

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

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

Anmerkungen zur Kodifizierung eines
Unternehmenssanktionenrechts – Zugleich Kommentar zum
„Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes“ 111

Rechtsanwalt Dr. Saleh R. Ihwas, Wiesbaden

„Die digitale Unterwelt“ – Strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten
im Darknet 138

Gedanken

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion

Edward Snowden hat sich verewählt... Zu den Änderungen des
Hessischen Verfassungsschutzgesetzes
und Anpassungen des HSOG 108

Entscheidungskommentare

RA Dr. Jörg Oesterle, Frankfurt

Kanzleidurchsuchungen und Sicherstellung von Ergebnissen aus
Internal Investigations 14848

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 15555

Internationales

Rechtsanwältin Carolina Keller Jupitz und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 158

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., dritte Ausgabe 2018

Mitten im Sommer, noch dazu in einem der (bisher) seltenen deutschen Sommer der Hochs – wen soll da schon die neue Ausgabe des WiJ interessieren? Strand, kalte Getränke, Party statt dröger Juristerei? Ein Blick auf den Inhalt zeigt geradezu elektrisierend das Gegenteil: Aktueller, kompakter und kompetenter kann kein Medium die gerade heiß (sic!) diskutierten brisantesten rechtlichen und rechtspolitischen Themen aufgreifen.

Sie, liebe Leserin, lieber Leser, haben sich bestimmt ebenfalls schon gewundert, wenn Sie in den letzten Wochen bei einer Behörde, einer Telefonzentrale eines Call-Centers oder großen Unternehmens anrufen und mindestens 60 Sekunden lang mit Belehrungen vollgeschwallt wurden, bevor Sie auch nur ein Wort von sich geben durften: Es grüßt die DSGVO – ein EU-Monstrum, das die Diskreditierung der grandiosen Friedensidee Europa mittels ausgreifender, allumfassender und kleinteiliger bürokratischer Gesinnung geradezu beispielhaft dokumentiert. Das schätzenswerte Gut der Diskretion wird noch mehr als schon bisher zum Schimpfwort „ach Datenschutz“, von dem keiner mehr etwas hören will. Das erleichtert mental gerade denjenigen ihr Treiben, die ihren geschäftlichen Erfolg auf Datenmißbrauch stützen. Antje Klötzer-Assion befasst sich mit einem anderen, einem öffentlich-rechtlichen Aspekt von „big data“, der Neuregelung des hessischen Polizeigesetzes und desjenigen zum Verfassungsschutz. Beide stehen in einer Reihe ähnlicher Novellierungen in anderen Bundesländern und lehnen sich partiell an US-amerikanische Tendenzen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung mittels Auswertung zahlreicher, durchaus auch zu ganz anderen Zwecken gesammelter Daten an. Abweichendes Verhalten als Verdachtsquelle – Zwang zur Konformität: ! oder ?

Es ist nur noch eine Frage der (kurzen) Zeit, wann das BMJV seinen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Sanktionierung von Verbänden vorlegen wird. Im Vorfeld gibt es dazu bereits zahlreiche Veröffentlichungen und seit einigen Monaten neben einem Frankfurter auch einen Kölner Entwurf, jeweils erstellt von einer Gruppe von Wissenschaftlern und Praktikern. Nicht nur deren Erstellung selbst ist „verdienstvoll“, so Markus Rübenstahl im ersten Teils seines mit einer Kommentierung versehenen und daher sehr ausgreifenden WiJ-Beitrags, sondern auch dessen äußerst intensive Befassung mit den in Köln entwickelten Vorschlägen selbst.

Nicht minder aktuell, ja geradezu spannend zu lesen sind die Ausführungen von Saleh R. Ihwas zum Darknet, einem allein schon für die eigene Bildung unverzichtbaren Überblick über dessen Funktionsweise, Technik, Anwendungsbereich, gesellschaftliche und politische Bedeutung – aber eben auch über die noch weitgehend ungeahnten Mißbrauchsmöglichkeiten (Neuland!), die der aktuelle, gerade mit langjährigen Freiheitsstrafen abgeschlossene Fall des Freiburger Kindesmißbrauchs einer breiteren Öffentlichkeit vor Augen führte. Ihwas zeigt auf, dass den Strafverfolgungsbehörden zwar nicht die Hände gebunden sind, aber keine den Spezifika des Darknets Rechnung tragenden Rechtsgrundlagen vorhanden sind.

Kritisch setzt sich Jörg Oesterle mit der Entscheidung des BVerfG zum Fall Jones Day/Volkswagen AG auseinander. Er zeigt auf, dass es keinen Grund gibt, das Halali auf Internal Investigations zu blasen. Den Ausführungen des BVerfG entnimmt er sogar eine Stärkung des Beschlagnahmeschutzes. Dieser habe sich jedoch im konkreten Fall nicht ausgewirkt, weil nicht die Verwertung von Unterlagen des Auftraggebers (VW) in Rede stand, sondern mit der Audi AG diejenigen eines Dritten („External Investigations“). Da es sich dabei jedoch um ein Tochterunternehmen handele, bestünde auch die Gefahr einer Verfolgung der Auftraggeberin als Mutterunternehmen wegen Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG, so dass Oesterle via § 148 StPO auch in concreto den Schutz vor Beschlagnahme befürwortet.

Wer trotzdem noch keine Leselust verspürt, wird die Lektüre bei wieder gemäßigten Temperaturen nachholen müssen, um sich nicht über eigene Wissenslücken ärgern zu müssen!

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.

Vertreten durch LOSTA Folker Bittmann, Rosemarie Helwig, Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Hannah 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

www.wi-j.de

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Gedanken	108
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion	
Edward Snowden hat sich verewählt... Zu den Änderungen des Hessischen Verfassungsschutzgesetzes und Anpassungen des HSOG	108
Aufsätze und Kurzbeiträge	111
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.	
Anmerkungen zur Kodifizierung eines Unternehmenssanktionenrechts – Zugleich Kommentar zum "Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes"	111
Rechtsanwalt Dr. Saleh R. Ihwas, Wiesbaden	
„Die digitale Unterwelt“ – Strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten im Darknet	138
Entscheidungskommentare	148
RA Dr. Jörg Oesterle, Frankfurt	
Kanzleidurchsuchungen und Sicherstellung von Ergebnissen aus Internal Investigations	148
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert	
Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	155
Internationales	158
Rechtsanwältin Carolina Keller Jupitz und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich	
Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	158
Veranstaltungen und politische Diskussionen	165
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert	
Tagungsbericht zum 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 17.05.2018	165
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion	
Tagungsbericht zum 30. Europäischen Zollrechtstag „50 Jahre Zollunion“ am 07. und 08. Juni 2018 in Thun, Schweiz	169
Rezensionen	171
Dr. Julia Baedorff, LL.M. (Cardozo)	
Rübenstahl/Idler (Hrsg.), Tax Compliance	171

Gedanken

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion

Edward Snowden hat sich verwählt... Zu den Änderungen des Hessischen Verfassungsschutzgesetzes und Anpassungen des HSOG

I. Fiktion

...angenommen, Edward Snowden hat sich verwählt ...

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung berichtete im Rhein-Main & Hessen Teil ihrer Ausgabe vom 03. Juli 2018 unter der Überschrift „Das gesamte Leben auf Knopfdruck“ über die Anschaffung der Analyse-Software „Gotham“ vom amerikanischen Unternehmen Palantir. „Staatsschützer“, so heißt es, könnten nunmehr den Namen eines Verdächtigen in das Analysesystem eingeben und „auf Knopfdruck“ eine Fülle von Informationen zu der betroffenen Person erlangen. Im Sekundenbruchteil könnten mittels besagter Analyse-Software zum Beispiel festgestellt werden, wo der Betroffene wohne, mit wem er verkehre, welche Telefone er nutze, welchen Bewegungsradius er habe, welche Internetseiten er aufrufe etc. Im Hinblick auf Staatsschutzthemen und die Bekämpfung (islamistischen) Terrors werde als Errungenschaft dargestellt, dass Polizeibehörden nunmehr bei Ermittlungen in der Islamistszene sehr schnell „die vollständige Chronologie über (einen) Radikalisierungsverlauf“ erhielten. Die Vorstellung der angeschafften Software habe „fast wie eine Werbeveranstaltung für das amerikanische Unternehmen“ angemutet, von dem die Software erworben wurde.

Wohl nicht nur deshalb spiegelt der Beitrag inzwischen laut gewordene Kritik am Beschaffungsvorgang wider. Irritationen speisen sich wohl nicht nur aus der Tatsache, dass Verbindungen zu „Cambridge Analytica“ bestünden, „jenem Unternehmen, dem nachgesagt wird, in den Facebook-Skandal involviert gewesen zu sein“, sondern vor allem daraus, dass gemäß der Berichterstattung eine Ausschreibung nicht, die Anschaffung folglich ohne Wettbewerb stattgefunden habe. Zurecht finden überdies Bedenken Platz, ob der Einsatz solcher Software „im Rahmen der polizeilichen Ermittlungsarbeit in Hessen“ zugleich Palantir-Mitarbeitern „im Zusammenhang mit dem Auftrag Zugang zu polizeilichen Daten“ eröffne. Diese Besorgnis entsteht in der Annahme, dass die eingekaufte Software nicht nur für Ermittlungen des Staatsschutzes, sondern auch im Rahmen der Polizeiarbeit eingesetzt werde/werden solle.

Die Präsentation der Anwendungsmöglichkeiten verdeutliche, in welcher bedenklicher Weise verknüpfte Daten generiert werden könnten, zum Beispiel wer in einem Haus wohne, in einem Haus bereits schon einmal gewohnt habe, wer ein- und ausgehe, wer zur erweiterten Nachbarschaft gehöre etc. Filterfunktionen ließen es zu, Personen zum Beispiel nach Haarfarbe oder Augenfarbe oder sonstigen besonderen Merkmalen zu suchen. Der Staatsschutz-Ermittler habe sich „begeistert ob der vielen Möglichkeiten“ gezeigt.

Der Beitrag gibt Anlass zum Nachdenken und hinterlässt bei mir als Leser Fragen – nicht nur zum Thema Vergaberecht.

Beinahe zu viel des Zufalls ist die Ausstrahlung einer Dokumentation auf ARTE am selben Abend mit dem Titel „Silicon Valley – Wo die Zukunft gemacht wird“. Berichtet wird unter anderem über die Beziehungen zwischen Tech-Giganten aus dem Silicon Valley wie Apple, Amazon, Facebook, Microsoft und Alphabet/Google usw. und Regierungen, über den unbegreiflich umfangreichen „Machttransfer“ durch die Erfassung und Verarbeitung enormer Datenmengen, die von Privatpersonen (in der Kenntnis oder Unkenntnis) im Alltag erhoben werden. Und wieder taucht er auf – Palantir. Gezeigt wird ein Ausschnitt einer Rede von Peter Thiel, Mitgründer von PayPal und Palantir, der ausspricht, man dulde im Silicon Valley keine Inkompetenz und dürfe solche – Inkompetenz – auch nicht bei der eigenen Regierung dulden. Fragt sich nur, was sich auch der Verfasser des FAZ-Beitrags gefragt hat, nämlich wer durch den Einsatz von Palantir ent-

wickelter Software nun klüger wird...Glaubt man Norman Solomon, ist es „mehr als nur eine Angstvorstellung, dass wir überwacht werden“ – so im Beitrag von ihm zu hören. „Wer hält hier wen zum Narren? Wer beobachtet wen? Wer lernt wodurch?“ sind Fragen, die Solomon aufwirft.

Und schließlich Edward Snowden, dessen Enthüllungen den Stein irgendwie ins Rollen brachten: Im Ausschnitt eines Interviews aus dem Jahr 2013 spricht Snowden aus, was viele fürchten. Um ins Visier staatlicher Ermittlungen zu geraten, reiche es aus, auf irgendeine Weise unter Verdacht geraten zu sein, zum Beispiel nur „weil sich jemand verwählt habe“...

Ich schalte ab. Vor mir liegt der neue Science Fiction Thriller von Frank Schätzing „Die Tyrannei des Schmetterlings“. Was wie ein Krimi beginnt, endet - wen wundert es – in Palo Alto und bei Palantir, nur dass dieser hier, also in der Fiktion, doch tatsächlich als Michael Palantir internationaler Waffenhändler ist...

Im Internet (google – Suchmaschine, vielleicht auch schon ein Fehler?) lese ich vorsorglich noch einmal nach: „Palantir is a mission-focused company. Our team is dedicated to working for the common good and doing what's right, in addition to being deeply passionate about building great software and a successful company.“

Alles gut also? Beim Ende von Schätzings Geschichte rund um künstliche Intelligenz und parallele Welten noch nicht angekommen, streiche ich gleichwohl die Segel. Was, wenn Edward Snowden sich verwählt? Der Staatsschutz und die hessische Polizei, wie reagieren die wohl auf Anfragen der amerikanischen Sicherheitsbehörden?

II. Wirklichkeit

In Hessen wurden kürzlich Gesetze zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes¹ und einzelnen Anpassungen des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)² durch den Hessischen Landtag verabschiedet.

Dazu erläuterte der hessische Innenminister Peter Beuth, die Gesetze würden die richtigen Rahmenbedingungen zur weiteren Stärkung der hessischen Sicherheitsbehörden schaffen. „Der Landtag hat wichtige gesetzliche Neuerungen zur Stärkung der Sicherheit in Hessen verabschiedet. Es geht dabei um nicht weniger, als die Bevölkerung vor Terroranschlägen, Extremismus und Kriminalität zu schützen. Mit den verabschiedeten gesetzlichen Neuerungen sorgen wir dafür, dass unsere Sicherheitsbehörden auch durch die rechtlichen Rahmenbedingungen ihre wichtige Arbeit optimal machen können. Wir haben Polizei und Verfassungsschutz in Hessen bereits durch zwei Sicherheitspakete personell wie materiell massiv gestärkt. Nun schaffen wir modernste rechtliche Bedingungen für schlagkräftige Sicherheitsbehörden im Kampf gegen Terror und Kriminalität“, sagte Innenminister Peter Beuth.³ Die wesentlichen Neuerungen betreffen den Einsatz von sog. V-Leuten. Ferner seien die nachrichtendienstlichen Mittel des Landesamtes für Verfassungsschutz (LfV) „aufgewertet und rechtlich klar definiert“ worden.⁴ Das Mittel der Observation als nachrichtendienstliches Mittel des Verfassungsschutzes sei gestärkt. „Die Observation ist erstmals detailliert geregelt und mit parlamentarischen Berichtspflichten flankiert.“⁵

Neben Regelungen zum Informationsaustausch zwischen dem Landesamt für Verfassungsschutz und anderen Behörden, wie Polizei und Staatsanwaltschaft findet als maßgebliche Neuerung noch die Verankerung der Instrumente der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) und der Online-Durchsuchung im HSOG Erwähnung. „Damit diejenigen, die uns schützen, ihre Arbeit den aktuellen Herausforderungen angemessen ausführen können, geben wir ihnen die notwendigen Mittel und den erforderlichen gesetzlichen Rahmen an die Hand. Indem wir es künftig der hessischen Polizei ermöglichen, Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchungen durchführen zu können, stärken wir unsere Gefahrenabwehr und ermöglichen es den Strafverfolgungsbehörden, mit dem technischen Fortschritt zu gehen und schwerste Straftaten zu verhindern. Denn auch das Internet darf kein Rückzugs- und Vorbereitungsraum für Kriminelle und Terroristen sein. Deshalb erhält die Polizei als größte Gefahrenab-

¹ GVBl. I 1990 S. 753 vom 28.12.1990, zuletzt geändert durch Art. 1a des Gesetzes vom 3.5.2018 (GVBl. S.82).

² In der Fassung der Bekanntmachung vom 14.1.2005, GVBl. I S. 14, zuletzt geändert durch Art. 18 des Gesetzes vom 3.5.2018, [GVBl. S. 82](#).

³ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

⁴ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

⁵ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

wehr- und Strafverfolgungsstelle nun mit einer verbesserten Form der Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung zwei wichtige Werkzeuge für ihre Arbeit im Kampf gegen Terrorismus und Kriminalität“, sagte Innenminister Peter Beuth.⁶

Das HSOg werde in wesentlichen Punkten an bereits geltende bundesrechtliche Befugnisse angeglichen. Außerdem erfolge die Umsetzung der EU-Datenschutzreform und des Urteils des BVerfG vom 20.4.2016⁷ zum Gesetz über das Bundeskriminalamt (BKAG). „Die für die Sicherheitsbehörden wichtigen Ermittler können auch die digitalen Nischen aufhellen. Darüber hinaus soll die Polizei künftig im Gefahrenbereich auf Nutzungsdaten von Messenger-Diensten zugreifen dürfen. Damit wird den Polizeibehörden ermöglicht, neben herkömmlichen Telefonaten jetzt auch bei den internetbasierten Messenger-Diensten mitlesen und mithören zu können.“⁸

Wichtige Informationen sollen seitens der Ermittler richtig verknüpft werden können. Geregelt wurde die „automatisierte Anwendungen zur Datenanalyse“. Solche Analysen seien Grundlage für die rechtzeitige Verhinderung geplanter Straftaten, dienen aber auch der Identifizierung von Täterstrukturen und Tatzusammenhängen, sowie der Ermöglichung einer überregionalen Zusammenarbeit verschiedener Polizeidienststellen.⁹

Liegt Troja bald in Hessen?¹⁰ – so oder vergleichbar¹¹ machen die Kritiker auf, lauten die besorgten Stimmen im Netz und in der Presselandschaft.

In Hessen und andernorts begehren die Bürger auf – gegen Herabsetzung der Gefahrenschwelle¹², ab der polizeiliche Eingriffe zulässig sein sollen. Im Großraum Düsseldorf demonstrierten Angaben zufolge fast 10.000 Menschen gegen das geplante neue Polizeigesetz in NRW.¹³ Schon gegen die vorausgegangene Änderung des bayrischen Polizeigesetzes gab es Proteste. Die Gewerkschaft der Polizei sah die Gefahr, dass die Neuregelung das Vertrauen in die Sicherheitsbehörden beschädigen könnte: „Mit bürgerlicher Polizei nicht in Einklang zu bringen“ – Polizeigewerkschaft läuft Sturm – berichtete der Stern online.¹⁴

Zeit, den Bürger wieder „abzuholen“ ...

⁶ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

⁷ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220 – 378, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160420_1bvr096609.html.

⁸ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

⁹ Abrufbar unter: <https://innen.hessen.de/presse/pressemitteilung/landtag-verabschiedet-verfassungsschutzgesetz-und-anpassungen-des-hsog>.

¹⁰ <https://verfassungsblog.de/liegt-troja-bald-in-hessen-ein-neues-hessisches-verfassungsschutzgesetz>.

¹¹ Schwarz-grün in Hessen will Staatstrojaner für Verfassungsschutz, <https://netzpolitik.org/2017/schwarz-gruen-in-hessen-will-staatstrojaner-fuer-verfassungsschutz>; Negativ-Preis für Schwarz-Grün: Big-Brother-Award für geplantes Verfassungsschutzgesetz, http://www.lauterbacher-anzeiger.de/politik/hessen/negativ-preis-fuer-schwarz-gruen-big-brother-award-fuer-geplantes-verfassungsschutzgesetz_18692775.htm; V-Leute, Staatstrojaner, Kontrollrechte Experten kritisieren schwarz-grüne Pläne für Verfassungsschutz, <https://www.hessenschau.de/politik/experten-kritisieren-bei-anhoerung-entwurf-fuer-verfassungsschutzgesetz-verfassungsschutzgesetz-100.html>; Verfassungsschutzgesetz in Hessen Staatstrojaner nur für Polizei, Der Konflikt um eine Reform des Verfassungsschutzgesetzes zwischen den Koalitionspartnern von CDU und Grünen in Hessen ist nach deren Auskunft beigelegt. Schwarz-Grün habe sich auf einen „guten Kompromiss im Sinne der Sicherheit“ geeinigt, teilten sie am Freitag in Wiesbaden mit. Wichtigste Änderung ist der umstrittene Einsatz der sogenannten Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung. Sie sollen nicht mehr wie geplant im Verfassungsschutzgesetz verankert werden. Stattdessen im hessischen Polizeigesetz, <http://www.fr.de/rhein-main/landespolitik/verfassungsschutzgesetz-in-hessen-staatstrojaner-nur-fuer-polizei-a-1512930>.

¹² „In Bayern droht bald überall Gefahr“ titulierte Die Zeit online am 28.03.2018, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/polizeigesetz-bayern-csu-sicherheit-ueberwachung-gewaltenteilung>.

¹³ https://rp-online.de/nrw/staedte/duesseldorf/polizeigesetz-nrw-10000-demonstrieren-in-duesseldorf_aid-23851659.

¹⁴ <https://www.stern.de/politik/deutschland/polizeigesetz-in-bayern--sogar-die-gewerkschaft-der-polizei-dagegen-7986004.html>.

Aufsätze und Kurzbeiträge

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.¹

Anmerkungen zur Kodifizierung eines Unternehmenssanktionenrechts – Zugleich Kommentar zum “Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes”

TEIL 1: Allgemeines, Anwendungsbereich und Tatbestände

Der m.E. verdienstvolle “Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes” (Anfang 2018 vorgestellt von der interdisziplinären Forschungsgruppe „Verbandsstrafrecht – praktische Auswirkungen, theoretische Rückwirkungen“ der Universität zu Köln, basierend auf mehrjährigen Forschungsarbeiten, gefördert von der VolkswagenStiftung²) möchte – ausgehend von der Annahme, dass auf politischer Ebene die grundsätzliche Bereitschaft vorhanden ist, eine über das Ordnungswidrigkeitenrecht hinausgehende Reform der Sanktionierung von Verbänden in Angriff zu nehmen – ein Gesetzgebungsmodell für eine faire, effektive und praktikable Regelung der Verbandssanktionierung darstellen. Der Entwurf will – primär gestützt auf eine deutschlandweite Untersuchung der Anwendung des geltenden Rechts sowie auf rechtsvergleichende Praktikerbefragungen in den USA und Österreich³⁴ – konkrete Lösungsvorschläge für die materiell-rechtlichen, strafprozessualen und gesellschaftsrechtlichen Fragen eines Verbandssanktionenrechts formulieren.⁵

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die von den Entwurfsverfassern angenommene Ausgangslage nach Maßgabe des Koalitionsvertrags von CDU/CSU und SPD vom 12. März 2018 augenscheinlich in der laufenden (19.) Legislaturperiode vorliegen dürfte,⁶ verdient der “Kölner Entwurf” eine intensive, konstruktiv-kritische Befassung, in der Annahme, dass die Auseinander-

¹ Der Autor ist Lehrbeauftragter der Universität Freiburg i. Br. für Unternehmensstrafrecht und Steuerstrafrecht sowie Gründer von Rübenstahl Rechtsanwälte.

² Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 5 ff.; vgl. auch Hoven/Weigend ZRP 2018, 30 ff.; der Autor war als Experte im Rahmen von Tagungen an den Diskussionen der Forschungsgruppe beteiligt, nicht aber an der Formulierung des Entwurfs.

³ Hilf NZWiSt 2016, 189 ff.; Dietrich NZWiSt 2016, 186 ff.

⁴ Andere naheliegende rechtsvergleichende Blickwinkel, etwa auf die Schweiz, vgl. El-Ghazi ZStW 130 (2018), 254 ff.; auf Frankreich, vgl. Walther NZWiSt 2016, 181 ff.; auf Italien, vgl. Rübenstahl RIW 2012, 505 ff. wurden demgegenüber wohl aus Kapazitäts- und Zeitgründen nicht vertieft, vgl. auch den Gesamtüberblick von Engelhart NZWiSt 2015, 201 ff.

⁵ Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 8.

⁶ „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode (im Weiteren: „KV“ oder Koalitionsvertrag) S. 126, Fundstelle https://www.cdu.de/system/tuf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1 : „Wir wollen sicherstellen, dass Wirtschaftskriminalität wirksam verfolgt und angemessen geahndet wird. Deshalb regeln wir das Sanktionsrecht für Unternehmen neu. Wir werden sicherstellen, dass bei Wirtschaftskriminalität grundsätzlich auch die von Fehlverhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern profitierenden Unternehmen stärker sanktioniert werden. Bislang liegt es im Ermessen der zuständigen Behörde, ob auch das betreffende Unternehmen verfolgt wird. Durch die Abkehr vom Opportunitätsprinzip des bislang einschlägigen Ordnungswidrigkeitenrechts sorgen wir für eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendung. Durch klare Verfahrensregelungen erhöhen wir zudem die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen. Zugleich werden wir spezifische Regelungen über Verfahrenseinstellungen schaffen, um der Justizpraxis die notwendige Flexibilität in der Verfolgung einzuräumen. Wir werden das Sanktionsinstrumentarium erweitern: Die geltende Bußgeldobergrenze von bis zu zehn Millionen Euro ist für kleinere Unternehmen zu hoch und für große Konzerne zu niedrig. Wir werden sicherstellen, dass sich die Höhe der Geldsanktion künftig an der Wirtschaftskraft des Unternehmens orientiert. Bei Unternehmen mit mehr als 100 Millionen Euro Umsatz soll die Höchstgrenze bei zehn Prozent des Umsatzes liegen. Zudem schaffen wir weitere Sanktionsinstrumente. Weiterhin schaffen wir konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Unternehmensgeldsanktionen. Die Sanktionen sollen auf geeignetem Weg öffentlich bekannt gemacht werden. Um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen, werden wir gesetzliche Vorgaben für „Internal Investigations“ schaffen, insbesondere mit Blick auf beschlagnahmte Unterlagen und Durchsuchungsmöglichkeiten. Wir werden gesetzliche Anreize zur Aufklärungshilfe durch „Internal Investigations“ und zur anschließenden Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse setzen.“ Dazu vgl. auch Baur AG 2018, 457 ff.

setzung mit dem "Kölner Entwurf"⁷ – mehr wohl als die mit dem dezidiert strafrechtlich geprägten NRW-Entwurf⁸ – auch die anlaufenden Gesetzgebungsarbeiten prägen dürfte.⁹

I. Sinnhaftigkeit der Kodifizierung eines Verbandssanktionengesetzes

Im Grundsatz kann auch aus Verteidigersicht durchaus der Aussage der Verfasser des Kölner Entwurfs zugestimmt werden, "dass die Frage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden in Deutschland nach neuen Antworten verlangt"¹⁰, wobei aus diesseitiger Sicht eine Kodifizierung nicht etwa deshalb nötig erscheint, weil "juristische Personen und Personenverbände derzeit lediglich mit Geldbußen nach § 30 OWiG belegt werden"¹¹ können. Auch wird die Sichtweise der Entwurfsverfasser nicht geteilt, denen offenbar die in der geltenden Rechtslage vorgesehene Sanktion des Unternehmenbußgeldes ihrer rechtlichen Kategorie (Ordnungswidrigkeitenrecht als Minus zum Strafrecht) und wirtschaftlichen Relevanz (Begrenzung der Geldbuße in ihrer Ahndungsfunktion gemäß § 30 Abs. 2 OWiG auf 10 Millionen Euro) nach zu wenig gewichtig erscheint. Auch wird die Besorgnis nicht geteilt, eine Geldbuße von 10 Mio. Euro führe "zu einer relativen Ungleichbehandlung zwischen kleineren Unternehmen und Großkonzernen". Wenn auch das Argument abstrakt nachvollziehbar erscheint, gibt die praktische Erfahrung jedenfalls für diese These bislang nicht viel her, insbesondere weil bei der Begehung von Straftaten aus kleineren Unternehmen § 30 OWiG bislang kaum zur Anwendung kommen dürfte. Der weit überwiegende Anteil einer verhängten Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG ergibt sich in der bisherigen Anwendungspraxis der Vorschrift ohnehin nicht aus der Ahnungskomponente, sondern aus der Gewinnabschöpfungskomponente (§ 17 Abs. 4 OWiG). Diese richtet sich jedoch unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens nach dem aus der Straftat erlangten Gewinn. Auch ist zu berücksichtigen, dass es im Strafrecht ganz vergleichbare "Ungleichbehandlungen" gibt: Man wird kaum bestreiten können, dass eine längere zeitige Freiheitsstrafe einen 50-jährigen oder 60-jährigen Verurteilten regelmäßig härter trifft, als einen 21-jährigen. Es ist Aufgabe der Strafzumessungsentscheidung sowie der Entscheidungen in Strafvollstreckung und Strafvollzug, der individuellen Belastung angemessen Rechnung zu tragen. Dies ist im faktisch bereits existierenden Unternehmenssanktionsrecht genau wie im Individualstrafrecht (wie insbesondere in §§ 46 ff. StGB vorgesehen) bezüglich ahndender Sanktionen nötig und möglich, im Rahmen von Abschöpfungsentscheidungen (vgl. §§ 73 ff. StGB) hingegen hier wie dort nur sehr eingeschränkt.

Auch für die These der Entwurfsverfasser, dass bei "wirtschaftlich potenten internationalen Wirtschaftsunternehmen ... selbst die maximale Geldbuße kaum eine abschreckende Wirkung" entfaltet, dürfte es kaum tragfähige empirische Belege geben. Jedenfalls wenn man die Individualabschreckung eines gemäß § 30 OWiG in der Fassung vom 01.07.2013 sanktionierten Unternehmens meint, dürfte der Nachweis bereits am mangelnden Material wegen unzureichenden Zeitablaufs seit Einführung der Neufassung scheitern. Die Erfahrungen des Verfassers und vieler anderer anwaltlicher Unternehmensvertreter zeigen, dass das von einem unternehmensbezogenen Verfahren und einer Sanktion nach § 30 OWiG betroffene Unternehmen regelmäßig unter erheblichen wirtschaftlichen Aufwendungen und organisatorischen Anstrengungen bemüht ist, zumindest nachträglich, eine effektive Compliance-Organisation aufzubauen und zumeist auch, mit den Strafverfolgungsbehörden bei der Aufarbeitung der Anlassstrafat – kooperativ und mitunter proaktiv – zusammenzuarbeiten.¹² Die negativ-spezialpräventive bzw. individualabschreckende Wirkung der existierenden Unternehmenssanktionen lässt sich bzgl. einmal betroffener Unternehmen m.E. schwer bezweifeln.

Zutreffend ist hingegen die Kritik der Entwurfsverfasser, dass das geltende deutsche Recht keinerlei positivierten Maßstab für die Zumessung der finanziellen Sanktion (Unternehmensgeldbuße) vorgibt.¹³ Nicht einmal eine dem § 46 StGB vergleichbare allgemeine Zumessungsvor-

⁷ Dazu bereits Beisheim/Jung CCZ 2018, 63 ff.; vgl. auch Baur AG 2018, 457 ff.

⁸ Dazu vgl. Krems ZIS 2015, 5 ff.; Böse ZStW 126 (2014), 132 ff.; Görtz WJ 2014, 8 ff.; Kubiciel ZRP 2014, 133 ff.; Löffelmann JR 2014, 185 ff.; Heuking/v. Coelln BB 2014, 3016 ff.; Hoven/Wimmer/Schwarz/Schumann NZWiSt 2014, 201 ff.; Grützner CCZ 2015, 56, 59 ff.; Rübenstahl ZRfC 2014, 26 ff.; Rübenstahl/Tsambikakis ZWH 2014, 8 ff.

⁹ Darin liegt keine Abwertung oder gar grds. Ablehnung von Alternativkonzepten wie etwa dem OWiG-basierten Konzept des BUJ, vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff.; Grützner CCZ 2015, 56, 60 ff.; oder den „Frankfurter Thesen“ zur (nicht-strafrechtlichen) Unternehmensverantwortung, Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop wistra 2018, 27 ff. Vor dem Hintergrund der vorzitierten Leitlinien des Koalitionsvertrags dürften derartige Konzeptionen jedoch in der laufenden Legislaturperiode nur geringe Umsetzungschancen haben.

¹⁰ Hier Hoven/Weigend ZRP 2018, 30; entsprechend Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 5; vgl. auch Kubiciel NZWiSt 2016, 178 ff.

¹¹ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

¹² Vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff.; Grützner CCZ 2015, 56 ff.

¹³ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

schrift existiert für die Bemessung der Geldbuße gemäß § 30 OWiG.¹⁴ Ebenfalls tragfähig ist die Überlegung der Entwurfsverfasser, dass derzeit ausweislich der gesetzlichen Regelungen "für Unternehmen nicht absehbar" ist, in welchem Umfang Compliance-Maßnahmen oder interne Untersuchungen zu einer Verringerung der Geldbuße führen.¹⁵ Klarheit kann sich insofern lediglich in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium im Rahmen von Gesprächen zwischen Unternehmensverteidigern und Strafverfolgern ergeben, ohne dass als Matrix gesetzliche Vorgaben zur Verfügung stünden. Zweifellos kann dies in Einzelfällen die Entscheidung für eine Kooperation mit den Behörden und eine Offenlegung der Ergebnisse einer internen Untersuchung erschweren oder zumindest verzögern.

