allerdings nicht als gesicherte Rechtsprechung gelten, sodass ein Widerspruch stets gründlich abzuwägen sein wird.³⁶

Unmittelbaren Zwang darf die Kommission selbst nicht anwenden. Bei einem Widerspruch gegen die Nachprüfung steht es der Kommission offen, sich an die nationalen Behörden zu wenden, um die Nachprüfung nach Maßgabe des mitgliedstaatlichen Rechts zwangsweise durchsetzen zu lassen (Art. 20 Abs. 6 u. Abs. 7 VO 1/2003). Die nationalen Behörden bindet die Kommission ohnehin regelmäßig in Nachprüfungshandlungen ein.³⁷ In Deutschland etwa kommt es – wenn auch seltener als in der früheren Praxis – vor, dass Beamte des Bundeskartellamts (sowie ggfs. der Polizei) die Kommissionsbeamten begleiten. Das Bundeskartellamt beantragt dann regelmäßig vorsorglich einen Durchsuchungsbeschluss nach § 105 StPO beim Amtsgericht Bonn.³⁸ Die Einbindung der nationalen Behörden ändert freilich nichts daran, dass sich die Befugnisse der beteiligten Beamten nach EU-Recht richten.

Die Nachprüfungsentscheidung benennt den der Nachprüfung zugrunde liegenden Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV – die Kommission darf weder ins Blaue hinein ermitteln noch gar eine *fishing expedition* betreiben³⁹ – und hat den maßgeblichen Sachverhalt möglichst genau zu umschreiben⁴⁰. Der Nachprüfungsgegenstand wie er sich aus der Entscheidung ergibt, bildet die Grenze der Ermittlungsbefugnisse.⁴¹ Die Entscheidung soll dem Adressaten nicht nur den Umfang seiner Mitwirkungspflichten ver-

²⁹ Der Terminus Berufsgeheimnis in Art. 28 Abs. 2 VO 1/2003 wird allgemein als zu eng betrachtet, vgl. Barthelmeß/Rudolf, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerFO Art. 28 Rz. 20.

³⁰ Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12 Rz. 9.

³¹ Nowak, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerVO Art. 20 Rz. 54.

³² Ein Beispiel für eine Nachprüfungsentscheidung ist auf der Webseite der Generaldirektion Wettbewerb abrufbar: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/information_en.html.

³³ Aufgrund ihrer praktischen Relevanz wird im Folgenden ausschließlich die Nachprüfung auf Grundlage einer formellen Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VI 1/2003 besprochen.

³⁴ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2015, C-583/13 P – Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:C:2015:404 Tz. 35.

³⁵ EuG, Urteil vom 6. September 2013, T-289/11, T-290/11 und T-521/11 – Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:T:2013:404 Tz. 90.

³⁶ Staabe/Klinge, EWeRK 2015, 231 (235).

³⁷ Die nationale Wettbewerbsbehörde ist vor Erlass der Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 anzuhören.

³⁸ Das mitgliedstaatliche Gericht ist im Wesentlichen darauf beschränkt, die Echtheit der Kommissionsentscheidung und das Fehlen von Willkür sowie die Wahrung der Verhältnismäßigkeit zu prüfen (Art. 20 Abs. 8 VO 1/2003), vgl. EuG, Urteil vom 8. März 2007, T-339/04 – France Télécom, ECLI:EU:T:2007:80 Tz. 52.

³⁹ Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12 Rz. 9.; EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, Solvay S.A., C-109/10 P. ECLI:EU:C:2011:256 Tz. 138.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2002, C-94/00 – Roquette Frères, ECLI:EU:C:2002:603 Tz. 83.

⁴¹ Birnstiel/Janka/Schubert, DB 2014, 467 (472).

deutlichen, sondern ihm zusätzlich die Vorbereitung einer angemessenen Verteidigung ermöglichen.⁴² Die Kommission sieht sich zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens allerdings oft noch nicht in der Lage, den Sachverhalt hinreichend zu spezifizieren, denn diesen zu ermitteln ist schließlich Zweck der Nachprüfung. Die Rechtsprechung akzeptiert das, verpflichtet die Kommission jedoch mit zunehmendem Erkenntnisgewinn im Verlauf des Ermittlungsverfahrens präzisere Entscheidungsbegründungen zu verfassen.⁴³ Für das betroffene Unternehmen sind die Informationen in der Nachprüfungsentscheidung von erheblicher Bedeutung, um erste Hinweise auf den zugrunde liegenden Vorwurf zu erhalten und ggfs. über eine Kronzeugenstrategie entscheiden zu können.

Während der Nachprüfung bzw. in der Praxis oft an deren Ende fertigen die Kommissionsbeamten ein Nachprüfungsprotokoll sowie ein Verzeichnis der kopierten Dokumente an. Hat die Kommission keine Unterlagen kopiert, so sollte das Unternehmen auf entsprechende Bescheidungen bestehen. Mündliche Erläuterungen der Beamten sollten ebenso wie Widersprüche und Rügen des Unternehmens Eingang in das Protokoll finden. Auch Meinungsverschiedenheiten, z.B. über die Zulässigkeit von Maßnahmen während der Nachprüfung oder den Inhalt mündlicher Erklärungen des Unternehmens, sollten im Protokoll vermerkt werden. Die Gegenzeichnung des Nachprüfungsprotokolls sollte erst nach Rücksprache mit der Rechtsabteilung oder einem externen Rechtsanwalt erfolgen.

Die Durchsuchungsbefugnisse der Kommission ergeben sich im Einzelnen aus Art. 20 Abs. 2 lit. a) bis e) VO 1/2003. In ihrer Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 vom 11. September 2015 („Explanatory Note“)⁴⁴ hat die Kommission Erläuterungen über den Ablauf von Nachprüfungen und die Rechte und Pflichten des durchsuchten Unternehmens zusammengefasst.⁴⁵ Dem einleitenden Satz zufolge sieht sich die Kommission selbst nicht an die Explanatory Note gebunden. Verstöße gegen die in der Explanatory Note niedergelegten Mitwirkungspflichten sanktioniert sie indes durchaus streng.⁴⁶

1. Betreten von Geschäftsräumen

Um Beweismittel zu suchen, sind die Inspektoren berechtigt, Zutritt zu den Räumlichkeiten, Grundstücken und Transportmitteln des Adressaten der Nachprüfungsentscheidung zu verlangen (Art. 20 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003). Die als *dawn raid* bezeichneten Nachprüfungen der Kommission finden durchaus zu den üblichen Geschäftszeiten statt⁴⁷, um die Nachprüfung nicht vor verschlossenen Türen scheitern zu lassen, und zumeist nicht an einem Montag, um eine Anreise des Nachprüfungsteams am Sonntag zu vermeiden. Ermittlungsstrategisch von Bedeutung ist, dass regelmäßig parallele Nachprüfungen in mehreren Unternehmen gleichzeitig stattfinden. Wird gleichzeitig durch die Kommission in der EU und Behörden in den USA durchsucht, kommt es vor, dass die Nachprüfung in der EU erst am Nachmittag beginnt.

Die Nachprüfung beginnt noch nicht am Empfang des Unternehmens, bei dem die Inspektoren meist zuerst vorstellig werden. Denn zunächst ist der Geschäftsleitung oder einem geeigneten Vertreter eine beglaubigte Abschrift der Nachprüfungsentscheidung zuzustellen. Ebenso sind die Aufträge (Vollmachten) der mitwirkenden Beamten und ihre Dienstausweise vorzulegen. Die Inspektoren sind im Interesse eines geordneten und kooperativen Ablaufs in der Regel bereit, zunächst mit der Rechtsabteilung oder der Geschäftsleitung Umfang, Ablauf, geplante Dauer und Zweck der Nachprüfung und ggfs. Unterstützungsmöglichkeiten zu besprechen.⁴⁸ Die Beamten können die Nutzung der Telefone vorübergehend untersagen. Sie dürfen allerdings dadurch die Verständigung eines externen Rechtsanwalts nicht verhindern. Auf dessen Eintreffen vor Ort müssen die Inspektoren mit den Ermittlungshandlungen nicht zuwarten⁴⁹, sind dazu jedoch in Einzelfällen bereit, wenn sein zeitnahes Erscheinen versichert wird. Da der exakte Umfang der Untersuchung zunächst

⁴² EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 46/87 u. 227/88 – Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337 Tz. 29 u. 41.

⁴³ EuGH, Urteil vom 25. Juni 2014, C-37/13 P – Nexans SA u.a., ECLI:EU:C:2014:2030, Tz. 36 f.

⁴⁴ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf.

⁴⁵ Die Explanatory Note ist informativen Charakters und weder im Amtsblatt der Europäischen Union noch in anderen Sprachen als Englisch veröffentlicht.

⁴⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 28. März 2012, COMP/39.793 – EPH u.a., ABl. C 316 vom 19. Oktober 2012, S. 8.

⁴⁷ Dieckmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts 3. Auflage, § 42 Rz. 34.

⁴⁸ Vgl. Explanatory Note, Tz. 2.

⁴⁹ EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-357/06 – Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., ECLI:EU: T:2012:488 Tz. 232.

schwer zu überschauen und der bereits erreichte Kenntnisstand der Beamten unklar sein wird, empfiehlt es sich zumeist, defensiv und rechtsbewusst zu kooperieren, nicht zuletzt um eine Eskalation der Nachprüfungssituation zu vermeiden.⁵⁰

Im Verlauf der Nachprüfung ist den Beamten Zugang zu allen Räumlichkeiten und Grundstücksteilen zu gewähren. Die Inspektoren können die Nachprüfung auf alle Geschäftsräume erstrecken, die dem Adressaten der Entscheidung funktional zur Verfügung stehen. Das gilt auch für Räume anderer Gruppenunternehmen, die selbst nicht in der Nachprüfungsentscheidung genannt sind.⁵¹ Um einen Überblick über die durchsuchten Räumlichkeiten und Gegenstände zu bewahren, hat es sich bewährt, die Inspektoren nicht unbegleitet durch die Räumlichkeiten und über das Gelände des Unternehmens streifen zu lassen. Begleitpersonen des Unternehmens sollten die Ermittlungsschritte der Kommission protokollieren und, soweit möglich, selbst einen Eindruck vom Ablauf und von den Ergebnissen der Nachprüfung zu gewinnen.

2. Einsichtnahmerechte

a) Einsichtnahme in den physischen Dokumentenbestand

Die Kommission kann die Vorlage von oder den Zugang zu Büchern und Geschäftsunterlagen verlangen und diese einsehen (Art. 20 Abs. 2 lit. b) VO 1/2003). Das umfasst sämtliche Unterlagen, die Aussagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens und zu seinem Verhalten gegenüber anderen Marktteilnehmern beinhalten. Dazu zählen auch Unterlagen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten oder das Unternehmen belasten können⁵², einschließlich handschriftlicher Notizen, Sitzungsprotokolle, E-Mails u.ä. Nicht zu den Geschäftsunterlagen gehören private Unterlagen von Mitarbeitern. Die Kommission vermutet allerdings widerleglich, dass in den Räumlichkeiten des Unternehmens verwahrte Unterlagen Geschäftsunterlagen sind.⁵³ Können einzelne Unterlagen aus tatsächlichen Gründen nicht sofort vorgelegt werden, etwa weil der zuständige Mitarbeiter nicht im Haus ist, sollte das zu Protokoll gegeben werden und mit der Kommission die alsbaldige nachträgliche Vorlage vereinbart werden, um sich vor dem Vorwurf der fehlenden Mitwirkung zu schützen.

Die Inspektoren haben die Einsichtnahme auf solche Unterlagen zu beschränken, die potentiell mit dem Nachprüfungsgegenstand in Verbindung stehen können.⁵⁴ Dieser Maßstab ist naturgemäß weit. Entsteht während der Nachprüfung Uneinigkeit darüber, ob das Dokument der Nachprüfung unterliegt, sollten die Unternehmensvertreter mit den Inspektoren praktikable Lösungen suchen. Im Einzelfall kann der Kommission ein summarischer Blick insbesondere auf neutrale Teile des Dokuments – z.B. Briefkopf, Betreffzeile, Absender oder Signatur – gestattet werden.⁵⁵ Auch eine vorübergehende Versiegelung der betreffenden Dokumente in einem verschlossenen Umschlag zur späteren Befassung ist möglich.⁵⁶ Bei fortbestehenden Meinungsverschiedenheiten bleibt dem Unternehmen, Widerspruch gegen die Einsichtnahme zu Protokoll zu geben. Grundsätzlich entscheidet die Kommission selbst darüber, welche Schriftstücke sie sich vorlegen lässt.⁵⁷ Besteht die Kommission auf einer Grobsichtung des betreffenden Dokuments, so kann eine Weigerung des Unternehmens zur Verhängung einer Geldbuße führen. Die Geldbuße soll selbst dann Bestand haben, wenn das Gericht später eine Vorlagepflicht verneint.⁵⁸ Anderes gilt für anwaltsprivilegierte Dokumente. Hier darf das Unternehmen der Kommission jede, auch eine summarische Durchsicht verweigern, wenn selbsteine summarische Einsichtnahme nicht ohne Preisgabe des geschützten Inhalts möglich wäre und das Unternehmen dies begründet.⁵⁹ Um dennoch Kenntnis vom Inhalt des anwaltsprivilegierten Dokuments erlangen zu können, muss die Kommission eine Entscheidung erlassen, die dem Unternehmen eine gericht-

⁵⁰ Weitbrecht/Weidenbach, NJW 2010, 2328.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, T-66/99 – Menoan Lines, ECLI:EU:T:2003:337 Tz. 88.

⁵² Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 48 u. 50.

⁵³ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 20 Rz. 13.

⁵⁴ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 50.

⁵⁵ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 81.

⁵⁶ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 83 f.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 17.

⁵⁸ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 52 m.w.N.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 83.

liche Überprüfung der Einsichtnahme ermöglicht⁶⁰; bis zum Erlass einer solchen Entscheidung darf sie das Schriftstück in einem versiegelten Umschlag sicherstellen.⁶¹

Für das Unternehmen birgt die Reichweite des Einsichtnamerechts ein nicht zu unterschätzendes Risiko von Zufallsfunden. Auch wenn diese über den Nachprüfungsgegenstand hinausgehen, kann die Kommission die Zufallsfunde zur Einleitung eines gesonderten Verfahrens nutzen.⁶² Es kann sich daher für das Unternehmen anbieten, gezielt an der Nachprüfung mitzuwirken, um sie zu kanalisieren. Dazu kann es den Inspektoren etwa Unterlagen zum Nachprüfungsgegenstand bzw. sonstige angeforderte Unterlagen zügig und vollständig vorlegen.

Zur Sicherung des aus der Einsichtnahme gewonnenen Wissens fertigt die Kommission Scans oder Kopien derjenigen Unterlagen an, in denen sie einen Bezug zum Nachprüfungsgegenstand erkennt (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. c) VO 1/2003). Die Kommission darf Aktenbestände indes nicht wahllos kopieren, um sie für eine spätere Durchsicht sicherzustellen, sondern muss sich am Nachprüfungsgegenstand ausrichten.⁶³ Die Kommission ist in einigen Fällen bereit gewesen, eine Zweitkopie der Unterlagen für das Unternehmen zu fertigen. Das wird leichter zu erreichen sein, wenn das Unternehmen der Kommission hinreichend große Arbeitsräume und ggfs. Kopiermöglichkeiten zur Verfügung stellt. Da auf eine Zweitkopie kein Anspruch besteht, sollten die Begleitpersonen während der gesamten Nachprüfung notieren, in welche Unterlagen die Inspektoren Einsicht nehmen und von welchen Dokumenten sie letztlich Kopien erstellen.

Originalakten über die Dauer der Nachprüfung vor Ort hinaus sicherstellen („mitnehmen“) darf die Kommission nur ausnahmsweise, insbesondere wenn vor Ort keine Kopiermöglichkeiten bestehen.⁶⁴ Eine Beschlagnahme ist der Kommission selbst nicht erlaubt, sondern nur den begleitenden mitgliedstaatlichen Beamten nach Maßgabe des örtlich anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts, in Deutschland auf Grundlage eines gerichtlichen Beschlusses (§ 98 StPO) oder unter den Voraussetzungen von Gefahr im Verzug (§ 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. § 98 Abs. 2 StPO).⁶⁵

Sicherzustellen ist, dass während der Nachprüfung Unterlagen weder vernichtet noch verändert werden. Denn jede Obstruktionshandlung kann empfindliche Geldbußen nach sich ziehen, auch wenn sie – anders als nach US-Bundesrecht – in der Regel keinen Straftatbestand erfüllen wird.⁶⁶ Auf ein Unentdecktbleiben von Obstruktionsversuchen zu vertrauen, wäre leichtfertig, zumal eine Vielzahl von Unterlagen in Kopie nicht nur physisch, sondern auch elektronisch verfügbar bleiben dürfte. Die endgültige, nichtwiederherstellbare Entsorgung elektronischer Dokumente ist kaum möglich, jedenfalls genügt einfaches Löschen nicht.

b) Einsichtnahme in den elektronischen Dokumentenbestand

Das Nachprüfungsrecht der Kommission erstreckt sich auf Geschäftsunterlagen, „unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen“ (Art. 20 Abs. 2 lit b) VO 1/2003). Das schließt elektronische Dokumente ein. Deren Durchsichtung, die sog. E-Raid⁶⁷, bildet einen wesentlichen Teil der Nachprüfung. Dazu begleiten Mitarbeiter der sog. Forensic IT-Group der Kommission das Nachprüfungsteam.⁶⁸

Zu Beginn der Nachprüfung lassen die Beamten Teile des IT-Systems sperren, insbesondere E-Mail-Accounts von potentiell ermittlungsrelevanten Mitarbeitern, um eine Veränderung oder Löschung des Datenbestands zu verhindern.⁶⁹ Die Beamten holen Erkundigungen über

⁶⁰ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 - Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 85 u. 88. Eine gerichtliche Kontrolle des Umgangs von Wettbewerbsbehörden mit dem Anwaltsprivileg fordert auch der EGMR, vgl. EGMR, Urteil vom 2. April 2015, 63629-10 und 60567-16 - Vinci Construction u.a., Tz. 79 (abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153318>).

⁶¹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 - Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 86.

⁶² EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 85/87 - Dow Benelux N.V., ECLI:EU:C:1989:379 Tz. 19; EuGH, Urteil vom 18. Juni 2015, C-583/13 P - Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:C:2015:404 Tz. 59.

⁶³ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 62.

⁶⁴ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 20 Rz. 18.

⁶⁵ Vgl. etwa: EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 46/87 u. 227/88 - Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337 Tz. 32 ff.

⁶⁶ Ausführlich dazu: Kapp/Schlump, BB 2008, 2478; Willer, (2014) 10 CLI, 179.

⁶⁷ Die E-Raid bildet den zentralen Bestandteil der Neuerungen der Explanatory Note vom 11. September 2015, vgl. Ziffern 9 bis 16.

⁶⁸ Seelinger/Gänswein, BB 2014, 1027 (1028).

⁶⁹ Die Kommission hat etwa eine Geldbuße von EUR 2,5 Mio. verhängt, weil gegen die Anordnung verstoßen wurde, das E-Mail-System zu sperren, vgl. Kommission, Entscheidung vom 28. März 2012, COMP/39.793 - EPH

die unternehmensinterne IT ein und verlangen Administratorenrechte. Die eigentliche forensische Untersuchung beginnt mit einer Spiegelung aller relevanten Speichermedien des Unternehmens im Wege der Forensic-Image-Copy-Methode. Für diesen Vorgang trennt die Kommission die zu durchsuchenden Datenträger vom Unternehmensnetzwerk. Währenddessen greifen die Beamten auf Daten aus potentiell relevanten E-Mail-Postfächern, externen Laufwerken, Sicherungsdaten, Archiven etc. zu. Für die Maßnahme soll es nach Auffassung der Kommission keine Rolle spielen, ob die Daten physisch innerhalb oder außerhalb der Europäischen Union gespeichert sind. Mobile Endgeräte sind auf Verlangen zur Daten Spiegelung herauszugeben, auch private Geräte, die potentiell relevante Mitarbeiter zu beruflichen Zwecken einsetzen (*bring your own device*, BYOD). Wenn das Unternehmen IT-Leistungen an Drittanbieter vergeben hat, lässt sich die Kommission die Verträge vorlegen und besteht darauf, dass das Unternehmen alle erforderlichen Rechte aus den Verträgen ausübt, um die E-Raid zu ermöglichen.

Das Datenimage speichern die Beamten auf kommissionseigenen oder unternehmenseigenen Medien zwischen.⁷⁰ Im Anschluss geben die Beamten die IT-Infrastruktur in der Regel wieder frei und mobile Endgeräte wieder heraus; Vertreter der Kommission haben allerdings verschiedentlich angekündigt, dass die Kommission diese Herausgabepaxis überdenken wird, sollten Unternehmen im weiteren Verfahren bestreiten, dass die kopierten Daten von dem betreffenden Mobilgerät stammen.⁷¹

Die Kommission setzt vor Ort forensische Software ein, um gezielt Kopier-, Such- und Wiederherstellungsvorgänge auszuführen. Nach Indexierung des vollständigen Datenimage mithilfe der NUIX-Datenbanksoftware filtert sie im Wege einer Syntax- bzw. Schlagwortsuche potentiell beweisrelevante Daten heraus. Das automatisierte elektronische Verfahren erschwert es erheblich, die Einhaltung der Grenzen des Nachprüfungsbeschlusses zu überwachen und löst die E-Raid von den Realitäten der „offline“-Durchsuchung. Der Zugriff auf die Datenträger des Unternehmens erstreckt die Nachprüfung auf deutlich mehr Dokumente, als der betroffene Mitarbeiter oder Unternehmensteil im normalen Geschäftsgang tatsächlich zur Verfügung hätte, insbesondere Vorversionen von Dokumenten und sogar gelöschte Daten. Dass dieses Vorgehen tatsächlich von der Nachprüfungsbefugnis gedeckt sein sollte, erscheint zweifelhaft. Denn ein Nachprüfungsrecht besteht nur für Unterlagen, auf die das Unternehmen im normalen Geschäftsgang Zugriff hat, und es kann schon vom Wortlaut her nur dazu berechtigen, nachzuprüfen, welche Unterlagen zum Zeitpunkt der Nachprüfung in dem Unternehmen bestehen.⁷² Erschwerend kommt hinzu, dass die Kommission dem Unternehmen die Suchbegriffe nicht offenlegt. Das Unternehmen sollte versuchen, mit dem Teamleiter Suchbegriffe abzusprechen, die gezielt irrelevante und vor allem anwaltsvertrauliche Korrespondenz herausfiltern, um sie zunächst separat abzulegen und ihre weitere Behandlung später besprechen zu können.

In der Praxis sehen Kommissionsbeamte die verbleibenden Daten weiter durch, ordnen sie Kategorien zu und markieren sie entsprechend („tagging“). Auf diese Weise wird der potentiell beweisrelevante Datenbestand erneut erheblich reduziert, wozu sich die Kommission nach eigenem Bekunden allerdings nicht für verpflichtet hält.⁷³ Dass diese Auffassung zutreffend ist, darf man allerdings bezweifeln, denn andernfalls könnte die Kommission die Nachprüfung außerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens fortsetzen, was Art. 20 VO 1/2003 nicht vorsieht.⁷⁴

Die verbleibenden potentiell relevanten Daten verschlüsselt die Kommission und sichert sie in doppelter Ausfertigung auf gesonderten Datenträgern durch einen gegen nachträgliche Änderungen schützenden Algorithmus (Hash-Wert). Das Datenimage auf kommissionseigenen Zwischenspeichern löscht sie noch vor Ort über einen *Secure-Erase*-Befehl, Unternehmenshardware gibt sie ungelöscht wieder heraus.⁷⁵ Das hat den Vorteil, dass das Unter-

u.a., ABl. C 316 vom 19. Oktober 2012, S. 8, bestätigt durch EuG, Urteil vom 26. November 2014, T-272/12 – EPH u.a., ECLI:EU:T:2014:995.

⁷⁰ Zur Relevanz der Unterscheidung siehe im Folgenden.

⁷¹ Etwa: van Erps in der Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht am 5. Dezember 2013.

⁷² Burr Richter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 51.

⁷³ Van Erps, Elektronische Erfassung von Beweismitteln bei Nachprüfungen der Europäischen Kommission, Präsentation in der Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht am 5. Dezember 2013, abrufbar unter: https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/elektronische_erfassung_von_beweismitteln_bei_nachpruefungen_der_europaeischen_kommission.pdf (letzter Abruf: 10. Dezember 2017).

⁷⁴ Burr Richter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 65.

⁷⁵ Explanatory Note, Tz. 13.

nehmen einen Überblick über die von der Kommission durchsuchten Daten erhält. Die Kommission überlässt dem betroffenen Unternehmen schließlich eine Liste der final kopierten Dokumente mit einem Hyperlink zum Dokument, aus dem sich Pfad und Dokumentenname ergeben.

Gerade im Rahmen der E-Raid kommt es immer wieder vor, dass die Kommission nicht im Stande ist, sämtliche Daten vor Ort zu sichten. Das ist etwa dann der Fall, wenn Datenträger erst zu einem Zeitpunkt aufgefunden werden, zu dem eine Auswertung vor Abschluss der Nachprüfung in dem Unternehmen nicht mehr möglich ist, oder wenn die Daten vor Ort technisch nicht auslesbar sind. Derartige Daten sichert die Kommission auf einem gesonderten Datenträger, den sie in einem Umschlag versiegelt (sog. *sealed envelope*-Verfahren). Die Durchsicht der Daten setzt die Kommission dann in Anwesenheit eines Unternehmensvertreters in ihren eigenen oder in Räumlichkeiten des Unternehmens fort.⁷⁶ Eine Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen fehlt. Die Rechtsprechung hat es bisher unbeanstandet gelassen, da kein gesonderter Rechtsschutz gegen einzelne Ermittlungsmaßnahmen besteht.⁷⁷ Anderes gilt, wenn für die kopierten Daten das Anwaltsprivileg geltend gemacht wird.⁷⁸

3. Versiegelung der Räumlichkeiten

Da die Nachprüfung mehrere Tage in Anspruch nehmen kann, erlaubt Art. 20 Abs. 2 lit. d) VO 1/2003 der Kommission, Räumlichkeiten, Bücher und Unterlagen vorübergehend – regelmäßig bis zu 72 Stunden⁷⁹ – zu versiegeln und somit Gegenstände in den Nachprüfungsräumlichkeiten sicherzustellen. Der Bruch des Siegels ist zwar nicht strafbar wie es bei einem dienstlichen Siegel einer deutschen Behörde nach § 136 Abs. 2 StGB der Fall wäre; doch verhängt die Kommission für den Siegelbruch erhebliche Geldbußen nach Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003. Der EuGH hat bestätigt, dass die Höhe der Geldbuße wegen Siegelbruchs einen erheblichen Abschreckungscharakter entfalten muss und eine Geldbuße von EUR 38 Mio. – das entsprach ca. 0,14% des weltweiten Jahresumsatzes der Unternehmensgruppe – für verhältnismäßig gehalten.⁸⁰

4. Mündliche Erläuterungen

Während der Nachprüfung können die Kommissionsbeamten Erläuterungen verlangen und protokollieren bzw. aufzeichnen (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. e) VO 1/2003 und Art. 4 Durchführungsverordnung). Die Befragung von Mitarbeitern durch die Kommission bildet für ein Unternehmen eine zusätzliche Herausforderung. Fragen der Kommission nicht, falsch, unvollständig oder irreführend zu beantworten, stellt einen sanktionsbewehrten Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten dar. Grundsätzlich sind alle mündlichen Angaben des Unternehmens im Kommissionsverfahren verwertbar, auch freiwillig getätigte und über die Fragen der Beamten hinausgehende. Aussagen satzungsmäßiger Vertreter werden endgültig Bestandteil der Kommissionsakte. Eine nachträgliche Berichtigungsmöglichkeit besteht sehr begrenzt für Aussagen von Mitarbeitern, die nicht ermächtigt waren, Erklärungen im Namen des Unternehmens abzugeben (Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Durchführungsverordnung).