Nur im Ansatz geteilt wird die Sichtweise der Entwurfsverfasser, dass sich "Defizite des geltenden Rechts zeigen", wenn das deutsche Wirtschaftsstrafrecht (auch) als Wettbewerbsfaktor verstanden wird, weil ausländische Rechtsordnungen, beispielsweise diejenigen der USA, nicht nur deutlich härtere Strafen für juristische Personen, sondern auch einen erheblich weiteren Anwendungsbereich der Verbandsstrafbarkeit vorsehen.¹⁶ Problematisch ist allerdings nicht, dass die Sanktionen gemäß § 30 OWiG zu milde wären, sondern der Umstand, dass bei Unternehmen, bei denen eine mögliche Strafverfolgung insbesondere in den USA in Rede steht, mitunter eine übertriebene und einseitige Orientierung an den (teils nur vermuteten oder durch US-Rechtsanwälte vermittelten) Vorgaben der US-Strafverfolgungsbehörden und US-Aufsichtsbehörden unter Vernachlässigung der Ermittlungsinteressen deutscher Strafverfolgungsbehörden zu beobachten ist, weil die drohenden Rechtsfolgen in Deutschland und verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Behörden systematisch unterschätzt werden. Umgekehrt wird unter dem Einfluss von US-Unternehmensanwälten die Effektivität und Intensität der US-Strafverfolgung mitunter systematisch überschätzt und die hieraus resultierenden Offenlegungs- und Kooperationsbedürfnisse ebenso systematisch überpriorisiert. Die Unterschätzung des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts und der auf dieser Basis erwartbaren strafprozessualen Maßnahmen kann dann zur Folge haben, dass von einer gegebenenfalls auch gegenüber deutschen Behörden strategisch gebotenen, von dieser erwarteten Kooperation abgesehen wird oder dass diese jedenfalls zeitlich im Hinblick auf als vorrangig und dringlicher angesehene Kooperationserfordernisse bezüglich der USA zurückgestellt wird. Dies führt wiederum oft zu extrem imageschädlichen öffentlichen Ermittlungsmaßnahmen bei in Deutschland präsenten Unternehmen.

Eine prominentere, klarere und transparentere – materiellrechtliche und verfahrensrechtliche – Regelung des deutschen Unternehmenssanktionenrechts gepaart mit einer konsistenteren Anwendungspraxis könnte solchen "Missverständnissen" tendenziell entgegenwirken. Auch sollte – entsprechend der Intention der Entwurfsverfasser – der Sanktionslosigkeit von Straftaten mit Inlandsbezug aus solchen ausländischen Unternehmen gesetzgeberisch entgegengewirkt werden, die ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung nicht in Deutschland haben bzw. im Rechtssinne nicht hier handeln. Deshalb können diese derzeit wegen des hier geltenden strikten Territorialitätsprinzips (§§ 5, 7 OWiG) häufig nicht nach § 30 OWiG sanktioniert werden, weil die Straftat oder die Aufsichtspflichtverletzung nicht nachweislich (!) im Inland begangen wurde, weil weder Tathandlung noch Taterfolg im Rechtssinne in Deutschland eintreten (vgl. § 7 Abs. 1 OWiG).¹⁷

Nachvollziehbar erscheint auch, dass die Entwurfsverfasser "die praktischen Anwendungsdefizite des Ordnungswidrigkeitenrechts" als schwerwiegend ansehen.¹⁸ Diese sind empirisch nachgewiesen, nicht nur für die weiter zurückliegende Vergangenheit, sondern auch für die letzten Jahre. Die von der Kölner Forschungsgruppe zum Verbandsstrafrecht für die Jahre 2011–2016 durchgeführte Untersuchung zur Anwendungspraxis des § 30 OWiG hat gezeigt, dass die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen auch weiterhin bundesweit völlig uneinheitlich und insgesamt nur selten erfolgt.¹⁹ Man kann zwar bezweifeln, ob tatsächlich das bei der Verfol-

¹⁴ Vgl. auch Baur AG 2018, 457, 461.

¹⁵ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

¹⁶ Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1; die Weite dieses personellen u. territorialen Anwendungsbereichs ist durchaus kritikwürdig, vgl. Rübenstahl/Boerger NZWiSt 2013, 281 ff.

¹⁷ Vgl. Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

¹⁸ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

¹⁹ Kayadibi, Praxis und Anwendungsprobleme des § 30 OWiG, Eine empirische Untersuchung, Präsentation im Rahmen einer Tagung in Köln vom 23.02.2018. Von den insgesamt 49 kontaktierten Staatsanwaltschaften, vorwiegend Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Korruption und Wirtschaftskriminalität, teilten 18 Staatsanwaltschaften mit, dass sie in den vergangenen fünf Jahren (2011–2016) keine Geldbußen gegen ein Unternehmen verhängt hatten. Die Mehrheit der übrigen befragten Staatsanwaltschaften hatten jährlich weniger als drei Verfahren mit Geldbußen gegen Unternehmen abgeschlossen. Zudem zeigten sich im bundesweiten Vergleich erhebliche regionale Unterschiede; so wurden im Norden und Osten Deutschlands deutlich seltener Geldbußen verhängt als im Süden und Westen des Landes; Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

gung von Ordnungswidrigkeiten geltende Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG) ursächlich ist, weil es "den Staatsanwaltschaften ein weites Ermessen einräume, ob sie einem Verdacht nachgehen".²⁰

Nach den seit längerem geltenden – und für die Staatsanwälte rechtsverbindlichen – Vorgaben von Nr. 180a Abs. 1 S. 1 RiStBV "prüft der Staatsanwalt, ob auch die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung in Betracht kommt", wenn der Beschuldigte zum Leitungsbereich einer juristischen Person oder Personenvereinigung gehört. Die bisher sehr geringe Anzahl von Bußgeldverfahren gegen Unternehmen im Zusammenhang mit Wirtschaftsstrafverfahren gegen Geschäftsführungsorgane lässt sich praktisch wohl nur dadurch erklären, dass schon dieser Prüfungspflicht – ob aus Unkenntnis, Überforderung oder Überlastung – bei manchen Staatsanwaltschaften nahezu durchgehend nicht nachgekommen wird. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass RiStBV Nr. 180a im Jahr 2006 auf Basis einer Empfehlung von GRECO²¹ eingeführt wurde, um eine möglichst einheitliche Anwendung des die Verhängung einer Verbandsgeldbuße ermöglichenden § 30 OWiG sicherzustellen. Die Vorschrift konkretisiert zugleich das staatsanwaltschaftliche Ermessen dahingehend, dass namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität oder bei Bereicherung des Verbandes durch die Tat auf die Verhängung einer Verbandsgeldbuße hinzuwirken ist.²² Zwar kann vor diesem Hintergrund kaum angenommen werden, es gebe tatsächlich ein breites pflichtgemäßes Ermessen bezüglich der (Nicht-)Verhängung von Unternehmensgeldbußen, da es zu dessen Ausübung in den kritikwürdigen Fällen offenbar nicht kommt. Die Nichtverfolgung erfolgt wohl vielmehr in bewusster oder unbewusster Missachtung der Ermessensbindung²³ bzw. im Hinblick auf eine angenommene tatsächliche Unmöglichkeit mangels Ressourcen,²⁴ wobei regelmäßig nicht erst eine Entscheidung zur Nicht-Sanktionierung, sondern meist eine zur Nichtermittlung bzgl. eines Verbandsbußgelds getroffen wird, die im klaren Widerspruch zu RiStBV Nr. 180a stehen dürfte.

Jedenfalls muss mit den Entwurfsverfassern konstatiert werden, dass sich nach allen vorliegenden Untersuchungen das Ordnungswidrigkeitenrecht – jedenfalls in der Fläche des Bundesgebiets und vom Einzugsbereich besonders aktiver Schwerpunktstaatsanwaltschaften einmal abgesehen – noch nicht als wirksames Instrument zur Ahndung von Unternehmenskriminalität darstellt. Aus diesseitiger Sicht wäre es (jedenfalls de lege ferenda) durchaus hinnehmbar, wenn nur die schwerwiegendsten von Führungskräften aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten zu Unternehmensgeldbußen oder echten Unternehmenssanktionen anderer Art führen würden, sofern der Verfolgungsentscheidung und der Ahndungsentscheidung eine bewusste, gleichmäßige und nachvollziehbare Ausübung des Ermessens nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zugrunde läge. Insbesondere die in Fußnote 18 angedeuteten regionalen – offensichtlich allein von der Zuständigkeit und Spezialisierung der jeweiligen Staatsanwaltschaft und dem Engagement der Landesjustizverwaltung abhängigen²⁵ – Anwendungsunterschiede, die jedenfalls bisher in der Praxis auf eine durchgehende Nichtanwendung des § 30 OWiG in Teilen des Bundesgebiets hinauslaufen²⁶ – erscheinen im Hinblick auf das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG²⁷ sowie auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)²⁸ kaum hinnehmbar. Vor diesem Hintergrund kann der Aussage der Entwurfsverfasser zugestimmt werden, dass eine Reform das Ziel verfolgen sollte, Verstöße von Verbänden in gleichmäßiger und vorhersehbarer Weise zu ahnden und auf diese Weise für alle Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.²⁹

²⁰ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

²¹ Vgl. zur positiven Bewertung der Vorschrift auch [www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)3_Germany_DE.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)3_Germany_DE.pdf), mit der GRECO 2007 ausgehend von einer dadurch vereinheitlichten Anwendungspraxis des § 30 OWiG die Einführung von RiStBV Nr. 180a begrüßte.

²² BeckOK StPO/Meyberg RiStBV 180a Einf. und Rn. 1.

²³ Die meisten im Rahmen der oben erwähnten Untersuchung Befragten schätzten die Wahrscheinlichkeit, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 OWiG (!) tatsächlich eine Geldbuße verhängt würde, auf unter 20 Prozent ein. Fast alle Befragten meinten, dass Staatsanwälte auch bei an sich klaren Sachverhalten gelegentlich von einem Verfahren gegen Unternehmen absehen, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

²⁴ Als wesentliche Gründe wurden im Rahmen der o.g. Untersuchung die fehlende Expertise von Staatsanwältinnen im Bereich des OWiG und ein Mangel an personellen Ressourcen angegeben, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

²⁵ Von den insgesamt angeschriebenen 49 Staatsanwaltschaften, vorwiegend Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Korruption und Wirtschaftskriminalität, teilten 18 Staatsanwaltschaften mit, dass sie in den vergangenen fünf Jahren (2011–2016) keine Geldbußen gegen ein Unternehmen verhängt hatten, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

²⁶ Vgl. Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

²⁷ BVerfGE 1, 418, 420; BVerfGE 66, 331, 335 f.; BVerfG NVwZ 1993, 467; BVerfG (K) DVBl 1999, 165 f.

²⁸ Vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 81, 82 = NJW 2005, 409 L; Gusy, DÖV 1992, 468; Knops/Brockner, WM 2010, 1101, 1107; Brocker NJW 2012, 2996, 2997 ff. m.w.N.

²⁹ Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

Die obenstehenden Überlegungen allein würden aus diesseitiger Sicht allerdings noch nicht den Ausschlag für die Befürwortung einer Kodifizierung hergeben. Vorzugswürdig kann die Kodifikation eines strafrechtsähnlichen bzw. strafrechtsartigen Unternehmenssanktionenrechts vielmehr sein, wenn und soweit sie ein spezifisch und detailliert geregeltes, rechtsstaatlich-liberales Unternehmensstrafverfahrensrecht sowie ein hinreichend bestimmtes und unrechts-angemessenes Sanktionszumessungsrecht enthält, da insbesondere die Einführung eines zureichende Garantien gebenden Verfahrensrechts im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht zu erwarten ist³⁰ und dort wohl überdies nicht systemkonform umsetzbar wäre.

Eine insbesondere das Verfahrensrecht und das Sanktionsrecht vertieft regelnde Kodifikation ist dringend erforderlich, weil nach wohl einhelliger Auffassung die dürftigen verfahrensrechtlichen Regelungen, die spezifisch für unternehmensbezogene Bußgeldverfahren aus Anlass von Straftaten aus rechtsstaatlichen und praktischen Gründen gelten, völlig unzureichend sind: Ganz allgemein kann gesagt werden, dass die rudimentären Verfahrensregeln aus § 444 StPO (partielle Verweisung auf das strafprozessuale Verfahren bei der Einziehung, §§ 424, 426-428 StPO sowie Teile der §§ 429-436 StPO mit weiterer Verweisung auf Vorschriften des Ermittlungsverfahrens) und §§ 87, 88 OWiG zum einen unvollständig und zum anderen nicht billig und interessengerecht sind.³¹

Die Kritik diesbezüglich hat bereits bei den Zuständigkeitsregelungen für das vorgerichtliche Bußgeldverfahren und das selbständige gerichtliche Verfahren anzusetzen, da zum einen nach herrschender Auffassung der Bußgeldbescheid gemäß § 30 OWiG durch die Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde (und ermittelnde Behörde zugleich, wie Bußgeldverfahren generell, §§ 35, 36 OWiG) und nicht durch ein unabhängiges Gericht erlassen wird, während im gerichtlichen Verfahren auf den Einspruch (§ 67 OWiG) hin das Amtsgericht durch den Strafrichter in einer – entsprechend den Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts restriktiv ausgestalteten – Hauptverhandlung über die Rechtmäßigkeit des Bußgeldbescheids entscheiden soll (§§ 71-78 OWiG).³² Angesichts dessen, dass es sich in der Praxis bisher fast immer um komplexe Umfangverfahren mit einem großen Aktenbestand handelt, kann der Strafrichter aus Kapazitätsgründen faktisch weder auf der Basis einer Bewertung der Aktenlage noch auf Basis einer hinreichend intensiven Hauptverhandlung eine effektive Überprüfung der Bußgeldentscheidung vornehmen. Da im Nachgang zu dessen Entscheidung nur noch die – gegenüber der Revision noch weniger effektive, ebenfalls nur Rechtsfragen betreffende – Rechtsbeschwerde zum Bußgeldsenat des zuständigen Oberlandesgerichts offensteht, kann die verfahrensführende Staatsanwaltschaft davon ausgehen, dass sich die anwaltlichen Unternehmensvertreter gezwungen sehen werden, bereits im (vorgerichtlichen) Bußgeldverfahren eine Einigung über die Höhe der Unternehmensbuße zu suchen. Eine streitige Verteidigung im gerichtlichen Verfahren wird schon im Hinblick auf die zwangsläufig fehlende Effektivität der richterlichen Kontrolle jedenfalls im vorgesehenen Rechtszug des selbstständigen Bußgeldverfahrens gegen das Unternehmen nicht ernstlich in Betracht kommen.

Zu Recht wurde gerade auch aus der Perspektive der Justiz darauf hingewiesen, dass die Rechtsstellung des potentiellen Nebenbeteiligten in einem gegen den gesetzlichen Vertreter des Unternehmens oder gegen eine Leitungsperson im Sinne des § 30 Abs. 1 OWiG anhängigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen weitgehend ungeregt ist.³³ Zwar ist der Verbandsvertreter schon im vorbereitenden Verfahren wie ein Beschuldigter zu hören (§§ 432 Abs. 1, 444 Abs. 2 S. 2 StPO i. V. m. Nr. 180a Abs. 1 RiStBV), wenn sich bereits in diesem Zeitraum Anhaltspunkte dafür ergeben, dass gegen den Verband die Festsetzung einer Geldbuße in Betracht kommt, doch bleiben die Form der Beteiligung und der Anhörungszeitpunkt offen.³⁴ Zwar wird zutreffend vertreten, dass der Verband im Ermittlungsverfahren förmlich durch aktenkundig zu machende Verfügung zu beteiligen sei, sobald analog § 152 Abs. 2 StPO Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Sanktionierung des Verbandes gemäß § 30 OWiG in Betracht kommt, sofern dadurch keine Gefährdung des Ermittlungserfolgs entsteht und ihm analog §§ 444 Abs. 2 S. 2, 432 Abs. 2, 136, 434 Abs. 1 S. 2, 148 StPO Beschuldigtenrechte zuzubilligen sind.³⁵ Es ist zudem in der Praxis mangels expliziter Regelung für das Unternehmensbußgeldverfahren jedoch gerade nicht gewährleistet, dass dem gefolgt wird.

³⁰ Das OWiG-basierte Konzept des BUJ, vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff., setzt hier leider keinen Schwerpunkt.

³¹ Kritisch auch Wimmer NZWiSt 2017, 252.

³² Vgl. Wimmer NZWiSt 2017, 252.

³³ Wimmer NZWiSt 2017, 252.