Es empfiehlt sich, den Befragungsprozess soweit wie möglich zu kanalisieren, indem der Kommission ein zentraler Ansprechpartner benannt wird. Sollte die Kommission darauf bestehen, darüber hinaus andere Mitarbeiter zu befragen, sollte dies in Anwesenheit eines Rechtsbeistands und der unternehmensinternen Begleitpersonen erfolgen, die Fragen und Antworten minutiös protokollieren. Dabei ist darauf zu achten, dass Mutmaßungen zu den Vorwürfen bzw. über die gestellte Frage hinausgehende Zusatzinformationen unterbleiben. Ist es dem Unternehmen nicht möglich, eine Frage unmittelbar vor Ort zu beantworten, sollte die Kommission gebeten werden, die Frage schriftlich zu stellen.

5. Besonderheiten bei Nachprüfung in sonstigen Räumen

Will die Kommission die Nachprüfung auf nicht dem Unternehmenszweck dienende Räumlichkeiten erstrecken, etwa private Räumlichkeiten wie Wohnungen der Geschäftsleitung, so

⁷⁶ Vgl. Explanatory Note, Tz. 14.

⁷⁷ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysmian SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 108.

⁷⁸ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 129.

⁷⁹ Vgl. ErwG. 25 VO 1/2003.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 22. November 2012 – C-89/11 P, E.ON, ECLI:EU:C:2012:738 Tz. 130 u. 132; ferner (EUR 8 Mio.): KOM, Entscheidung vom 24. Mai 2011, C(2011) 3640 final – Suez Environnement Company S.A. u.a., Zusammenfassung in: ABl. C 251 vom 24. Mai 2011, S. 4 f.

bedarf es einer formellen Entscheidung der Kommission und einer richterlichen Genehmigung (Art. 21 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003). Eine Durchsuchung sonstiger Räumlichkeiten kommt nur in Betracht, wenn die Kommission wegen eines schweren Verstoßes gegen die Artikel 101 f. AEUV ermittelt; hierfür ist an die Bußgeldmessungsregelungen des Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 anzuknüpfen. Darüber hinaus bedarf es konkreter Anhaltspunkte, dass sich Geschäftsunterlagen in den Privaträumen befinden.⁸¹ Eine Mitwirkungspflicht des Privaten besteht nicht ohne weiteres. Bei Nachprüfungen in sonstigen Räumlichkeiten kommt weder eine Versiegelung noch eine Befragung in Betracht (Art. 21 Abs. 4 Satz 1 VO 1/2003).

IV. Auskunftsverlangen und Befragungen

Das Auskunftsverlangen (*request for information*, „RFI“⁸²) nach Art. 18 VO 1/2003 bildet in der Praxis eines der zentralen Ermittlungsmittel der Kommission⁸³, um einem hinreichenden Anfangsverdacht auf eine Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV nachzugehen.⁸⁴ Es ist im Vergleich zu Nachprüfungen vor Ort das weniger aufwändige und zugleich mildere Mittel der Informationsgewinnung. Dabei kann sich die Kommission sowohl an Unternehmen wenden, von denen sie eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV vermutet, als auch an vermutlich unbeteiligte Unternehmen, um einen Einblick in die betroffenen Märkte zu erhalten.⁸⁵

Es kommt vor, dass die Kommission auf die Durchführung einer Nachprüfung verzichtet und stattdessen ein Auskunftsverlangen an das Unternehmen richtet. Das ist vor allem der Fall, wenn ein Unternehmen zunächst nicht im Fokus der Ermittlungen stand, sondern sich Hinweise auf Zuwiderhandlungen erst aus vorherigen Ermittlungshandlungen bei anderen Unternehmen ergaben. Eine zweite Nachprüfungsrunde mag aus Sicht der Behörde nicht erforderlich sein, da entweder bereits genügend Beweismittel vorliegen oder sie mutmaßt, dass das bisher nicht durchsuchte Unternehmen die Beweismittel ohnehin bereits vernichtet hat. Gerät ein Unternehmen in dieser Weise erst spät in den Fokus, hindert das die Kommission nicht an der Verhängung einer erheblichen Geldbuße. Für das Unternehmen ist diese Situation grundsätzlich nachteilig, weil sie die proaktiven Handlungsmöglichkeiten – z.B. die Stellung eines Bonusantrags – einschränkt.

Die Kommission verfügt für die Auswahl der verlangten Informationen über einen erheblichen Ermessensspielraum. Die von der Kommission verlangten Auskünfte können sich sowohl auf mehr oder weniger präzise umschriebene Tatsachen als auch auf Schätzungen oder Prognosen beziehen. Auch die Vorlage von Unterlagen kann die Kommission verlangen (vgl. ErwG. 23 VO 1/2003).⁸⁶ Ähnlich wie bei Nachprüfungen hat die Kommission die Begründung ihrer Entscheidung ebenso wie die Fragen dem Ermittlungsstand anzupassen.⁸⁷ Eine sanktionierte Pflicht zur Beantwortung bzw. zur Vorlage von Unterlagen besteht freilich nur bei verbindlichen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003). Entscheidet sich der Adressat eines einfachen Auskunftsverlangens (Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003) zur freiwilligen Beantwortung, so haben die Angaben zutreffend und nicht irreführend zu sein. Vollständig müssen die Angaben nicht sein, solange die Unvollständigkeit nicht entstellend oder irreführend ist. Unrichtige oder irreführende Auskünfte sind bußgeldbewehrt (Art. 23 Abs. 1 lit. a) VO 1/2003). Es steht der Kommission frei, über aufeinanderfolgende Auskunftsverlangen frühere Angaben präzisieren zu lassen.⁸⁸

Die Kommission kann natürliche und juristische Personen mündlich befragen, allerdings ausschließlich mit deren Zustimmung (vgl. Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003). Aufgrund des freiwilligen Charakters sind Befragungen nach Art. 19 VO 1/2003 – anders als Befragungen im Rah-

⁸¹ Nowak, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerVO Art. 21 Rz. 8.

⁸² Regelmäßig versendet die Kommission ihre Auskunftsersuchen in englischer Sprache. Allerdings kann der Adressat von der Kommission eine Übersetzung in die Sprache seines Unternehmenssitzes verlangen, vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 vom 20. Oktober 2011, C 308/06, Ziffer 28.

⁸³ Barthelmeß/Rudolf, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage 2016, VerFO, Art. 18 Rz. 3.

⁸⁴ Zum Erfordernis des Anfangsverdachts, vgl. EuG, Urteil vom 12. Dezember 1991, T-39/90 – SEP, ECLI:EU:T:1991:71 Tz. 29 ff.; Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 18 Rz. 9. Die Anforderungen an den Anfangsverdacht sind eher gering, vgl. Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12, Rz. 5.

⁸⁵ Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 vom 20. Oktober 2011, C 308/06, Tz. 32.

⁸⁶ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 18 Rz. 13.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10. März 2016, C-267/14 P – Buzzi Unicem SpA, ECLI:EU:C:2016:151 Tz. 39 f.; EuGH, Urteil vom 10. März 2016, C-247/14 P – HeidelbergCement AG, ECLI:EU:C:2016:149 Tz. 39.

⁸⁸ EuG, Urteil vom 14. März 2014, T-293/11 – Holcim AG u.a., ECLI:EU:T:2014:127 Tz. 127.

men einer Nachprüfung – nicht sanktionsbewehrt, selbst wenn der Befragte irreführende oder unrichtige Antworten gibt. Die Befragung kann „auf jedem Wege einschließlich per Telefon oder elektronisch erfolgen“ (vgl. Art. 3 Abs. 2 Durchführungsverordnung). Die Kommission ist verpflichtet, der befragten Person vor Beginn der Befragung die Rechtsgrundlage und den Zweck der Befragung zu kommunizieren. Zeichnet die Kommission die Befragung auf, so ist der befragten Person im Anschluss an die Befragung eine Kopie der Aufzeichnung zur Genehmigung bzw. Berichtigung zu überlassen (Art. 3 Abs. 3 Durchführungsverordnung).

V. Schlussbetrachtung

Ermittlungsmaßnahmen der Kommission sind für die Unternehmen oft mit erheblichen Belastungen verbunden. Auskunftsverlangen generieren nicht selten einen erheblichen Beantwortungsaufwand. Eine besonders intensive Störung des Betriebsablaufs bewirkt eine Nachprüfung vor Ort. Derartige Belastungen sind nach Auffassung der Rechtsprechung aufgrund des öffentlichen Interesses an der Aufklärung hinzunehmen.⁸⁹

Ein Unternehmen ist gut beraten, seine Mitwirkungspflichten ernst zu nehmen und (externen) Rechtsrat einzuholen. Gerade auf die Nachprüfungssituation sollten sich Unternehmen im Rahmen ihrer Compliance-Bemühungen und unabhängig von einem konkreten Zuwiderhandlungsverdacht vorbereiten. Nur so kann das Unternehmen einen reibungslosen Ablauf der Nachprüfung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines möglichst uneingeschränkten Betriebsablaufs sicherstellen. In Vorbereitung auf die Nachprüfungssituation ist insbesondere hilfreich, einen Durchsuchungs- bzw. Nachprüfungsleitfaden erstellen zu lassen, auf den im Ernstfall zurückgegriffen werden kann. Mitarbeiter als Teil einer Task Force für Nachprüfungen und Durchsuchungen der Kartellbehörden gezielt zu schulen, versetzt sie in die Lage, selbst die Ruhe zu bewahren, die Nachprüfung geordnet zu begleiten und ggfs. die Einhaltung der rechtlichen Regeln durch die Beamten anzumahnen. Geschulte Mitarbeiter können konstruktiv auf das Nachprüfungsgeschehen einwirken und das Unternehmen vor Bußgelderhöhungen schützen.

Die eigentliche Arbeit für das Unternehmen und seine Rechtsberater beginnt während der Nachprüfung durch die Kommission lediglich – sie dauert weit darüber hinaus an: Es bedarf der Aufarbeitung des Sachverhalts und der Erarbeitung einer Verteidigungs- oder Kooperationsstrategie für das wettbewerbsrechtliche Ermittlungsverfahren. Denn das Unternehmen und seine Berater werden zunächst selbst herausfinden müssen, ob und inwieweit das Unternehmen tatsächlich gegen die Artikel 101 f. AEUV zuwiderhandelte. Dazu muss es sich möglichst zügig einen Überblick über die von der Kommission ermittelten Daten und Dokumente verschaffen. Das Unternehmen wird darauf zu achten haben, in seiner eigenen internen Untersuchung entlastende Daten aufzufinden, ggfs. wieder wiederherzustellen und aufzubereiten. Bei der (Erst-)Ermittlung zur Erarbeitung einer Kooperations- oder Verteidigungsstrategie ist schnelles Handeln gefragt. Denn gegebenenfalls wird der Rechtsbeistand dazu raten müssen, zeitnah einen Kronzeugenantrag zu stellen oder einen Marker für einen Kronzeugenantrag zu setzen, um von einem Erlass oder einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren zu können.⁹⁰ Das Setzen eines Markers bei der Kommission setzt nicht nur eine detaillierte Darlegung des Verstoßes voraus, sondern der Marker wird von der Kommission – anders als vom Bundeskartellamt – auch nur einem einzigen Unternehmen gewährt. Ein schnelles Handeln entscheidet damit über den Rangplatz des Kronzeugenantrages und damit über die Aussichten, auf eine reduzierte Geldbuße hoffen zu können.

⁸⁹ Vgl. EuG, Urteil vom 14. März 2014, T-296/11- Cementos Portland Valderrivas S.A., ECLI:EU:T:2014:121 Tz. 90.

⁹⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17 ff.

Entscheidungskommentare

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

RA | FA Strafr Gernot Zimmermann, Wiesbaden

**BGH Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15
– „HSH Nordbank“¹**

1. Die Anwendung des Untreuetatbestands ist auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken; gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.

2. Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG liegt stets eine gravierende bzw. evidente Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB vor.

3. Die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business-Judgement-Rule definiert einen „sicheren Hafen“. Die Einhaltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG schließt eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und damit auch eine Pflichtverletzung nach § 266 Abs. 1 StGB aus.

4. Umgekehrt begründet die Überschreitung der Grenzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG indiziert aber eine Pflichtverletzung, die bei schlechthin unvertretbarem Vorstandshandeln immer gegeben ist.

I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten, die im Dezember 2007 den Gesamtvorstand der HSH bildeten, vorgeworfen, sich einer Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, indem sie im Dezember 2007 auf Grundlage unzureichender Informationen dem Abschluss eines der Verbesserung der bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalquote dienenden Finanzgeschäfts, der „Omega 55“-Transaktion, zustimmten und dadurch der HSH einen Vermögensnachteil zufügten. Das Landgericht hat die Angeklagten freigesprochen. Im Hinblick auf den Vorwurf der Untreue habe die Hauptverhandlung zwar ergeben, dass die Angeklagten durch ihre Zustimmung ihre Vorstandspflichten aus § 93 Abs. 1 AktG verletzt und hierdurch einen Vermögensnachteil der HSH herbeigeführt hätten. In einem zweiten Prüfungsschritt kam die Strafkammer zu dem Ergebnis, die festgestellten Pflichtverletzungen seien jedoch nicht so „offensichtlich“ und „gravierend“, dass sie im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs den Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB erfüllten.

II. Entscheidungsgründe²

1. Der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat, nachdem es einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 93 Abs. 1 AktG bejaht hat, zu Unrecht in einem zweiten Schritt geprüft, ob sich die Pflichtverletzungen der Angeklagten als „gravierend“ bzw. „evident“ darstellen. Als durchgreifender Rechtsfehler erweist sich, dass die Begründung, mit der das Landgericht einerseits eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG bejaht, die es andererseits als nicht gravierend einstuft, Darstellungs- und Erörterungsmängel enthält.

a. Im Ausgangspunkt hat das Landgericht zutreffend bedacht, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ist; gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.³ Allerdings liegt bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG stets eine

¹ Volltext: BeckRS 2016, 20940.

² Die Entscheidungsgründe wurden durch den Verfasser gekürzt und teilweise umgestellt.

³ BVerfGE 126, 170 Rn. 110 f.; BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 - 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715.

„gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung vor.

Als Vorstandsmitglieder unterlagen die Angeklagten gesellschaftsrechtlich den in §§ 76, 82, 93 AktG umschriebenen Pflichten. Danach hat der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Trotz der Weisungsunabhängigkeit unterliegt das Leitungsermessen rechtlichen Grenzen. So sind nach § 82 Abs. 2 AktG der durch die Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand, die Geschäftsordnung sowie die Zuständigkeiten anderer Organe zu beachten. Über diese Regelungen hinaus wird den Geschäftsleitern bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.

Sind jedoch - wie vom Landgericht angenommen - diese in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet.⁴ Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums ist für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.⁵

b. Allerdings sind die vom Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ herangezogenen Gesichtspunkte bereits im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Ein solcher liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor. Zu diesem gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen; denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält.⁶

Eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG liegt vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.⁷ Diese mittlerweile als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze⁸ sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB.⁹

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

Der § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG definiert einen „sicheren Hafen“; d.h., die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließt eine Pflichtverletzung aus. Umgekehrt begründet die Überschreitung seiner Grenzen durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Vielmehr ist auch dann pflichtgemäßes Handeln nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG möglich; allerdings indiziert der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Pflichtverletzung.¹⁰ Letztlich ist eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unververtretbares Vorstandshandeln vorliegt;¹¹ der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.¹²

⁴ vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2005 - 1 StR 571/04, NStZ 2006, 221.

⁵ vgl. auch LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 100; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 266 Rn. 19b mwN.

⁶ vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331.

⁷ BGH, Urteile vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 Rn. 22, und vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, aaO).

⁸ vgl. RegE zu § 93 Abs. 1 AktG in BR-Drucks. 3/05, S. 20 f.

⁹ (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336; Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585 Rn. 57).

¹⁰ hM; vgl. Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 14; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 93 Rn. 12; MüKo-AktG/Spindler, 4. Aufl., AktG § 93 Rn. 40 mit zahlreichen wN; aA Scholz AG 2015, 222, 227.

¹¹ vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997, aaO; Hüffer/Koch aaO, Rn. 8.

¹² vgl. MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 56 mwN.

d. Der von der Wirtschaftsstrafkammer gewählte fehlerhafte Prüfungsansatz würde demnach allein nicht zur Aufhebung des Urteils nötigen, wenn zum einen eine Informationspflichtverletzung zu verneinen gewesen wäre; dies vermag der Senat auf der Grundlage der Feststellungen allerdings nicht zu beurteilen. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte.¹³ Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen („vernünftigerweise“). Ausgehend von diesen rechtlichen Maßstäben hätte das Landgericht – gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – zunächst bestimmen müssen, welchen tatsächlichen Anforderungen eine die Angeklagten hinreichend informierende Vorlage hätte genügen müssen. So hätte insbesondere geklärt werden müssen, in welcher Form eine Beteiligung der Rechtsabteilung mitzuteilen gewesen wäre, um als hinreichend zuverlässige Information zu gelten, und welche Informationen zu fordern waren, um den Angeklagten eine Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf die Erreichung der aufsichtsrechtlichen Ziele und einen ausreichenden Eindruck von der Ertrags- und Kostensituation sowie der Risiken der Transaktion zu ermöglichen.

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

2. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten nach § 266 StGB auf Folgendes hin:

Das Landgericht hat mit nachvollziehbaren Erwägungen angenommen, dass durch die Transaktion „Omega 55“ aufsichtsrechtlich keine RWA-entlastende Wirkung erzielt wurde. Soweit es jedoch davon ausgegangen ist, dass die Transaktion angesichts des Ziels einer RWA-Entlastung insgesamt sinnlos gewesen und deshalb ein Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtkosten der Transaktion eingetreten sei, wird das neue Tatgericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen haben. Die Urteilsbegründung spricht bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion für das Bestehen nicht geringer Chancen, dass das Geschäft aufsichtsrechtlich nicht beanstandet worden wäre, deshalb das verfolgte Ziel, die RWA-Entlastung gegenüber der Kapitalmarktöffentlichkeit geltend zu machen, hätte erreicht werden können und Nachteile für die H. am Kapitalmarkt vermieden worden wären.

Die Transaktion stellte sich wegen ihres (aufsichts-)rechtlich nicht garantierten, sondern nur faktisch erzielbaren wirtschaftlichen Erfolgs als ein „Risikogeschäft“ dar, bei dem unter besonderen Umständen die Erwartung künftiger Vorteile einen Nachteil schon bei seiner Entstehung ausgleichen und wirtschaftlich aufheben kann.¹⁴ Dem steht nicht entgegen, dass das Geschäft - bei nicht gegebener aufsichtsrechtlicher Anerkennungsfähigkeit - zumindest objektiv auf eine moralisch bemakelte Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen zu schützen.¹⁵ Bei der Untreue ist die Nachteilszufügung nur durch einen Vergleich des Vermögens, das der Betreute ohne die Pflichtverletzung des Täters hätte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Pflichtverletzung verfügt, festzustellen. Dabei ist jeder Vorteil zu berücksichtigen, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist. Zum Vermögen gehört nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist.¹⁶ Dementsprechend sind die Chancen eines „Kapitalmarkterfolges“ des Geschäfts als möglicher Ausgleich des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen. Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn die Angeklagten mit der Genehmigung des Geschäfts gegen ihre Legalitätspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verstoßen hätten, wofür sich aus den Feststellungen aber keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben.¹⁷

¹³ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., AktG § 93 Rn. 22 mwN; MüKoAktG/Spindler aaO, Rn. 48; Krieger/Sailer-Coceani aaO.

¹⁴ BGH, Urteile vom 19. Januar 1954 - 1 StR 579/53, und vom 6. Oktober 1959 - 1 StR 203/59; so bereits RG JW 1934, 2923, Nr. 29; 1936, 882, Nr. 27.

¹⁵ Rönnau, ZStW 2006, 887 (921).

¹⁶ vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74, NJW 1975, 1234 mwN.

¹⁷ vgl. zur Legalitätspflicht BGH, Urteil vom 27. August 2010 - 2 StR 111/09 mwN; MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 73 ff. mwN.

III. Anmerkung

Wenn sich komplexe Entscheidungen des Wirtschaftslebens retrospektiv als für das vertretene Unternehmen nachteilig herausstellen, wird das Verhalten der Unternehmensverantwortlichen vielfach unter den Tatbestand der Untreue subsumiert. *Ransiek* analysiert den Anwendungsbereich der Norm treffend: „§ 266 StGB passt immer.“¹⁸ Daher ist es nur folgerichtig, dass der viel zu weit geratene Untreuetatbestand im Lichte des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG einer restriktiven Auslegung bedarf.¹⁹ Einer Konturierung bedürfen dabei alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale.

Mit der vorliegenden Entscheidung werden durch den 5. Strafsenat des BGH zwei klassische Problemfelder des objektiven Untreuetatbestandes näher beleuchtet: Zum einen knüpft der Senat an seine Entscheidung vom 28.05.2013²⁰ zum Verhältnis von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Pflichtverletzung an. Des Weiteren rückt der Senat in der „Segelanweisung“ die Voraussetzungen der strafrechtlichen Schadenskompensation in den Fokus.

1. Auf der Ebene der Pflichtverletzung ist der Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB insofern akzessorisch zum Zivilrecht, als ein zivilrechtlich zulässiges Handeln in keinem Fall eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit zu begründen vermag. Dies gilt insbesondere auch für die Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen, die sich im Rahmen des unternehmerischen Ermessens halten und jeweils vertretbar sind. Die Zivilrechtsakzessorietät ist jedoch nicht streng, sondern asymmetrisch zu verstehen. Nicht jeder Verstoß gegen eine zivilrechtliche Pflicht stellt im Umkehrschluss zwingend auch eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB dar.

Vor diesem Hintergrund hat sich in der Rechtsprechung ein zweistufiger Prüfungsaufbau herausgebildet: Auf einer ersten Stufe ist zu prüfen, ob auf der Primärebene eine Verletzung zivilrechtlicher Pflichten gegeben ist. In einem zweiten Schritt ist sodann nach Maßgabe des Schutzzwecks des § 266 Abs. 1 StGB zu prüfen, ob die auf der ersten Stufe festgestellte zivilrechtliche Pflichtverletzung zugleich auch eine Pflichtverletzung im strafrechtlichen Sinne begründet. Hierzu hat die Rechtsprechung seit 2001 herausgearbeitet, dass nur „evidente“ Verstöße gegen zivilrechtliche Pflichten hinreichend „gravierend“ und damit strafrechtlich tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB sind.²¹

Mit der vorliegenden Entscheidung stellt der 5. Strafsenat in Bestätigung der Zivilrechtsakzessorietät klar, dass eine strafrechtlich bedeutsame Pflichtverletzung ausscheidet, soweit sich das Vorstandshandeln in den zivilrechtlichen Grenzen der Business-Judgement-Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hält. Die Business-Judgement-Rule wird durch den Senat ausdrücklich als für das Strafrecht maßgeblicher Maßstab anerkannt. Weiter bestätigt der Senat die Asymmetrie der Akzessorietät, indem er betont, dass ein Überschreiten der Grenzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zwar grundsätzlich eine Pflichtverletzung indiziert, diese aber mit Blick auf den ultima-ratio-Grundsatz erst dann zu einer strafrechtlichen Pflichtverletzung erstarken sollte, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln gegeben ist. In Bezug auf die Feststellung der für die Einhaltung der Business-Judgement-Rule erforderlichen „angemessenen Information“ stellt der Senat heraus, dass hierbei nicht ein rein objektiver Maßstab anzulegen ist, sondern es vielmehr darauf ankommt, ob der Vorstand subjektiv vernünftigerweise annehmen durfte, dass die Informationsbasis angemessen ist. Diese Klarstellungen sind zu begrüßen.

Kritisch ist hingegen die apodiktische Feststellung zu sehen, wonach streng zivilrechtsakzessorisch jedwede Verletzung der Sorgfaltspflichten des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets auch eine gravierende bzw. evidente Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB begründen soll, mit der Folge, dass es einer strafrechtsautonomen Prüfung auf der zweiten Stufe nicht mehr bedürfe.

Dies soll nach Auffassung des Senats immer dann der Fall sein, wenn (1) die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten seien, (2) die Bereitschaft,

¹⁸ Ransiek ZStW 2004, 634.

¹⁹ vgl. BVerfG NJW 2009, 2370; NJW 2010, 3209.

²⁰ BGH NStZ 2013, 715.

²¹ So u.a.: BGH, 15.11.2001 - 1 StR 185/01 - NStZ 2002, 262; BGH, 06.12.2001 - 1 StR 215/01 - NStZ 2002, 322; BGH, 27.08.2010 - 2 StR 111/09 - StV 2011, 20; BGH, 26.04.2017 - 1 StR 32/17 - NStZ 2017, 32; a.A. BGH, 21.12.2005 - 3 StR 470/04 - NStZ 2006, 214.

unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt würden oder (3) das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten müsse. Diese strenge Zivilrechtakzessorietät wird den anzulegenden Maßstäben zur Feststellung einer strafrechtlichen Pflichtverletzung als normativem Tatbestandsmerkmal nicht gerecht. Während das Vorliegen einer gravierenden und damit strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung im Falle des (2) „unverantwortlichen“ Eingehens von Risiken noch halbwegs greifbar ist, fehlen demgegenüber im Falle des schlichten (1) „Überschreitens der Grenzen“ oder einer Pflichtwidrigkeit (3) „aus anderen Gründen“ jegliche normative Anknüpfungspunkte zur Bestimmung der Schwere des Verstoßes. Hier wäre es im Lichte des ultima-ratio-Grundsatzes wünschenswert, wenn in Anerkennung der Asymmetrie zum Zivilrecht eine Differenzierung vorgenommen würde, insbesondere nach dem Schutzzweck der verletzten Pflicht. Dies gilt umso mehr, als § 93 Abs. 1 S. 1 AktG neben den Leitungsaufgaben auch das weite Feld der Legalitätspflicht, der Organisationspflicht sowie individuell im Anstellungsvertrag definierte Pflichten umfasst. In Anbetracht dieses vielschichtigen Pflichtenkatalogs sollte der indizierte „Automatismus“ einer gravierenden Pflichtverletzung auf besonders schwerwiegende aktienrechtliche Pflichtverletzungen²² beschränkt und im Übrigen die Schwere der Pflichtverletzung auf der zweiten Stufe individuell festgestellt werden.

2. Der 5. Strafsenat gibt in der „Segelanweisung“ zudem Hinweise zu den Voraussetzungen der strafrechtlichen Schadenskompensation. Im Einklang mit der durch das BVerfG vertretenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise²³ stellt der 5. Strafsenat zunächst heraus, dass ungeachtet einer „moralischen“ Bemakelung grundsätzlich jeder unmittelbar durch die pflichtwidrige Handlung erzielte Vorteil schadenskompensierend zu berücksichtigen sei. Diesen Grundsatz schränkt der Senat dann aber sogleich wieder dahingehend ein, dass dies aber dann nicht gelte, wenn es sich bei der Pflichtverletzung um einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG handele.

Diese Einschränkung erklärt sich zwar vor dem Hintergrund der Ausführungen des Senats zum Automatismus des Gleichlaufs zwischen der zivilrechtlichen Verletzung der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und der strafrechtlichen Pflichtverletzung. Gleichzeitig steht sie aber im Widerspruch zu den Vorgaben des BVerfG, wonach bei der Untreue als Vermögensschädigungsdelikt allein die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich sein soll, ohne dass es dabei auf die Bemakelung des Verwendungszwecks des anvertrauten Vermögens ankäme. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann es allein entscheidend sein, ob der durch die pflichtwidrige Handlung erzielte Vorteil - auch unter Berücksichtigung eines Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip - werthaltig ist. Ist dies der Fall, wird der Vermögensnachteil unmittelbar kompensiert.

3. Die vorliegende Entscheidung des 5. Strafsenats konturiert die Voraussetzungen und Grenzen der Untreuestrafbarkeit unter Berücksichtigung der Business-Judgement-Rule, die nun ausdrücklich als strafrechtlicher Maßstab und „sicherer Hafen“ anerkannt wird. Gerade mit Blick auf das in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerte Erfordernis einer angemessenen Informationsbasis ist Unternehmensverantwortlichen zu raten, den Entscheidungsprozess hinreichend zu dokumentieren. In Anbetracht der Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 04.11.2002²⁴, mit der die Haftungsmaßstäbe des Aktienrechts ausdrücklich auf die Haftung nach § 43 GmbHG übertragen werden, dürften die jetzt für den AG-Vorstand aufgestellten strafrechtlichen Grundsätze auch für den GmbH-Geschäftsführer Geltung erhalten.

²² vgl. auch die im Aktienrechts als „grob“ definierten Pflichtverstöße der §§ 84 Abs. 3 S. 2, 93 Abs. 5 S. 2, 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG.

²³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

²⁴ BGH NJW 2003, 358.

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2017 – 18 KLS-130 Js 1/12-2/15 (Scalping)

Problemstellung

Die Strafkammer des LG Düsseldorf hatte im Rahmen ihrer Eröffnungsentscheidung den hinreichenden Verdacht der Strafbarkeit der Angeschuldigten wegen des sog. Scalping zu beurteilen. Mit ihrem Beschluss lehnt die Kammer die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, da nach ihrer Ansicht kein hinreichender Tatverdacht aus rechtlichen Gründen besteht.

I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Im Tatzeitraum von Mai 2010 bis Januar 2011 nahmen die Angeschuldigten selbst oder durch Dritte unter Verwendung von Aliasnamen und falschen Firmenbezeichnungen unangefordert telefonischen Kontakt (sog. Cold-Calling-Verfahren) zu potentiellen Anlegern auf und sprachen Kaufempfehlungen für Aktien aus, ohne auf ihr Eigeninteresse als Inhaber jeweils größerer Aktiedepots hinzuweisen. Auf Veranlassung der Angeschuldigten und mit ihrem Einverständnis bewarben Telefonverkäufer dabei neben außerbörslichen Direktverkäufen die Aktie auch mit inhaltlich irreführenden Angaben intensiv, ohne einen möglichen Totalverlust des Kapitals oder das im Zusammenhang mit Aktiengeschäften bestehende Risiko hinzuweisen. Hierdurch erzeugten die Angeschuldigten künstlich die Nachfrage nach und einen damit korrelierenden Anstieg der Börsenkurse von Aktien. Den angeblich damit ausgelösten Kursanstieg der Aktien nutzen sie anschließend dafür, große Teile ihrer selbst gehaltenen Aktien gewinnbringend zu veräußern.

Gleichzeitig stellte das Unternehmen auf der dgap.de-Website, die als Verbreitungsmedium für die Berichterstattung börsennotierter Unternehmen dient, zur Bewerbung ihrer Wachstums- und Gewinnchancen Unternehmensmittlungen ein, die Vertragsabschlüsse mit namhaften Abnehmern hervorhoben.

1.

Nach Ansicht der Kammer ergäben sich die für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblichen Vorschriften aus §§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d) Marktmissbrauchsverordnung (im Folgenden: MAR).¹ Zwar lagen der Anklageschrift noch die Vorschriften der §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a. F. i. V. m. § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV² zugrunde, diese sind jedoch zwischenzeitlich durch das 1. FiMaNoG³ mit Wirkung zum 2.7.2016 geändert worden. Das LG wendete aufgrund dieser Gesetzesänderung das Meistbegünstigungsprinzip (lex-mitior-Grundsatz) gem. § 2 Abs. 3 StGB an. Nach § 2 Abs. 3 StGB sei das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn ein Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird. Der nunmehr geltende Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfordere zusätzlich, dass

„... anschließend Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs dieses Finanzinstruments gezogen wird, ...“.

Die Kammer erblickte darin eine einschränkende Tatbestandsvoraussetzung und sah in der neuen Regelung aus diesem Grund das anzuwendende mildere Gesetz und eben nicht mehr die noch der Anklageschrift angeführten Normen.

¹ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission.

² Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MaKonV) vom 1.3.2005, BGBl. I 2005, S. 515.

³ Erstes Gesetz zur Novellierung der Finanzmarktvorschriften auf Grund Europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) vom 30.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1514.

2.

Nach Ansicht der Kammer sei durch die telefonische Anlegerwerbung Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR nicht erfüllt. Danach sei eine Marktmanipulation nur dann gegeben, wenn der Täter für die Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument den gelegentlichen oder regelmäßigen Zugang zu den traditionellen oder elektronischen Medien ausnutzt. Das Tatbestandsmerkmal des Medienzugangs erfülle eine Abgrenzungsfunktion, wonach es sich um einen solchen von gewisser Exklusivität handeln müsse,

„...der auch in der modernen Mediengesellschaft nicht jedermann und jederzeit eröffnet ist.“

Darüber hinaus müsse der Begriff des Mediums dahingehend ausgelegt werden, dass

„...eine einzelne Aussage durch das Medium potentiell nahezu gleichzeitig eine Vielzahl von Personen erreichen...“

könne. Die Nutzung des Telefons sei in keiner Weise exklusiv und der Zugang zu einem Telefon begründe nach dem natürlichen Sprachgebrauch keinen Zugang zu Medien.

Darüber hinaus könne in der telefonischen Anlegerwerbung kein Verbreiten i. S. d. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR gesehen werden. Im Gegensatz zu § 20a Abs. 1 S. 1 WpHG a.F., der das Machen von Angaben voraussetze, könne unter einem Verbreiten nur eine Tätigkeit verstanden werden, die

„...darauf gerichtet ist, eine Information einem größeren Personenkreis, der nach Zahl und Individualität so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist, zur Kenntnis zu bringen.“

Im Übrigen falle die fragliche Handlung auch nicht unter den Auffangtatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit. b) MAR, da sich eine Täuschungshandlung mit Preismanipulationswahrscheinlichkeit nicht mehr feststellen lasse.

3.

Auch die Corporate News-Mitteilungen stellen nach Ansicht der Kammer keine Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR dar. Zum einen seien in rechtlicher Hinsicht solche Fallkonstellationen vom Tatbestand nicht erfasst,

„in denen das mit der abgegebenen Stellungnahme verfolgte Interesse für jeden Empfänger offensichtlich ist und der Interessenkonflikt deshalb gerade nicht verborgen wird.“

Zum anderen lasse sich in tatsächlicher Hinsicht – auch durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens – mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht sicher feststellen, dass die Corporate News-Mitteilungen zu einem zwischenzeitlichen Kursanstieg der beworbenen Aktien geführt habe. Zu dieser Auffassung gelangt die Kammer aufgrund der gerichtsbekanntenen Informationen aus dem in dem sog. IKB-Verfahren (Az. 14 KLS 130 Js 54/07-6/09) eingeholten Gutachten eines Sachverständigen zur Kausalität einer Manipulationshandlung auf den Börsenkurs einer Aktie. Die in diesem Verfahren nach dem Sachverständigengutachten angelegte zweistufige Prüfung⁴ zur Feststellung der Einwirkung einer Unternehmensmeldung auf den Börsenpreis ergebe nach Ansicht der Kammer im hiesigen Verfahren, dass sich ein solcher Einwirkungserfolg im vorliegenden Fall nicht feststellen lasse. Gegen eine Kursrelevanz der Unternehmensmeldungen spreche, dass zeitgleich intensiv telefonisch für den Kauf der Aktie geworben worden sei und dass Meldungen teilweise Wiederholungen früherer Meldungen darstellten.

⁴ Nach dieser Prüfung müsse in einem ersten Schritt das Kursbeeinflussungspotential der Meldung (abstrakt) ermittelt werden. Kriterien dafür seien der Neuigkeitsgehalt der Meldung, die eine gewisse Größe und Glaubwürdigkeit haben müsse und der Überraschungseffekt für die Marktteilnehmer. Dann sei erst im zweiten Schritt die tatsächliche Auswirkung der Unternehmensmeldung auf den Börsenkurs zu prüfen, bei dem das Niveau der mittelstarken Informationseffizienz zu berücksichtigen sei, wonach im Kurs einer Aktie alle relevanten Informationen sofort nach ihrer Veröffentlichung vollständig eingepreist seien.

II. Anmerkung zur Entscheidung

1. Zu den angewendeten Strafvorschriften

Dass der Nichteröffnungsbeschluss des LG keine Referenz zum – viel diskutierten – Beschluss des BGH vom 10.01.2017 (Az. 5 StR 532/16) hergestellt hat, ist beachtlich. In diesem befasst sich der BGH ausführlich mit dem Tatbestand des Scalpings und den dafür relevanten Normen des WpHG bzw. der MAR. Der BGH verneinte darin zudem explizit die von der Literatur angenommene Ahndungslücke⁵ für den Tatbestand des Scalpings am 02.07.2016. Die alten Vorschriften waren am 02.07.2016 bereits außer Kraft. Die neuen Vorschriften verwiesen ab dem 02.07.2016 hingegen als Blankettnormen auf die Vorschriften der MAR. Diese waren jedoch gemäß Art. 39 Abs. 2 MAR erst ab dem 03.07.2016 unmittelbar anwendbar.

Nach Ansicht des BGH bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass die §§ 38, 39 WpHG bereits am 02.07.2016 auf die erst ab 03.07.2016 gültigen Vorschriften der MAR und damit vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit Bezug nehmen und sie hierdurch vorab im Inland für anwendbar erklärten.⁶ Deswegen habe am 02.07.2016 keine Straflosigkeit bestanden.⁷

Bejaht man hingegen mit der Literatur das Bestehen einer Ahndungslücke, so hätte das LG vorliegend unter konsequenter Verwendung des Meistbegünstigungsprinzips eigentlich zu einer Straflosigkeit kommen müssen, da diese dann das mildeste Gesetz i.S.v. § 2 Abs. 3 StGB darstellte.⁸

Die Möglichkeit einer Generalamnestie hat die Kammer allerdings vollständig ignoriert. Dies ist insbesondere deswegen bemerkenswert, weil diese Fragestellung derzeit beim BVerfG anhängig ist.

Das LG blendet darüber hinaus § 52 Abs. 1 WpHG n.F. aus, der mit dem zweiten FiMaNoG⁹ am 25.06.2017 in Kraft trat und nach dem, Straftaten gemäß § 38 WpHG, in der bis zum Ablauf des 1.7.2016 geltenden Fassung abweichend von § 2 Abs. 3 StGB nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden. § 52 WpHG ist als Reaktion auf die möglicherweise bestehende Ahndungslücke in das WpHG aufgenommen worden, um so eine Nichtanwendung des Meistbegünstigungsprinzips zu ermöglichen und eine bestehende Ahndungslücke zu schließen.¹⁰ Anzuwenden wären dann ausschließlich die Normen der alten Fassung.

Da es sich hierin um einen nachträglichen Ausschluss des Meistbegünstigungsgrundsatzes handelt, der aufgrund der sonst gegebenenfalls bestehenden Straffreiheit Auswirkungen auf das Ob der Strafbarkeit hat, kann hierin ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB liegen, wonach die rückwirkende Anwendung neuen materiellen Rechts zu Lasten des Täters ausgeschlossen und gilt dabei sowohl für die Strafschärfung, als auch für die Strafbegründung.¹¹ Art. 103 Abs. 2 GG richtet sich sowohl an die Legislative, als auch an Exekutive und Judikative.¹² So können auch Gesetze selbst gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen. Aber auch die Richter dürfen Gesetze i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG, die zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft waren, nicht anwenden.

a) Kein Verstoß von § 52 WpHG gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Ein Gesetz verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn ein Verhalten nachträglich gesetzlich für strafbar erklärt, das im Zeitpunkt der Tathandlung nicht strafbar war.¹³ Vorliegend waren die Tathandlungen zu diesem Zeitpunkt durch die alte Rechtslage bereits strafbewehrt und normiert. § 52 WpHG führt weder zu einer Strafschärfung noch zu einer Strafbegründung, es soll dadurch lediglich, die Verfolgbarkeit der Tat trotz zwischenzeitlicher Ahndungslücke erhalten bleiben.¹⁴ Auch das BVerfG hat in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit einen

⁵ Eggers, WiJ 2017, 49 ff.; Gaede wistra 2017, 41 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689 ff.

⁶ BGH NJW 2017, 966 (967 f.).

⁷ BGH NJW 2017, 966 (967 f.).

⁸ Gaede wistra 2017, 41 (42); Eggers, WiJ 2017, 49 (52); Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689 (2690).

⁹ Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1693.

¹⁰ BT-Drucks. 18/10936 S. 218.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969 – 2 BvL 15, 23/68, NJW 1969, 1059 (1061); BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 – 2 BvR 1491, 1492/87, NJW 1990, 1103 (1103).

¹² Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 123 f.

¹³ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 123.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.09.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770).

Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot mit der Begründung abgelehnt, dass Art. 103 Abs. 2 GG „nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsgemäßer Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe gehandelt werden darf“. Entscheidend sei also nur über das „von wann an“, nicht jedoch das „wie lange“ der Strafverfolgung.¹⁵ Dies entspreche auch dem Zweck der Vorschrift, nach welchem dem Täter im Zeitpunkt der Handlung bekannt sein muss, dass sein Handeln verboten ist.¹⁶

Dies war vorliegend der Fall, da die fraglichen Tatbestände in § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV normiert waren und im Zeitpunkt der Handlung bereits strafbar waren. Der Schutzzweck greift damit nicht. Die Norm selbst verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot.

Für den Fall, dass das LG entgegen dieser Auffassung einen entsprechenden Verstoß angenommen hat und deswegen auch weiterhin von der Geltung des Meistbegünstigungsprinzips ausging, wäre es aber nicht zu einer unmittelbaren Nichtanwendung berechtigt gewesen. Gem. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG sind Richter verpflichtet, alle bestehenden einschlägigen Gesetze bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.¹⁷ Für den Fall, dass sie ein Bundesgesetz für verfassungswidrig halten, ist die Konsequenz nicht die Nichtanwendung, sondern eine Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Allein dem BVerfG obliegt das Verwerfungsmonopol bzgl. verfassungswidriger Normen.¹⁸

b) Anwendung als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet es der Judikative gleichzeitig, ein Gesetz anzuwenden, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war.¹⁹ § 52 WpHG war im fraglichen Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft. Sofern es sich hierbei um ein Gesetz i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG handelt, war eine Nichtanwendung daher verfassungsrechtlich geboten. Für den Anwendungsbereich für Art. 103 Abs. 2 GG muss das fragliche Gesetz aber eine Strafbarkeit bestimmen, dazu gehören alle Regeln die über das Ob und Wie der Strafbarkeit entscheiden.²⁰ Wie erläutert, handelt es sich bei § 52 WpHG um kein strafbarkeitsbegründendes oder -verschärfendes Gesetz. Art. 103 Abs. 2 GG stand einer Anwendung daher ebenfalls nicht entgegen.

Eine Nichtanwendung durch das LG könnte allerdings unter Beachtung eines Verstoßes gegen Unionsrecht geboten gewesen sein. Der hiermit verbundene Anwendungsvorrang des Unionsrechts gebietet es nationalen Gerichten, im Kollisionsfall ausnahmsweise bundesgesetzliche Vorschriften nicht anzuwenden.²¹ Das Meistbegünstigungsprinzip ist seit 2009 auf europäischer Ebene in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh normiert. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh ist es im Rahmen der Neufassung von §§ 38, 39 WpHG durch den nationalen Gesetzgeber zu berücksichtigen.²² Auch ein Eingriff in den Schutzbereich des *lex-mitior*-Grundsatzes liegt durch dessen Außerkraftsetzung vor.²³ Zwar ist der Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh, der sich auf mildere Strafen bezieht enger als der des § 2 Abs. 3 StGB, der Zweck der Vorschrift verlangt jedoch eine Ausweitung auf Ahndungslücken.²⁴

Dieser Eingriff bedarf einer hinreichenden Rechtfertigung gem. Art. 52 Abs. 1 S.1, 2 GRCh. Durch die rückwirkende Außerkraftsetzung ist der Wesensgehalt des Grundrechts i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh zumindest berührt.²⁵ Dies hat zur Folge, dass die Anforderungen an eine Rechtfertigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh sehr hoch sind.²⁶ Allein das Vorliegen einer versehentlichen Ahndungslücke wird als drin-

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 18. 9. 2008 - 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770); BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 - 2 BvR 1491, 1492/87, NJW 1990, 1103 (1103).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 18. 9. 2008 - 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770).

¹⁷ Heusch in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke GG, 13. Aufl. 2014, Art. 97 Rn. 35 ff.; Sachs in: Sachs GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 119.

¹⁸ Dederer in: Maunz/Dürig GG 81. EL. Sept. 2017, Art. 100 Rn. 20; Degenhart in: Sachs GG, 7. Aufl. 2014, Art. 100 Rn. 2.

¹⁹ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL September 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 51.

²⁰ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 68; Degenhart in: Sachs GG 7. Aufl. 2014, Art. 103 Abs. 2 Rn. 63; BGH NJW 1992, 517; Schmitz in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14; Jäger in: SK-StGB, 8. Aufl. Dez. 2014, § 2 Rn. 2a; Eser/Hecker in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl. 2014, § 2 Rn. 18.

²¹ Schmidt-Aßmann/Schenk in: Schoch/Schneider/Bier VwGO, 33. EL Juni 2017, Einl. Rn. 110 ff.

²² Gaede wistra 2017, 41 (46 f.); Saliger, WM 2017 Heft 50, 2365 (2367 f.)

²³ Gaede wistra 2017, 41 (47); Saliger, WM 2017 Heft 50, 2365 (2368)

²⁴ Gaede, wistra 2011, 365, 367 f. und ders., wistra 2017, 41 (47 f.); Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694; Sturm, NStZ 2017, 553, 557 ff., 560; A.A. Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 112 ff.

²⁵ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446).

²⁶ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446).

gender Gemeinwohlgrund wohl kaum Bestand haben.²⁷ Andere Gemeinwohlgründe oder das Erfordernis des Schutzes von Rechten und Freiheiten anderer sind nicht ersichtlich.²⁸

Wäre das LG hier von einem Verstoß gegen Unionsrecht ausgegangen, hätte es die Nichtanwendung von § 52 Abs. 1 WpHG damit ausdrücklich begründen müssen und hätte die Frage dem EuGH gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Entscheidung vorlegen können.

2. Zum Tatbestand des Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR

a) Scalping durch Telefonwerbung

Art. 12 Abs. 2 lit d) MAR verbietet die Ausnutzung des Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien durch Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument, bei welchem zuvor Positionen eingegangen wurden, um anschließend einen Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs des Finanzinstruments zu ziehen. Die Annahme einer Marktmanipulation scheidet aus, wenn dieser Interessenkonflikt zuvor wirksam offengelegt wurde. Es stellt sich die Frage, ob eine intensive Telefonwerbung von diesem Tatbestand erfasst sein kann. Dabei geht es insbesondere darum, ob Telefone unter den Begriff der Medien i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR fallen. Dies lehnte das LG vorliegend überzeugend ab.

Zwar werden Medien („das Vermittelnde“) alltagssprachlich als Kommunikationsmittel aufgefasst, sodass sich das Telefon unter den reinen Wortlaut subsumieren ließe, systematische Gesichtspunkte könnten jedoch dagegensprechen.

So wird in Art 12 Abs. 1 lit. c) MAR ausdrücklich das Internet in den Begriff der Medien eingeschlossen. Dies lässt vermuten, dass mit dem Begriff grundsätzlich die klassischen Massenmedien gemeint sind. Auch Art. 21 Abs. 1 MAR legt eine Auslegung im Sinne der Massenmedien nahe, indem davon ausgegangen wird, dass Informationen in den Medien „offengelegt“ werden.

Nach Auffassung der Kammer müsse dem Medium sogar ein gewisses Maß an Exklusivität immanent sein. Unter dieser Voraussetzung würden allgemein zugängliche Telefone von vornherein ausscheiden. Ein derartig enges Verständnis des Medienbegriffs ist jedoch mit Blick auf das Internet, welches nahezu jedermann zugänglich ist²⁹ und in Erwägungsgrund 48 den traditionellen Kommunikationskanälen gleichgestellt werden soll, kaum vertretbar.

Das Gericht ist ferner der Ansicht, dass durch das Medium eine „Vielzahl von Personen“ erreicht werden muss. Dies lässt sich zwar dem Wortlaut nicht unmittelbar entnehmen, ein solches Verständnis könnte sich jedoch aus der Existenz und dem Sinn und Zweck des Merkmals des „Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien“ ergeben. Es wäre sonst überflüssig und man könnte jede Abgabe einer Stellungnahme gegenüber Einzelnen erfassen. Mit der Nutzung des Medienzugangs muss eine konkrete bzw. besondere Gefahr verbunden sein, die Art. 12 Abs. 2 d) MAR verhindern soll. Diese Gefahr kann nur in der breiteren Wirkung durch das jeweilige Medium liegen, welches sich von der Abgabe einer Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht unterscheidet.

Es stellt sich damit die Frage, ob die getätigten Telefonanrufe eher mit einer Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht zu vergleichen sind oder mit einem Inserat in den klassischen Massenmedien.

Für eine vergleichbare Gefahr mit den klassischen Massenmedien durch eine breitere Wirkung spricht die systematische Vorgehensweise durch die Menge der Anrufe. Insoweit wurde eine vergleichbare Wirkung hervorgerufen. Diese gleiche Wirkung erfordert jedoch einen wesentlich höheren Aufwand, als bei Nutzung eines Massenmediums. Die Telefonkommunikation findet immer nur zwischen zwei Kontakten statt, sodass es zahlreicher Mitarbeiter oder anderer Dritter bedarf, die das „cold calling“ betreiben. Zwar sind keine persönlichen Treffen erforderlich, sodass das Vorgehen eine viel schnellere und effektivere Wirkung erzielt als eine Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht, gleichzeitig wird jeder Empfänger allerdings zumindest durch das Auswählen der Nummer konkretisiert und es herrscht eine vertrauliche Atmosphäre.

²⁷ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446); Gaede wistra 2017, 41 (48); Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694.

²⁸ Vgl. Gaede wistra 2017, 41 (48); Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446 f.)

²⁹ Vogel in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 234; De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 238.

Im Ergebnis sprechen daher sowohl die Systematik als auch der Sinn und Zweck des Merkmals „Zugang zu den traditionellen oder elektronischen Medien“ gegen ein Einbeziehen der Telefonkommunikation. Bei der Verwendung von Telefonen scheidet der Tatbestand des Scalpings damit von vornherein aus. Insoweit ist der Ansicht der Kammer zuzustimmen

b) Scalping durch Ad-hoc Mitteilungen

Das LG prüfte weiter, ob die durch das Unternehmen selbst getätigten Ad-hoc Mitteilungen auf der dgap.de-Website den Tatbestand des Scalping iSv Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR verwirklicht haben könnten, lehnte dies im Ergebnis ebenfalls ab.

a. Ordnungsgemäße Offenlegung des Interessenkonflikts

Fraglicher und entscheidender Punkt ist hier für die Bejahung des Scalping, ob in der Tatsache, dass es für Adressaten offensichtlich war, dass die Corporate News-Mitteilungen von dem Unternehmen selbst stammten, eine angemessene Offenlegung des Interessenkonfliktes iSv Art 12 Abs. 2 lit. d) MAR liegt. Die Kammer nahm dies an und lehnte dementsprechend ein strafrechtlich relevantes Handeln gem. Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR von vornherein – zu Recht – ab.

Denn Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfordert grundsätzlich eine ausdrückliche Offenlegung, in der der bestehende Bestand aufgeführt ist.³⁰ Allerdings ist Sinn und Zweck der Vorschrift, dem potentiellen Anleger zu gewährleisten zu prüfen, „ob und inwieweit die Empfehlung eines Dritten objektiv und frei von eigenen wirtschaftlichen Interessen ist.“³¹ Wird die Empfehlung durch den Emittenten selbst ausgesprochen, ist für die Adressaten das eigene wirtschaftliche Interesse offensichtlich. Eine derartige Empfehlung wird er skeptischer und eingehender prüfen, als eine entsprechende Empfehlung durch einen Börsenmakler oder „Börsenguru“. Damit besteht hier gerade nicht die Gefahr, vor der Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR schützen soll, weshalb die Ansicht der Kammer überzeugt.

b. Sachverständigengutachten als gerichtsbekannt

Des Weiteren vertrat die Kammer die Ansicht, dass die Ad-hoc-Mitteilungen Auswirkungen auf die Kurse der Finanzinstrumente gehabt haben. Dieser Einwirkungserfolg ist seit der Neufassung der §§ 38, 39 WpHG Tatbestandsmerkmal des Scalpings. In der vorherigen Rechtslage genügte bereits eine Einwirkungseignung gem. § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG a.F.

Für diese Feststellung verzichtete das Gericht allerdings auf die Einholung eines eigenen Sachverständigengutachtens. Darin könnte ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung gem. § 244 Abs. 2 StPO gesehen werden.

Das Gericht wendete vorliegend zwar Kriterien aus einem anderen Sachverständigengutachten als gerichtsbekannt an. Gerichtskundig sind Tatsachen von denen die zur Entscheidung berufenen Richter durch ihre richterliche Tätigkeit vor allem aus anderen Verfahren Kenntnis erlangt haben.³² Hierzu gehören auch Erfahrungssätze, sofern sie in der besonderen Sachkunde des Gerichts feststehen.³³ Der vorsitzende Richter hatte die benannten Kriterien aus einem Sachverständigengutachten eines anderen Verfahrens erlangt, in welchem er als Berichterstatter beteiligt gewesen war. Erfahrungssätze sind aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnene Regeln, welche keine Ausnahme zulassen und eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verbürgen.³⁴

Unterstellt man, dass es sich bei der eingeführten Zwei-Stufen-Prüfung um einen derartigen Erfahrungssatz zur Feststellung der Kausalität eines Marktverhaltens für den Einwirkungserfolg handelt, erscheint es jedoch fraglich, dass deren Anwendung vorliegend ordnungsgemäß erfolgte. Erforderlich ist hierzu, dass der Richter in der Lage ist, die Erfahrungssätze ordnungsgemäß umzusetzen.³⁵ Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen die in § 244 Abs. 2 StPO verankerte Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung vor.³⁶ Aufgrund der kom-

³⁰ De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 246; Vogel in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 234.

³¹ De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 241.

³² BGHSt 26, 56 (59).

³³ BGHSt 26, 56 (59).

³⁴ Eschelbach in: BeckOK StPO, 28. Ed. 1.7.2017, § 261 Rn. 40; BGH, Beschl. v. 28.10.2009 – 5 StR 443/09, NStZ-RR 2010, 51.

³⁵ Krehl in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rn. 7; BGHSt 26, 56 (61).

³⁶ BGHSt 26, 56 (61).

plexen Marktverhältnisse wird eine dem Gesetz entsprechende vollständige Sachverhaltsaufklärung ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens stark bezweifelt.³⁷

3. Zum Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR durch Telefonwerbung

Schließlich lehnte das LG eine Verwirklichung von Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR durch die Telefonwerbung richtigerweise ab. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR verbietet das Verbreiten von Informationen über die Medien oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots oder des Kurses des Finanzinstruments oder der Nachfrage danach geben oder bei denen dies wahrscheinlich ist. Entscheidend ist hierbei, ob in einer intensiven Telefonwerbung ein „Verbreiten“ zu sehen sein kann.

Dabei kommt es darauf an, wie dieses Merkmal auszulegen ist. In der Vorgängerregelung in § 20a WpHG war das „Machen einer Angabe“ erforderlich. Hier war der Zugang bei einer Person ausreichend³⁸, sodass auch die Telefonwerbung erfasst wäre.

Im Strafrecht existieren zwei Verbreitungsbegriffe. Dies ist zunächst der für die §§ 90, 111, 130 StGB geltende presserechtliche Verbreitungsbegriff. Diesen hat auch das LG seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Danach erfordert ein Verbreiten ein Zugänglichmachen an einen größeren, individuell nicht feststehenden Personenkreis oder dieser muss so groß sein, dass er für den Täter nicht mehr zu kontrollieren ist.³⁹ Gezielte Telefonanrufe bei denen der Personenkreis zumindest durch die Telefonnummer genau feststeht, wären hiervon nicht erfasst.

Eine andere Auslegung dieses Begriffs erfolgt im Rahmen der Beleidigungsdelikte. Gem. §§ 186 f. StGB liegt ein Verbreiten vor, wenn die Tatsache als Gegenstand fremden Wissens weitergegeben wird.⁴⁰ Dies erfordert somit keinen unbegrenzten Personenkreis, sodass eine Subsumtion der Telefonwerbung hierunter grundsätzlich möglich wäre.