³⁴ Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

³⁵ Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

Insbesondere das nach dieser Auffassung dem Unternehmen entsprechend zu gewährende Schweigerecht (§ 136 StPO)³⁶ soll einem Verband nach anderer Auffassung gerade nicht zustehen.³⁷ Große Unsicherheit besteht – auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.06.2018 – über den genauen Zeitpunkt, zu dem de lege lata dem Unternehmen Beschuldigtenrechte und dem Anwalt des Unternehmens verteidigergleiche Rechte (vgl. u.a. §§ 97, 148, 160a Abs. 1 StPO) zustehen sollen;³⁸ entgegen dem ersten Anschein schafft die Entscheidung neuen Regelungsbedarf.³⁹ Ohne dass an dieser Stelle ins Detail gegangen werden kann oder müsste, dürfte zudem auch unstrittig sein, dass das Recht der Eingriffsbefugnisse für (selbstständige) Bußgeldverfahren nach § 30 OWiG ebenfalls unzureichend ist, da hier nur die Maßnahmen zur Verfügung stehen, die durch die Verweisung des OWiG auf die StPO zugelassen sind, der Sache nach praktisch wohl nur Durchsuchungen im Sinne des § 102 StPO.³⁹

Vor dem Hintergrund der oben stehenden Ausführungen kann kurz zusammenfassend festgehalten werden, dass die Vorzüge einer parastrafrechtlichen Kodifizierung des Unternehmenssanktionenrechts – wie im „Kölner Entwurf“ – primär in der detaillierten, sachgerechten und rechtsstaatlichen Gestaltung eines Unternehmenssanktionsverfahrens einschließlich von geeigneten Diversionen (insbesondere der Verfahrenseinstellung nach dem Opportunitätsprinzip) sowie in der Spezifizierung der Zumessungsregelungen unter besonderer Berücksichtigung kooperativen Verhaltens sowie präventiver wie sukzessiver Compliance liegen können und sollten. Hinsichtlich einer faktischen Ausweitung des personellen Anwendungsbereichs – der in der bisherigen Praxis des § 30 OWiG typischerweise ganz überwiegend größere Konzerne im Zusammenhang mit umfangreichen und systemischen Wirtschaftsstraftaten umfasste – ist hingegen aus praktisch-verfahrensökonomischen Gründen sowie zur Vermeidung von normativ und rechtspolitisch unerwünschten Nebenfolgen eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers geboten. Dasselbe gilt aus diesseitiger Sicht auch hinsichtlich der Art und des Umfangs der Unternehmenssanktionen selbst und bezüglich des wirtschaftlichen Gewichts pekuniärer Sanktionen (s. Teil 2 dieses Beitrags in WiJ 4/2018).

II. Kommentar zum Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes

1. Zum personellen Anwendungsbereich der Verbandssanktionen (§ 1 II, IV KE-VSG)

Gemäß §§ 3, 1 des Kölner Entwurfs („KE“) eines Verbandssanktionengesetzes (im weiteren „KE-VSG“) sollen Verbandssanktionen durch verbandsbezogene rechtswidrige Zuwiderhandlungen gegen Straftatbestände (Verbandsverfehlungen) von Leitungspersonen und Mitarbeitern ausgelöst werden. Von Interesse ist zunächst die Reichweite des Verbandsbegriffs, ergänzend soll auch der Begriff der Leitungsperson des KE untersucht werden.

a) Zum Verbandsbegriff (§ 1 II KE-VSG)

Verbände im Sinne des KE-VSG sind nach § 1 Abs. 2 KE-VSG juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts; ausgenommen sind Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nur, „soweit sie in Ausübung hoheitlicher Befugnisse tätig werden“.⁴⁰

aa) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Kritisch zu hinterfragen ist die Einbeziehung sämtlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich des KE-VSG: Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind bekanntermaßen Rechtssubjekte, die auf öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Gebiet Rechtsfähigkeit kraft Gesetzes besitzen. Sie bestehen aufgrund öffentlich-rechtlicher Hoheitsakte oder öffentlich-rechtlicher Anerkennung; Ihnen gemeinsam ist das Recht der Selbstverwaltung, sie unterstehen staatlicher Aufsicht – soweit sie nicht selbst als Bundesland oder die Bundesrepublik Deutschland „Staat“ sind – und können in der Regel objektives Recht im Rah-

³⁶ KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 196/197, 208 ff.; BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 114ff.; Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

³⁷ Serini/Witzigmann in Vormermayer/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch des Staatsanwalts, 5. Aufl. (2016), 2. Teil Kap. 5, S. 595f.; vgl. auch bzgl. der verfassungsrechtlich angeblich fehlenden Erforderlichkeit eines Schweigerechts BVerfG, NJW 1997, 1841, 1844.

³⁸ Vgl. Uwer/van Ermingen-Marbach wistra 9/2018 im Erscheinen; Rübenstahl/Graf ZWH 9/2018 im Erscheinen.

³⁹ Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

⁴⁰ Diese u. alle weiteren §§ des KE VSG werden zitiert nach *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 ff.

men ihrer Zuständigkeit setzen. Generell wird unterschieden zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts, Anstalten des öffentlichen Rechts und Stiftungen öffentlichen Rechts. Im Rahmen des § 30 OWiG wurde nach strittiger, aber überwiegender Ansicht die Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeiten nur im Grundsatz bejaht.⁴¹ Zurecht wurde jedoch bereits bezogen auf § 30 OWiG von der herrschenden Meinung darauf hingewiesen, dass sich Beschränkungen aus der Natur der Sache ergeben müssen, insbesondere wenn die Bußgeldbehörde derselben Funktionseinheit wie der betroffene Verband angehört; zudem müssen auch Geldbußen zulasten des Staates (Bund und Länder) insgesamt ausgeschlossen sein.⁴² Der Ausschluss der Anwendbarkeit auf Bund und Länder sollte de lege ferenda auch im Bereich eines zukünftigen Unternehmenssanktionenrechts gelten und dementsprechend in der vorzitierten Formulierung des § 1 Abs. 2 KE-VSG klargestellt werden. Es erscheint wenig sachdienlich, wenn ein nordrhein-westfälisches Landgericht dem Land Nordrhein-Westfalen – wegen Straftaten von Angehörigen der Landesregierung, von Vertretungsorganen z.B. einer obersten Landesbehörde, einer Landesoberbehörde oder eines Landeseigenbetriebs – zugunsten des Justizfiskus eine Geldbuße von bis zu 15 % des Umsatzes (des Landeshaushalts?) auferlegen kann. In vergleichbaren Fällen würden sich zudem schwer lösbare Probleme bezüglich der sachgerechten (Nicht-) Ausübung der Aufsicht durch die Landesjustizminister über die für Unternehmenssanktionsrecht ständigen Staatsanwaltschaften und faktisch auch im Hinblick auf die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit ergeben.

Wenig sachdienlich erscheint aus diesseitiger Sicht darüber hinaus auch die Verhängung von Geldbußen gegen andere Gebietskörperschaften (Landkreise und Gemeinden) und Verbandskörperschaften (Gemeindeverbände), da die potentiell sehr einschneidenden pekuniären Sanktionen nach dem KE-VSG hier letztlich dazu führen können, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – die hier stets im Allgemeininteresse zumindest aller Angehörigen der Gebietskörperschaft liegt – beeinträchtigt wird. Zudem muss man sich fragen, welche spezialpräventiv erzieherische Wirkung etwa die Geldstrafe von 10% des „Umsatzes“ (?) einer Gemeinde gegen diese haben soll. Gegen eine sinnvolle Präventionswirkung spricht etwa, dass Gebietskörperschaften aus Rechtsgründen nicht insolvent werden können (§§ 12 Abs. 1, Abs. 2 InsO) und dass die ihnen durch Sanktionen entzogenen Mittel regelmäßig im Rahmen von Finanzausgleichsmaßnahmen aus anderen öffentlichen Mitteln (d.h. vom Steuerzahler) aufgebracht werden müssen. Letztlich wirkt eine Bestrafung von Gebietskörperschaften stets nur zu Lasten der Allgemeinheit, nicht zu Lasten von in einem Verband zusammengeschlossenen (privaten) Sonderinteressen. Eine Präventionswirkung durch die Androhung von Verbandssanktionen gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften, dürfte auch nicht erforderlich sein, da deren Leitungspersonen – anders als die von Unternehmen – durch allgemeine, freie und demokratische Wahlen ausgetauscht werden können, parlamentarisch kontrolliert werden und (insbesondere auf kommunaler Ebene) besonderen öffentlich-rechtlichen Aufsichts- und Disziplinarmaßnahmen ausgesetzt sind.

Darüber hinaus ist auch zu hinterfragen, ob Personal- und Realkörperschaften – etwa (staatliche) Universitäten – oder öffentlich-rechtliche Anstalten (öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) oder Stiftungen (Deutsche Bundesstiftung Umwelt, Stiftung Preussischer Kulturbesitz), d.h. öffentlich-rechtlich selbstständige Institutionen, die im Wesentlichen über staatliche Gelder finanziert werden, in den Anwendungsbereich des Unternehmenssanktionenrechts aufgenommen werden sollten, da dessen Präventionswirkung im Wesentlichen ökonomische Sanktionen vorsieht, mit denen sich der Staat hier faktisch selbst belasten würde. Letztlich würden erhebliche Verfahrenskosten anfallen nur damit ein Teil des Staates (etwa: Land über den Justizfiskus) auf Kosten einer staatlich finanzierten, selbstständigen öffentlich-rechtlichen Institution (etwa: Universität) bereichert würde. Regelmäßig würde zusätzlich das Paradox auftreten, dass der bereicherte Teil des Gemeinwesens (Bundesland) für die aufgrund der Sanktion eingetretene Finanzierungslücke bei der rechtlich selbstständigen aber staatlich finanzierten Institution (Universität) aus rechtlichen und politischen Gründen aufkommen müsste. Neben der mangelnden wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit ist auch darauf hinzuweisen, dass gezielte disziplinarische und strafrechtliche Sanktionen gegen die tätigen Individuen (oft schon diesbezügliche Ermittlungsverfahren) und öffentlich-rechtlichen Aufsichtsmaßnahmen präventiv wesentlich wirksamer sein dürften. Gerade Beamte und sonstige Amtsträger sind sich regelmäßig sehr

⁴¹ OLG Frankfurt NJW 1976, 1276; OLG Hamm NJW 1979, 1312; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 35 f.; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 2; Lemke/Mosbacher OWiG § 30 Rn. 13; Bohnert/Krenberger/Krumm Rn. 12; Mitsch Rn. 16/9; Achenbach, FS f. Stree/Wessels, 1993, S. 545, 553 f.; Eidam wistra 2003, 449; Theile/Petermann JuS 2011, 496, 500; a.A. z.B. Hirsch ZStW 107 [1995], 308.

⁴² KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 37.

deutlich dessen bewusst, dass disziplinarische Maßnahmen und oft schon verhältnismäßig geringe strafrechtliche Sanktionen existenzielle Folgen für sie persönlich auslösen können. Umgekehrt dürfte eine (gegebenenfalls zusätzliche) Schädigung des jeweiligen öffentlichen Haushalts (aufgrund drohender Unternehmenssanktionen) für sie im Hinblick auf insoweit fehlende spezifische Inzentivierungsmechanismen meist nur deutlich geringere steuernde Wirkung entfalten.⁴³ Insgesamt dürfte es vorzugswürdig, wenn auch nicht absolut zwingend sein, die Unternehmenssanktionen lediglich für Personen des Privatrechts vorzusehen. Wettbewerbsrechtliche Ordnungswidrigkeiten insbesondere Verstöße gegen das GWB, die eine Anwendbarkeit von § 30 OWiG auch auf öffentlich-rechtliche Rechtspersonlichkeiten erforderlich erscheinen lassen könnten, dürften nicht unter den KE-VSG fallen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Einschränkung, dass Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ausgenommen sind, soweit sie in Ausübung hoheitlicher Befugnisse tätig werden (§ 1 Abs. 2 S. 2 KE-VSG), nicht ausreichend ist. Es ist davon auszugehen, dass die Begrifflichkeit des Art. 33 Abs. 4 GG (Ausübung hoheitlicher Befugnisse) gemeint ist. Hiervon wird nur ein geringer Bereich staatlicher und kommunaler Tätigkeitsbereiche aus dem Anwendungsbereich des KE-VSG ausgeschlossen. Hoheitlich ist eine Tätigkeit dann, wenn sie aus der Staatsgewalt abgeleitet ist; dabei kommt öffentliches Recht zur Anwendung, welches durch ein Überordnungs- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist. Das Staatswesen übt bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben hoheitliche Gewalt aus, die Obrigkeit nimmt Aufgaben mit potenziell zwangsbewehrter Gewalt wahr. Gerade diejenigen Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Verwaltung, die jedenfalls für Wirtschaftsstraftaten am anfälligsten sind – Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge, Beschaffung, fiskalische Hilfstätigkeiten etc. – blieben demnach laut KE-VSG im Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts. Zwar wird ein erheblicher Teil der hier zu begehenden Straftaten aufgrund von § 1 Abs. 3 KE-VSG – der Taten ausschließt, durch die der Verband unmittelbar geschädigt wurde, nicht bereichert wurde und nicht bereichert werden sollte oder alternativ fordert, dass eine Verbandspflicht verletzt sein muss⁴⁴ – nicht zu einer Zuwiderhandlung im Sinne des KE-VSG werden. Dies könnte passive Korruptionsdelikte (§§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB) aus dem Anwendungsbereich des KS-VSG ausschließen. Zweifelhafte ist dies allerdings bereits bezüglich von Fällen der Untreue (§ 266 StGB), die i.E. auf eine Bereicherung des Verbands abzielten, diese aber nicht oder zunächst nicht erreichten (etwa unerlaubte Risikogeschäfte und andere Formen der Haushaltsuntreue⁴⁵). Übersehen wurde zudem möglicherweise, dass Steuerstraftaten und Taten nach § 266a StGB aus juristischen Personen des öffentlichen Rechts heraus – und mutmaßlich diverse andere Straftatbestände – ohne weiteres eine Zuwiderhandlung nach § 1 Abs. 3 KE-VSG sein dürften.

Zieht man all dies in Betracht, erscheint es sinnvoll, juristische Personen des öffentlichen Rechts aus dem Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts insgesamt auszuschließen, wie dies auch in anderen europäischen Ländern der Fall ist: In Italien etwa ist seit 2001 eine breite Anwendung findende Kodifikation eines Verbandssanktionengesetzes (decreto legislativo (Legislativdekret Nr. 231 vom 8.6.2001) in Kraft.⁴⁶ Ausgeschlossen von der Haftung für Straftaten von Mitarbeitern sind hier gemäß Art. 1 Abs. 3 der italienische Staat, andere Gebietskörperschaften sowie öffentlich-rechtliche Verbände und juristische Personen; nicht ausgenommen sind hingegen privatrechtliche (Kapital-)Gesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand oder solche im (Allein-)Eigentum der öffentlichen Hand⁴⁷. Obwohl das Legislativdekret Nr. 231/2001 in den letzten 17 Jahren breitflächig angewandt,⁴⁸ vielfach geändert und sein Anwendungsbereich erheblich erweitert wurde, wurde soweit ersichtlich von niemandem das Erfordernis gesehen, seinen Anwendungsbereich auf juristische Personen des öffentlichen Rechts auszudehnen.

Soweit ersichtlich ist auch in den USA eine Strafbarkeit öffentlich-rechtlicher juristischer Personen bzw. von deren Behörden ausdrücklich nicht vorgesehen.⁴⁹ Österreich schließt gem. § 1

⁴³ Bei einem erfolgsabhängig vergüteten Manager kann dies hingegen durchaus anders sein, sofern sich die Vergütung auch auf den längerfristigen Erfolg eines bestimmten „profit centers“ bezieht.

⁴⁴ Zuwiderhandlungen sind verbandsbezogen, wenn durch sie a) der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder b) eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zuwiderhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist.

⁴⁵ Vgl. Rübenstahl/Wasserburg NStZ 2004, 521 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu näher Rübenstahl RIW 2012, 505 ff.

⁴⁷ *Giarda/Spangher* Codice di Procedura Penale, 4. Aufl. 2011, d.lgs. 231/2001 Art. 1-4 Rn. III.2. Diese sind in Italien zahlreich und oft Großunternehmen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung (etwa ENI s.p.a., Treni d'Italia s.p.a., Finmeccanica s.p.a., Telecom Italia s.p.a., ENEL s.p.a. u. v. a. m.).

⁴⁸ Zu den Änderungen vgl. Rübenstahl RIW 2012, 505, 506 ff.