Gegen eine Auslegung i.S.d. presserechtlichen Verbreitungsbegriffs spricht zwar zunächst, dass große Investoren, die einen begrenzten Personenkreis darstellen bereits großen Einfluss auf den Kurs der Finanzprodukte haben können.⁴¹ Der natürliche Wortsinn legt allerdings eine Auslegung in diesem Sinne nahe. Denn „Verbreiten“ bedeutet so viel wie in Umlauf bringen oder verteilen. Dies zeigt insbesondere auch ein Vergleich mit der englischen und französischen Version der Verordnung.⁴² Hier werden die Begriffe „diffuser“, sowie „disseminating information“ verwendet, welche für die Abgabe gegenüber zahlreichen Personen sprechen. Diffuser bedeutet verbreiten, verteilen, in Umlauf bringen. Die Bedeutung bezieht sich damit auf die Menge der Adressaten und nicht auf einen Gegenstand fremden Wissens. To disseminate bedeutet ebenfalls verbreiten, verteilen, aber auch veröffentlichen. Auch hier ist ein deutlicher Bezug zur Menge der Adressaten deutlich.

Hinzu kommt, dass der Verbreitungsbegriff der Beleidigungsdelikte in Abgrenzung zum Merkmal des „Behauptens“⁴³ entstanden ist und damit eher als Ausnahme zu klassifizieren ist. Für die Qualifikation, das „Verbreiten von Schriften“ gem. § 186 2. Hs. StGB, gilt hingegen ebenfalls der presserechtliche Verbreitungsbegriff.

Bei § 186 1. Hs. StGB handelt es sich zudem um ein reines Äußerungsdelikt.⁴⁴ Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfasst jedoch wie die §§ 90, 111, 130 StGB auch die Verbreitung schriftlicher Stellungnahmen, was ebenfalls für eine Auslegung in diesem Sinne spricht. Der Wortlautzusammenhang, dass die Informationen über die Medien einschließlich des Internets verbreitet werden müssen, spricht im Hinblick auf obige Auslegung des Merkmals „Medien“ ebenfalls für einen unbegrenzten Personenkreis.

³⁷ *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 108.

³⁸ *De Schmidt* in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 74; *Vogel* in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 65.

³⁹ BGH, Urteil vom 6. 10. 1959 - 5 StR 384/59, NJW 1959, 2125 (2126); v. *Heintschel-Heinegg* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.08.2017, § 80a Rn. 7; *Hörnle* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 184 Rn. 58.

⁴⁰ *Zacyk* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 5. Aufl. 2017, § 186 Rn. 9; *Valerius* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.8.2017, § 186 Rn. 13; *Kühl* in: Lackner/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, § 186 Rn. 5.

⁴¹ Vgl. *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 54.

⁴² *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 54.

⁴³ *Eisele/Lencker* in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 186 Rn. 8; *Regge/Pegel* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 186 Rn. 19.

⁴⁴ *Eisele/Lencker* in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 186 Rn. 8; *Regge/Pegel* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 186 Rn. 19.

Die Gefahr, vor der Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR schützen soll, liegt zudem nicht darin, dass die Information als Gegenstand fremden Wissens übermittelt wird, sondern vielmehr darin, dass durch einen größtmöglichen Adressatenkreis, ein Einfluss auf die jeweiligen Kurse wahrscheinlich ist. Im Ergebnis ist damit der Auslegung des LG zuzustimmen. Telefonanrufe fallen nicht unter den Begriff des Verbreitens.

III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Beschluss des LG im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung des Beschlusses des BGH und der damit verbundenen Diskussion in der Literatur bezüglich einer Generalamnestie äußerst fragwürdig ist. Auch eine Auseinandersetzung mit § 52 Abs. 1 WpHG wäre erforderlich gewesen. In Bezug auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 12 MAR ist dem LG hingegen im Wesentlichen zuzustimmen. Es ist allerdings anzumerken, dass für den Fall, in dem die Offenlegung des Interessenkonflikts verneint worden wäre, die Einholung eines Sachverständigenutachtens erforderlich gewesen wäre.

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

Soll der für die inzwischen insolvente GmbH tätige Berufsträger (Rechtsanwalt/Steuerberater/Wirtschaftsprüfer) als Berufsgeheimnisträger in einem gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer geführten Strafverfahren als Zeuge aussagen, kann er von seiner Verschwiegenheitspflicht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO so lange allein durch eine entsprechende Erklärung des Insolvenzverwalters entbunden werden, wie der Berufsträger nicht zugleich auch vom beschuldigten Geschäftsführer persönlich mandatiert worden war und beide Beratungsverhältnisse untrennbar miteinander verbunden waren. In einem solchen (Ausnahme-)Fall des Doppelmandats ist dann eine Entpflichtung des Berufsgeheimnisträgers (nur) durch gemeinsame Erklärung von früheren Geschäftsführern und Insolvenzverwalter zulässig.

OLG Hamm, Beschluss vom 17.08.2017 – 4 Ws 130/17, ZInsO 2017, 2316.

Das OLG Hamm schließt sich mit seiner Entscheidung der aktuellen Rechtsprechung der überwiegenden Mehrzahl der Oberlandesgerichte an; 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. Lediglich das OLG Zweibrücken ist – ohne überzeugende Begründung und unter Ignorieren der weiteren aktuellen Entscheidungen – anderer Auffassung; vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08. 12. 2016 - 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 441 m. abl. Anm. Weyand. Umfassend zu der Problematik s. im Übrigen Wick, ZWH 2017, 82.

2. Beschlagnahmefähigkeit von Buchführungsunterlagen beim Steuerberater - § 97 StPO

Durchsuchungen bei einem Berufsgeheimnisträger, der selbst keiner Straftat verdächtig ist, sind zulässig; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet jedoch, in jedem Verfahrensstadium das jeweils schonendste Mittel anzuwenden. Buchführungsunterlagen des Beschuldigten, die sich im Büro des Steuerberaters befinden, unterliegen grds. der Beschlagnahme, wobei offenbleiben kann, ob die Unterlagen beschlagnahmefrei sind, wenn und soweit sie vom Steuerberater noch zur auftragsgemäßen Bearbeitung benötigt werden.

LG Halle, Beschluss vom 07.06.2017 - 2 Qs 1/2017, 2 Qs 2/2017, ZInsO 2017, 2178.

3. Erforderlicher Vortrag für die Verfahrensrüge der Verletzung des Beweisverwendungsverbots hinsichtlich der Auskünfte des Insolvenzschuldners - § 344 StPO

Nur solche Umstände können ganz ausnahmsweise zu einem strafprozessualen Verfahrenshindernis führen, deren (Nicht-)Vorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens tangiert. Ein etwaiger Verstoß gegen das Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO hat kein Verfahrenshindernis zur Folge. Dessen mögliche Verletzung ist nur auf eine explizite Verfahrensrüge hin zu prüfen.

BGH, Beschluss vom 26.07.2017 - 3 StR 52/17, ZInsO 2017, 2314.

Eine zulässige Verfahrensrüge der Verletzung des Beweisverwendungsverbots aus § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO setzt nach allgemeiner Auffassung den Vortrag voraus, eine aufgrund der Verpflichtung aus § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO erteilte Auskunft sei ohne Zustimmung des Angeklagten verwendet worden; s. dazu bereits OLG Celle, Beschluss vom 19.12.2012 – 32 Ss 164/12, ZInsO 2013, 731 mit krit. Anm. Kemperdick, ZInsO 2013, 1116.

4. Reichweite des Verwendungsverbots - § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO soll nach dem Gesetzeszweck nur demjenigen Schuldner zugutekommen, der seinen Pflichten im Insolvenzverfahren ohne Einschränkung nachkommt, der also eine umfassende Auskunft gemäß seiner Verpflichtung nach § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO erteilt, die sich gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO auch auf eventuell begangene Straftaten zu beziehen hat. Straftaten beschönigend oder unvollständig darzustellen, ist dem Schuldner nicht gestattet. Zur Privilegierung auch solcher Schuldner, die ihren Pflichten nicht genügen und gegenüber dem Insolvenzverwalter falsch oder nur lückenhaft Auskunft erteilen, besteht deshalb kein Anlass.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.06.2016 - III-2 Ws 299/16, ZInsO 2017, 2271.

Zu der in jüngerer Vergangenheit in der Literatur heftig umstrittenen Problematik der Natur und der Reichweite des Verwendungsverbots nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO vgl. etwa Diversy, ZInsO 2005, 180; Püschel, FS der AG Strafrecht des DAV, 2009, 759; ders., ZInsO 2016, 262; Laroche, ZInsO 2015, 1469; Weyand, ZInsO 2015, 1948; Haarmeyer, ZInsO 2016, 545.

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

Die bei Beauftragung eines Externen anfallenden entstehenden Kosten können dem Verurteilten als Verfahrenskosten nur dann auferlegt werden, wenn die Auftragserteilung erfolgt, um spezifische Fragestellungen aufgrund des fachlichen Wissens des Beauftragten zu klären, und aufgrund entsprechender Erfahrungssätze verfahrenserhebliche Tatsachen zu ermitteln. Erforderlich hierfür ist stets eine selbstständige und eigenverantwortliche gutachterliche Stellungnahme zu konkret umschriebenen Beweisthemen.

LG Berlin, Beschluss vom 24.07.2017 – 511 Qs 50/17, n.v.

Das LG schließt sich mit seiner Entscheidung explizit der aktuellen Rechtsprechung des OLG Schleswig-Holstein an; vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.01.2017 - 2 Ws 441/16 (165/16), ZInsO 2017, 324.

II. Materielles Strafrecht

1. Strafgesetzbuch

Verjährungsunterbrechung durch Beauftragung eines Sachverständigen bei fahrlässiger Insolvenzverschleppung - § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die strafrechtliche Verjährung wird nach § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB prinzipiell durch die Beauftragung eines Sachverständigen unterbrochen. Nicht jede Inanspruchnahme eines Gutachters erfüllt indes die Voraussetzungen einer „Beauftragung“ i.S.d. Bestimmung. Werden mehrere Sachverständigengutachten eingeholt, können diese jeweils nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn entweder die Person des Sachverständigen

ausgewechselt oder demselben Sachverständigen ein völlig neues Beweisthema aufgegeben wird; die Anordnung eines Ergänzungsgutachtens bzw. die Bitte um Klarstellung oder Erläuterung eines bereits erstatteten Gutachtens führen nicht zur erneuten Verjährungsunterbrechung.

BGH, Beschluss vom 10.08.2017 – 3 StR 227/17, ZInSO 2017, 2250.

2. Abgabenordnung

Steuerhinterziehung bei passivem Verhalten gegenüber dem Insolvenzverwalter - § 370 AO

Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist. Nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens obliegen die steuerlichen Erklärungspflichten nicht mehr dem Schuldner, sondern - abhängig von der Art des Insolvenzverfahrens - entweder dem Insolvenzverwalter oder dem Treuhänder. Zwar muss der Schuldner den Insolvenzverwalter bzw. den Treuhänder bei der Abgabe der Steuererklärungen unterstützen. Ein Verstoß gegen diese rein insolvenzrechtlich begründete Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht ist aber strafrechtlich irrelevant.

BGH, Beschluss v. 10.08.2017 - 1 StR 573/16, ZInSO 2017, 2313.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Erzwingungshaft bei anhängigem Insolvenzverfahren - § 96 OWiG

Während der Dauer des Insolvenzverfahrens ist die Anordnung von Erzwingungshaft unzulässig.

LG Duisburg, Beschluss vom 04.06.2014 - 69 Qs-114 Js-OWi 56/13-7/14, ZInSO 2017, 1852.

IV. Entscheidung zum Zivilrecht mit strafrechtlichem Bezug

Vollstreckung von Zwangsgeldern gegen Organmitglied im Fall der Insolvenz - §§ 765a, 890 ZPO

Die Ordnungsmittel des § 890 Abs. 1 Satz 1 ZPO dienen als zivilrechtliche Beugungsmittel präventiv der Verhinderung künftiger Zuwiderhandlungen; daneben stellen sie repressiv eine strafähnliche Sanktion für die Übertretung eines gerichtlichen Verbots dar. Das Verständnis der Ordnungsmittel des § 890 ZPO als Maßnahmen zur Beugung des Willens des Schuldners, die zugleich strafrechtliche Elemente enthalten, steht mit der Verfassung in Einklang, sofern der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ gewahrt bleibt. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Beugezweck des Ordnungsmittels regelmäßig entfallen. Solange ein Sanktionsinteresse des Gläubigers besteht, darf die Vollstreckung jedoch fortgeführt werden.

BVerfG, Beschluss vom 09.05.2017 - 2 BvR 335/17, ZInSO 2017, 1795.

Internationales

Schweiz

RA Dr. Christina Galeazzi und RA Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht kam es im Berichtszeitraum der vergangenen sechs Monate – in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht – kaum zu relevanten Neuerungen. Zwar wurde das Sanktionenrecht auf den 1. Januar 2018 geändert. Für das Wirtschaftsstrafrecht sind die Änderungen aber von eher untergeordneter Bedeutung. Etwas anderes gilt für die Revision des Strafprozessrechts, welche sich allerdings erst in der Vernehmlassung befindet. Die angedachten Änderungen sollen u.a. die Rechte der Geschädigten stärken und ihnen insbesondere im Bereich geringfügiger Vermögensdelikte grösseren Einfluss auf das Verfahren geben.

Auch in der Rechtsprechung gab es nur wenige erwähnenswerte Entscheide. Immerhin konkretisierte das Bundesgericht seine (dogmatisch nicht unproblematische) Ansicht zum Gefährdungsschaden (konkret am Straftatbestand der räuberischen Erpressung). Das Verwaltungsstrafrecht – welches mit dem Zoll- und Mehrwertsteuerstrafrecht, dem Finanzmarktstrafrecht und dem Spielbankenstrafrecht wichtige Teilrechtsgebiete des Wirtschaftsstrafrechts erfasst – stand in materiell-rechtlicher Hinsicht dagegen ganz im Zeichen der Verjährung. Hier ergingen wichtige Entscheide des Bundesgerichts und des Obergerichts des Kantons Zürich, welche offene Fragen nunmehr verbindlich beantworten.

II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

1. Neues Sanktionenrecht ab dem 1. Januar 2018

Am 19. Juni 2015 verabschiedeten die eidgenössischen Räte die Änderungen des Sanktionenrechts, welches nicht unerheblich verschärft werden sollte. Die Änderungen im Allgemeinen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, welche seit dem 1. Januar diesen Jahres in Kraft sind, sind nun aber gleichwohl weniger gravierend, als zunächst angenommen.¹

Im Zentrum steht die Lockerung der Voraussetzungen für die Aussprechung einer kurzen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten. Wie bisher hat in diesem Bereich zwar die Geldstrafe grundsätzlich Vorrang. Eine kurze Freiheitsstrafe kann neu aber auch dann ausgesprochen werden, wenn sie nötig erscheint, um den Täter oder die Täterin vor weiteren Straftaten abzuhalten. Je nach Bewährungsprognose kann die kurze Freiheitsstrafe auch bedingt – also auf Bewährung – ausgesprochen werden. Bisher waren kurze Freiheitsstrafen dagegen nur in unbedingter Form möglich, nämlich nur dann, wenn eine schlechte Bewährungsprognose zu stellen war und der Vollzug einer Geldstrafe aussichtslos erschien. Bei der Geldstrafe behält das Gesetz den Höchstbetrag des Tagessatzes von CHF 3'000 bei, bestimmt aber neu, dass in der Regel ein Tagessatz von mindestens CHF 30 gilt, der in Ausnahmefällen bis auf CHF 10 reduziert werden darf.

2. Revision Schweizerische Strafprozessordnung

Derzeit wird die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)², welche am 1. Januar 2011 in Kraft getreten war, einer Gesamtrevision unterzogen. Durch punktuelle Änderungen soll die Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung verbessert werden. Am 1. Dezember 2017

¹ Zur Revision ausführlich *Jositsch/Poulikakos*, Neuerungen im Sanktionenrecht: von der Botschaft zur Schlussabstimmung, ZStrR 135 (2017), S. 341 ff.

² Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

schickte der Bundesrat die Änderungen der Strafprozessordnung in die Vernehmlassung. Diese dauert noch bis Mitte März 2018.

Die Vernehmlassungsvorlage betrifft u.a. auch den Adhäsions- oder nach Schweizerischer Terminologie den Zivilkläger. Zivilkläger ist jene Person, welche durch eine Straftat unmittelbar in ihren Rechten verletzt worden ist und nun im Strafverfahren die Ansprüche geltend macht, die sich aus der Straftat ableiten (Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO).

Mit Blick auf den Zivilkläger sind v.a. zwei Vorschläge bedeutsam, welche beide das Strafbefehlsverfahren betreffen. Nach geltendem Recht sind im Strafbefehlsverfahren vom Beschuldigten nicht anerkannte Forderungen von Gesetzes wegen zwingend auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. a; Art. 353 Abs. 2 StPO). Diese Regelung wird in der Lehre seit jeher als geschädigten-unfreundlich kritisiert,³ stünde sie doch gerade bei liquiden Forderungen im Widerspruch zur Prozessökonomie, weil der Zivilkläger einen zweiten Prozess anstrengen muss, will er seine Forderung durchsetzen.⁴ Diese Kritik wurde gehört und so soll neu der Staatsanwalt Zivilforderungen beurteilen können, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Zum einen muss die Zivilforderung auf tatsächlich ausreichend geklärten Verhältnissen beruhen; d.h. deren Beurteilung muss ohne besondere Umstände möglich sein. Zum anderen darf der strittige Betrag CHF 30'000 nicht übersteigen.⁵

Die zweite wichtige Änderung betrifft die Möglichkeit des Zivilklägers, Einsprache gegen einen Strafbefehl zu erheben. De lege lata fehlt der Zivil- bzw. Privatkläger in der Aufzählung der zur Einsprache legitimierten Personen (vgl. Art. 354 Abs. 1 StPO). Dass der Zivilkläger nicht zur Einsprache legitimiert sein soll, kritisiert nicht nur die Lehre.⁶ Auch das Bundesgericht räumt der Privatklägerschaft, wozu der Zivilkläger zählt (Art. 118 Abs. 1 StPO), die Einsprachelegitimation ein, wenn sie durch den Strafbefehl in ihren rechtlich geschützten Interessen berührt ist.⁷ Auch dieser Kritikpunkt wurde berücksichtigt und so bezeichnet nun die Vernehmlassungsvorlage den Privatkläger ausdrücklich als zur Einsprache berechnete Person.⁸ In einem weiteren Absatz hält sie zudem fest, dass die Privatklägerschaft den Strafbefehl hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten kann.⁹ Diese Regelung wiederholt, was bereits in Bezug auf die Rechtsmittel gilt. Gemäss Art. 382 Abs. 2 StPO kann die Privatklägerschaft einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten.

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 20. September 2017 (zur Vermögensgefährdung als Vermögensschaden)¹⁰

a) Sachverhalt

Zusammen mit drei weiteren Personen fuhr der Beschwerdeführer zur Wohnung seines Schwiegervaters (im Folgenden der „Geschädigte“), wo er diesen gewaltsam überwältigte, fesselte, bedrohte und schlug. Nebst Bargeld und anderen Wertgegenständen suchte der Beschwerdeführer auch nach einem Darlehensvertrag, welcher festhält, dass der Beschwerdeführer dem Geschädigten CHF 236'000 schuldet. Als dieser nicht gefunden werden konnte

³ Riklin, Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 353 N 6; Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, S. 91

⁴ Thommen, a.a.O., S. 91; eingehend hierzu Galeazzi, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 105 ff.

⁵ Art. 353 Abs. 2 Vorentwurf zu den Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vorentw-d.pdf> (zuletzt besucht am 14.01.2018).

⁶ Eingehend hierzu Galeazzi, a.a.O., S. 86 ff.

⁷ BGE 141 IV 231.

⁸ Art. 354 Abs. 1 lit. a^{bis} Vorentwurf zu den Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vorentw-d.pdf> (zuletzt besucht am 14.01.2018).

⁹ Art. 354 Abs. 1^{bis} Vorentwurf zu den Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vorentw-d.pdf> (zuletzt besucht am 14.01.2018).

¹⁰ BGer, Urteil vom 20.9.2017, 6B_982/2016, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://20-09-2017-6B_982-2016&lang=fr&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 14.01.2018).

te, erklärte der Geschädigte, er könne innert sieben Tagen CHF 2,3 Mio. erhältlich machen. In der Folge setzte der Beschwerdeführer einen handschriftlichen Vertrag auf, wonach der Geschädigte dem Beschwerdeführer CHF 2 Millionen schulde und der Geschädigte unterzeichnete diese Schuldanererkennung. Den Erwägungen des Bundesgerichts folgend muss der Geschädigte sodann den Vorfall sofort bei den Strafverfolgungsbehörden gemeldet haben.

Nach Auffassung der Vorinstanz, dem Kantonsgericht Luzern, führte die Unterzeichnung der Schuldanererkennung unmittelbar zu einem Vermögensschaden beim Geschädigten, indem dessen Passiven vermehrt wurden.¹¹ Folglich verurteilte es den Beschwerdeführer wegen räuberischer Erpressung (sowie wegen weiterer Taten, auf die hier nicht näher eingegangen wird) zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 8 Monaten und verpflichtete ihn unter solidarischer Haftung mit weiteren Personen zu einer Genugtuungszahlung in der Höhe von CHF 8'000.

Gegen dieses Urteil reichte der Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen ein und beantragte u.a., er sei vom Vorwurf der räuberischen Erpressung freizusprechen. Zu diesem Antrag führte er aus, dass kein Vermögensschaden vorliege, weshalb der objektive Tatbestand der räuberischen Erpressung nicht erfüllt sei. Die Schuldanererkennung habe lediglich dazu gedient zu verdeutlichen, dass der Beschwerdeführer zurückkehren würde, um das Geld abzuholen, nicht jedoch um eine eigenständige Forderung zu begründen. Eine solche wäre von vornherein nichtig und wegen des Beizugs der Polizei nicht realisierbar gewesen.¹²

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Bezug auf die Verurteilung wegen räuberischer Erpressung gut, und wies die Sache unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz an diese zur Entscheidung zurück.

Das Bundesgericht hielt sich in seiner Begründung sehr kurz. Seiner Auffassung nach führte das Unterschreiben der Schuldanererkennung weder zu einer unmittelbaren Vermögensminderung noch zu einer „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung, sondern war einzig Voraussetzung dafür, dass sich das Schriftstück überhaupt als Schuldanererkennung qualifiziert. Jedoch sei damit noch nichts über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Schuldanererkennung und über die Bonität des Schuldners gesagt. Die Bonität bestimme sich nach der Zahlungsfähigkeit und dem Zahlungswillen des Schuldners. Die theoretische Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer versuchen könnte, die nichtige Forderung gerichtlich durchzusetzen, begründe keinen vermögensrelevanten Nachteil. Mit Verweis auf einen früheren bundesgerichtlichen Entscheid aus dem Jahr 2012 führte das Bundesgericht weiter aus, dass zwar u.U. auch eine erzwungene und damit nichtige Schuldanererkennung einen Vermögensnachteil in Form einer Vermögensgefährdung darstellen könne, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass das Vermögen konkret gefährdet sei. Gerade eine solche Gefährdung sei aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. So hätten keine Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass der Beschwerdeführer die Absicht hatte, die Schuldanererkennung gerichtlich durchzusetzen. Sodann sei der Vorfall den Strafverfolgungsbehörden bekannt gewesen und damit eine gerichtliche Durchsetzung faktisch ausgeschlossen. Und schließlich sei der Geschädigte zahlungsunwillig. Der Geschädigte habe daher durch die erzwungene Schuldanererkennung keinen wirtschaftlichen Nachteil erlitten.¹³

c) Bemerkung

Der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung im Sinne von Art. 156 Ziff. 1 und 3 StGB erfordert einen Vermögensschaden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein solcher in einer tatsächlichen Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven bestehen. Ferner soll ein Vermögensschaden auch dann vorliegen, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dies

¹¹ BGer, Urteil vom 20.9.2017, 6B_982/2016, E. 2.2.

¹² BGer, Urteil vom 20.9.2017, 6B_982/2016, E. 2.1.

¹³ BGer, Urteil vom 20.9.2017, 6B_982/2016, E. 2.4.

ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.¹⁴

Wie der Betrug nach Art. 146 StGB ist die Erpressung erst vollendet, wenn der Erpresste eine Vermögensdisposition vornimmt, durch welche entweder er selber oder ein Dritter unmittelbar am Vermögen geschädigt wird.¹⁵ Als solche Vermögensdisposition kommt nach Lehre und Rechtsprechung u.a. die Anerkennung einer (nicht bestehenden) Schuld in Frage, auch wenn eine solche aus zivilrechtlicher Sicht unverbindlich ist,¹⁶ „weil die Berufung auf die Nichtigkeit stets mit Risiken verbunden ist“¹⁷.¹⁸ Entsprechend gelangte auch die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die Unterzeichnung der Schuldanerkennung durch den Geschädigten unmittelbar zu einer Vermehrung seiner Passiven führte.¹⁹

Es ist dem Bundesgericht beizupflichten, wenn es die Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht teilt und festhält, dass die Unterzeichnung der Schuldanerkennung durch den Geschädigten nicht unmittelbar zu einer Vermehrung seiner Passiven führte. Bedauerlicherweise nimmt das Gericht indes die Gelegenheit nicht wahr, in Bezug auf die Frage nach dem Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung Klarheit zu schaffen und auf seine bisherige Rechtsprechung zurückzukommen. Wie oben erwähnt schließt eine nichtige Schuldanerkennung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen Vermögensschaden nicht von vornherein aus. Vielmehr kommt es nach höchstrichterlicher Auffassung darauf an, ob das Vermögen des Geschädigten durch die Schuldanerkennung konkret gefährdet wird. Im vorliegenden Fall verneinte es diese konkrete Gefährdung, weil eine gerichtliche Durchsetzung der Schuldanerkennung faktisch ausgeschlossen und der Geschädigte zahlungsunwillig war.

Zunächst sind die Formulierungen des Bundesgerichts insofern irreführend, als dass sie den Schluss zulassen, dass für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens auch eine bloße Gefährdung des Vermögens ausreichend ist. Bei sämtlichen Delikten, die im Tatbestand einen Vermögensschaden verlangen, handelt es sich indes um Verletzungsdelikte. Daher kann allein eine Gefährdung des Vermögens den Tatbestand nicht erfüllen, wenn und solange sich dadurch dessen Wert nicht verändert.²⁰ Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall gar kein Raum für einen Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung besteht. Der Geschädigte unterzeichnete die Schuldanerkennung unter Zwang, weshalb sie für ihn von Anfang an unwirksam war.²¹ Folglich wurde das Vermögen des Geschädigten im Tatzeitpunkt auch nicht belastet.²² Ein Vermögensschaden wäre erst dann eingetreten, wenn der Geschädigte gestützt auf die Schuldanerkennung eine Zahlung getätigt hätte.²³ Diesfalls hätte der Schaden allerdings in einer Verminderung der Aktiven bestanden. Mit anderen Worten führt das Verpflichtungsgeschäft infolge seiner Ungültigkeit nicht zu einem Vermögensschaden, sondern erst das Verfügungsgeschäft.

2. Entscheidung des Bundesgerichts vom 11. September 2017 (Verjährungshemmung durch Strafverfügung der Bundesverwaltung)²⁴

a) Sachverhalt

Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) erließ im September 2015 einen Strafbescheid wegen des nicht korrekten Führens von Flugbüchern in den Jahren 2010 bis 2012. Der Betroffene erhob hiergegen Einsprache. Daraufhin erließ das BAZL am 22. Oktober 2015 eine Strafverfügung gestützt auf Art. 70 VStrR, worin es sieben fehlende Eintragungen fallen ließ und den Betroffenen wegen der 17 verbleibenden Eintragungen mit CHF 850 büßte. Dieser erhob Einsprache, worauf das BAZL die Sache zur gerichtlichen Beurteilung überwies. Das Bezirksgericht Bülach bestrafte den Betroffenen am 4. Mai 2016 mit einer Buße von CHF

¹⁴ BGE 142 IV 346 E. 3.2; 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV 17 E. 3d; 122 IV 279 E. 2a; 121 IV 104 E. 2c.