⁴⁹ So der (kommentierte) Model Penal Code § 2.07 IV a zum Ausschluss von Regierungsorganisationen aus dem Begriff der „corporation“ die strafrechtlich verantwortlich ist: „corporation“ does not include an entity organized as or by a governmental agency for the execution of a governmental program;“; ergänzend hält der Kommentar aus-

Abs. 3 Nr. 2 VbVG „Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln“ – d. h. dem Wortlaut nach wohl über den Bereich der Eingriffsverwaltung hinaus – sowie gem. Nr. 3 Kirchen etc. aus dem strafrechtlichen Verbandsbegriff aus,⁵⁰ die Schweiz in Art. 102 Abs. 3 b StGB-CH zumindest Gebietskörperschaften aus dem Anwendungsbereich des strafrechtlichen Unternehmensbegriffs.⁵¹ Im internationalen Vergleich und auch im Hinblick darauf, dass schon für § 30 OWiG kaum Anwendungsfälle der Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts konstatiert werden,⁵² erscheint es nicht erforderlich, die schärfere – strafrechtsähnliche – Sanktionierung nach einem Verbandssanktionengesetz auf öffentlich-rechtliche Personen auszudehnen, zumal Verstöße gegen das GWB voraussichtlich ohnehin nicht im Rahmen dieses Gesetzes verfolgt werden würden.

bb) Gemeinnützige juristische Personen

Ergänzend sollte im Rahmen eines etwaigen Gesetzgebungsverfahrens zum Verbandssanktionenrecht überdacht werden, ob nicht zumindest Sonderregelungen für anerkannte gemeinnützige (§ 52 Abs. 2 AO) eingetragene Vereine, Stiftungen und (g)GmbHs vorgesehen werden sollten, die Verbandssanktionen nur unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen zulassen. Diese sind ähnlich wie Gebietskörperschaften und verschiedene andere juristische Personen des öffentlichen Rechts dazu bestimmt, dem allgemeinen Nutzen bzw. dem Gemeinwohl zu dienen. Eine – pekuniäre – Sanktionierung des Verbandes bei einer Straftat einer Leitungsperson ist insofern jedenfalls dann aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive kontraproduktiv, wenn der gemeinnützige Verband trotzdem tatsächlich die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit (weiterhin) erfüllt. Möglicherweise kann hieran angeknüpft werden, um eine Sanktionierung im Ergebnis zu verneinen (vergleichbar einem Strafausschlussgrund oder einem Absehen von Strafe). Umgekehrt wäre denkbar, hier eine Sanktionierung zuzulassen, sofern (auch) ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) vorliegt und diese hierauf zu beschränken.

b) Zum Begriff der Leitungsperson (§ 1 IV KE-VSG)

Die Zuwiderhandlung einer Leitungsperson nach § 1 IV KE-VSG soll unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 KE-VSG zu Verbandssanktionen führen. Vor diesem Hintergrund – und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Verbandshaftung gem. § 3 Abs. 2 KE-VSG zusätzlich auch durch Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern ausgelöst werden kann, wenn durch Leitungspersonen erforderliche und zumutbare (Compliance-) Maßnahmen unterlassen wurden – erscheint es geboten, den Anwendungsbereich des Begriffs der Leitungsperson möglichst klar zu konturieren und zugleich nicht zu überdehnen. Letzteres insbesondere deshalb, weil die Konzeption des KE vorsieht, dass letztlich die Handlung jeder verbandsangehörigen Person zur Unternehmenssanktion führen kann, bei Mitarbeiterverhalten aber nur unter der Voraussetzung, dass Leitungspersonen die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen unterlassen haben. Damit ist letztlich gesagt, dass das strafbare Mitarbeiterverhalten dem Verband nicht unmittelbar zugerechnet werden soll, da die Mitarbeiter im Gegensatz zu den Leitungspersonen nicht mit der erforderlichen Eigenständigkeit und Verantwortlichkeit für den Verband agieren. Diese Differenzierung erscheint im Grundsatz richtig und liegt auch der bisherigen Unternehmensgeldbuße auf der Basis einer Straftat einer Leitungsperson gemäß § 30 Abs. 1 OWiG bzw. auf der Basis einer Straftat eines anderen Mitarbeiters i.V.m. §§ 130, 30 Abs. 1 OWiG zugrunde. Aus Gründen der Praktikabilität und der Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung wäre es wohl wünschenswert gewesen, nicht im Rahmen des KE-VSG neue Begrifflichkeiten zur Abgrenzung der Leitungsperson von dem Mitarbeiter zu treffen, sondern die existierenden zu übernehmen. Jedenfalls die offenbare Ausweitung des Begriffs der Leitungsperson im KE-VSG im Verhältnis zu § 30 Abs. 1 OWiG erscheint verfehlt, da nicht nachvollziehbar ist, dass einem Verband Straftaten leitender oder anderer Mitarbeiter in einem weitergehenden Umfang zuzurechnen sein sollten als Ordnungswidrigkeiten (auf die § 30 Abs. 1 OWiG anwendbar bleiben wird). Im Einzelnen:

aa) Faktische Leitungsperson, § 1 Abs. 4 d KE-VSG

Gemäß § 1 Abs. 4 d sollen Leitungspersonen im Sinne dieses Gesetzes – an deren Handeln Verbandssanktionen anknüpfen – u.a. auch „Personen, die in einem Verband eine Leitungsfunktion

drücklich fest, "Corporation" is defined to exclude governmental entities., vgl. https://ia600102.us.archive.org/29/items/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29.pdf

⁵⁰ https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=200044_25

⁵¹ <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#id-1-1-7>

⁵² Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 2; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 37.

wahrnehmen, auch ohne rechtmäßig dazu bestellt worden zu sein“ sein. Damit wird – soweit ersichtlich in der deutschen Rechtsordnung erstmals kodifiziert – der Begriff einer „faktischen Leitungsperson“ eingeführt, der wohl der Begrifflichkeit des faktischen Geschäftsführers und allgemein des faktischen (Geschäftsführung-) Organs, wie er im materiellen Strafrecht in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist,⁵³ entlehnt wird. Bedauerlicherweise wird jedoch nicht allein der Begriff des Organs (§ 1 Abs. 4 a) in Bezug genommen, sondern der sehr viel weitergehende der Leitungsperson, die in § 1 Abs. 4 KE-VSG insgesamt (Buchstaben a bis f) definiert ist.

Zunächst ist zu bemängeln, dass die Definition der faktischen Leitungsperson des § 1 Abs. 4 d) KE-VSG deutlich geringere Anforderungen enthält als die anerkannte Definition des faktischen Organs (insbesondere Geschäftsführers) im Zusammenhang mit § 14 StGB oder § 9 OWiG:

Der faktisch Organwalter kann nach h.M. strafrechtlich belangt werden, wenn er die Stellung eines Geschäftsführers, Vorstandsmitglieds oder Liquidators o.ä. tatsächlich eingenommen hat. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sowohl betriebsintern, als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend von ihm ausgehen und er auch im Übrigen auf Geschäftsvorgänge, die üblicherweise von der Geschäftsführung entschieden werden, bestimmenden Einfluss nimmt.⁵⁴ Auf die entsprechende Stellung kann aus der Zusammenschau der einzelnen Tätigkeiten, die insofern bloße Beweiszeichen darstellen, geschlossen werden, wobei ein Handeln nach außen erforderlich ist.⁵⁵ Zusätzlich zu der tatsächlichen Aufnahme der Geschäftsführungstätigkeit verlangt die h. Rspr. ein Handeln im Einverständnis mit den Gesellschaftern oder dem Aufsichtsrat, wobei auch die bloße Duldung des maßgebenden Gesellschaftsorgans (oder Gesellschafters) oder der Mehrheit seiner Mitglieder ausreichen soll, denn hierin sei ein faktisches Einverständnis zu sehen.⁵⁶ Sofern ein wirksam bestelltes Geschäftsführungsorgan existiert, ist nach h. M. zudem erforderlich, dass der lediglich faktische Organwalter gegenüber dem bestellten Organwalter eine „überragende Stellung“ oder jedenfalls „das deutliche Übergewicht“ hat.⁵⁷ Aus der Definition des KE geht nicht hinreichend deutlich hervor, ob bzw. dass das fest etablierte Erfordernis des zumindest konkludenten Einverständnisses der Eigentümer des Verbands bzw. seiner Vertreter anerkannt wird; genauso wenig wird deutlich, dass im Falle der Bestellung von Organwaltern eine faktische Organstellung nur bei deutlichen Übergewicht bzw. überragender Stellung des faktischen Organwalters gegenüber den bestellten Organwaltern besteht. Dies ist zur Sicherstellung des Gleichlaufs der Maßstäbe im Individualstrafrecht und im Unternehmenssanktionenrecht – die zudem auch für denselben Sachverhalt relevant werden können – geboten.⁵⁸ Vorzugswürdig könnte sogar sein, von einer Definition der faktischen Organstellung im KE-VSG im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung zur faktischen Organstellung im Individualstrafrecht zu verzichten, und in der Gesetzesbegründung lediglich von deren entsprechender Anwendbarkeit auszugehen. Andernfalls käme in Betracht, § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG entsprechend zu übernehmen (etwa: „sonstige Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens eines Verbands verantwortlich handeln, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführungsorgane oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört“). Hierdurch würden – neben dem unter § 1 Abs. 4 a – c KE-VSG erfassten Personenkreis – alle Mitarbeiter mit echter Leitungsverantwortung erfasst.

Die vorgenannte Vorschrift des OWiG deckt eine faktische Leitungsverantwortung hinreichend breit ab: Nach der Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG können taugliche Täter auch alle sonstigen Personen sein, die nicht schon aus formalen Gründen (§ 30 Abs. 1 Nr. 1–4 OWiG), sondern faktisch für die Leitung eines Betriebes oder Unternehmens verantwortlich handeln.⁵⁹ Maßgeblich ist damit auch bei § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG die materielle (faktische) Verantwortlichkeit für die Unternehmensleitung; auf die Wirksamkeit eines Bestellungsaktes kommt es nicht

⁵³ BGHSt 3, 32, 37; BGHSt 31, 118, 121; BGH NJW 2000, 2285 m. w. N.

⁵⁴ BGHSt 3, 32, 37; BGH NJW 2000, 2285 m. w. N. – h. Rspr.

⁵⁵ BGHSt 31, 118, 121 = NJW 1983, 240; Als Hinweise kommen in Betracht: Selbständige Leitung sämtlicher Außengeschäfte; Auftreten gegenüber den Mitarbeitern als Geschäftsführer; Auftreten gegenüber den Kunden als Geschäftsführer; Erteilung von Buchungsanweisungen an einen mit der Führung der Geschäftsbücher betrauten Steuerberater; Entscheidung über Steuerangelegenheiten; Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, Ausstellen von Zeugnissen; Vereinbarung von Stundungen oder Aushandeln von Zahlungsbedingungen mit Lieferanten; Verhandlungen mit Banken; Vergütung, die dem Gehalt eines Geschäftsführers entspricht. Fehlt es an einzelnen Merkmalen, steht dies einer tatsächlichen

Geschäftsführertätigkeit nicht zwingend entgegen, vgl. BGH a.a.O.

⁵⁶ BGHSt 3, 32, 38; BGHSt 21, 101, 103 f. = NJW 1966, 2225; BGH NSTz 2000, 34, 35.

⁵⁷ BGHSt 3, 32, 37; BGHSt 31, 118, 122 = NJW 1983, 240; BGH, BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Antragspflicht 3; BGH wistra 1990, 97; BGH NJW 2000, 2285.

⁵⁸ Es macht keinen Sinn, wenn wegen der strengeren Maßstäbe des StGB die faktische Geschäftsführung zu verneinen ist, obwohl möglicherweise die Zurechnung im Unternehmenssanktionenrecht möglich wäre. Hier würde dann wohl auch schon die Anknüpfungswiderhandlung fehlen, weshalb dann die Zurechnung ins Leere ginge.

⁵⁹ Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 14; KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 86 m.w.N.

an; nach Maßgabe der oben zitierten h. Rspr. kann jedenfalls auch der faktische Geschäftsführer die Zurechnung der Ordnungswidrigkeit zum Verband begründen.⁶⁰ Auch vor diesem Hintergrund bedarf es keines neuen Definitionsversuchs bezüglich einer faktischen Leitungsfigur.

bb) Beauftragte Leitungspersonen im Sinne der Buchstaben a) bis e),
§ 1 IV f KE-VSG

Die Zurechnung von Zuwiderhandlungen zulasten des Verbandes soll auch insoweit in Betracht kommen, als sie von „Personen, die beauftragt worden sind, in eigener Verantwortung Aufgaben gemäß Buchst. a bis e wahrzunehmen“ begangen wurde. Hiermit dürften wohl verbands-externe Personen – Berater und sonstige Dienstleister – gemeint sein. Insofern dürfte aber die Verweisung auf Buchst. d fragwürdig sein, da es sich hier ja gerade um Personen handelt, die eine Leitungsfunktion wahrnehmen „auch ohne rechtmäßig dazu bestellt worden zu sein“. Der verbleibende Anwendungsbereich könnte dann wohl allenfalls einen Personenkreis betreffen, der in nicht rechtswirksamer Weise beauftragt wurde, Aufgaben gemäß den Buchstaben a bis e wahrzunehmen. Es erscheint zweifelhaft, ob gerade bei verbandsexternen Personen, die nicht wirksam beauftragt sind, eine strafrechtsartige Verbandshaftung eingreifen sollte. Vor diesem Hintergrund wäre zu überlegen, den Verweis in § 1 Abs. 4 Buchst. f bzgl. des Buchst. d zu streichen.

Es erschließt sich auch nicht ohne weiteres, inwieweit die Verweisung in § 1 Abs. 4 Buchst. f auf Buchst. e sinnhaft ist. Gemäß Buchst. e sind Zuwiderhandlungen von „Personen, denen im Verband die Überwachung der Geschäftsführung oder die Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung übertragen worden ist“, Anknüpfungspunkt für Unternehmenssanktionen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit § 1 Abs. 4 Buchst. f KE-VSG, in dem lediglich zusätzlich die „Beauftragung in eigener Verantwortung“ mit der jeweiligen Leitungsaufgabe erfasst wird, den Anwendungsbereich des Buchst. e sinnvoll erweitert. Möglicherweise soll hier die externe Wahrnehmung von Kontrollfunktionen – Ausübung der Compliance-Funktion (Compliance Officer), Compliance-Untersuchungen, Geldwäscheprävention etc., eventuell auch noch weitergehendes „Outsourcing“ von Kontrollfunktionen an Dienstleister – erfasst werden. Wäre dies so, wäre allerdings kritisch zu hinterfragen, ob bei verbandsbezogenen Zuwiderhandlungen von deren Seite tatsächlich eine unmittelbare strafrechtsähnliche Verantwortlichkeit des Verbandes eingreifen sollte.

Richtiger erschiene es, insofern zu erwägen, ob nicht vergleichbar zum Haftungsmaßstab des § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG die neue Unternehmenshaftung nur dann greifen sollte, wenn bezüglich Bestellung, sorgfältiger Auswahl oder Überwachung dieser externen, mit Kontrollaufgaben beauftragten „Leitungspersonen“ seitens der hierfür zuständigen, internen Leitungspersonen des Verbandes gegen Aufsichts- bzw. Sorgfaltspflichten verstoßen wurde. Es erscheint unbillig, wenn das Fehlverhalten korrekt ausgewählter und überwachter externer Dienstleister dem Verband in derselben Weise unmittelbar zugerechnet werden würde wie dasjenige seiner Organe oder sonst geschäftsführungstätiger Leitungspersonen. § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG dürfte jedenfalls nach zutreffender Auffassung Ordnungswidrigkeiten externer Compliance-Dienstleister nicht erfassen, da hier von der „Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung“ – gemeint ist: der juristischen Person oder Personenvereinigung – die Rede ist.⁶¹

Soweit dagegen argumentiert wird, ein Unternehmen dürfe sich nicht durch Verlagerung von Kontrollverantwortung an Externe seiner Verantwortung entziehen⁶² – ist dem entgegenzuhalten, dass das hier wie dort gewählte Zurechnungsmodell über das Verhalten von Leitungspersonen nur dann sachgerecht ist, wenn allen die Zurechnung zum Verband auslösenden Leitungspersonen eine annähernd vergleichbare Verantwortung für den Verband, eine vergleichbare Verantwortung des Verbandes für die Leistungsperson sowie eine annähernd gleiche Beeinflussungsmöglichkeit der Leitungsperson bezüglich der Aktivitäten des Verbandes eigen ist. Bei externen Dienstleistern ist die Verbandsnähe bereits durch die Externalisierung der Dienstleistung abgeschwächt. Auch sind die Durchgriffsmöglichkeiten des Dienstleisters in den Verband hinein regelmäßig bereits durch das zu Grunde liegen einer dem Wettbewerb ausgesetzten Geschäftsbeziehung faktisch reduziert. Auch die Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Verbandes sind – weil kein Arbeitsverhältnis oder ein vergleichbares Rechtsverhältnis (Geschäftsführerdienstvertrag) besteht – deutlich reduziert, wenn und soweit Dienstleister rechtlich

⁶⁰ BGH NJW 1966, 2225; BGH NJW 2013, 624, 625; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 14; Töbrens NSTz 1999, 6.