¹⁵ *Donatsch*, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 291.

¹⁶ BGE 114 II 131 E. 3b.

¹⁷ BGer, Urteil vom 10.4.2012, 6B_199/2011, E. 5.3.5.1.

¹⁸ *Donatsch*, a.a.O., S. 292; BGE 74 IV 94; 92 I 388; BGer, Urteil vom 18.1.2008, 6B_459/2007, E. 5.4.3.

¹⁹ BGer, Urteil vom 20.9.2017, 6B_982/2016, E. 2.2.

²⁰ *Maeder*, Gefährdung – Schaden – Vermögen, Zum sogenannten Schaden durch Vermögensgefährdung im Strafrecht, Basel 2017, N 301 und 305; s.a. *Donatsch*, a.a.O., S. 240.

²¹ Vgl. BGE 114 II 131 E. 3b.

²² *Maeder*, a.a.O., N 383 f.

²³ Weitergehend *Maeder*, N 243 ff. und N 386.

²⁴ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//11-09-2017-6B_207-2017&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 14.01.2018).

4'000 wegen mehrfacher fahrlässiger Widerhandlung gegen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 4 Verordnung der UVEK über die Lufttüchtigkeit von Luftfahrzeugen i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Verordnung über die Rechte und Pflichten des Kommandanten eines Luftfahrzeugs (VLLV) sowie Art. 52a VLLV und Art. 91 Abs. 1 lit. i Bundesgesetz über die Luftfahrt (LFG; SR 748.0). Auf Berufung bestätigt das Obergericht des Kantons Zürich den bezirksgerichtlichen Schuldspruch. Hiergegen erhob der Betroffene Beschwerde in Strafsachen mit dem Argument, dass der Erlass der Strafverfügung durch das BAZL die Verjährung nicht verhindert habe und diese dann vor dem bezirksrichterlichen Entscheid eingetreten sei. Das Bundesgericht hatte somit zu prüfen, ob der Erlass einer Strafverfügung im Verwaltungsstrafverfahren die Verjährung verhindert oder ob diese Wirkung alleine dem erstinstanzlichen Urteil zukommt.

b) Urteil

Das Bundesgericht bejaht Ersteres, wonach die vorgeworfene Tat nach Erlass der Strafverfügung nicht mehr verjähren kann. Die Begründung des Bundesgerichts fällt – wohl folgerichtig – relativ kurz aus. Das Gericht verweist zunächst auf BGE 133 IV 112, in welchem der Strafverfügung die vorgenannte Wirkung zugesprochen wurde, da diese sinngemäss mehr sei als ein bloßer Strafbefehl/Strafbescheid (welcher lediglich als Urteilsvorschlag anzusehen ist). Die seitdem ergangene Rechtsprechung (genauer: die Entscheide BGE 139 IV 62, BGE 142 IV 11 und BGE 142 IV 276) habe an dieser "differenzierten Betrachtungsweise" (Strafbefehl/Strafbescheid einerseits, Strafverfügung andererseits) nichts geändert, eine Praxisänderung müsse sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, welche vorliegend nicht gegeben seien. Ausserdem belege der Verweis von BGE 142 IV 276 auf BGE 139 IV 62, dass keine Praxisänderung angedacht gewesen sei, da man diese eben nicht weiter problematisiert habe – dies liest sich wie folgt: "BGE 142 IV 276 E. 5.2 stellte indessen ohne weitere Problematisierung der Rechtsprechung wiederum auf die bisherige Praxis nach BGE 133 IV 112 ab. Das Bundesgericht sah sich mithin nicht veranlasst, eine Praxisänderung tatsächlich ins Auge zu fassen."

c) Bemerkung

Der Entscheid ist für das Verwaltungsstrafrecht von besonderer Bedeutung. Die Verjährung tritt hier, sofern kein Unterbrechungstatbestand greift, nach maximal sieben Jahren, also relativ schnell, ein. Würde wie im Kernstrafrecht auf ein erstinstanzliches Urteil zur Verjährungsverhinderung abgestellt, so hätte dies auch den positiven Effekt, dass die Untersuchung durch die Strafabteilung der jeweils zuständigen Bundesverwaltungsbehörde ohne Verzögerung geführt wird. Hieran war dem Bundesgericht offenbar nicht gelegen.

Der Entscheid kann aus mehrerlei Gründen nicht überzeugen: so führt er etwa – was nicht sein darf – zu unterschiedlichen Verjährungsunterbrüchen im Verwaltungsstrafrecht, je nachdem, ob vor dem Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts eine Strafverfügung ausgesprochen wurde oder (wie im Falle von Art. 71 VstR) nicht. Zudem hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Konsequenz, dass die Strafverfügung im Verwaltungsstrafverfahren gänzlich anders behandelt wird als der Strafbefehl im Strafverfahren, wobei nicht ersichtlich ist, worin sich diese unterscheiden.²⁵

Darüber hinaus fragt sich, welchen Sinn das obiter dictum im Entscheid 139 IV 62 (E. 1.4.6) hat, wenn nicht ernsthaft eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung angedacht gewesen wäre – so führte das Gericht aus: "Welche Konsequenzen sich daraus für die Fälle ergeben, in denen das Einspracheverfahren nicht übersprungen, sondern nach dem Erlass des Strafbescheids eine Strafverfügung ausgefällt wird, ist hier nicht zu entscheiden. Es ist nicht zu prüfen, ob folgerichtig auch in diesen Fällen die Verjährung erst mit der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils im gerichtlichen Verfahren zu laufen aufhört und die Rechtsprechung in diesem Sinne zu ändern wäre." Vor diesem Hintergrund und der nun gewählten Argumentation erscheint es im Übrigen fraglich, ob die Gerichtskosten wirklich dem Beschwerdeführer hätten auferlegt werden müssen.

²⁵ Vgl. dazu ausführlich Macaluso/Garbarski, 6B_207/2017 : La prescription de l'action pénale en droit pénal administratif : confirmation d'une jurisprudence critiquable, AJP 2018, S. 117 ff.

3. **Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Januar 2017 (Verjährung bei verwaltungsstrafrechtlichen Übertretungen)**²⁶

a) **Sachverhalt**

Die Vorinstanz, das Bezirksgericht Winterthur, hatte das wegen einer Übertretung gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG (Aufstellung von Spielsystemen oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs) geführte Verfahren wegen Verjährung eingestellt. Auf Beschwerde der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) prüfte das Obergericht des Kantons Zürich, ob die Vorwürfe tatsächlich verjährt waren.

b) **Urteil**

Das Obergericht verneinte dies. Zwar verjähren Übertretungen nach dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 2 SBG innert fünf Jahren – allerdings sei diese Frist über Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB zu verdoppeln und dann, gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung²⁷, wiederum auf sieben Jahre zu kürzen, damit die Verjährung von Übertretungen nicht nach jener für Vergehen eintritt; für die Übertretungen des Spielbankengesetzes habe dies das Bundesgericht explizit so festgestellt.²⁸ Diese sieben Jahre waren im konkreten Fall noch nicht abgelaufen, zumal das Verfahren über Art. 11 Abs. 3 VStrR während rund 18 Monaten ruhte. Darüber hinaus stellte das Obergericht fest:

Mit Einführung der 10-jährigen Verjährungsfrist für Vergehen mit Strafandrohung von drei Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB) im Jahre 2014 könnte fraglich sein, ob die vom Bundesgericht vorgenommene "Reduzierung der Verjährung von Übertretungen" auf sieben Jahre (vgl. BGE 134 IV 328) noch Geltung beanspruchen kann oder ob nun auch verwaltungsstrafrechtliche Übertretungen erst nach zehn Jahren verjähren. Das Obergericht verneinte dies zumindest für das SBG (E. 7.3. c), da dessen Vergehen (Art. 55 SBG) andernfalls schneller verjähren (Art. 97 Abs. 1 lit. d StGB: sieben Jahre) würden, als die Übertretungen nach Art. 56 SBG.

Zuletzt stellte das Obergericht fest, dass Art. 11 Abs. 3 VStrR für alle Übertretungen gilt, nicht nur für jene nach Art. 11 Abs. 1 und 2 VStrR (E. 7.4 a).

c) **Bemerkung**

Dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich ist – zumindest unter Zugrundelegung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Recht zu geben. Erfreulich ist dies insbesondere in Bezug darauf, dass die maximal siebenjährige Verjährung im Bereich des Spielbankensrechts nicht an die nun angehobene Verjährung bei einzelnen Vergehen des Kernstrafrechts angepasst wird. Denn dies wäre wertungswidersprüchlich.

Explizit nicht entscheiden musste das Obergericht im Übrigen (wie es in E. 7.3. d selbst bemerkt), ob Vorabklärungen (bspw. welche Behörde zur Frage der Prüfung der Vorfrage überhaupt zuständig ist) zu verwaltungsrechtlichen Vorfragen i.S.v. Art. 11 Abs. 3 VStrR ebenfalls verjährungsunterbrechende Wirkung ("Ruhen") entfalten, insbesondere für den Fall dass sie angefochten werden. Zumindest nach hier vertretener Ansicht ist dies unzweifelhaft zu verneinen, da erst der Anfechtung der konkreten Vorfrage (und nicht der hierzu erforderlichen Vorabklärung) ausweislich des klaren Wortlauts von Art. 11 Abs. 3 eine solche Wirkung zukommt.

²⁶ Abrufbar unter: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/UH160248-06.pdf (zuletzt besucht am 14.01.2018). Der Entscheid wurde erst im Juli 2017 veröffentlicht, so dass er noch in den hier relevanten Besprechungszeitraum fällt.

²⁷ BGE 134 IV 328

²⁸ 6B_770/2010, E. 5.2; abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110228_6B_770-2010.html (zuletzt besucht am 14.01.2018).

Rezensionen

Individual- und Unternehmensanktionen

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Fleckenstein, Lennart¹, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten

Duncker & Humblot, Berlin 2017; 299 S., 79,90 €; *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 277*

I.

Welch unbestechliche Gedankenkraft! Unverblümt dargebracht, zugespitzt wie in Entscheidungen des Reichsgerichts, daher eine Klarheit erreichend, die heutzutage ihres Gleichen sucht. Das Verwenden manch scharfen Ausdrucks (Lippenbekenntnis, S. 271; vorgeschoben, S. 272) wäre dennoch vermeidbar gewesen, bleibt aber eine Geschmacksfrage.

Fleckenstein machte aus der Not eine Tugend: Begonnen hat er seine Arbeit unter Geltung des bis zum 30.6.2017 geltenden Abschöpfungsrechts. Angenommen wurde sie während des Gesetzgebungsverfahrens. Die Druckfassung berücksichtigt hingegen bereits das „Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung“ vom 13.4.2017, BGBl. I, S. 872 ff., in Kraft getreten am 1.7.2017. Seine Ursprungsfassung erweiterte *Fleckenstein* insbesondere im der Neufassung gewidmeten Kapitel III (S. 198-281). Dafür erwiesen sich seine tiefgreifenden, die rechtshistorischen Grundlagen und ihre Verwerfungen im Gesetzgebungsverfahren vor Inkrafttreten der §§ 73 ff. StGB mit dem 2. Gesetz zur Reform des Strafrechts am 1.1.1975 nicht nur beleuchtenden, sondern entwirrenden und zu einer stringenten Dogmatik entwickelnden, dabei die Brüche des Gesetzes und die Grenzen ihrer Heilbarkeit aufzeigenden Erwägungen als eine geradezu ideale Basis, als ein sicheres Navigationssystem, mit dem er sich das neue Recht erschließen und es beurteilen konnte.

Geradezu bewundernswert ist es, wie knapp, aber intellektuell überzeugend, präzise, manchmal zwingend *Fleckenstein* die Eckpunkte der geistigen Grundlagen des Abschöpfungsrechts herausarbeitet, die Reichweite von Argumenten beleuchtet, sie einteilt in tragfähige und nicht überzeugende, letztere nicht nur verwirft, sondern konsequent ausblendet, und erstere stringent vom theoretischen Ausgangspunkt bis in die kleinsten Verästelungen auch nur theoretisch denkbarer Konstellationen nachzeichnet, dabei das Wesentliche mit einem Wort oder jedenfalls einem kurzen Satz eingängig hervorhebend und am Ende jedes Gedankengangs noch einmal kurz zusammenfassend.

Besonders bemerkenswert ist dabei, mit welcher leichter Hand er argumentiert, so dass sich das Werk, das sich einem doch sehr komplexen Thema widmet, phasenweise wie ein Roman liest, den man als Leser nicht mehr aus der Hand legen möchte. Als besonders hilfreich erwies sich dabei die pädagogische Technik, das jeweilige Ergebnis in präzisen Beispielen anschaulich werden zu lassen. Angesichts zahlreicher Abgrenzungen und zuweilen minimaler Abweichungen (nur) scheinbar vergleichbarer Sachverhalte ist es eine Meisterleistung, wie *Fleckenstein* die jeweils einschlägigen Aspekte in kurzen Sachverhaltsausschnitten verdeutlichte: knapp, allen Überflusses entratend, dabei alles Notwendige enthaltend und auf diese Weise besonders anschaulich.

II.

Bereits in der Einleitung weist *Fleckenstein* darauf hin (S. 17), dass das Recht der Abschöpfung eine 3. Spur des (nicht nur) strafrechtlichen Rechtsfolgensystems markiere (OWiG, StGB, GWB, UWG, WiStG, S. 21). Sie unterscheidet sich von Strafen und Maßregeln dadurch, dass sie weder auf Schuld noch auf Gefährlichkeit abstelle (S. 17, auch S. 23), und schließe

¹ Dr. Lennart Fleckenstein, Düsseldorf, ist Preisträger des WisteV-Preises 2018.

zumindest teilweise die Lücken des in Deutschland (noch?) nicht vorhandenen Unternehmensstrafrechts (S. 22).

Seinen theoretischen Überlegungen liegt die Differenzierung zwischen Rechtsgrund als Zweck und systematisch betrachteter Rechtsnatur zugrunde (S. 27).

1.

Auf Basis der kurz nachgezeichneten bisherigen Diskussion zum Rechtsgrund entwickelte *Fleckenstein* seine eigene Auffassung. Von einer bloß dem Zivilrecht dienenden Funktion könne keine Rede sein, denn andernfalls hätte es bereits den Verfall gar nicht geben dürfen, beschränkte der sich doch auf Erträge aus Taten ohne individuellen Verletzten (S. 34). Die strafrechtliche Abschöpfung trete vielmehr eigenständig neben andere Ausgleichssysteme. *Fleckenstein* exemplifiziert seine Einsicht am Beispiel der in der Begründung des Reformgesetzes wiederholt hervorgehobenen Parallele zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung der §§ 812 ff. BGB und zeigt dabei auf, dass und warum sie überhaupt nicht bestehe (S. 34-43) und sich nur beim Umweltstrafrecht (S. 40 f.) gewisse Ähnlichkeiten erwiesen. Leider wird erst später wirklich deutlich, dass *Fleckenstein* die fehlende Parallelität zwischen strafrechtlichem Abschöpfungs- und bürgerlich-rechtlichem Bereicherungsrecht allein auf die Tatbestandsseite bezieht, sie hingegen für die Rechtsfolgenseite nicht nur bejaht, sondern daraus auch Korrekturen der strafrechtlichen Bestimmungen ableitet (z.B. S. 69, 215 f.).

Der wesentliche Unterschied zwischen Abschöpfungs- und Bereicherungsrecht bestehe darin, dass bei Ersterem allein das „Nehmen“ des aus einer Tat stammenden Ertrags im Vordergrund stehe (S. 45). Damit soll die verletzte Rechtsordnung wiederhergestellt werden (S. 45 f.). Diesen Gedanken setzt *Fleckenstein* nun jedoch zu Recht nicht absolut, sondern bindet ihn in die freiheitsfördernde Funktion des Staates des Grundgesetzes ein. Dies führt ihn zur Generalprävention (S. 46-54) als einzigem Rechtsgrund des Instituts strafrechtlicher Abschöpfung (S. 53). Als Nebenprodukt zeigt er bei seinem Gedankengang die Künstlichkeit der Differenzierung zwischen negativer und positiver Generalprävention auf: Auch letztere sei nicht an den ohnehin Rechtstreuen adressiert (diese Sicht dürfte allerdings etwas zu pauschal sein, nimmt man in den Blick, dass ein Rechtstreuer auch in Zukunft rechtstreu bleiben soll), sondern habe den potentiellen Rechtsbrecher im Blick (darunter fällt nun jedoch in der Tat auch der bisher Rechtstreue): Dessen rechtswahrendes Verhalten solle negativ mittels Abschreckung und positiv im Wege der Überzeugungsbildung gesichert werden (S. 50 f.). Das Abschöpfungsrecht diene der Vervollständigung des von den Straftatbeständen erstrebten Rechtsschutzes und ergänze diese somit (S. 52 f.). Zwar begründe dies nur die Legitimität der Entziehung, nicht auch die Übertragung auf den Staat. Dies gelte aber für Geldstrafen genauso. (S. 53).

2.

Fleckensteins Betrachtungen zur Rechtsnatur knüpfen an seine Erkenntnis der den Rechtsgüterschutz ergänzenden Funktion des Abschöpfungsrechts an, welche ihn die Frage stellen lässt, ob denn dann nicht die Abschöpfung die Rechtsnatur der Bestrafung teilen und selbst als „Strafe“ betrachtet werden müsse (S. 58). Die Suche nach einer Antwort führt ihn zur Prüfung der Merkmale, welche eine Rechtsfolge als „Strafe“ kennzeichnen. Unumgänglich sei dabei eine phänomenologische Definition: Weil das Grundgesetz für die Zulässigkeit von „Strafen“ bestimmte Anforderungen stelle, könne es nicht in der Definitionsmacht des einfachen Gesetzgebers liegen, ob er von ihm ergriffene Regelungen als „Strafe“ oder strafähnlich betrachte oder nicht (S. 58). Das gelte auch für das Abstellen auf ein „ethisches Unwerturteil“ (S. 62). Damit würden Begriff und Legitimationsvoraussetzungen miteinander vermengt (S. 63 f.). Sein eigenes Verständnis von Strafe fällt demgegenüber – eingestandenmaßen, aber für die vorliegende Untersuchung als ausreichend angesehen – arg weit aus und erstreckt sich auf jedes staatlicherseits auferlegte Übel i.S. eines materiellen Nachteils als Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten (S. 65).

Löse der Gesetzgeber wie seit 1975 die Abschöpfungsfunktion aus der (Geld-)Strafe heraus, so liege in der Abschöpfung nach dem Nettoprinzip kein gegenüber dem status quo ante, also dem Stand vor Begehen der Straftat, zusätzliches Übel. Insoweit handele es sich um eine Maßnahme eigener Art ohne Strafcharakter (S. 67 f.). Daran ändere allerdings auch der Übergang zum Bruttoprinzip nichts Grundlegendes (S. 68-83), weil das Bereicherungsrecht mit den §§ 818 Abs. 4 und 819 BGB dem Bösgläubigen ebenfalls wirtschaftliche Verlustrisi-

ken zuweise, ihm also eine Haftungsverschärfung zumute (S. 69, 72 f.). Zudem habe sich das Verständnis des Bereicherungsrechts des BGB gewandelt, von der Betrachtung der *Bereicherung* zum Abstellen auf das *Erlangte* (S. 70-72). Auch strafrechtlich greife der Staat bei der (Original-)Einzziehung nur darauf zu und eben nicht auf das sonstige, auch legale Vermögen. Dabei bleibe es auch unter Anwendung des Bruttoprinzips. Erleide der Betroffene aus dem Gesamtgeschehen einen darüber hinausgehenden Verlust in seinem Vermögen, so habe er diesen mittels Investierens in ein verbotenes Geschäft bereits zuvor, jedenfalls unabhängig von der Abschöpfung quasi selbst herbeigeführt (S. 74). Die Übernahme des Rechtsgedankens des § 817 BGB in das Abschöpfungsrecht wandle daher nicht dessen Rechtsnatur (S. 74-76). Gleiches gelte für das Genügen von Leichtfertigkeit (S. 78)

Der Blick auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts, konkret der §§ 818 Abs. 4 und 819 BGB, führt *Fleckenstein* dann aber zugleich auch zügig an die Grenzen legitimer Anwendung des Bruttoprinzips (S. 77): Sofern der Betroffene, insbesondere ein Drittempfänger, hinsichtlich des deliktischen Hintergrundes des Geschäfts oder der empfangenen Gegenleistung nicht bösgläubig sei, treffe ihn die bürgerlich-rechtliche Haftungsverschärfung nicht und er könne seine Aufwendungen abziehen, so dass er nur für den Saldo hafte. Diese Wertung überträgt *Fleckenstein* – als seine zentrale These – auch auf das Strafrecht. Die verschärfte Haftung setze zwar nicht Schuld voraus, sondern lediglich Bösgläubigkeit. Im Fall fehlender Bösgläubigkeit nehme aber die Haftung über die Netto-Abschöpfung hinaus automatisch Strafcharakter an – und verstoße deshalb gegen das Schuldprinzip. Die Schlüssigkeit dieser Argumentation steht und fällt mit dem Zugrundeliegen von *Fleckensteins* äußerst weiter Definition von Strafe. Betrachtet man nicht jeden auferlegten materiellen Nachteil als Strafe – und dafür gibt es überzeugende Gründe, will man nicht auch Steuern und manchen Abgaben Strafcharakter beimessen – so fehlt es zumindest am Automatismus der Mutation der über das Nettoprinzip hinausgehenden Vermögenseinbuße zu einer Strafe. Angesichts dessen erweist sich diese Schlussfolgerung als redundant.

3.

Die interpretative Einschränkung des Bruttoprinzips auf Fälle nicht bösgläubiger Betroffener steht mit dieser Argumentation also noch auf tönernen Füßen. Ihre Basis wird zwar nicht von der MRK gefestigt (S. 83 f.), das Ergebnis aber von der Verfassungsgarantie des Art. 14 GG gestützt (S. 85-117). Es fällt dabei so eindeutig aus, dass es des Diskurses über die Strafe gar nicht bedurft hätte: Der darauf verwendete Abschnitt könnte vielmehr folgenlos entfallen. Ohne ihn wäre allerdings die Möglichkeit offengeblieben, dass es sich bei *Fleckensteins* tiefenscharfem Blick auf das Verfassungsrecht um ein Unikat gehandelt haben könnte und nicht um einen Ausweis seiner besonderen Stärke: Wie bereits im Blick auf den Begriff der „Strafe“ so stellt sich *Fleckenstein* auch in Bezug auf das Verständnis von „Eigentum“ das Problem einer verfassungsrechtlichen Definition, welche eine Delegation an das einfache Recht vermeidet und somit der Gefahr des Schutzes seitens der Verfassung lediglich nach Maßgabe des einfachen Rechts vorbeugt.

Fleckensteins Lösung auf verfassungsrechtlicher Ebene ist radikal und letztlich keine juristische – das Sezieren der vom BVerfG in der Entscheidung zum erweiterten Verfall eingenommenen Position (BVerfGE 110, 1, 23 f.) deckt Inkonsequenzen auf (S. 93-96) – sondern besteht in der verfassungsgeboteten Anerkennung allen faktischen Verhaltens und seiner Ergebnisse (so ausdrücklich S. 96). Immanente Gemeinschaftsvorbehalte grundrechtlicher Schutzbereiche lehnt er deshalb ab (S. 90). Als einzige Ausnahme erkennt er den in der Verfassung selbst normierten Vorbehalt der Verwirkung gemäß Art. 18 GG an (S. 91).

Dem könne das Eigentumsgrundrecht nicht gleichgestellt werden. Art. 14 Abs. 2 GG enthalte zwar eine Gemeinwohlklausel. Aus Sicht des Grundrechtsträgers folge aus dem Terminus „zugleich“ aber zumindest die bestehende Gleichrangigkeit von privat- wie gemeinnütziger Verwendung. Das Grundgesetz anerkenne das Spannungsverhältnis, löse es aber nicht selbst auf (S. 91). Unter Verweis auf den Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG (E 58, 300, 330 ff.) und die seitdem ständige Rechtsprechung sieht *Fleckenstein* in der Gemeinwohlklausel eine an den Gesetzgeber gerichtete verfassungsunmittelbare Delegation zur Bestimmung des Verhältnisses von privat- und fremdnützigem Eigentumsgebrauch, die dieser unter Wahrung beider Aspekte nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen habe. Die Aufgabe der Konkretisierung stehe der Annahme einer Vorverlagerung auf die Verfassungsebene entgegen. Daher gebe es auch für Art. 14 GG keine immanenten Missbrauchs- und Verwirkungsschranken (S. 92). Konsequenterweise gelangt *Fleckenstein* auf

diese Weise dazu, dass auch eine deliktisch erworbene Rechtsposition „Eigentum“ i.S. von Art. 14 GG darstelle (S. 93). Eine verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen Einziehung des Erlangten selbst und von dessen Wert lehnt er im Blick auf den spätestens in der Vollstreckung erfolgenden Zugriff auf legales Vermögen ab (S. 96-98).

Demgemäß betrachtet *Fleckenstein* das gesamte Recht der Abschöpfung als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (S. 100) mit der Folge, dass Beschränkungen von dessen Privatnützigkeit einer Rechtfertigung vor der Verfassung bedürften (legitimer Zweck <hier: Generelprävention, S. 102-104, 106>, Erforderlichkeit, Eignung und Angemessenheit). Im Ergebnis gelangt *Fleckenstein* zu folgenden Ergebnissen:

Die Abschöpfung darf auch beim Drittempfänger vorgenommen werden.

Allerdings gebührt der Abschöpfung beim Täter oder Teilnehmer der Vorrang, so dass insoweit kein (reines) Verhältnis der Gesamtschuldnerschaft angenommen werden darf (zum neuen Recht s. S. 229-231).

Der nicht bösgläubige Drittempfänger darf sowohl seine anfänglichen wie seine nachträglichen Aufwendungen abziehen. Insoweit darf die ersatzweise Einziehung des Wertes nur auf Basis des Nettoprinzips angeordnet werden.

III.

Seine im ersten Kapitel erzielten Erkenntnisse wendet *Fleckenstein* im zweiten Kapitel auf das bis zum 30.6.2017 geltende Abschöpfungsrecht an.

1.

Zu Beginn findet sich ein Überblick über die Entstehungsgeschichte des § 73 Abs. 3 StGB a.F. (RStGB 1871, PreistreibereiVO 1918, GeldstrafenG 1923, WiStG 1949, Große Strafrechtskommission ab 1954; E 1963; AE 1966; Sonderausschuss für die Strafrechtsreform ab 1965 bis zum 2. Gesetz zur Reform des StGB, in Kraft seit 1.1.1975, S. 119-145).

2.

Als Hauptschwerpunkt einerseits und bis heute in § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB fortwirkende Crux andererseits identifiziert *Fleckenstein* den für die Abschöpfung beim Drittbetroffenen zentralen Passus des „Handeln für einen anderen“. Er zeigt auf, dass der Sonderausschuss die Abschöpfung unabhängig davon ermöglichen wollte, in welchem Vermögen sich der tatbedingte Vermögensvorteil befindet. Zu diesem Zweck sollte es überhaupt nicht mehr, wie gemäß frühere Überlegungen, darauf ankommen, ob der Täter (oder Teilnehmer) ursprünglich (und erkennbar) für einen anderen gehandelt hat. Man strich deshalb das im seinerzeit aktuellen Entwurf vorhandene Hauptbeispiel, das Handeln als Vertreter, übersah dabei jedoch, dass sich nicht allein daraus, sondern auch aus dem Erfordernis des bestehenbleibenden Merkmals eines Handelns für einen anderen die Einschränkung des Anwendungsbereichs ergab, die man gerade beseitigen wollte (S. 135-140): Als Folge gab es nur eine Regelung für den Erwerb direkt aus dem Vermögen des Verletzten, nicht aber für einen vom Täter, Teilnehmer oder einem anderen Dritten abgeleiteten Erwerb.

3.

Auch das Erfordernis des Erhalts des Erlangten seitens des Dritten „durch“ die Tat sei im Sonderausschuss nicht in begrifflicher Klarheit diskutiert worden (S. 140-144). Nach den Vorstellungen des (seinerzeitigen) Bundesjustizministeriums habe mit dieser Wendung eine Beschränkung auf das unmittelbar Zugewendete festgelegt werden sollen (S. 140). Unklar sei jedoch der Bezugspunkt dieses Unmittelbarkeitserfordernisses geblieben: Zuwendung *uno actu* oder lediglich Ausschluss von Surrogaten? Dem Inhalt der protokollierten Diskussion entnimmt *Fleckenstein*, dass Ersteres gar nicht zur Sprache gekommen sei. Vergleichbar mit § 73 Abs. 1 StGB sei es nur um den Ausschluss der Abschöpfung dessen gegangen, was mit dem Erlangten erworben worden sei (z.B. Lotteriegewinn mit bemakeltem Geld). Derartige Konstellationen wurden abschöpfungsrechtlich auf den Verfall von Nutzungen und Surrogaten, § 73 Abs. 2 StGB a.F., beschränkt. Mit der Beschränkung auf die Abschöpfung von Surrogaten beim Täter oder Teilnehmer sei – wertungsmäßig inkonsequent und ohne erkennbare Begründung – eine Regelung unterblieben, welche den Zugriff auf Gegenstände

erlaubt hätte, welche beim Drittbetroffenen an die Stelle des Erlangten getreten sind (S. 143).

4.

Die Befassung mit dem methodisch möglichen Umgang mit den beiden genannten Problemen (S. 145-197) führt *Fleckenstein* direkt zur grundlegenden Entscheidung BGHSt 45, 235, in welcher das oberste Strafgericht Vertretungs-, Verschiebungs- und Erfüllungsfälle unterschied (S. 149-197). Sie bereitete den Boden für das Abstellen der Praxis auf den Bereicherungszusammenhang (S. 166 f.), verbunden mit einem in doppelter Hinsicht erweiterten Verständnis: „dadurch“ wurde auch beim verschiebenden Handeln des Täters oder Teilnehmers nach der Tat und „für einen anderen“ auch im Fall des Durchgangserwerbs als erfüllt angesehen (S. 173 f.).

a)

Letzteres lasse sich methodisch nur im Wege der Gesetzeskorrektur erreichen (S. 175), womit dann immerhin den Vorstellungen des Sonderausschusses Rechnung getragen würde (S. 180-182). *Fleckenstein* sieht darin allerdings nur eine Notlösung (S. 185).

b)

Im Hinblick auf Ersteres wendet sich *Fleckenstein* zunächst einer Sonderproblematik zu, nämlich der Frage, ob beim Dritten auch abgeschöpft werden könne, wenn das Erlangte bei diesem nur „geparkt“ oder lediglich vorübergehend seinem Vermögen einverleibt worden wäre, es aber an den Täter oder Teilnehmer zurückfließen solle (S. 188-192; zum neuen Recht S. 231 f.). Überzeugend arbeitet er als Stufenverhältnis heraus, dass das Abstellen auf das „Erlangte“ keineswegs zur Relativierung einer lediglich formalen Rechtsposition führen und sie als Abschöpfungshindernis konstruieren sollte. Vielmehr handele es sich um eine Erweiterung: Abgeschöpft werden könne selbst dann, wenn der Dritte über keine förmliche Rechtsposition verfüge – natürlich erst recht dann, wenn dies der Fall sei.

Die wesentliche Frage laute jedoch, ob es methodisch begründbar sei, im Durchgangserwerb ein Handeln zu sehen, wodurch der Dritte i.S. von § 73 Abs. 3 StGB a.F. etwas erlangt habe. *Fleckenstein* lehnt das ab und legt dar, dass Bezugspunkt nur das Tathandeln selbst sein könne. Die Auslegung der Rechtsprechung, es genüge ein Handeln im Zusammenhang mit der Tat, verstoße auch gegen den Willen des Sonderausschusses, der die Abschöpfung auf den Ersterwerb des Drittempfängers direkt vom Verletzten beschränken wollte. Folglich scheide eine Gesetzeskorrektur insoweit zwingend aus (S. 195 f.). Damit entfalle aber zugleich auch das Bedürfnis für die gesetzeskorrigierende Notlösung im Hinblick auf das Verständnis des „Handeln für einen anderen“ (S. 195). Das frühere Recht erlaubte damit entgegen der Rechtsprechung in Verschiebungsfällen nicht die Abschöpfung.

IV.

Im Kapitel 3 legt *Fleckenstein* die von ihm erarbeitete Messlatte an das seit dem 1.7.2017 geltende Abschöpfungsrecht an.

1.

Er bedauert, dass sich der Fehler des Sonderausschusses in der Wortfassung des neuen § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB fortsetze, weil auch diese Bestimmung ein „Handeln für einen anderen“ und das „Erlangen durch die Tat“ (letzteres nunmehr sogar ausdrücklich) verlange. Das trifft in der Tat zu. Die Folgen sind jedoch gegenüber § 73 Abs. 3 StGB a.F. deutlich geringer, weil nunmehr § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a und b StGB die Verschiebungsfälle erfasst und damit ausdrücklich die Abschöpfung sowohl nach unentgeltlichem wie rechtgrundlosem, im Fall der Bösgläubigkeit aber auch nach Erwerb mit Rechtsgrund gestattet. Damit sind nach neuem Recht die Fälle des Durchgangsrechtserwerbs beim Dritten ausdrücklich geregelt. Auch wenn die Rechtsprechung zur Maßgeblichkeit des Bereicherungszusammenhangs damit obsolet ist (S. 210 f.), mag sie allerdings auch fürderhin noch die ein oder andere Argumentationshilfe bieten.

Nach unmittelbarem Dritterwerb scheidet die Abschöpfung an § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB demnach, wenn überhaupt, nur noch in solcher Konstellation, in der der Täter oder Teil-

nehmer nicht für den Drittempfänger gehandelt hat. Obwohl damit der *Grundsatz der Abschöpfbarkeit unabhängig davon, in wessen Vermögen sich das Erlangte befindet*, vom geltenden Recht weiterhin nicht vollständig verwirklicht wurde, sind doch die Fälle, in denen die Abschöpfung aus diesem Grunde scheitern könnte, gegenüber dem bisherigen Recht deutlich verringert. Denkbar ist das nur noch dann, wenn das Erlangte ungeplant in das Vermögen eines Dritten fällt. Die zweite Variante, in der die Mitwirkung des Drittempfängers fehlt (z.B. wenn der Betrüger sein Opfer veranlasst, unmittelbar an einen Gläubiger des Täters zu leisten, S. 217), ließ sich interpretatorisch zwar nicht unter § 73 Abs. 3 StGB a.F. subsumieren. Der dafür bestehende Grund, der entgegenstehende Wille des historischen Gesetzgebers, ist aber nunmehr entfallen. Im Bestreben, die Rechtsprechung des BGH zu kodifizieren, liegt auch die Übernahme von dessen Interpretation, es genüge ein Handeln im Interesse des Dritten. Da dieses Verständnis auch mit dem Wortlaut von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ohne weiteres vereinbar ist, spricht alles dafür, nunmehr eindeutig (und entgegen *Fleckenstein*, S. 208, ohne Gesetzeskorrektur) eine Mitwirkung des Drittempfängers für irrelevant zu halten.

2.

Im Hinblick auf § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zeigt *Fleckenstein* auf, dass die von der Gesetzesbegründung gezogene Parallele zu § 822 BGB nicht bestehe, die Regelungen aber vom Präventionsgedanken getragen würden (S. 212-217) und zwar auch soweit auf das Vorliegen einer Verschiebungsabsicht verzichtet werde (S. 218-223). Im Hinblick auf den Schutz des nicht bösgläubigen Drittempfängers und die damit erforderliche Berücksichtigung seiner (anfänglichen wie nachträglichen) Aufwendungen beanstandet *Fleckenstein* die Unterschiedslosigkeit, mit der § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a, 2. Alt. StGB die Rechtsgrundlosigkeit der Unentgeltlichkeit gleichstellt (S. 223-225). Der Wortlaut erfasse damit – wertungswidrig – auch den entgeltlichen, nicht bösgläubigen rechtsgrundlosen Erwerb (S. 224). Insoweit befürwortet er de lege lata eine teleologische Reduktion (S. 225).

3.

Für § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB genügt nach *Fleckenstein* die einfache Fahrlässigkeit nicht. Erforderlich sei vielmehr (alternativ zum Wissen) auf Leichtfertigkeit beruhende Unkenntnis (S. 225-228). Aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Empfängers sei es geboten, nicht auf den Zeitpunkt der Erfüllung, sondern auf den der Entstehung der Pflicht, regelmäßig auf den Abschluß des schuldrechtlichen Grundgeschäfts, abzustellen. Dieses Ergebnis lasse sich jedoch ohne Gesetzesänderung nicht begründen, weil § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB ohne ernsthaften Zweifel auf den Zeitpunkt des Empfangs der Leistung rekurriere (S. 228 f.; s.a. S. 274 m. Fn. 227). Allerdings besteht insoweit eine übereinstimmende Wertung mit § 261 StGB, Geldwäsche, dort allerdings beschränkt auf den abschließend normierten Vortatenkatalog.

4.

Die Einbeziehung des Erbfalls, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB (S. 233-237), und den Ausschlusstatbestand rechtmäßigen Zwischenerwerbs, § 73b Abs. 1 S. 2 StGB (S. 237-239), begrüßt *Fleckenstein* als Parallele zu § 261 Abs. 6 StGB, obwohl er sieht, dass Kriminellen damit die Möglichkeit eröffnet wird, das Erlangte mittels Einbeziehens eines Gutgläubigen in eine Erwerbskette vor der Abschöpfung zu sichern (S. 237).

5.

§ 73b Abs. 2, Var. 2, und Abs. 3 StGB erstrecken die Regelung des § 73 Abs. 2 und 3 StGB über das Abschöpfen von Nutzungen und Surrogaten auf die Einziehung beim Drittempfänger.

6.

Besonderer Beachtung erfreut sich § 73b Abs. 2, Var. 1 StGB. Danach kann auch abgeschöpft werden, was ein Dritter zwar nicht im Original, wohl aber als dessen Gegenwert erhalten hat. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, nicht allein das Erlangte selbst, sondern bereits dessen Wert könne in makelbehafteter Weise auf einen Dritten übertragen werden.

a)

Immerhin vorstellbar ist dies, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen Erlangtem und Werttransfer besteht: Hatte sich der Täter das benötigte Auto ergaunert, so kann ihm dies ermöglichen, das für den Kauf vorgesehene Ersparte seinem Sohn zu übergeben. Aber selbst in diesem von Gegenständlichkeit gekennzeichneten Fall fragt es sich, was es rechtfertigen kann, die legal angesammelte Summe beim Sohn abzuschöpfen. Bei ersparten Aufwendungen ist die Verbindung noch weiter gelockert: In welchem Vermögenswert manifestieren sich 40.000 € nicht vorangemeldete Umsatzsteuern? Im gegenständlichen Nichts (*Bittmann*, *wistra* 2003, 161, 167 f., zum Parallelproblem bei der Geldwäsche). Bei einem zeitlichen Transfer in entsprechender Höhe liegt eine Verbindung nahe. Kann sie ausreichen? Und was ist, wenn der schöne Gewinn in zahlreichen Geschäften des Alltags versickert? Soll man sich wirklich mit dem Gedanken vertraut machen, dass beim Bäcker, der von der Steuerunehrlichkeit seines Kunden weiß, der Gegenwert der in den letzten 30 Jahren gekauften Brötchen abgeschöpft werden können soll?

Wie bei der Geldwäsche stellt sich die Frage, welche Vermögensgegenstände des Täters kontaminiert sind: Alle? Keiner? Die Gesamtheit? *Fleckenstein* legt überzeugend dar, dass es zumindest regelmäßig weder bei § 261 StGB noch bei der Einziehung überhaupt möglich ist, irgendeinen bestimmten Vermögensbestandteil zu identifizieren, der den Wert der deliktisch ersparten Aufwendungen verkörpert (S. 239-246). Er versucht sich deshalb an einer (allerdings nur de lege ferenda möglichen) dogmatischen Neubestimmung (S. 247-252) und findet sie im Gedanken der Isolation, der Verkehrsunfähigkeit des Vermögens des Täters (nicht nur, aber auch des Geldwäschers): Auf der Primärebene komme bei ersparten Aufwendungen nur die Einziehung von Wertersatz in Betracht. Damit scheidet die Weitergabe eines kontaminierten Gegenstands von vorn herein aus. Bis zur Höhe des Werttransfers könne daher die Abschöpfung im übernehmenden Vermögen angeordnet werden.

b)

Soweit *Fleckenstein* damit den Zugriff auch auf das Legalvermögen des Drittempfängers eröffnet, bewegt er sich noch in bekannten Bahnen, denn ein solcher ist auch bei Kettengeschäften mit dem Erlangten möglich. Er geht aber noch einen Schritt weiter und zwar bei demjenigen, der den illegitimen Wert erlangt hat. Bei diesem betrachtet *Fleckenstein* jeden Vermögenswert als bemakelt. Mit Ausnahme von Geschäften mit Nicht-Bösgläubigen hätte dies die komplette Verkehrsunfähigkeit des Vermögens des (lediglich) Wert-Bereichernden zur Folge.

Diese drastische Konsequenz lässt ihn denn allerdings doch daran zweifeln, eine solche Neukonzeption zu propagieren. Die aufgrund von Schneeballeffekten eintretende Belastung der Vermögen aller an Folgegeschäften Beteiligter müsse zwar ihre Grenze nicht nur in der Verjährungsfrist von 30 Jahren, sondern könne sie auch darin finden, dass sich die abzuschöpfende Summe nicht vervielfältige (das ist in den Fällen der Verwirklichung eines Tatbestands des § 261 StGB allerdings keineswegs sicher), die Kontaminierung also ende, sobald der Wert des ursprünglich Erlangten abgeschöpft sei. Zudem lasse sich der Zugriff auf Drittempfänger erst eröffnen, wenn die Abschöpfung beim Täter oder Teilnehmer (auch bei einem in der Kette früheren Dritten?) fehlschlage. Schließlich handele es sich um nicht strukturell Neues, ähnele der Rückgriff bei den späteren Drittempfängern doch strukturell der Insolvenzanfechtung, sei folglich dem geltenden Recht nicht fremd.

Es frage sich aber, ob eine derartige Ausweitung der Abschöpfung gerade angesichts der Möglichkeiten der Anfechtung nach der Insolvenzordnung (und dem Anfechtungsgesetz) sowie der Strafdrohung des § 283 StGB erforderlich sei (S. 250 f.). Aufgrund beider Instrumente sei die ersatzlose Streichung des § 73b Abs. 2 Var. 1 StGB eine ernsthafte Alternative. Das wiederum hätte zur unerwünschten Folge, dass die Abschöpfung auch bei verschleiерnden Kettengeschäften verunmöglicht wäre, sofern dem Empfänger kein eigenes strafbares Handeln zur Last fällt.

c)

Deutlich geworden ist jedenfalls, dass es einer ausufernden Anwendung von § 73b Abs. 2 Var. 1 StGB vorzubeugen gilt. Zu überlegen ist, ob zu diesem Zwecke nicht der Rechtsgedanke des legalen Zwischenerwerbs, den § 73b Abs. 1 S. 2 StGB als Grenze der Einziehung des Original-Erlangten normiert, auch für die Fälle des Werttransfers in dem Sinne fruchtbar

gemacht werden könnte, dass einerseits die Abschöpfung etwa bei Unentgeltlichkeit und Verschiebungen möglich ist, sie jedoch andererseits bei tat(folgen)unabhängigen Austauschgeschäften ausscheidet.

7.

Die bisherige Härteklausele des § 73c StGB a.F. findet sich für das Erkenntnisverfahren nur noch rudimentär, beschränkt auf die Entreichung des gutgläubigen Drittempfängers, in § 73e Abs. 2 StGB wieder.

a)

Ob dies jedoch ausreicht, um den von *Fleckenstein* geforderten, aus der Verfassung abgeleiteten Schutz des gutgläubigen Drittempfängers ausreichend zu gewährleisten, hängt u.a. davon ab, was mit „Entreichung“ gemeint ist. Ist der Begriff bereicherungsrechtlich zu verstehen (Gegenstand oder Wert nicht mehr vorhanden) oder setzt er Verarmung voraus? Unter systematischer Betrachtung auch der vollstreckungsrechtlichen Bestimmung des § 459g Abs. 5 StPO, der Rechtsprechung zu § 73c StGB a.F., der Begründung des Reformgesetzes und der unterschiedlichen Lage des gutgläubigen Drittempfängers einerseits und des Betroffenen, dem letztlich aus sozialen Gründen die Einziehungsverbindlichkeit (ganz oder teilweise) erlassen wird andererseits, gelangt *Fleckenstein* (S. 252-259) überzeugend zur generellen Anwendbarkeit von § 459g Abs. 5 StPO im Fall der Verarmung, allerdings und nur für den gutgläubigen Drittempfänger ergänzt um den Ausschluss der Einziehung gem. § 73e Abs. 2 StGB im Fall der Entreichung i.S. der §§ 812 ff. BGB, d.h. bereits dann, wenn der Empfänger Aufwendungen getätigt hat, die er ohne das Erlangte nicht veranlasst hätte (im Wesentlichen also Luxusaufwendungen).

b)

Versteht man § 73e Abs. 2 StGB dahingehend, dass er nur Fälle der nachträglichen Entreichung erfasst, so stellt sich für den gutgläubigen Drittempfänger die Frage, ob er seine anfänglichen Aufwendungen wirklich nicht abziehen darf. Das ordnet § 73d Abs. 1 S. 1 StGB für den Fall an, dass sie der Vorbereitung oder Begehung der Tat dienten. Nun kann es jedoch vorkommen, dass der Täter Aufwendungen für die Tat nicht aus eigenem Vermögen finanzierte, sondern aus dem Vermögen des Drittempfängers. *Fleckenstein* rekurriert dafür auf das vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz gebildete Beispiel, dass ein Mitarbeiter Bestechungsgeld aus dem Vermögen des Arbeitgebers zahlte (BT-Drs. 18/11640, S. 80), und verlangt für den Ausschluss des Abzugs beim Drittempfänger einen Grund, der es erlaubt, das Handeln des Mitarbeiters auch abschöpfungsrechtlich dem Arbeitgeber zuzurechnen. Ein solcher liege vor, wenn Letzterer den Mitarbeiter mit der selbständigen Wahrnehmung von Aufgaben betraut und sich die Tat innerhalb dieses Tätigkeitsfeldes abgespielt habe. Bei eigenmächtigem Zugriff jenseits seiner Zuständigkeiten scheidet hingegen die Zurechnung aus und dürfe beim Arbeitgeber nur der Nettobetrag abgeschöpft werden (S. 262). Dazu formuliert *Fleckenstein* eine mögliche gesetzliche Bestimmung (S. 263).

8.

Die erweiterte Einziehung beim Dritten beschränkt *Fleckenstein* auf Vermögensgegenstände, die aus anderen Taten desselben Täters stammen. Würden hingegen beim Dritten Gegenstände aus Taten eines anderen Täters aufgefunden, so scheidet die Dritteinziehung aus (S. 265-267). Ergänzend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall die Täterschaft anderer, auch des Dritten, für Ursprungstat(en) und für Anschlussdelikte (Hehlerei; Geldwäsche) zu prüfen ist. Dies anerkennt *Fleckenstein* nur in den Fällen des § 76a Abs. 4 StGB (S. 271).

9.

Dieser Bestimmung steht er aufgrund ihrer *Eigenbrötlei* (S. 268) insgesamt ablehnend gegenüber. Er wünscht sich einerseits eine Ausdehnung auf alle Straftaten, weil mit der Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Anlassdelikten die für die erweiterte Einziehung gerade beseitigten Probleme wiederkehrten (S. 271 f.), andererseits die ausdrückliche Ausdehnung des Schutzes des gutgläubigen Dritten auch auf diese Fälle, die lege lata nur möglich im Rahmen der Ausübung des staatsanwaltschaftlichen Handlungsermessens, wel-

ches ihr § 76a Abs. 4 StGB, wenn auch nur eingeschränkt als „Soll-Regelung“, immerhin einräume (S. 272-275).

10.

Abschließend tritt *Fleckenstein* dem Eindruck genereller Ablehnung des Reformgesetzes entgegen. Es sei ein Schritt in die richtige Richtung, wenngleich mit den von ihm aufgeführten Mängeln im Detail. Sein Hauptanliegen ist dabei der durchgängige Schutz des nicht bösgläubigen Dritten vor Einbußen im Vermögensstatus quo ante. Insoweit verlangt er die ausnahmslose Anerkennung auch anfänglicher Aufwendungen als Abzugsposten (S. 277-279). In struktureller Hinsicht vermisst er eine Regelung über den Vorrang der Haftung des Täters oder Tatbeteiligten vor dem Drittempfänger. Neben den Bestimmungen über die Verschiebung in Wertersatzfällen beklagt er die Inkonsequenz des § 76a Abs. 4 StGB (S. 279 f.) und verweist auf einige weitere handwerkliche Fehler oder zumindest Ungenauigkeiten (S. 280).

V.

Wiewohl *Fleckenstein* (wie angedeutet) nicht alle Möglichkeiten interpretatorischer Abhilfe auslotete, handelt es sich um eine höchst verdienstvolle Arbeit. Mit wissenschaftlicher Akribie und messerscharfer Logik eröffnete *Fleckenstein* nach Entfernen sämtlicher störender Hindernisse den Blick auf das Wesentliche. Auf diese Weise verdeutlichte er die abschöpfungsrechtlichen Grundphänomene, ihre Kerngedanken, die verschiedenen Regelungsziele sowie Entwicklungslinien und Brüche in der Argumentation des zu verschiedenen Zeiten aktiv gewordenen Gesetzgebers, aber auch der Rechtsprechung, zeigte auf, welche Mängel behoben oder neutralisiert wurden, jedoch auch, welche anderen seit Jahrzehnten trotz verschiedener Novellen bis in das neue Recht fortwirken. Er liefert damit sowohl dem Gesetzgeber als auch den Gerichten nicht nur eine Fülle von Anregungen, sondern bietet überdies systematisch überzeugende Argumentationsstränge für wertungsgerechte Ergebnisse – eine bewundernswerte Leistung!

Compliance

Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg, Köln

Schneider/Geckert, Verhaltensorientierte Compliance – Ansätze und Methoden für die betriebliche Praxis

Erich Schmidt Verlag, Berlin 2017, 211 S., ISBN 978-3-503-16667-1, EUR 34,95.

Aus Sicht der Rezensentin ist das von Schneider/Geckert 2017 veröffentlichte Werk „Verhaltensorientierte Compliance – Ansätze und Methoden für die betriebliche Praxis“ unter zweierlei Gesichtspunkten zu betrachten. Zum einen stellt es eine – grundsätzliche – Einführung in die spezifischen verhaltenswissenschaftlichen Ansätze insofern dar, als dass sie für die praktische Compliance im Unternehmen von Bedeutung sind.

Zum anderen richten sich die Autoren, auch nach eigenen Angaben, an „Praktiker“ im Sinne von - erfahrenen – Compliance Officern bzw. Compliance Managern sowie Mitarbeiter/innen von Compliance Abteilungen, welche gewillt sind, Compliance aus einer „erweiterten und veränderten Perspektive“ (S. 6) zu betrachten; diese ist vor allem eine außerhalb der Rechts- und/oder Wirtschaftswissenschaften. Mit dieser Darstellung der verhaltenswis-

senschaftlichen Perspektive zur Compliance wollen die Autoren auf die „bestehenden Fundamente aufbauen“ und diese „nicht einreißen“, sondern vielmehr den „weiteren Ausbau optimieren“ (S. 102). Das Einnehmen dieser Perspektive ermögliche der Compliance insofern bspw. eine „veränderte, bessere Wahrnehmung der Realität im Unternehmen“ (S. 164).

Hierzu führt das Werk der Autoren durch verschiedene verhaltenswissenschaftliche Aspekte bzw. über verschiedene verhaltenswissenschaftliche Betrachtungsebenen:

Im ersten Kapitel (S. 15 ff.) werden zunächst die „Grundlagen“ der Verhaltenswissenschaften dargestellt. Im Unterkapitel über die „Notwendigkeit der verhaltenswissenschaftlichen Perspektive“ für die Compliance (S. 17 ff.) wird zunächst dargestellt, was „die Verhaltenswissenschaft und die Compliance miteinander zu tun haben“ (S. 17). Hier wird in mehreren Abschnitten bspw. dargestellt, weshalb in der zunehmenden Komplexität der Wirtschaftswelt und ebenso aufgrund der Veränderungen von Mitarbeiter-Strukturen (so u.a. durch Internationalisierung) kein „one size fits all“-Umgang mit den Mitarbeitern des Unternehmens (mehr) möglich ist und sich dies – selbstverständlich – auch auf die Gestaltung der Compliance eines Unternehmens auswirkt (S. 20). Dem – möglicherweise – bestehenden Vorurteil des damit „weichen“ Ansatzes für die Compliance, die „eine eindeutige Position gegenüber der Einhaltung bzw. dem Verstoß der relevanten Gesetze und unternehmensinternen Vorgaben“ vertritt („Null-Toleranz-Politik“) wird im Abschnitt „Kuscheln statt prüfen? – Diskutieren statt umsetzen?“ (S. 18 f.) entgegen getreten. Denn die verhaltenswissenschaftliche Perspektive impliziere nicht, „dass Vorgaben aufgeweicht und Verstöße bagatellisiert“ würden, denn die „Ziele der Compliance“ änderten sich nicht, „allerdings die Wege zu ihrer Zielerreichung“ (S. 19). Im Anschluss werden im weiteren Kapitel „Ansprüche und Möglichkeiten“ (S. 33 ff.) erörtert, die mit der ‚Empfehlung‘ „Nach der Lektüre“ (S. 37) schließen.

Im zweiten und ausführlichsten Teil des Werks (S. 39 bis 103) widmen sich die Autoren dem „Individuum“, wobei sich dieses auf den Leser als Compliance Officer bezieht. Es wird in den einzelnen Abschnitten eingegangen auf das „Individuum“ (S. 39 f.), „Person und Persönlichkeit“ (S. 40 ff.), „Intelligenz“ (S. 47 ff.), „Wahrnehmung“ (S. 52 ff.), „Wissen“ (S. 59 ff.), „Lernen“ (S. 65 ff.), „Motivation“ (S. 73 ff.) und „Handeln“ (S. 85 ff.) des Individuums bis hin zur „Diskrepanz zwischen Person und Situation“ (S. 92 ff.). Im letzten Unterkapitel wird „der Compliance Officer als Individuum“ (S. 97 ff.) behandelt, wobei die Autoren zunächst darauf eingehen, ob „die überwiegende Anzahl der Compliance Officer vergleichbare Merkmale“ besitzen, die „für die Berufsausübung von Relevanz“ sind, um trotz – zuvor dargestellter und betonter – Individualität des Einzelnen nun „allgemeine pauschalierende Ausführungen“ (S. 97) treffen zu können. Neben der „Homogenität“ aufgrund der Studienfächer wie insbesondere der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften (S. 98 f.), werden auch die „Sozialisation“ und ihre „Auswirkung auf die Tätigkeit“ als Compliance Officer (S. 99 f.) herangezogen.

Im dritten Kapitel (S. 105 ff.) werden aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht die „Gruppen“ betrachtet, wobei zum einen auf die Compliance Abteilung als Gruppe wie auch auf weitere Gruppen innerhalb und außerhalb des Unternehmens abgestellt wird. Auf die Definition der „Gruppen“ (S. 105 ff.) folgen die „Aspekte sozialer Gruppen“ (S. 107 ff.), die Darstellung von „geschlossenen Gruppen“ (S. 111 ff.) und die „Erfolgsfaktoren einer Gruppe“ (S. 119 ff.). Des Weiteren werden die „Kommunikation“ innerhalb einer Gruppe, wie auch „Gruppenkonflikte“ und „Macht“ innerhalb einer Gruppe betrachtet. Im Anschluss wird die Frage gestellt (und beantwortet), ob die „Compliance-Organisation“ eine „Gruppe“ (S. 144 ff.) im vorangestellten Sinne ist.