⁶¹ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 84; Achenbach wistra 2002, 441, 443; Trüg ZWH 2011, 6, 8; a.A. BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 55.

⁶² A.A. BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 55.

und wirtschaftlich selbstständig sind. Zudem ist der Dienstleister oft ein eigener Verband. Der Verband sollte hier strafrechtsähnliche Verantwortung nur tragen, insoweit als Auswahl- oder Überwachungsverschulden im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG vorliegt. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Verweis des Buchst. f auf Buchst. e ohne entsprechende Modifizierung des Zurechnungsmaßstabes de lege ferenda nicht wünschenswert.

cc) Geschäftsführungsverantwortung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht, § 1 Abs. 4 c KE-VSG

Soweit Leitungspersonen im Sinne des § 3 Abs. 1 KE-VSG auch „sonst aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht für die Geschäftsführung verantwortliche natürliche Personen“ sein sollen (§ 1 Abs. 4 Buchst. c KE-VSG), stellt sich zunächst die Frage, was bzw. wer damit gemeint ist. Dem ersten Anschein nach könnten Personen mit einer besonders weitreichenden Vollmacht – wie etwa Generalbevollmächtigte, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte (wie sie in § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG erfasst sind) – gemeint sein. Dies erscheint zumindest vertretbar. Die ungewöhnliche und vom Vorbild abweichende Terminologie könnte vielleicht im Hinblick auf die Einbeziehung auch nicht privatrechtlicher juristischer Personen und Personenvereinigungen offener gehalten worden sein als in der Vorschrift des § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG.

Das ändert nichts daran, dass sie – ohne Legaldefinition – unklar und latent widersprüchlich erscheint. Letztlich sind für die Geschäftsführung nämlich die gesetzlich bestimmten Geschäftsführungsorgane verantwortlich und gerade nicht Personen, die sei es auch als Generalbevollmächtigte oder Prokuristen, rechtsgeschäftlich bevollmächtigt sind. Jedenfalls nicht befürwortet werden könnte eine Regelung, bei der jede (bzgl. eines bestimmten Geschäfts- oder Zuständigkeitsbereichs) zeitweise oder vertretungsweise erfolgende Bevollmächtigung mit der Wahrnehmung von Teilen der Befugnisse oder einzelnen Befugnissen eines Geschäftsführungsorgans zur Unternehmenshaftung gemäß § 3 Abs. 1 KE-VSG bei Zuwiderhandlungen des Bevollmächtigten führen würde. Erst recht wäre eine Vorschrift inakzeptabel, bei der jeder Mitarbeiter mit Personalverantwortung bzw. Abteilungsleitung oder mit einem bestimmten Zuständigkeitsbereich oder mit einer ähnlichen Stellung die Zurechnung auslösen würde. Zum einen kann das Verhalten von Personen auf diesen unteren Führungsebenen regelmäßig nicht als Ausdruck des Unternehmenswillens verstanden werden. Zum anderen würde eine derartige Ausgestaltung der Zurechnungsnormen (insbesondere auch unter Einbeziehung von vertretungsweise tätigen Personen) bei größeren Unternehmen dazu führen, dass für diese völlig unübersichtlich werden würde, welcher (dann häufig große bzw. nicht überschaubare Personenkreis) die unmittelbare Zurechnung von Straftaten zum Unternehmen bewirken kann und daher besonders sorgfältig auszuwählen und intensiv zu überwachen ist.

c) Zum Begriff des Mitarbeiters, § 1 Abs. 5 KE-VSG

Verbandssanktionen können auf Basis und nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 KE-VSG auch dann gegen einen Verband verhängt werden, wenn Mitarbeiter – die keine Leitungspersonen sind – Zuwiderhandlungen begehen. Gemäß § 1 Abs. 5 KE-VSG sind „Mitarbeiter im Sinne dieses Gesetzes ... Personen, die Arbeitsleistungen für den Verband a) auf Grund eines Arbeits-, Leiharbeits-, Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses oder b) im Rahmen eines zwischen dem Verband und einem Subunternehmen geschlossenen Vertrages erbringen.“

aa) Arbeitsleistungen erbringende Personen, § 1 Abs. 5 a KE-VSG

Anscheinend soll die Definition des Buchst. a nicht mit dem in Arbeits-, Sozial- und Strafrecht (vgl. § 266a StGB) bekannten Begriff des „Arbeitnehmers“ identisch sein. Bezüglich der Mitarbeiterdefinition ist aber auch in den Blick zu nehmen, dass der Beziehung zwischen Verband und Mitarbeiter zwar ersichtlich unterschiedliche Rechtsverhältnisse zugrunde liegen können (sollen), was vor dem Hintergrund der Ausdehnung auch auf Personen des öffentlichen Rechts naheliegt, für alle denkbaren Vertragsgestaltungen jedoch vorausgesetzt wird, dass „Arbeitsleistungen für den Verband“ – nicht also: Werkleistungen, Dienste im Rahmen von Dienstleistungsverträgen oder Geschäftsbesorgungen etc. im zivilrechtlichen Sinne –erbracht werden.

Eine Einschränkung auf zumindest arbeitsvertragsähnliche Rechtsverhältnisse erscheint aus diesseitiger Sicht zutreffend und geboten, um eine Überdehnung des Zurechnungszusammenhangs – durch Einbeziehung von Werkunternehmern, externen Dienstleistern etc. – zu vermeiden. Insgesamt erscheint es nicht verkehrt, im Wesentlichen die Annahme zugrunde zu legen, dass eine Zurechnung zum Verband aufgrund von Taten auf unterer Ebene (durch Mitarbeiter)

nur in Betracht kommt, wenn diese „Mitarbeiter“ faktisch ein zumindest arbeitsvertragsähnliches Verhältnis zum Verband haben.⁶³ Nur dann sind sie organisch Teil desselben und sollten eine Verbandsverantwortlichkeit auslösen.

Jedenfalls sollte die Reichweite der Zurechnung zum Verband nicht über die Maßstäbe des § 130 OWiG hinausgehen: In dem Bereich des Buchst. a löst sich der KE jedenfalls dem Wortlaut nach von den Definitionen der §§ 30, 130 OWiG, obwohl § 130 OWiG – wenn auch passiv und indirekt formuliert – bereits eine Regelung bzgl. derjenigen Personen unter der Ebene der Leitungspersonen enthält, die deren Pflichtenverstoß zur Bußgeldhaftung des Verbands führen kann, nämlich „wenn in dem Betrieb oder Unternehmen“ eine „Zu widerhandlung ... begangen“ wird, die sich gegen „Pflichten des Inhabers richtet“.

Nach h.M. zu § 130 OWiG können Täter der Zu widerhandlung gegen Inhaberplichten alle Betriebsangehörigen sein, worunter auch freie Mitarbeiter und Leiharbeiter zu zählen sind.⁶⁴ Zwingend erforderlich ist allerdings, dass der Dritte tatsächlich für den Inhaber tätig ist und er mit dem Verband nicht nur als Abnehmer der Ware oder Empfänger der Dienstleistung in Kontakt steht.⁶⁵ Weitergehend sollen als taugliche Täter der Zu widerhandlung auch vorübergehend für den Verband tätige Dritte in Betracht kommen, die gegenüber dem Betroffenen selbstständig Pflichten erfüllen, wenn der Dritte bei der Wahrnehmung von Betriebsangelegenheiten eine dem Inhaber obliegende Pflicht verletzt.⁶⁶

Zwar ist für den Bereich des § 130 OWiG zum Täter der Anknüpfungstat der Aufsichtspflichtverletzung vertreten worden, dass u.U. auch Externe haftungsbegründend tätig werden können, weil sonst problematische Bereiche des Betriebs auf Externe übertragen werden könnten, um sich so einer Haftung zu entziehen. Erforderlich für eine Zurechnung bei § 130 OWiG ist nach zutreffender Auffassung aber, dass ein Dritter bei der Wahrnehmung von Betriebsangelegenheiten eine dem Inhaber obliegende Pflicht verletzt.⁶⁷ Bei der Übertragung von Pflichten auf externe Dienstleister muss für eine Zurechnung von deren Verhalten klar und genau geregelt sein, welche Pflichten und welche Befugnisse übertragen werden.⁶⁸ Entsprechendes muss auch für ein zukünftiges Verbandssanktionenrecht gelten. Die Zurechnung eines (strafrechtlich relevanten) Fehlverhaltens zum Verband scheidet daher wie im Rahmen des § 130 OWiG z.B. bei mangelhaften bloß steuerlichen, rechtlichen oder Compliance-Dienstleistungen durch Externe aus, da es sich hierbei nicht um Pflichtverletzungen des Verbandes handelt. Unabhängig hiervon ist wie bei § 130 OWiG zusätzlich erforderlich, dass überhaupt eine „Aufsicht“ des Verbandes im Sinne eines Subordinationsverhältnisses möglich sein muss, d.h. ein Direktions- und Weisungsrecht des Verbandes gegenüber dem Externen ist für die Zurechnung erforderlich.⁶⁹ Der Sache nach ist dies regelmäßig nur bei vorübergehend in den Verband organisatorisch eingeordneten Personen der Fall.⁷⁰

bb) Arbeitsleistungen im Rahmen eines Vertrags mit einem Subunternehmer, § 1 Abs. 5 b KE-VSG

Mitarbeiter im Sinne des KE-VSG sollen auch Personen sein, „die Arbeitsleistungen für den Verband ... im Rahmen eines zwischen dem Verband und einem Subunternehmen geschlossenen Vertrages erbringen“. Diese Formulierung erscheint präzisierungsbedürftig. Der KE geht hier explizit vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Verband und einem Subunternehmer aus. Es ist nicht ganz klar, wie der KE den Begriff des „Subunternehmers“ definiert. Normalerweise würde man unterstellen, dass es einen Auftraggeber eines Werks (den Verband), einen Werkunternehmer und einen Subunternehmer gibt; für letzteren sind dann möglicherweise die Personen tätig, deren Handeln hier wohl dem Verband zugerechnet werden soll. Ein (jedenfalls formales) Vertragsverhältnis zwischen dem Verband und dem Subunternehmer, wie es in der oben zitierten Vorschrift unterstellt wird, besteht dann aber gerade nicht. Die Bezugnahme

⁶³ Etwa im Sinne des § 266 a StGB, d. h. im Sinne eines sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsverhältnisses: Arbeitgeber ist der nach §§ 611 ff BGB Dienstberechtigte, d.h. derjenige, dem der Arbeitnehmer Dienste leistet und von dem er persönlich abhängig ist (BSG NJW 1967, 2031; BGH NSTZ 2014, 321; 2015, 648); ob ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, bestimmt sich allein nach den tatsächlichen Gegebenheiten, nicht nach der von den Vertragsparteien gewählten Rechtsform (BGH NJW 2011, 3047; 2012, 471; NSTZ 2016, 348). Maßgeblich ist der wirkliche Sachverhalt (BGH NSTZ 2001, 599, 600; Sch/Sch/Perron § 266a Rn. 11).

⁶⁴ BayObLG VRS 70, 28, 29; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 19.

⁶⁵ OLG Hamm NSTZ 1992, 499; Hecker GewArch 1999, 320, 323.

⁶⁶ BayObLG NSTZ 1998, 575; OLG Düsseldorf wistra 1991, 277; einschränkend KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 92.

⁶⁷ OLG Hamm NSTZ 1992, 499; OLG Düsseldorf wistra 1991, 277; BayObLG NSTZ 1998, 575; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 19; RRH/Förster OWiG § 130 Rn. 8; Erbs/Kohlhaas/Senge OWiG § 130 Rn. 23.

⁶⁸ Vgl. Müller-Gugenberger/Schmid/Fridrich WirtschaftsStR § 30 Rn. 131.

⁶⁹ BayObLG NSTZ 1998, 575; BeckOK OWiG/Beck OWiG § 130 Rn. 88.

⁷⁰ Vgl. BeckOK-OWiG/Beck OWiG § 130 Rn. 88; Rogall ZStW 98, 606.

auf einen Subunternehmer, der in einem Vertragsverhältnis zu dem zu sanktionierenden Verband stehen soll, würde nur dann einen Sinn ergeben, wenn man unterstellen würde, der Verband habe die Funktion des (Werk-)Unternehmers (§ 631 BGB) gegenüber einem hier nicht genannten – und nicht in die Zurechnungskette einbezogenen Auftraggeber. Es ist aber fraglich, ob dies wirklich gemeint ist, zumal sich dann die Frage aufdrängt, ob und wie weit dann eine verbandssanktionsrechtliche Zurechnung der Taten der für den Subunternehmer handelnden Personen zum Auftraggeber des Werks in Betracht kommt, sofern es sich um einen Verband handelt.

Im Gegensatz zu dem, was § 1 Abs. 5 b KE-VSG suggerieren könnte, nämlich eine Zurechnungskette vom Auftraggeber bis zum Mitarbeiter des Subunternehmers, schließt § 130 OWiG eine solche Zurechnungskette zu recht aus (s.o.), da ein Subunternehmer aufgrund des mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrages das Werk selbstständig herstellt und die werkvertraglichen Anweisungsrechte es dem bestellenden Verband nicht gestatten, dem Unternehmer sein Handeln vorzuschreiben.⁷¹ Soweit dies für § 130 OWiG vereinzelt anders gesehen wurde und eine Zurechnung des Handelns von Subunternehmern bzw. Auftragnehmern angenommen wurde,⁷² kann dies nicht verallgemeinert werden, denn der Entscheidung lag die Besonderheit zugrunde, dass es zwischen dem Nebenbetroffenen und dem Dritten eine enge räumliche und organisatorische Verflechtung gab und keine wirtschaftliche Trennung wie bei einem echten Subunternehmer.⁷³

Da es kein Bedürfnis für eine Zurechnung des Verhaltens des Subunternehmers gibt und dies auch nach bisherigen Rechtsmaßstäben regelmäßig nicht legitim erscheint, sollte § 1 Abs. 5 b) KE-VSG ersatzlos gestrichen oder explizit nur auf Fälle der Arbeitnehmerleihe bezogen werden. Insoweit als ein tatsächliches Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne vorliegt oder fingiert wird (§§ 9, 10 AÜG) kommt nämlich die Zurechnung des Verhaltens des Leiharbeitnehmers zum Verleiher und/oder zum Entleiher in Betracht.⁷⁴

2. Zum räumlichen Anwendungsbereich (§ 2 KE-VSG)

a) Begehung der Zuwiderhandlung im Inland, § 2 Nr. 1, Nr. 2 KE-VSG

§ 2 Nr. 1 KE-VSG (Begehung der Zuwiderhandlung durch die Leitungspersonen oder den Mitarbeiter des Verbands im Inland) dürfte so zu verstehen sein, dass entweder Tathandlung oder Taterfolg der Anknüpfungsstraftat wie in §§ 3, 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 1. HS StGB definiert im Inland liegen müssen.

Weniger klar ist, ob § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 2. HS StGB durch die Regelung des § 2 Nr. 2 KE-VSG ersetzt wird, soweit Unterlassungen in Rede stehen; inhaltlich dürfte kein Unterschied bestehen. Weitergehend stellt sich die Frage, ob die Begehung der Zuwiderhandlung im Inland im Sinne des KE-VSG auch angenommen werden soll, wenn der Teilnehmer an einer Auslandstat – sofern er Leitungsperson oder Mitarbeiter eines Verbandes ist – im Inland gehandelt hat und wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist (vgl. 9 Abs. 2 S. 2 StGB, hiernach wäre für den Teilnehmer das StGB anwendbar). Zwar spricht dafür der Gleichlauf von individueller Verbandsverantwortlichkeit. Es dürfte aber zweifelhaft erscheinen, ob es stets erforderlich ist, insbesondere ausländische Verbände in Deutschland für die (im Inland erfolgte) Teilnahme eines Mitarbeiters bzw. einer Leitungsperson an einer im Ausland begangenen Haupttat zu sanktionieren, die dort – am Tatort der Haupttat – nicht strafbar ist. Fälle, in denen eine Anwendbarkeit deutschen Unternehmenssanktionenrechts wegen der Intensität des Bezugs zum Deutschland erforderlich erscheint, könnten wohl in hinreichender Weise durch die § 2 Nr. 3, Nr. 4 KE-VSG erfasst werden, wenn die Vorschrift – wie unten erläutert – modifiziert werden würde.

b) Verbände, die ihren Verwaltungssitz im Inland haben, § 2 Nr. 3 KE-VSG

Im Hinblick auf die angestrebte Gleichheit im Wettbewerb zwischen in Deutschland und im Ausland ansässigen Verbänden (insbesondere Unternehmen) ist allerdings darauf zu achten,

⁷¹ BayObLG NSTz 1998, 575.