Im vierten Kapitel widmen sich die Autoren der „Organisation“ (S. 147 ff.) und damit dem Teil, „auf welchen sich Veröffentlichungen zur Compliance primär beziehen“ (S. 147). Ab hier „ändert sich die Perspektive des Buches (...), es erfolgt verstärkt der Übergang von der Beschreibung und Erklärung zur praktischen Umsetzung“ (S. 148). Im Unterkapitel „Kultur“ (S. 148 ff.) werden insbesondere „Unternehmens- und Compliance-Kultur“ betrachtet, das Unterkapitel „Ethik“ (S. 155 ff.) behandelt u.a. Wirtschaftsethik („Ethik für die Wirtschaft“, S. 157) und Ethik im Unternehmen. Im Abschnitt „Führungskonzepte und -stile“ (S. 164 ff.) werden „aus der Fülle der Konzepte, die die Betriebswirtschaft hervorgebracht hat“ (S. 165) einige vorgestellt, wobei für die Compliance insbesondere das der „wertorientierten Führung“ (S. 167) besprochen wird bzw. von Bedeutung ist. Das letzte Unterkapitel „Lernen im Unternehmen“ (S. 175 ff.) mündet im ausführlich dargestellten Vergleich der Compliance mit anderen Organisationen die eine „Null-Fehler-Politik verfolgen bzw. verfolgen müssen“, denn „bei allen Unterschieden – bspw. zu einem Krankenhaus – vertritt sicherlich auch die Com-

pliance den Anspruch, dass keine Fehler bzw. Verstöße vorkommen“ (S. 184). Die Autoren ziehen hier anhand des Beispiels des von der Flugsicherheitsbehörde entwickelten „Cockpit- oder Crew Resource Management Program (CRM)“ die Parallele zum Umgang mit (Flug-)Unfällen, die aufgrund „mangelhafter Kommunikation und undurchsichtiger Entscheidungsprozesse“ letztlich vermeidbar gewesen wären.

Im letzten Kapitel „Eine wirksame Compliance“ (S. 187 ff.) betonen die Autoren nochmals den von ihnen erhobenen „Anspruch, mittels der verhaltenswissenschaftlichen Perspektive die Compliance wirksamer zu gestalten“ (S. 187). Der Leser soll „mit Hilfe der erläuterten Instrumente in dieser Lektüre (...) in der Lage sein, eigene Lösungen für den eigenen individuellen Kontext zu entwickeln“ (S. 189). Im Weiteren legen die Autoren u.a. Verhalten in den Bereichen „Legalität und Legitimität“ (S. 193 ff.) erklärend dar, insbesondere auch in ihren einzelnen Schnittmengen (Bsp. „Illegal und Illegitim“, S. 194 und „Legal und Illegitim“, S. 194 f.). Aus der Sicht von Compliance sollten „alle Handlungen des Unternehmens“ auf den ersten Blick `natürlich` in den Bereichen „legal und legitim“ (S. 191) erfolgen, was wiederum zur Folge hätte, dass damit die Aufgabe von Compliance schlicht auf Information und Beratung beschränkt bliebe (S. 193).

Ebensolche Schlussfolgerungen regen, nach Ansicht der Rezensentin, zum von den Autoren `gewünschten` Nachdenken an, immerhin beenden sie ihr Vorwort mit dem Zitat „Schließlich bereitet das Selbst-Denken in Vielfalt mehr Spaß als das Nach-Denken in Einfalt“ (S. 7; Hedtke, Wirtschaftssoziologie, Konstanz 2014, S. 12).

Insgesamt bieten die Ausführungen theoretischer bzw. verhaltenswissenschaftlicher Natur nicht durchweg eine `leichte Lesbarkeit`. Das mag, dies sei zugestanden, jedoch auch daran liegen, dass Verantwortliche im Bereich Compliance zumeist in rechts- und/oder betriebswissenschaftlichen Kategorien bzw. Perspektiven denken, handeln und sich – gewohnheitsmäßig – auch diesbezüglichen Veröffentlichungen bzw. Neuerungen widmen. Positiv hervorzuheben ist, dass die Autoren durchweg eine bildliche Sprache verwenden und anhand vieler Beispiele erklären und verdeutlichen. Einige der Erläuterungen sind anhand von Abbildungen visualisiert.

Die Darstellungen aller Praxisbereiche, welche bspw. die Compliance im Allgemeinen, den Compliance Officer als Person oder in seiner Tätigkeit betreffen, zeugen, wie auch die Ausführungen zur Compliance Organisation, von großer Praxis und Erfahrung der Autoren in diesen Bereichen. Ebenso verhält es sich mit Aussagen zum Unternehmen als Ganzem, der Unternehmensleitung sowie dem Verhältnis von Compliance und Unternehmensleitung.

Nach Auffassung der Rezensentin ist das Werk von Schneider/Geckert sehr gut geeignet, die Einnahme einer neuen – verhaltenswissenschaftlichen - Perspektive zur „gewohnten“ Tätigkeit, in concreto der tagtäglichen Arbeit innerhalb oftmals gewachsener Compliance-Strukturen eines Unternehmens, anzuregen. Aus Sicht der Rezensentin betonen die Autoren richtigerweise dazu an diversen Stellen, dass das Buch „durchaus als `Appetitanreger` verstanden werden darf (S. 37). Wiederkehrend weisen sie außerdem darauf hin, dass der Leser am Ende der Lektüre nur selbst beurteilen kann, ob die Verbindung der fachlichen Disziplinen gerechtfertigt ist, insbesondere da die abschließende Einschätzung und Bewertung ohnehin nur im praktischen Einsatz möglich sei (S. 17). Der Aussage, dass dem Leser – in Erwartung des selbst formulierten Anspruchs der Autoren – durch die Lektüre tatsächlich „Instrumente“ (S. 187), verstanden im `herkömmlichen` Sinne, an die Hand gegeben werden, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden – dem Anspruch, nach der Lektüre eine `ganz andere`, also verhaltenswissenschaftliche, Perspektive in vielen Facetten auf die Compliance einnehmen zu können, dafür umso mehr.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Frédéric Schneider, Hamburg

Quedenfeld, Dietrich/Füllsack, Markus et al., Verteidigung in Steuerstrafsachen

5. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg 2016, 652 S., Softcover, 79,99 Euro.

I. Einleitung

Für den Strafverteidiger stellt die Verteidigung in Steuerstrafsachen eine besonders anspruchsvolle Aufgabe dar. Anders als bei einem im Kernstrafrecht angesiedelten Mandat ist es für die erfolgreiche Verteidigung gegen steuerstrafrechtliche Vorwürfe nicht allein ausreichend, die Vorschriften des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung sicher zu beherrschen. Vielmehr müssen ergänzend auch steuer- und steuerstrafrechtliche Besonderheiten des Falls erkannt und mit Blick auf die eigene Praxis der Materie gewürdigt werden. Über die bloße Rechtskenntnis hinaus erfordert die Bearbeitung steuerstrafrechtlicher Mandate zudem das Wissen um die Rechtsanwendung und Verfahrensgestaltung durch die jeweils zuständigen Finanzermittlungs- bzw. Steuerstrafverfolgungsbehörden.

Zu den Besonderheiten zählen dabei etwa die Wechselwirkung zwischen steuerrechtlichen, steuerstrafrechtlichen und strafrechtlichen Normen, die Doppelfunktion der einzelnen Behörden im Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren sowie unterschiedliche Mitwirkungspflichten des Beschuldigten je nach Verfahrensart. Ferner müssen bei der Erarbeitung einer Verteidigungsstrategie gerade im Steuerstrafrecht haftungs- und berufsrechtliche sowie sonstige Nebenfolgen des Verfahrens in jedem Verfahrensstadium im Blick behalten werden, um den Interessen des Mandanten möglichst umfassend Rechnung tragen zu können.

Um diese Herausforderung zu meistern, ist – nicht zuletzt auch wegen der bei den zuständigen Ermittlungsbehörden in steuerrechtlicher Hinsicht besonders hohen Fachkompetenz – die Aneignung möglichst umfassender und stets möglichst aktueller Kenntnisse im Bereich des Steuer- und Steuerstrafrechts erforderlich. Dass diese Rechtsgebiete für viele Rechtsanwälte zumindest zu Beginn ihrer beruflichen Tätigkeit eher Neuland sind, liegt vor allem daran, dass – in den meisten Bundesländern – weder das Steuerrecht noch das Steuerstrafrecht zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung gehören. Einem Strafverteidiger, der auch steuerstrafrechtliche Mandate übernehmen möchte, ist es daher in aller Regel selbst überlassen, sich die erforderlichen Kenntnisse in diesen Bereichen anzueignen.

Diesen Strauß an Bedürfnissen greift der *Quedenfeld/Füllsack* umfangreich auf, indem er sowohl Berufsanfänger als auch erfahrene Berufsträger dabei unterstützt, sich einen inhaltlich umfassenden, aber zugleich angemessen komprimierten und auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittenen, aktuellen Überblick über die materiellen und verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Verteidigung in Steuerstrafsachen zu verschaffen.

II. Zum Inhalt

Im ersten Teil des *Quedenfeld/Füllsack* wird der Leser an die strukturellen und begrifflichen Grundlagen des Steuerstrafverfahrens herangeführt. In diesem Zusammenhang finden sich insbesondere auch (berufs-)rechtliche Vorgaben hinsichtlich der Möglichkeit nicht als Rechtsanwalt tätige Personen mit der Verteidigung in Steuerstrafverfahren zu betrauen. Gerade für Berufsanfänger erscheinen zudem die an dieser Stelle befindlichen Hinweise zu den erforderlichen Schritten bei der Erstellung eines Verteidigungskonzepts einerseits und der weiteren Mandatsabwicklung in Steuerstrafsachen andererseits besonders hilfreich. Erfreulich klar wird zudem herausgestellt, dass das Steuerstrafverfahren nie für sich alleine, son-

dem stets in Zusammenschau mit dem dazugehörigen finanz- und verwaltungsgerichtlichen bzw. -behördlichen Verfahren steht. Die Autoren weisen ferner darauf hin, welche Konsequenzen aus diesem Zusammenwirken für die Verteidigung zu ziehen sind und unterstützen den Leser auf diesem Weg dabei, den Blick auf das große Ganze nicht aus den Augen zu verlieren.

Der erste Teil ermöglicht mithin gerade dem Steuerstrafrechtsneuling einen angemessen ausführlichen Einstieg in die Materie, ohne in den Augen des erfahrenen Steuerstrafrechtlers unverhältnismäßig lang zu sein.

Im zweiten Teil werden zum einen die Tatbestände des Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts innerhalb und außerhalb der Abgabenordnung und zum anderen Einzelfragen zu dieser Materie erläutert. Letztere betreffen u.a. die Themenkomplexe Täterschaft und Teilnahme, Versuch und Verjährung. Den Abschluss des zweiten Teils bildet eine knappe Darstellung klassischer Hinterziehungsfälle.

Im Vergleich zu der einschlägigen Kommentarliteratur sind die Erläuterungen im *Quedenfeld/Füllsack* insbesondere an dieser Stelle zuallermeist deutlich kürzer gehalten. Dass dies keinen Mangel des Werks darstellt, versteht sich in Anbetracht der Intention, ein Praxishandbuch für die Verteidigung in Steuerstrafsachen verfassen zu wollen, von selbst. Dies gilt umso mehr in Anbetracht des Umstandes, dass sich im gesamten Werk weiterführende Nachweise finden, die es dem Rechtsanwender ermöglichen, Spezialfragen bei der Bearbeitung der von ihm übernommenen Mandate ohne größeren Aufwand ergänzend zu recherchieren.

Dass einzelne Themen nicht bis ins kleinste Detail, sondern auf die für die Praxis wesentlichen Gesichtspunkte reduziert und dennoch umfangreich dargestellt werden, muss gerade als größter Mehrwert des *Quedenfeld/Füllsack* gesehen werden. Dem Leser des Werks ist es außerordentlich schnell möglich, sich einen praxisbezogenen Überblick über die insgesamt relevanten Gesichtspunkte zu verschaffen, ohne Sorge haben zu müssen, für die Bearbeitung seiner Mandate entscheidendes zu übersehen. Abgerundet wird diese Herangehensweise – etwa im Abschnitt zur Schätzung des Hinterziehungsbetrags (s. Teil 2, Abschnitt IV. 8.) – sowohl durch Hinweise zur Bewertung bestimmter Umstände aus Sicht der Praxis als auch durch Anregungen zu möglichen Verteidigungsansätzen. Diese Aspekte bieten einen erheblichen Mehrwert gegenüber etwa der klassischen Kommentarliteratur.

Der *Quedenfeld/Füllsack* füllt damit die Lücke zwischen dieser klassischen Kommentarliteratur und den oftmals ebenfalls deutlich umfassenderen – sowie im Vergleich zum *Quedenfeld/Füllsack* auch teils deutlich teureren – Anwaltshandbüchern und stellt somit eine sinnvolle Ergänzung der zur Verfügung stehenden Literatur im Steuerstrafrecht dar.

Die beiden inhaltlichen Schwerpunkte des Werkes finden sich im dritten und vierten Teil, in denen das Recht der Selbstanzeige (Teil 3) und die Abschnitte des Steuerstrafverfahrens (Teil 4) dargestellt werden.

Im dritten Teil wird zunächst die Fortentwicklung des Selbstanzeigerechts, die für das Verständnis dieses Instituts, seiner Voraussetzungen und der dazu ergangenen älteren Rechtsprechung und Literatur erforderlich ist, angemessen knapp erläutert. Breiter werden sodann die für die Praxis außerordentlich wichtigen Sperrgründe der Selbstanzeige aus § 371 Abs. 2 AO und die besonders schweren Fälle i.S.d. § 370 Abs. 3 AO erläutert.

Dabei konnte die Änderung der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Bestimmung des großen Ausmaßes i.S.d. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO in dieser Auflage des *Quedenfeld/Füllsack* nicht mehr berücksichtigt werden und wird daher in die sechste Auflage aufzunehmen sein. Hiernach soll die Wertgrenze des „großen Ausmaßes“ nunmehr bei Betrug (§ 263 StGB), Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern (§ 335 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO) einheitlich bei 50.000 Euro liegen (vgl. zur Steuerhinterziehung BGH, Urteil vom 27. Oktober 2015 – 1 StR 373/15 und – zu § 335 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB – BGH, Urteil vom 23. November 2015 – 5 StR 352/15), wohingegen sie in bestimmten Hinterziehungsfällen zuvor erst ab einem Betrag von 100.000 Euro gesehen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08 = BGHSt 53, 71).

Diese Rechtsprechungsänderung ist für die Praxis insbesondere insofern wichtig, als dass der BGH damit die lange Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO – zehn statt fünf Jahre – für alle über einem Hinterziehungsbetrag von 50.000 Euro liegenden Fälle zur Anwendung bringt

– unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines Regelbeispiels nach dem Ergebnis der Gesamtwürdigung aller Tatumstände. Dieser Ausdehnung der strafrechtlichen Verjährung kann insbesondere hinsichtlich der Frage der Vollständigkeit einer Selbstanzeige erhebliche Bedeutung zukommen.

Eine gesetzliche Neuerung, die noch nicht in der aktuellen Auflage des *Quedenfeld/Füllsack* berücksichtigt werden konnte, hat im Hinblick auf § 370 Abs. 3 AO das am 25. Juni 2017 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften gebracht (sog. Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz – Gesetz vom 23. Juni 2017 – Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nr. 39 vom 24. Juni 2017, S. 1682). Mit diesem Gesetz wird die fortgesetzte Steuerhinterziehung durch verdeckte Geschäftsbeziehungen zu einer vom Steuerpflichtigen beherrschten Drittstaat-Gesellschaft in den Katalog der besonders schweren Steuerhinterziehungen aufgenommen, vgl. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 AO.

Zur besonderen Übersichtlichkeit des rund 150 Seiten langen dritten Teils trägt es bei, dass dieser mit einem Abschnitt zur Gesamtbetrachtung des Rechts der Selbstanzeige endet. Des Weiteren werden dem Leser Leitlinien aufgezeigt, die ihn bei der Beantwortung der Frage, in welchen Konstellationen sich eine Selbstanzeige (noch) anbietet, unterstützen sollen. Weitere Unterstützung erfährt der Praktiker in diesem Zusammenhang durch den im sechsten Teil des *Quedenfeld/Füllsack* enthaltenen Fragenkatalog zur Selbstanzeigeberatung. Diese Materialien wollen dabei naturgemäß nicht als allgemeingültige Blaupause für alle erdenklichen Fallkonstellationen verstanden sein. Gleichwohl stellen sie wertvolle Ausgangspunkte für die vom Praktiker selbst anzustellenden Erwägungen dar, indem sie insbesondere dem Einsteiger in das Recht der Selbstanzeige Werkzeuge an die Hand geben, die er bei der Bewertung möglicher Anzeigekonstellationen gewinnbringend einsetzen kann. Gleiches gilt für die ebenfalls im sechsten Teil enthaltenen Mustertexte für verschiedene Formen der Selbstanzeige.

Der Ablauf des (Steuer-)Strafverfahrens wird im vierten Teil ausführlich dargestellt. Auch hier betrachten *Quedenfeld/Füllsack* et al. jeweils mögliche Verteidigungsmaßnahmen, so dass für den Leser gut nachvollziehbar ist, in welchem Stadium er wie auf einen steuerstrafrechtlichen Vorwurf oder hierauf fußende strafprozessuale Maßnahmen der Ermittlungsbehörden reagieren kann.

Besonders umfassend wird in dem Werk das Recht der internationalen Amts- und Rechtshilfe dargestellt. Gerade Berufsanfängern dürfte dies wiederum nur bedingt ein Begriff sein, obwohl es für die Beratung steuerstrafrechtlicher Mandate mit internationalem Bezug von großer Bedeutung ist. Vor dem Hintergrund internationaler Rechtsentwicklungen und Vorfälle im Bereich des Steuerstrafrechts, wie etwa der Veröffentlichung der sog. Panama Papers oder der Einführung der Unternehmensstrafe für Steuerhinterziehung im Vereinigten Königreich infolge des am 27. April 2017 verabschiedeten Criminal Finance Act 2017, könnte es sich dabei anbieten, den *Quedenfeld/Füllsack* im Anschluss an die Darstellung des Rechts der internationalen Amts- und Rechtshilfe zukünftig um einen kurzen Überblick zu den bei Steuerhinterziehung im Ausland drohenden Sanktionen und um Hinweise zu sonstigen aktuellen Entwicklungen internationaler Bedeutung zu ergänzen, um auch in dieser Hinsicht einen aktuellen Kenntnisstand der Leser zu gewährleisten.

Für die nächste Auflage wird zudem der Abschnitt zur Vermögensabschöpfung und der prozessualen Sicherung (Teil 4, Abschnitt II. 4.) an die Neuerungen durch das am 1. Juli 2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung angepasst werden müssen (Gesetz vom 13. April 2017 – Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nr. 22 vom 21. April 2017, S. 872).

Im fünften Teil werden neben dem Urteil, dem Strafbefehl und dem Bußgeldbescheid auch weitere Verfahrensabschluss-, Sanktions- und Nebenfolgemöglichkeiten erläutert.

Dieser Teil schließt mit einer Erläuterung der außerstrafrechtlichen Auswirkungen und Konsequenzen steuerstrafrechtlicher Sachverhalte. Da diese Folgen, etwa der unter Umständen drohende Verlust des Jagdrechts oder Flugscheins, in der Praxis allzu leicht übersehen werden können, ist den Autoren an dieser Stelle Dank für die aufgenommenen Hinweise geschuldet. Insbesondere in Bezug auf den Ausschluss von öffentlichen Aufträgen und die Entziehung der Fahrerlaubnis als mögliche Nebenfolgen (auch) einer Steuerstraftat besteht aufgrund jüngster Gesetzentwicklungen Anlass zur Sorge, dass es in Zukunft häufiger zum Ausspruch entsprechender Nebenstrafen bzw. -folgen kommt (vgl. etwa § 44 Abs. 1 S. 1 und

2 StGB n.F., in Kraft getreten am 24. August 2017 durch das Gesetz vom 17. August 2017 – Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nr. 58 vom 23. August 2017, S. 3202).

Im sechsten und abschließenden Teil des Werks finden sich sodann einige weitere Arbeitshilfen und Mustertexte, die bei der Bewältigung der Besonderheiten und Herausforderungen des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts und der Einschätzung und Bearbeitung des vom Strafverteidiger übernommenen Mandats ebenfalls außerordentlich hilfreich sind.

III. Zusammenfassungen der inhaltlichen und personellen Änderungen im Vergleich zur Voraufgabe

Im Vergleich zur Voraufgabe umfasst die fünfte Ausgabe des Mitte der 1990er Jahre erstmals erschienenen Werkes rund 140 zusätzliche und damit mittlerweile über 600 Textseiten. Diese wurden vor allem zur Aufarbeitung der steuerstrafrechtlichen Entwicklungen in den Jahren 2012 bis 2015 genutzt. Hierzu zählen insbesondere das mit Wirkung zum 1. Januar 2015 reformierte Recht der Selbstanzeige der §§ 371, 378 AO (Gesetz vom 22. Dezember 2014 – Bundesgesetzblatt Teil I 2014 Nr. 63 vom 30. Dezember 2014, S. 2415) sowie die in diesem Zusammenhang relevante Abgrenzung der Selbstanzeige von der Berichtigung von Erklärungen i.S.d. § 153 AO. Daneben wurden – etwa im Hinblick auf den sog. automatischen Informationsaustausch – aktuelle Entwicklungen in der internationalen Amts- und Rechtshilfe berücksichtigt.

Auch beim Autorenteam hat es im Vergleich zur Voraufgabe Veränderungen gegeben. Für den aus dem Kreis der Autoren ausgeschiedenen Markus Krauter sind Dr. Max Klinger und Dr. Sebastian Bürger, LL.M. (Auckland) hinzugekommen, die – wie die Gründungsautoren Dr. Dietrich Quedenfeld und Prof. Dr. Markus Füllsack sowie der seit der vierten Auflage an dem Werk beteiligte Autor Dr. Florian Bach – als Rechtsanwälte in den Bereichen Strafrecht und/oder Steuerrecht tätig sind. Durch die Mitwirkungen von Michael Braun, ebenfalls seit der vierten Auflage an dem Werk beteiligt und Sachgebietsleiter der Steuerfahndung, kann der Leser dieses Buches darüber hinaus auch unmittelbar von der Expertise eines Vertreters auf Seiten der Ermittlungsbehörden in Steuerstrafsachen profitieren.

IV. Fazit

Der *Quedenfeld/Füllsack* stellt ein umfassendes und zugleich außerordentlich praxistaugliches Werk für die Tätigkeit des Strafverteidigers in Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitensachen dar. Dieser Gesamteindruck fußt nicht nur auf den trotz komplexer Materie schnell zugänglichen Texten, die durch Tabellen, Mustertexte sowie weiterführende Literatur- und Rechtsprechungshinweise angereichert wurden, sondern auch auf der den Texten entnehmbaren und über die bloße rechtliche Expertise hinausgehende langjährige Praxiserfahrung der Autoren im Steuerstrafrecht. Dass der *Quedenfeld/Füllsack* dabei mit einem Preis von rund 80,00 Euro erheblich günstiger ist als die Mehrzahl steuerstrafrechtlicher Fachbücher, rundet das positive Bild zusätzlich ab. Sowohl in der Bibliothek des Beraters, der nur selten mit steuerstrafrechtlichen Mandaten in Berührung kommt, des Berufsanfängers als auch des erfahrenen Steuerstrafrechtlers darf der *Quedenfeld/Füllsack* nicht fehlen.

Im Hinblick auf die Zukunft des Steuerstrafrechts kann abschließend auf eine Beschlussdrucksache des Bundesrats zu dem Entwurf des bereits zuvor erwähnten Steuerumgebungsbekämpfungsgesetzes verwiesen werden (BR-Drs. 365/17 (B) vom 2. Juni 2017). In diesem erneuerte der Bundesrat seine Forderung nach (weiteren) geeigneten Schritten „zur Erhöhung der Transparenz bei finanziellen Auslandsbeziehungen und zur Bekämpfung der internationalen Steuerumgehung“, wie etwa der Einführung einer gesetzlichen Anzeigepflicht für Steuervermeidungsgestaltungen. Eine solche Anzeigepflicht findet sich auch in einem am 21. Juni 2017 bekannt gewordenen Vorschlag der Europäischen Kommission wieder. Danach sollen „Intermediäre“ wie Rechtsanwälte und Steuerberater, aber auch Unternehmen ab dem 1. Januar 2019 dazu verpflichtet sein, grenzüberschreitende Steuerplanungsstrategien, die bestimmte Merkmale und Kennzeichen aufweisen und zu steuerlichen Einbußen für nationale Regierungen führen können, den zuständigen Steuerbehörden un- aufgefördert zu melden, bevor sie zum Einsatz kommen. Die betreffenden Angaben sollen zudem über eine zentrale Datenbank automatisch unter den Mitgliedstaaten ausgetauscht werden können.

Nicht nur vor diesem Hintergrund kann daher davon ausgegangen werden, dass der Bereich des Steuerstrafrechts auch in den nächsten Jahren eine in besonders hohem Maße rechtspolitisch bewegte Materie bleiben wird. Die sechste Auflage des *Quedenfeld/Füllsack* darf daher schon jetzt mit Spannung und Vorfreude sowie der sicheren Gewissheit, mit diesem Werk einen verlässlichen Partner für die Herausforderungen der Verteidigung in Steuerstrafsachen gefunden zu haben, erwartet werden.

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mainz

Minoggio, Unternehmensverteidigung – Vertretung in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren

ZAP-Verlag, 3. Auflage 2015, 656 S., 129 Euro.

Zwar hat sich die Initiative eines „echten“ deutschen Unternehmensstrafrechts bisher nicht durchsetzen können und die entsprechende Diskussion ist noch in vollem Gang. Gleichwohl können juristische Personen in mannigfacher Hinsicht – auch indirekt – von straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfahren betroffen sein. So haben verschiedene Schwerpunktstaatsanwaltschaften etwa die Vermögensabschöpfung mittels Unternehmensgeldbußen als äußerst einträgliches Instrument entdeckt. Neben den vielfältigen Sanktionsrisiken muss die Strategie bei der (straf-)rechtlichen Beratung von Unternehmen noch zahlreiche weitere Aspekte im Blick behalten, etwa das Risiko von Image-Schäden und etwaige verwaltungsrechtliche Nebenfolgen.

Nach den ersten beiden Auflagen aus den Jahren 2005 und 2010 (damals noch unter dem Titel „Firmenverteidigung“) liefert *Dr. Ingo Minoggio*, der über langjährige Erfahrung in der Strafverteidigung und der wirtschaftsstrafrechtlichen Beratung verfügt, nunmehr eine weitere überarbeitete und aktualisierte Fassung seines wirtschaftsstrafrechtlichen Praxishandbuchs. Erklärtes Ziel des Werks ist „einseitiger – die Rechtslage objektiv darstellender (!) – Blick in die Verteidigung eines Unternehmens“. Zu diesem Zweck sollen „die praktischen Abläufe eines Straf- und OWi-Verfahrens aus dem Blickwinkel des Unternehmens“ dargestellt werden. Auf den insgesamt 656 Seiten, aufgeteilt in 13 Kapitel, geht der Autor jedoch über diesen selbstgesteckten Anspruch hinaus.

Minoggio beginnt mit grundsätzlichen Ausführungen zu den Besonderheiten eines Wirtschaftsstrafverfahrens (§ 2) wobei er als Auslöser exemplarische Konstellationen aus dem Wirtschaftsleben anführt und u.a. die Diskussion um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland nachzeichnet. Zudem weist der Autor darauf hin, dass der Arbeit im Ermittlungsverfahren bei wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten eine noch wesentlich größere Rolle zukommt als in der übrigen Verteidigungspraxis.