⁷²Vgl. OLG Köln GewArch 1974, 141, 143: Einstandspflicht des Betroffenen auf eine Zuwiderhandlung durch ein selbstständiges Werbeinstitut.

⁷³ GJW/Niesler OWiG § 130 Rn. 59; KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 92.

⁷⁴ Arbeitgeber aufgrund faktischen Arbeitsverhältnisses ist auch der gewerbsmäßige Verleiher von Arbeitskräften (LG Oldenburg NSTz-RR 1996, 80), bei illegalem Verleih sind es Verleiher und Entleiher nebeneinander (BGH NSTz 2001, 599, 600; zur faktischen Arbeitgeberstellung des lohnanszahlenden Verleihers LG Oldenburg wistra 2005, 117).

dass der Begriff des „Verwaltungssitzes im Inland“ (§ 2 Nr. 3 KE-VSG) – bezüglich im Ausland domizilierter Gesellschaften – möglicherweise zu einschränkend oder zu unklar sein könnte, sofern die sanktionsrechtliche Verantwortung von Unternehmen sichergestellt werden soll, bei denen maßgebliche Teile der Geschäftsleitung in Deutschland ansässig sind. Der Begriff des Verwaltungssitzes scheint jedenfalls gesetzlich nicht eindeutig definiert zu sein.⁷⁵ Problematisch ist insbesondere, dass die Formulierung „seinen Verwaltungssitz“ im Entwurf darauf schließen lässt, dass der (einzige) Hauptverwaltungssitz des Verbands gemeint ist. Dieser wird oft bei ausländischen Gesellschaften nicht im Inland liegen.

Sinnvollerweise sollte das Vorliegen jedenfalls einer wirtschaftlich-organisatorisch verselbstständigen inländischen Betriebsstätte (§ 12 AO) eines ausländischen Verbands – jedenfalls soweit die Zuwiderhandlung aus den Aktivitäten dieser Betriebsstätte resultiert – zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit des ausländischen Verbands genügen, auch wenn dieser seinen (Haupt-)Verwaltungssitz (und seinen rechtlichen Sitz) im Ausland hat.

Es ist etwa in der Praxis nicht unüblich, dass z.B. große französische Unternehmen die Konzernzentrale (d. h. den Hauptverwaltungssitz und den Sitz der juristischen Person) in Paris haben, in Deutschland hingegen zwar – oftmals außerordentlich große und deutschlandweit zuständige – Niederlassungen, die eigenständige geschäftliche Aktivitäten steuern, aber nicht gesellschaftsrechtlich verselbstständigt sind, d. h. gesellschaftsrechtlich ein unselbstständiger Teil der französischen juristischen Person sind. Sofern nun durch (oftmals deutsche) Mitarbeiter oder gar leitende Mitarbeiter einer solchen deutschen Betriebsstätte eines ausländischen Verbands im Ausland (!) Straftaten zugunsten der Betriebsstätte begangen werden würden – beispielsweise aktive Bestechungsdelikte – würde der räumliche Anwendungsbereich des KE-VSG, wie er derzeit in § 2 Nr. 1-Nr. 4 KE-VSG definiert ist, nicht greifen. Anders wäre dies in derselben Konstellation, wenn der Verband seinen (Haupt-) Verwaltungssitz in Deutschland hätte. Von gesellschaftsrechtlich und steuerrechtlich determinierten Organisationsentscheidungen internationaler Konzerne sollte aber die Sanktionierung oder Nichtsanktionierung gleichgewichtigen, strafrechtlich relevanten Verhaltens des Verbandes nicht abhängen.

In steuerlicher Hinsicht würde sich bei festen Geschäftseinrichtungen eines ausländischen Verbands in Deutschland um eine – nach deutschem Steuerrecht selbstständig zu betrachtende und steuerlich zu veranlagende – Betriebsstätte (§ 12 AO) handeln. Jedenfalls wenn diese ein gewisses Gewicht (bezüglich Personal, Räumlichkeiten und Organisationsstruktur) hat und wenn (auch) sie mit der Zuwiderhandlung bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder wenn sich die Pflichtverletzung auf dieser Betriebsstätte bezieht, sollte sie dem Hauptverwaltungssitz bzw. in der Terminologie der AO dem Sitz der Geschäftsleitung (§ 10 AO) gleichgestellt werden. Denkbar wäre dann, die – gegebenenfalls umsatzabhängige (§ 4 Abs. 2 KE-VSG) – pekuniäre Unternehmenssanktion auf die Substanz der deutschen Betriebsstätte zu beschränken, in deren Interesse die Zuwiderhandlung erfolgt bzw. deren Pflichten betroffen sind.

Ergänzend wäre zu überlegen, ob man die territoriale Anwendbarkeit des deutschen Unternehmenssanktionenrechts gem. § 2 Nr. 3 KE-VSG zusätzlich immer bejahen sollte, wenn der Verband entweder seinen rechtlichen Sitz (vergleiche § 11 AO) oder (!) den Sitz seiner Geschäftsleitung (vergleiche § 10 AO) im Inland hat. Ersteres scheint bislang nicht vorgesehen, sofern sich rechtlicher Sitz und Verwaltungssitz/ Sitz der Geschäftsleitung nicht (wie allerdings häufig) decken. Die Ermittlung und der Nachweis des tatsächlichen Verwaltungssitzes bzw. des Sitzes der Geschäftsleitung kann – bei weniger transparenten Verbänden – aufwendig sein. Die Ermittlung des rechtlichen Sitzes hingegen ist eher einfach. Wenn ein Verband deutsches Recht wählt, ist zudem nicht einzusehen, warum er nicht deutschem Verbandssanktionenrecht unterworfen sein soll, zumal dies seitens der USA entsprechend gehandhabt wird.⁷⁶ Die faktische Verlagerung von Geschäftsaktivitäten und Organisationsstrukturen, insbesondere von Leitungsstrukturen, ins Ausland könnte unter Umständen unwillentlich gefördert werden, wenn man bezüglich der Begründung der territorialen Anwendbarkeit lediglich hierauf abstellt und der rechtliche Sitz zur Begründung der Anwendbarkeit deutschen Rechts nicht genügen würde, wie derzeit im Entwurf vorgesehen.

⁷⁵ Vgl. aber BGHZ 97, 269, 272.

⁷⁶ Rübenstahl/Boerger NZWiSt 2013, 281 ff.

c) Zuwiderhandlungen gegen die Bundesrepublik Deutschland, einen Deutschen oder einen Verband mit Sitz im Inland, § 2 Nr. 4 KE-VSG

Nachvollziehbar erscheint der Ansatz des KE, eine territoriale Anwendbarkeit des Unternehmenssanktionenrechts auch für den Fall zu begründen, dass ausländische Verbände außerhalb Deutschlands eine Zuwiderhandlung gegen die Bundesrepublik, einen inländischen Verband oder einen deutschen Staatsangehörigen begehen (§ 2 Nr. 4 KE-VSG). Nach diesseitigen Verständnis dürfte der KE hier auf die Zuordnung der jeweils von den Anknüpfungsstraftaten betroffenen Rechtsgütern zu den in § 2 Nr. 4 KE-VSG genannten Rechtssubjekten ausgehen, d.h. wenn ein der Bundesrepublik, einem inländischen Verband oder einen deutschen Staatsbürger zuzuordnendes Rechtsgut durch die Anknüpfungsstraftat verletzt oder gefährdet ist.

Es kann allerdings bezweifelt werden, ob hiermit ein zureichender Schutz bezüglich der Begehung von Zuwiderhandlungen durch ausländische Verbände aus dem Ausland geschaffen ist. Solche Straftaten können sich auf die Verwirklichung von Anknüpfungsstraftaten richten, deren (überpersonale) Rechtsgüter nicht unmittelbar deutsche natürliche Personen oder Verbände mit Sitz in Deutschland schützen. In diesem Zusammenhang stellt sich etwa die Frage, ob im Sinne der Regelung etwa Amtsträgerkorruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) „gegen“ die Bundesrepublik Deutschland oder andere Körperschaften des öffentlichen Rechts begangen werden, sofern sie deutsche Amtsträger involvieren. Angesichts des (nach h. M.) komplexen Rechtsguts des Schutzes der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie des Vertrauens der Allgemeinheit auf die Unkäufllichkeit von Amtshandlungen bzw. Amtsträgern und auf die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen könnte dies bezweifelt werden, da sich diese Rechtsgüter nicht zwingend einem der genannten Rechtssubjekte zuordnen lassen.⁷⁷ Die noch eindeutige Einbeziehung von Straftatbeständen in den territorialen Anwendungsbereich, die überindividuelle Rechtsgüter im Interesse jedenfalls auch der Allgemeinheit in Deutschland bzw. auch in Deutschland ansässiger Personen, Institutionen oder Gruppen schützen, erscheint jedenfalls erwägenswert.

3. Verbandsverfehlung, § 3 KE-VSG

Die Verbandsverfehlung ist nach der Terminologie des KE die Entsprechung der Individualstraftat im StGB und damit Anknüpfungspunkt der Verbandssanktion. Der KE sieht zwei unterschiedlich ausgestaltete Verbandsverfehlungstatbestände vor, die in § 3 Abs. 1 KE-VSG und in § 3 Abs. 2 KE-VSG geregelt sind. § 3 Abs. 1 KE-VSG behandelt die verbandsbezogene Zuwiderhandlung durch eine Leitungsperson (Verbandsverfehlung einer Leitungsperson), während § 3 Abs. 2 KE-VSG die verbandsbezogene Zuwiderhandlung durch einen Mitarbeiter regelt (Verbandsverfehlung eines Mitarbeiters). Eine Verbandsverfehlung setzt in beiden Alternativen voraus, dass entweder eine Leitungsperson oder ein Mitarbeiter eine sogenannte verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen haben.

a) Allgemeine Voraussetzungen der verbandsbezogenen Zuwiderhandlung, § 1 Abs. 3 KE-VSG

aa) Verwirklichung des Tatbestands eines Strafgesetzes

Es ist darauf hinzuweisen, dass der KE als Anknüpfungstat für die verbandsbezogene Zuwiderhandlung stets die Verwirklichung eines Strafgesetzes voraussetzt, d.h. die Verwirklichung von Kartellordnungswidrigkeiten oder des § 130 OWiG nicht zur Anwendung des KE-VSG führen kann.

(1) Verhältnis zu § 81 GWB

Demnach wird – insbesondere bei Kartellbußgeldverfahren, die auch strafrechtliche Vorwürfe nach §§ 263, 298 StGB nach sich ziehen bzw. in mit diesen in demselben prozessualen Sachverhalt verbunden sind (§ 264 StPO) – im Rahmen des Verfahrens nach dem KE-VSG lediglich der strafrechtlich relevante Teil eines solchen Sachverhalts behandelt und geahndet werden können. Verbleibt die Rechtslage im Übrigen – bezüglich der Kartellordnungswidrigkeiten – wie sie heute ist, würde in solchen Fallkonstellationen regelmäßig ein Kartellbußgeldverfahren (nach den Vorschriften des OWiG) wegen Vorwürfen gemäß § 81 GWB durch das Bundeskartellamt bzw. die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf und vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ge-

⁷⁷ Vgl. BGHSt 15, 96 = NJW 1960, 2154; BGHSt 31, 280 = NStZ 1984, 501; BGHSt 39, 46 = NJW 1993, 1085; BGHSt 47, 25 = NStZ 2001, 479; MüKo-StGB/Korte StGB § 331 Rn. 2–9; Schönke/Schröder/Heine/Eisele § 331 Rn. 8 ff.; Lackner/Kühl § 331 Rn. 1; LK-StGB/Sowada Vor § 331 Rn. 29 ff.; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht 2001, 209 ff.; von anderen wird die Funktionalität des Staatsapparats in Mitten gestellt, vgl. Schönke/Schröder/Heine/Eisele § 331 Rn. 3.

gen den Verband geführt werden, während parallel ein staatsanwaltschaftliches Verfahren und gegebenenfalls ein Verfahren vor dem zuständigen Landgericht (Wirtschaftsstrafkammer) bezüglich der strafrechtsrelevanten Verbandszuwiderhandlungen nach dem KE-VSG geführt werden müsste. Zwar ergeben sich vergleichbare Bedingungen schon jetzt für Individuen, die sowohl einem Strafprozess wegen Vorwürfen des Betrugs und des Submissionsbetrugs, als auch einem Bußgeldverfahren wegen Kartellordnungswidrigkeiten (hier zusammen mit den jeweiligen Verbänden) unterworfen werden. Es dürfte jedoch bislang für Verbände praktisch keine Verdoppelung der (Bußgeld-) Verfahren (bisher gemäß § 30 OWiG) geben. Idealerweise sollten daher verfahrensrechtliche Regelungen gefunden werden, die die Verdoppelung der Verfahren möglichst vermeiden. Erst recht aber sollte eine faktisch verdoppelte Sanktionierung des Verbandes, soweit dieselben Sachverhalte von strafrechtlichen und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorwürfen betroffen sind, auf der Basis des § 81 GWB und der Vorschriften des KE-VSG vermieden werden. Jedenfalls sollten hier wechselseitige Anrechnungsmechanismen bezüglich pekuniärer Sanktionen vorgesehen werden, sofern kein einheitliches Verfahren geführt werden kann.

(2) Verhältnis zu §§ 30, 130 OWiG

An die Stelle der Regelungen der §§ 130 i.V.m. § 30 OWiG und der darauf beruhenden Verbandsgeldbußen – soweit letztlich die Verwirklichung von Straftatbeständen zugrunde liegen – sollen nach dem KE-VSG offenbar Verbandssanktionen auf der Basis von § 3 Abs. 2 KE-VSG – der strukturell ersichtlich § 130 OWiG angenähert ist – treten. Dementsprechend müssten sowohl die Bezugnahmen in § 130 OWiG als auch in § 130 OWiG auf Straftaten zur Vermeidung einer Verfahrensverdoppelung und Sanktionierung gestrichen werden. Es ist davon auszugehen, dass dies von den Entwurfsverfassern vorausgesetzt wurde, aber im Hinblick auf die Konzentration auf die Formulierung des Kodifikationsentwurfs im Rahmen des KE-VSG nicht explizit festgehalten wurde. Umgekehrt dürfte klar sein, dass nach der Intention der Entwurfsverfasser für zugrundeliegende Ordnungswidrigkeiten die §§ 130 i.V.m. § 30 OWiG weiter Anwendung finden können.

(3) Fehlender Straftatenkatalog und fehlende Aussonderung von Bagatelldelikten

Bedauerlich ist, dass der KE darauf verzichtet hat, einen Straftatenkatalog für die zur Begründung einer Verbandshaftung in Betracht kommende Zuwiderhandlungen vorzusehen. Nach derzeitiger Entwurfslage sind sämtliche Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts von §§ 3, 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG erfasst. Dies erscheint im Hinblick auf praktische Bedürfnisse der unternehmensbezogenen Strafverfolgung und die bekannte themenbezogene Schwerpunktbildung (insbesondere Korruption, Steuerhinterziehung, Betrug etc.) der Strafverfolgungspraxis, die faktisch nur wenige Dutzend Straftatbestände betrifft, nicht erforderlich.

Zudem dürfte in dem in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Anspruch, Strafverfolgungsbehörden müssten nunmehr bezüglich jeder von einem Unternehmen ausgehenden Straftat zunächst von Amts wegen Ermittlungen gemäß § 13 Abs. 1 KE-VSG einleiten, eine enorme Überforderung und Überlastung der Strafverfolgungsbehörden liegen. Diese Überbeanspruchung der Staatsanwaltschaften kann zum einen dazu führen, dass Schwerpunkte der Strafverfolgung nicht nach dem Gewicht der Verbandsverfehlung gesetzt werden, sondern nach den Erfolgsaussichten und den verfügbaren Ressourcen. Zum anderen dürfte sie zwangsläufig dazu führen, dass die – praktisch unerfüllbare – flächendeckende Ermittlungspflicht von Amts wegen nicht ernst genommen und faktisch nicht umgesetzt wird.