Bei der Darstellung der Risikosituation des Unternehmens im Strafverfahren (§ 3) liegt der Schwerpunkt auf dem Verfall. Dabei wird naturgemäß noch die zum Zeitpunkt der Bearbeitung gültige Rechtslage zugrunde gelegt, da die zwischenzeitliche Neufassung der §§ 73 ff. StGB erst durch Gesetz vom 13.04.2017 und mit Wirkung vom 01.07.2017 erfolgte. In einem kurzen Abschnitt geht der Autor auf weitere „förmliche Sanktionsrisiken“ (Korruptionsregister, Zuverlässigkeit etc.) ein, um sich sodann der von ihm sog. „Verfahrensstrafe“, also den außerprozessualen Folgen für Unternehmen zu befassen. Die klassische Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG wird dagegen in diesem Kapitel gar nicht erwähnt, sondern erst im Rahmen der Erörterungen zum Ordnungswidrigkeitenverfahren (§ 7) behandelt. Es folgt eine gesonderte Darstellung der Verfahrensposition des Unternehmens (§ 4) beginnend mit den Rechten als Nebenbeteiligte und außerhalb der Nebenbeteiligung. Eher unvermittelt folgt dann ein Überblick zum EG-Kartellbußverfahren, das den Schwerpunkt dieses Kapitels darstellt.

Im Folgenden geht *Minoggio* zur Erläuterung der tatsächlichen Unternehmensverteidigung über, beginnend mit deren Organisation (§ 5) – wobei er auch auf die Rolle von Syndikus und Rechtsabteilung eingeht – sowie der Unternehmensverteidigung in den einzelnen Verfahrensabschnitten (§ 6). Ergänzt um Fallbeispiele werden in diesem zentralen Abschnitt des Handbuchs zunächst grundlegende prozessuale (u.a. Selbstbelastungsfreiheit, Zeugenstellung und Beschlagnahmeschutz) aber auch handwerkliche (z.B. Unternehmensstellungnahme, Pressearbeit) Aspekte behandelt („B. Grundsätzliches für alle Verfahrensstadien“). Es folgen dezidierte Ausführungen für die einzelnen Verfahrensabschnitte. Getreu der zu Beginn des Werks vorgenommenen Gewichtung legt der Autor besonderen Wert auf eine möglichst früh beginnende Verteidigung im Ermittlungsverfahren (C.). Hier befasst er sich – neben „klassischen“ Aspekten wie Akteneinsicht, Durchsuchung und Beschlagnahme sowie Verteidigung gegen vorläufige Vermögenssicherungsmaßnahmen – auch mit Themen wie „Verteidigung gegenüber der Fachbehörde“ (II.), „Richtiger Zeitpunkt für Verteidigungsvorbereitungen“ (IV.) und „Beauftragung eigener Sachverständiger“ (VII.). Es finden sich viele praxisnahe Handlungsempfehlungen für den Verteidiger. Im Folgenden werden Chancen für die Verteidigung im Zwischenverfahren (D.), in der Hauptverhandlung (E.), bei Berufung und Revision (F.) sowie im selbständigen Einziehungsverfahren und Nachverfahren (G.) aufgezeigt.

Es folgen Erläuterungen zum – für Unternehmen immens bedeutsamen – Ordnungswidrigkeitenverfahren (§ 7). Nach der Darstellung von zentralen Normen zu Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG), Verfall (§ 29a OWiG) und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 9, 130 OWiG) werden Besonderheiten der Verteidigung im Ordnungswidrigkeitenverfahren aufgezeigt, und zwar sowohl im Verwaltungs- als auch im gerichtlichen Verfahren. Auch bei der Darstellung von arbeitsrechtlichen Aspekten im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren (§ 8) bleibt der Autor konsequent beim Blickwinkel des Unternehmens, z.B. soweit es um den Umgang mit Whistleblowern oder die Übernahme von Verfahrenskosten, Geldstrafen und Geldbußen durch das Unternehmen geht.

Die nachfolgenden Kapitel befassen sich im weiteren Sinne mit Compliance. Dazu gehören Präventionsmaßnahmen zur Minimierung des Strafverfolgungsrisikos (§ 9), mithin Compliance-Systeme als "ein probates Mittel [...], das Risiko strafbaren oder ordnungswidrigen Verhaltens zu verringern." (C. IV.) sowie der Abschluss speziell auf das Unternehmen zugeschnittener Versicherungen (D.). Unter „Das Unternehmen als Ziel von Mitarbeiterverfehlungen“ (§ 10) findet sich ein „Überblick über die Möglichkeiten zum Schutz des Unternehmens vor schädigenden Handlungen durch Mitarbeiter und zu Maßnahmen zur Schadensbegrenzung“. Inhaltlich ergänzen die Abschnitte „Prävention“ (B.) und „Maßnahmen nach Mitarbeiterstraftaten“ (C.) die im vorigen Kapitel gemachten Ausführungen zu Compliance-Systemen. Dass auch aus Verteidigersicht die Strafanzeige „als taktisches Mittel eingesetzt werden [kann], um die eigene Position des Unternehmens zu verbessern“ erläutert *Minoggio* im Kapitel „Die eigene Strafanzeige als unternehmenspolitische Waffe“ (§ 11). Auch das aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum stammende Instrument der sog. Internal Investigations wird behandelt unter „Unternehmenseigene Ermittlungen bei Strafverdacht“ (§ 12). Der Autor – der auch Mitherausgeber eines Buches zu unternehmenseigenen Ermittlungen ist – befasst sich nach einer Begriffsbestimmung (B.) mit den Themen „Gründe für eine unternehmenseigene Untersuchung“ (C.), „Auftraggeber und notwendige Begrenzung der unternehmenseigenen Untersuchung“ (D.), „Die Zusammenstellung des Untersuchungsteams“ (E.), „Zusammenarbeit mit Strafverfolgern“ (F.) und „Die Durchführung der unternehmenseigenen Ermittlungen“ (G.). Zum Ende des Handbuchs finden sich „Zusammenfassende Aussagen zur Unternehmensverteidigung“ (§ 13).

Minoggio erfasst und erläutert gesamtheitlich die Risiken und Herausforderungen, die für Unternehmen mit straf- bzw. ordnungsrechtlichen Ermittlungsverfahren einhergehen. Dies sind zum einen materielle (z.B. Verfall und Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB, Verbandsgeldbuße i.S.d. § 30 OWiG) und sonstige förmliche Sanktionsrisiken wie die Auflösung gemäß § 62 GmbHG / § 396 AktG (vgl. § 3 Rn. 62), Eintragungen in Korruptionsregister u.a. nach § 21 SchwArbG (vgl. § 3 Rn. 64) sowie mittelbar die Amtsunfähigkeit eines Organs nach § 6 Abs. 2 GmbHG / § 76 Abs. 3 S. 3 AktG (vgl. § 3 Rn. 68 ff.). Es bleibt jedoch gerade nicht bei der eingangs angekündigten objektiven Darstellung der Rechtslage, sondern wird um zahlreiche Aspekte ergänzt. So widmet sich *Minoggio* u.a. auch informellen Konsequenzen für Unternehmen, etwa der sog. „Verfahrensstrafe“, also dem durch ein Strafverfahren gegen Ver-

antwortliche des Unternehmens erzeugten Reputationsschaden (vgl. § 3 Rn. 74 ff.). Auch inhaltlich findet keine Beschränkung auf die reine Erläuterung der Rechtslage statt.

In der Gesamtschau handelt es sich um ein umfassendes Werk, das einen ganz eigenen Wert für Juristen auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts besitzt. *Minoggio* pflegt einen erfrischend lebendigen Schreibstil und lässt an vielen Stellen seines Handbuchs eigene umfangreiche Erfahrungen aus diversen Verfahren durchscheinen. Dies bringt es mit sich, dass häufig fast unbemerkt von einem Thema auf ein anderes übergegangen wird oder unerwartet umfangreiche Ausführungen gemacht werden. Leicht gewöhnungsbedürftig ist hingegen die Gliederung des Werks, die teilweise mit kreativen Zwischenüberschriften aufwartet. Diese werden vom Autor mitunter ganz bewusst eingesetzt, auch um zu „provizieren“ (so etwa in § 2 Rn. 97). Zum schnellen Nachschlagen ist das Werk nur bedingt geeignet, es erschließt sich am besten beim Lesen längerer Passagen. Der inhaltlich profunden Darstellung tut dies jedoch keinen Abbruch. Diese wird durch viele praxisnahe Fallbeispiele und Handlungsempfehlungen ergänzt, an denen sich die langjährige Erfahrung des Autors ebenso ablesen lässt wie an dem gezeigten Verständnis für die außerjuristischen Belange betroffener Unternehmen, etwa zur Gefahr eines Reputationsschadens infolge von Ermittlungsverfahren oder zur Blockade des operativen Geschäfts durch strafprozessuale Maßnahmen.

Ausweislich dem Vorwort zur 1. Auflage aus dem Jahr 2005 richtet sich das Handbuch insbesondere Syndikusanwälte, Unternehmensjuristen und Strafverteidiger/-innen. Dies dürfte nach wie vor die hauptsächliche Zielgruppe sein. Die aktuelle Auflage steht unter dem Eindruck einer seitdem weiter gestiegenen Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts und gleichzeitig neuer – noch weitgehend unregelter – Entwicklungen: „Wenn staatliche Ermittlungen bei Straftatverdacht mittlerweile geradezu outgesourct werden und unternehmenseigene Untersuchungen über Monate und Jahre teilweise mit Millionenaufwand stattfinden, verlangt das ein erheblich höheres Maß an Sachkenntnis – die dadurch erschwert wird, dass der Gesetzgeber untätig bleibt und Rechtsprechung sowie Literatur naturgemäß Jahre für wenigstens grobe Rahmenbedingungen benötigen.“ Zur entsprechenden Erweiterung der Sachkenntnis ist das vorliegende Werk zweifellos bestens geeignet.

Sportstrafrecht

Dr. Andrej Dalinger, Frankfurt

Adrian Fiedler, Das Doping minderjähriger Sportler – eine straf- und verbandsrechtliche Untersuchung

Duncker&Humblot, Berlin 2013, 316 S., 82,90 Euro.

Der Grundgedanke des Sports ist die Chancengleichheit: Athleten sollen unter gleichen Bedingungen gegeneinander antreten und der Bessere soll gewinnen. Dieser Gedanke ist zugleich einer der Gründe, warum der Sport so viele Menschen in seinen Bann zieht und Sport-Großereignisse Tausende in die Stadien und Millionen vor die TV-Geräte locken sowie Milliarden umsetzen. Doping widerspricht diesem Gedanken grundlegend und zerstört die Faszination des Sports. Die Folge sind abnehmende Zuschauerzahlen und Rückzug von Sponsoren. Als Beispiel kann hier der Radsport genannt werden, der, geplagt von unzähligen Dopingskandalen, sich von dem enormen Zuschauer- und Sponsorenschwund der vergangenen Jahre nur langsam erholt. Aber auch bei Sport-Großereignissen wie Olympischen Spielen oder Weltmeisterschaften kommt es mittlerweile regelmäßig zu Dopingfällen, die dem Sport die Faszination nehmen.

Unabhängig vom Doping ist im professionellen Sport die Tendenz zu erkennen, dass Leistungssportler immer jünger werden und auch die Förderung der Athleten immer früher beginnt. So unterhält mittlerweile jeder Fußball-Bundesligist ein Nachwuchsleistungszentrum in der Hoffnung, den nächsten Starspieler auszubilden. Zudem kommen vermehrt minderjährige Spieler in der Bundesliga zum Einsatz. So haben aktuelle Nationalspieler wie Julian Draxler und Mario Götze bereits mit 17 Jahren in der ersten Bundesliga gespielt. Minderjährige stehen daher bereits in jungen Jahren unter enormem Leistungsdruck, wenn sie eine Karriere als Leistungssportler anstreben.

Dr. Adrian Fiedler widmet sich in seiner Dissertation dem Schnittpunkt dieser beiden hochrelevanten Themen des Sports. Er untersucht aus der Sicht des Straf- und Verbandsrechts die Fälle, bei denen es bereits bei minderjährigen Sportlern zur Einnahme von Dopingmitteln kommt. Die Arbeit entstand im Jahr 2013 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und vermag überaus umsichtig und erfolgreich das Thema „Das Doping minderjähriger Sportler“ darzustellen.

Die 298 Seiten umfassende Ausarbeitung leitet zunächst in die Themenstellung ein, bevor sie im ersten Teil „Das Phänomen des Minderjährigendopings“ ausführlich darstellt (S. 20 – 40). Die Einleitung gelingt und bietet einen umsichtigen Einstieg in das Thema. Insbesondere für Juristen, die mit dem Bereich „Doping“ bisher keine Berührungspunkte hatten, bietet die Einleitung einen verständnisfördernden Zugang. *Fiedler* führt historisch und aus nationaler Sicht in das Thema ein. Folgerichtig geht er dabei zunächst auf das DDR-Staatsdoping ein und zitiert von nationalen Gerichten entschiedene Fälle. Anschließend werden die aktuellen Probleme im Jugend- und Profisport, aber auch im Breitensport dargestellt. Für das Verständnis des Themas „Doping“ sind die Ausführungen zu den einzelnen Substanzen, Methoden und den Gesundheitsgefahren entscheidend. Hier erklärt *Fiedler*, was anabole Steroide, EPO und Blutdoping sind, wie sie auf den Körper eines Athleten wirken und welche kurz- oder langfristigen Risiken mit deren Einnahme einhergehen.

Die strafrechtliche Untersuchung (S. 41 – 193) stellt den zweiten Teil der Arbeit dar und unterteilt sich im Wesentlichen in die Strafbarkeit nach dem StGB und nach Spezialgesetzen (AMG, BtMG). *Fiedler* setzt bei der Strafbarkeit nach § 223 StGB einen Schwerpunkt seiner Arbeit und differenziert bei seiner Prüfung sehr überzeugend zwischen einer Körperverletzung durch Fremd- und Eigendoping. Während das Eigendoping ausgenommen der Fälle mittelbarer Täterschaft grundsätzlich nicht nach § 223 StGB zu bestrafen ist, zeigen sich bei der Körperverletzung durch Fremddoping erhebliche Probleme im Rahmen der Kausalität. Hier differenziert *Fiedler* nach den jeweiligen Substanzen. Einen Schwerpunkt bilden die sehr gelungenen Ausführungen zur Einwilligung in das Doping durch den minderjährigen Sportler (S. 55 – 116), die einen Rechtfertigungsgrund darstellen könnten und im Vergleich zum Doping volljähriger Athleten einen entscheidenden Unterschied für die rechtliche Bewertung darstellen. *Fiedler* orientiert sich zunächst an § 228 StGB und plädiert für eine einzelfallabhängige Prüfung der Einwilligungsfähigkeit, die an die kognitive Fähigkeit des Athleten, Kausalverläufe zu erkennen, sowie die Gefährlichkeit der Substanz gekoppelt sein sollte. Eine starre Altersgrenze lehnt *Fiedler* mit guten Argumenten ab. Ebenso spricht sich *Fiedler* gegen eine Einwilligungsfähigkeit bei der Einnahme lebensgefährdender Stoffe ab und zieht hier Parallelen zu § 216 StGB. Bei der voluntativen Komponente knüpft *Fiedler* bei der Steuerungsfähigkeit an; eine Erklärung der Eltern genügt nur bei fehlender Einwilligungsfähigkeit. Die Sittenwidrigkeit einer Erklärung nach § 228 StGB ist beim Doping nicht per se gegeben, sondern kommt, so die überzeugend begründete Auffassung *Fiedlers*, nur bei einer schwerwiegenden Folge (§ 226 StGB) in Betracht (S. 111). Eine mittelbare Täterschaft bei Eigendoping könnte durch eine Irrtums- oder Nötigungsherrschaft in Betracht kommen, insbesondere wenn die Minderjährigkeit einen konstitutionellen Mangel darstellen könnte. Eine Körperverletzung durch Unterlassen könnte durch die Beschützergaranten Eltern, Trainer, Betreuer und Ärzte begangen werden. *Fiedler* prüft abstrakt und umfassend, welche rechtlichen Fragen bei der Prüfung der Strafbarkeit infolge eines Dopingverstoßes auftreten könnten. Die Ausführungen scheinen sich daher gut zu eignen, um für die Prüfung eines auftretenden Einzelfalles herangezogen zu werden.

Sehr interessant und durchdacht erfolgt die Prüfung der Strafbarkeit nach Spezialgesetzen. Hier geht *Fiedler* auf das Arzneimittelgesetz sowie das Betäubungsmittelgesetz ein. Die Ausführungen zum AMG, insbesondere zu § 6a AMG sind aufgrund der nach Fertigstellung der Arbeit erfolgten Gesetzesänderung teilweise überholt. Im Rahmen des Regelbeispiels „Personen unter 18 Jahren“ nach § 95 Abs. 3, Nr. 2a AMG spricht sich *Fiedler* für eine ausnahms-

weise teleologische Reduktion aus und begründet diese überzeugend mit dem ausnahmsweise reduzierten Bedürfnis nach Minderjährigenschutz (S. 177). Eine Strafbarkeit nach Spezialgesetzen, darauf weist *Fiedler* hin, kann im Einzelfall entscheidend für die Strafbarkeit eines Täters sein, da eine Strafbarkeit nach allgemeinen Gesetzen aufgrund der Einwilligung eines Athleten entfallen kann.

Teil 3 der Arbeit umfasst eine verbandsrechtliche Untersuchung und stellt die sich für minderjährige Sportler ergebenden Besonderheiten dar (S. 194 – 298). *Fiedler* führt bedacht in das Thema ein und stellt zunächst die relevanten Anti-Doping-Regelwerke der WADA und der NADA dar, gefolgt von einer Begründung, warum diese für Minderjährige Anwendung finden. Hier gilt es zwischen einem Mitgliedschaftsverhältnis und Regelanerkennungsverträgen, die Athleten vor der Teilnahme an Wettbewerben unterzeichnen, zu unterscheiden. Wird eine Dopingsanktion verhängt, unterliegt die Überprüfung der Rechtmäßigkeit grundsätzlich der eingeschränkten Kontrolle des § 242 BGB. Wenngleich im Rahmen dieser Überprüfung auch die Grundrechte zu berücksichtigen sind, können sich minderjährige Athleten oftmals nicht auf das Recht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG berufen. Mit Bezugnahme zu CAS-Entscheidungen stellt *Fiedler* die Möglichkeiten einer dauerhaften Sperre dar und geht dabei auf die Besonderheiten des Art. 10.5 WADC ein (S. 219). Hiernach sind nämlich bei der Bewertung zur Festlegung des Verschuldens des minderjährigen Athleten sein jugendliches Alter und die mangelnde Erfahrung zu berücksichtigen. Ausführliche Behandlung erfährt auch die Frage, inwieweit einem Minderjährigen das Verschulden eines Dritten, z. B. eines Betreuers, zugerechnet werden kann. Diese hält *Fiedler* grundsätzlich für zulässig, plädiert jedoch für eine besondere Berücksichtigung der Minderjährigkeit bei Dauer und Ausgestaltung einer Sperre. Neben der Auswirkungen auf den Athleten bedenkt *Fiedler* auch, dass ein Dopingvergehen sich auch unmittelbar auf den sportlichen Wettbewerb auswirken muss: So führt ein Dopingvergehen zwingend zur Annullierung eines Einzelergebnisses und ggf. auch des gesamten Wettbewerbes. Eine Besonderheit gilt für Mannschaftswertungen, da hier oftmals der Dopingverstoß „nur“ eines einzigen Athleten für eine Disqualifizierung der gesamten Mannschaft nicht ausreicht (S. 259). Sehr interessant ist auch die anschließende Darstellung des Sanktionsverfahrens, beginnend mit der Dopingkontrolle, über die Veröffentlichung des Probeergebnisses bis hin zur Hauptverhandlung. Aufgrund der Minderjährigkeit und der erhöhten Schutzbedürftigkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergeben sich hier erhebliche Besonderheiten im Vergleich zu volljährigen Athleten. Abschließend behandelt *Fiedler* die Möglichkeiten eines Rechtsmittels auf internationaler und nationaler Ebene, fasst ein Fazit seiner Arbeit und wagt einen Ausblick. Hier beklagt er, dass das Doping im professionellen Spitzensport noch oftmals als ein Problem der „Sportwelt“ angesehen wird, obwohl ein strafrechtlicher Schutz minderjähriger Sportler erforderlich wäre (S. 297). Hinsichtlich des Verbandsrechts spricht sich *Fiedler* de lege ferenda für eine eigenständige Regelung für die Sanktionierung von minderjährigen Athleten aus (S. 298).

Während Doping im Sport öffentlich stets diskutiert wird, widmet sich *Fiedler* mit seiner Arbeit den Besonderheiten, die für Minderjährige in diesem Bereich gelten. Aufgrund der enormen Gefahren, die vom Doping ausgehen, und der immer jünger werdenden Athleten hat dieses Thema eine enorme Relevanz, die auch aufgrund dieser Arbeit eine hoffentlich größere Beachtung findet. *Fiedler* gelingt es, die medizinische Komplexität des Dopings vereinfacht und verständlich zu erklären sowie die für Minderjährige geltenden rechtlichen Besonderheiten anschaulich darzustellen. Hinsichtlich der einführenden Kapitel und Ausführungen kann das Werk durchaus als Einstieg für Praktiker dienen. Anschließend unterzieht *Fiedler* das Doping minderjähriger Sportler im Verbund einer straf- und verbandsrechtlichen Untersuchung. Bedauerlich ist lediglich, dass das Inkrafttreten des Gesetzes gegen Doping im Sport zum 18.12.2015 in der Arbeit keine Berücksichtigung finden konnte und auch dazu führt, dass die Ausführungen zum AMG teilweise überholt sind. Dies ändert jedoch nichts an der Relevanz und Aktualität der Ausarbeitung. Vielmehr zeigt das Tätigwerden des Gesetzgebers, welche Brisanz dem von *Fiedler* behandelten Thema zukommt. Auch behält *Fiedler* mit seiner Aussage, dass es sich beim Doping im professionellen Spitzensport nicht um ein Problem der Sportwelt handelt, Recht. Die Erkenntnisse, die die überzeugende Arbeit *Fiedlers* hervorbringt, könnten sich insbesondere bei dem immer stärker wachsenden Bereich der „e-sports“, bei dem die „Athleten“ oftmals minderjährig sind, als sehr nützlich erweisen (soweit man diese als Sportart ansieht).

Wer in der Praxis einen Einstieg in das Thema „Sport und Doping“ sucht, dem können insbesondere die einleitenden Kapitel dieses Werkes helfen. Wer jedoch mit dem speziellen The-

ma „Doping“ und „minderjährige Athleten“ in Berührung kommt, dem bietet dieses Werk eine gelungene Übersicht aller im Verbands- und Strafrecht möglicherweise aufkommenden Themen.

Allgemeines

Richter Dr. Daniel Gutman LL.M.

Ingo Bott, Das Recht zu strafen

Grafit Verlag, 2017, 416 S., 13,00 Euro.

Am deutschen Strafrechtsautorenhimmel ist ein Platz frei geworden. Ferdinand von Schirach ist ins Fernsehen abgewandert. Kann Ingo Bott, Jahrgang 1983, mittlerweile Partner in einer Wirtschaftsstrafrechtsspezialboutiquekanzlei den Platz einnehmen und vielleicht sogar dauerhaft verteidigen?

Das Recht zu strafen ist Ingo Botts Erstlingsdebüt. Zunächst fällt die sprachliche Prägnanz auf. Die Sätze sind kurz und einprägend. Sie wirken jedoch weder abgehackt, noch gestelzt. Es liest sich einfach gut. Der alte Alfred Gleiss, der wahre Grandseigneur der Juristensprache, die man versteht, würde vor Freude Purzelbäume schlagen. Sprachkompetenz gepaart mit großem Vokabular weiß der Autor insgesamt vorzuweisen und zu Gunsten des Lesers einzusetzen. Dabei darf es auch mal derbe werden, wenn der jeweilige Charakter seinem Naturell nach es erfordert. Oder witzig. Oder anzüglich. Denn zumindest einige Protagonisten bewegen sich ungefähr im Alter des Autors, also noch im besten Paarungsalter. Erzählerische Zurückhaltung á la Kommissar Wallander wäre demnach schon Umfeldmäßig fehl am Platz.

Für den Juristenleser, der sich durch juristisch nicht-fachlichen Stoff unterhalten möchte, ist es zusätzlich eine Freude, juristisch wahres Leben wiederzuerkennen. Welchen Strafverteidiger, Staatsanwalt oder Strafrichter juckt es nicht unangenehm unerträglich in den Fingern, wenn beim sonntagabendlichen Tatort mal wieder alle Vorgaben der Strafprozessordnung aus Gründen der Dramaturgie über Bord geworfen werden? Dieses Übel kommt auch für den sehr fachkundigen Leser bei diesem Roman sicher nicht auf. Ingo Bott weiß, wovon er schreibt und spricht. Auch wenn er sich nicht ganz dagegen erwehren kann, dem Trend zu folgen, die Staatsanwaltsprotagonisten in zu sehr rosa wolkiges Arbeitsumfeld zu versetzen. Zwar gibt es in hiesigem Krimi keine teuren Designerdrehstühle von Vitra und auch keine USM-Möbel, wie in so manchen Fernsehdarstellungen. Das ist schonmal gut. Dass der Posteingang der verschiedenen Ermittlungsverfahren indes der ermittelnden Staatsanwältin in einer blauen Postmappe von der Geschäftsstelle vorgelegt wird, ist gleichwohl durchschimmernde Großkanzleianwaltsvorstellung. Das Leben zwischen täglichen Bergen von roten Akten, die sich der Staatsanwaltsdezernent seit großen Kosteneinsparungsrunden jeden Tag selbst in sein Zimmerchen schleppen muss, wäre das wahre Leben der Berliner Justiz. Auch hat die Hauptprotagonisten erstaunlich viel Zeit, ständig mit den Polizeibeamten bei den alltäglichen Ermittlungen herumzuhängen. Hiervon abgesehen, ist das Leben im Berliner Strafrechtsumfeld gut recherchiert und anschaulich wiedergegeben.

Inhaltlich gelingt es dem Autor durch kleine Zeitsprünge, schnell Spannung aufzubauen und über die meisten der 440 Seiten aufrechtzuerhalten. Die kleinen Hänger zur Mitte bis Ende der ersten Hälfte werden durch gute Spannungspurts in der zweiten Halbzeit verdrängt. Der Leser kann sich hierbei mit den Sorgen, Zwängen und Gefühlen der Protagonisten gut identifizieren. Wobei auch die zahlreichen Details in den Darstellungen des Settings und der Personalien dienen. Ingo Bott hat hier ganz offenkundig – wenn es auch im Vorspann abgestritten wird – sehr viele wahre und eigene Erlebnisse eingeflochten. Ich bin mir sicher, dass die Ü30-Kaffeetasse tatsächlich auf seinem eigenen Schreibtisch steht. So viel Leidenschaft liegt in dieser und anderen Detaildarstellungen.

Von der weiteren Handlung, der persönlichen Verflechtung von Starverteidiger und der „heißesten Staatsanwältin Berlins“, den Strafverteidigern als Tätern und Opfern, soll an dieser Stelle besser nicht zu viel verraten werden.

Ist das Buch also lesenswert? Klare Antwort: unbedingt. Sowohl für Strafrechtler, Juristen, Hobby-Juristen, Berliner und allgemein Krimi-Liebhaber. Man muss lediglich die eine oder andere Passage aushalten, bei denen sich Dialoge auch mal in allgemeineres Geplänkel ausweiten. Aber Philosophieren rund um Sokrates ist halt auch inhaltsbestimmender Teil der Storyline.

Kann Ingo Bott einen festen Platz im Strafrechtsautorengefüge einnehmen? Wohl auch das. Der Grundstein ist mit dem Debütalbum erfolgreich gelegt. Es besteht Vorfremde auf den nächsten Roman. Dieser muss dann allerdings umfänglich nicht zwingend wieder 50 Seiten mehr haben als die auch schon ins prosaische angrenzende Dissertation des Autors (In dubio pro Straffreiheit).