Vor dem Hintergrund dessen, dass mit dem KE zwar formal ein Verbandssanktionenrecht, der Sache nach jedoch vor allem ein Unternehmenssanktionenrecht eingeführt werden soll, das im Kern vor allem bewirken soll, dass gewichtige Wirtschaftsstraftaten, die von Unternehmen ausgehen, effektiv verfolgt werden, böte es sich an, einen positiven Straftatenkatalog, etwa orientiert an bzw. jedenfalls ausgehend von § 74 c Nr. 1 – Nr. 6 GVG (Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer) auszuarbeiten. Bezüglich der Nr. 6 sollte es nicht auf die besonderen Kenntnisse des Wirtschaftslebens ankommen, sondern bezüglich § 74 c Nr. 1 – Nr. 6 GVG sollte vielmehr der Verdacht von Straftaten von einem – näher zu definierenden – gewissen Gewicht erforderlich sein. Denkbar wäre insofern unter Umständen, darauf abzustellen, ob zu Beginn der Ermittlungen (regelmäßig gegen Individuen), eine Zuständigkeit des Landgerichts (§ 74 GVG) wahrscheinlich erscheint. Der Katalog des § 74c GVG muss insofern nicht abschließend sein, als jedenfalls auch Straftaten gegen die Umwelt und Straftaten gegen Leib und Leben (insbesondere im Zusammenhang mit Produkthaftung und der Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften so-

wie allgemein Sorgfaltspflichten) durchaus einen typischen Unternehmensbezug haben dürfen.

Auch zur Bestimmung eines solchen Straftatenkatalogs für das Verbandssanktionsrecht kann der Blick nach Italien von Nutzen sein, wo Art. 24 ff. Legislativdekret Nr. 231 / 2001 einen seit 2001 nach und nach erheblich angewachsen Straftatenkatalog vorsieht, der inzwischen nicht mehr als besonders erweiterungsbedürftig angesehen werden dürfte, dennoch aber weite Teile des italienischen Kern- und Nebenstrafrechts außer Betracht lässt.⁷⁸

bb) Voraussetzung der vorsätzlichen bzw. fahrlässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verwirklichung, §§ 3 Abs. 1, 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG

§ 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG sieht vor, dass „Zu widerhandlungen im Sinne dieses Gesetzes ... rechtswidrige Handlungen [sind], die den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen.“ Die Vorschrift dürfte also inhaltlich § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB entsprechen und deutlich machen, dass eine Zu widerhandlung eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung sein muss.⁷⁹

Bezüglich der Verbandsverfehlung einer Leitungsperson (§ 3 Abs. 1 1. HS KE-VSG) hält der Entwurf sodann ausdrücklich fest, dass die verbandsbezogene Zu widerhandlung „vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft“ begangen worden sein muss, soweit es sich um eine Vorsatzstraftat handelt; bei einem auch fahrlässig zu verwirklichenden Straftatbestand ist nach dem 2. HS auch eine fahrlässige (rechtswidrige und schuldhafte) Verwirklichung der Zu widerhandlung durch die Leitungsperson ausreichend.

cc) Voraussetzung des Verbandsbezuges, § 1 Abs. 3 S. 2 KE-VSG

Nur verbandsbezogene Zu widerhandlungen im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KE-VSG können die Voraussetzungen der Verbandsverfehlung gem. § 3 KE-VSG (unabhängig davon, ob es sich um den Tatbestand des Abs. 1 oder den des Abs. 2 handelt) erfüllen. Danach sind „Zu widerhandlungen verbandsbezogen, wenn durch sie a) der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder b) eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zu widerhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist“.

(1) Angestrebte oder eingetretene Bereicherung des Verbands,
§ 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG

Im Ergebnis entsprechend den Regelungen zur Zurechnung in § 30 Abs. 1 OWiG wird der Verbandsbezug der Verwirklichung eines Straftatbestandes nach § 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG durch die Absicht zur Bereicherung des Verbandes oder durch die tatsächliche Bereicherung des Verbandes mittels der Tat hergestellt. Bezüglich der Variante der tatsächlichen Bereicherung wird jedenfalls nicht explizit ein Vorsatzerfordernis aufgestellt. Es ist wohl davon auszugehen, dass bedingter Vorsatz insofern nicht erforderlich sein soll. Vor dem Hintergrund der Anlehnung der Formulierung an die des § 30 Abs. 1 OWiG dürfte nämlich unter anderem auch für dieses Merkmal von einer entsprechenden Auslegung auszugehen sein.⁸⁰ Zudem ist wie für § 30 OWiG davon auszugehen, dass eine für möglich gehalten und billigend in Kauf genommene oder auch eine mit „sicherem Wissen vorausgesehene“ Bereicherung nur dann zur Zurechnung führt, wenn sie auch tatsächlich eintritt, da es für den Fall der Bereicherungsabsicht hier wie dort erforderlich ist, dass es dem Täter auf die Bereicherung ankommt, weshalb bedingter Vorsatz und Wissentlichkeit nicht genügen.⁸¹ Hiervon sollte auch de lege ferenda nicht abgerückt werden, weil beim Nichteintritt der Bereicherung ein hinreichender Verbandsbezug nur dann angenommen werden kann, wenn es dem Täter (Leitungsperson/ Mitarbeiter) auf die Bereicherung des Verbandes ankommt.

Auch das italienische Unternehmenssanktionenrecht des Legislativdekrets Nr. 231/2001 fordert für die Zurechnung in Art. 5 ein Handeln „im Interesse oder zum Vorteil“ des Verbandes. Nach herrschender italienischer Rechtsprechung handelt es sich bei den Tatbestandsmerkmalen „Interesse“ und „Vorteil“ des Unternehmens um solche mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt. Beide beziehen sich jedoch auf den wirtschaftlichen Nutzen des Unternehmens und schließen

⁷⁸ Vgl. im Einzelnen Rübenstahl RiW 2012, 505, 506-508.

⁷⁹ Vgl. BGHSt 31, 132, 133.

⁸⁰ KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 98; RRH/Förster § 30 Rn. 31; BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 85; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 22.

⁸¹ KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 104; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 651; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 22; Engelhart, S. 418; Eidam wistra 2003, 454.

rein immaterielle Aspekte als Zurechnungsgrund aus⁸². Hinsichtlich des „Interesses“ sei das subjektive Anstreben eines Nutzens zugunsten des Unternehmens ausreichend, mit dem Begriff „Vorteils“ sei hingegen dessen tatsächliche Erreichung (ggf. auch ohne Finalität) gemeint⁸³. Es ist für die Zurechnung ausreichend, wenn alternativ eine dieser Voraussetzungen vorliegt⁸⁴. Der italienischen Rechtsprechung zufolge kann die Straftat auch im Interesse des Unternehmens begangen worden sein, wenn diese nur das Versuchsstadium erreicht⁸⁵. Nur wenn die Tat(-handlung) nicht einmal teilweise im objektiven Interesse des Unternehmens liegt, kann diesem die Straftat nicht zugerechnet werden⁸⁶. Vor dem Hintergrund der Einbeziehung der Fahrlässigkeitsdelikte in den Straftatenkatalog der Art. 25 ff. des Legislativdekrets Nr. 231/2001 kommt es nach h.M. in Italien allerdings nicht darauf an, dass der Erfolg der Straftat final angestrebt wird. Nach h.M. muss der tatsächlich erlangte Vorteil nicht unmittelbar aus der Straftat resultieren⁸⁷ oder zuvor Gegenstand des direkten Vorsatzes des Täters gewesen sein⁸⁸. Er muss aber von wirtschaftlichem Wert sein⁸⁹.

Strittig ist im italienischen Recht, ob und unter welchen Umständen bei einem Handeln im Interesse des Gesamtkonzerns oder einer anderen Konzerngesellschaft von einem Handeln auch im Interesse des (eigenen) Konzernunternehmens gesprochen werden kann. In derartigen Fällen kann eine Verantwortlichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden, da ein „gemischtes“ Interesse genügt⁹⁰. Es ist daher vorsichtshalber davon auszugehen, dass dann, wenn die Person im Sinne des Art. 5 Legislativdekret Nr. 231/2001 jedenfalls auch im (mittelbaren) Interesse der eigenen Konzerngesellschaft gehandelt hat (wenn auch im primären Interesse des Gesamtkonzerns, der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften), eine strafrechtliche Unternehmenshaftung anknüpfend an die Konzerngesellschaft des Mitarbeiters möglich ist.

Für eine durch § 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG geschaffene Regelung könnten jedenfalls nach seinem Wortlaut entsprechende Auslegungsergebnisse zustande kommen, da unter den Buchstaben a keine Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Tat und Bereicherung gefordert wird. Zu erwarten ist, dass – wie bei § 30 OWiG – daher eine mittelbare Bereicherung als Resultat der Tat oder auch nur das Anstreben einer solchen als genügend angesehen werden dürfte.⁹¹

Wichtig ist allerdings, dass hier – wie bei der Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG anerkannt – im Blick bleibt, dass nur eine (angestrebte) rechtswidrige Bereicherung den Zurechnungszusammenhang zum Verband auslösen sollte.⁹² Gerade im Unternehmenskontext liegt in dem Ziel, dem Verband kausal durch die strafbare Handlung rechtmäßige Vorteile zu verschaffen, für sich genommen noch kein ausreichender Grund vor, das individuell verwirklichte Unrecht dem Verband wie eigenes zuzurechnen. Zudem würden bei einem Verzicht auf die Rechtswidrigkeit der Bereicherung wohl regelmäßig anerkannte Grundsätze der objektiven Zurechnung bezüglich des Zusammenhangs zwischen Individualstraftat und Verbandsbereicherung wohl verletzt werden.⁹³ Eine Verantwortlichkeit des Verbandes sollte dann nur nach § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG möglich sein. Zudem ist zu erwarten, dass das Verbandssanktionenrecht das neue Abschöpfungsrecht gemäß §§ 73 ff. StGB unberührt lassen wird, mit der Folge, dass etwaige rechtswidrig erlangte Vorteile gem. §§ 73, 73b, 73c, 73d StGB bei dem Verband als Drittem eingezogen werden könnten, auch ohne dass das Unternehmenssanktionenrecht im Übrigen zur Anwendung kommt, vgl. § 7 KE-VSG für den Fall, dass eine Verbandsverfehlung vorliegt, andernfalls gelten die Vorschriften unmittelbar.

Zudem steht jedenfalls der Wortlaut einer Auslegung nicht entgegen, dass die Bereicherung des betroffenen Verbands eine von mehreren Zielen des Täters bzw. der Verband des Täters einer von mehreren ist, der effektiv bereichert wird oder auf den sich die Bereicherungsabsicht des Täters bezieht. Zutreffender Weise sollte hier im Hinblick auf das Absichtserfordernis strenge

⁸² Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59; Tribunale di Milano, Urt. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539.

⁸³ Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59; Tribunale di Milano, Urt. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539.

⁸⁴ Giarda/Spangher (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.2.

⁸⁵ Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 20.2.2009, CED Cassazione Nr. 242567.

⁸⁶ Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 2.10.2006, Cassazione Penale 2007, 11; Urt. v. 17.9.2009, CED Cassazione Nr. 244256.

⁸⁷ Tribunale di Milano, Urt. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539; Giarda/Spangher (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.9.

⁸⁸ Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59.

⁸⁹ Giarda/Spangher (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.6.

⁹⁰ Giarda/Spangher (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. III.1 ff., insb. 7 m. w. N. zur Instanzrechtsprechung.

⁹¹ KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 99; Kappel/Kienle WM 2007, 1441, 1445.

⁹² KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 99 mit weiteren Nachweisen.

⁹³ Vgl. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 103, mit Hinweis auf das Beispiel, dass etwa ein Organwalter oder Vertreter der JP oder PV im Straßenverkehr zu schnell fährt, um den Termin für einen dem Verband günstigen Vertragsabschluss nicht zu versäumen.

Beweisanforderungen bezüglich des zielgerichteten Wollens der Bereicherung gelten, sofern primär ein anderer Verband als derjenige bereichert werden soll, dem der Mitarbeiter oder die Leitungsperson angehört. Sofern primär ein anderes Konzernunternehmen begünstigt werden sollte, wird regelmäßig nicht angenommen werden können, dass die Leitungsperson bzw. der Mitarbeiter mit zielgerichtetem Wollen (Absicht) bezüglich der Bereicherung des eigenen Verbandes agiert hat. Im Falle des tatsächlichen Eintritts der Bereicherung bei unterschiedlichen Verbänden eines Konzerns sollte jedenfalls dann von einem Tatbestandsausschluss ausgegangen werden, wenn nur ein ganz geringer Anteil der Bereicherung auf denjenigen Verband entfällt, dem der Täter im Sinne des § 1 Abs. 4 bzw. Abs. 5 KE-VSG zuzurechnen ist. Andernfalls sollte jedenfalls bezüglich dieses Verbandes eine Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach einer § 153 StPO nachzubildenden Vorschrift (dazu Teil 2 dieses Beitrags) in Betracht kommen.

Deutlicher noch als im italienischen Recht – und angesichts der pekuniären Sanktionen berechtigterweise – wird das Anstreben oder Erreichen allein immaterieller Vorteile durch das ausdrückliche Abstellen der Vorschrift auf die Bereicherung ausgeschlossen.

(2) Verletzung einer Pflicht des Verbandes, § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG

Alternativ zur Bereicherung oder Bereicherungsabsicht bezüglich des Verbandes soll nach § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG für die Verbandsbezogenheit der Zuwiderhandlung alternativ („oder“) auch ausreichen, dass „eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zuwiderhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist“. Hierin dürfte eine Anlehnung an die Formulierung des § 30 Abs. 1 OWiG („...Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind...“) zu sehen sein. Anwendbar und relevant dürfte diese Alternative im Wesentlichen dann sein, wenn durch die Anknüpfungsstraftat Pflichten des Verbandes verletzt sind, aber durch diese Anknüpfungsstraftat weder eine Bereicherung angestrebt noch tatsächlich erreicht wurde. Denkbar ist dies beispielsweise bei der Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften, die zu Straftaten z.B. nach §§ 212, 222, 223 ff., 230 StGB führen, oder auch bei Umweltdelikten gem. §§ 324 ff. StGB. Bei beiden Fallgruppen dürfte eine Bereicherung als Ergebnis der Straftat oft schwer nachweisbar sein, vielfach wird man auch nicht von einer Bereicherungsabsicht ausgehen können (mitunter aber wohl durchaus von bedingtem Vorsatz diesbezüglich).

Zur Eingrenzung des hier verwandten Pflichtbegriffes ist richtigerweise wie bei § 30 OWiG auf solche Pflichten abzustellen, die sich für den Verband aus seinem besonderen Wirkungskreis ergeben, insbesondere betriebsbezogene Pflichten. Diese Pflichten können auch aus den allgemeinen Strafgesetzen folgen, soweit der Verband unter die entsprechenden Tatbestandsmerkmale (etwa das des Arbeitgebers im Rahmen des § 266 a StGB) subsumiert werden kann.⁹⁴ „Neutrale“ Pflichten sind allenfalls dann betriebsbezogen, wenn sie sich im Rahmen des Tätigkeitskreises der Organisation konkretisieren, wobei die Betriebsbezogenheit umso eher zweifelhaft ist, je allgemeiner das betreffende Gebot oder Verbot ist.⁹⁵ Besonders für Allgemeindelikte sollte auch im Rahmen eines zukünftigen Verbandsanknüpfungsrechts der Hinweis des Gesetzgebers zu §§ 30, 130 OWiG Berücksichtigung finden, dass die haftungsauslösende Pflichtverletzung „im Zusammenhang mit der Betriebs- oder Unternehmensführung erfolgt sein muss“ und dass „... Pflichtverletzungen ..., die keinen Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung des Betriebs oder Unternehmens haben, weiterhin ausgeschlossen bleiben“. ⁹⁶ Dem kann aus diesseitiger Sicht nicht entgegengehalten werden, dass die Verbände im Sinne des KE nicht zwingend unternehmerisch oder wirtschaftlich tätig werden müssen. Zum einen erscheint aus diesseitiger Sicht der personelle Anwendungsbereich des KE überdehnt und sollte im Wesentlichen auf wirtschaftlich und unternehmerisch tätige juristische Personen des Privatrechts und privatrechtliche Personenverbände zurückgeführt werden (siehe oben). Zum anderen wäre der Rechtsgedanke jedenfalls in entsprechender Weise dahingehend heranzuziehen, dass ein inhaltlicher Konnex der verletzten Pflicht zum Verbandszweck bestehen sollte.

Zudem sollte ein Verband auch nur für solche Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werden, die Folge seiner wirtschaftlichen – oder ggf. (unterstellt man, dass der Verband keine wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecke verfolgen muss) sonstigen zweckentsprechenden – Betätigung sind; der Verband sollte nur für deliktische Pflichtverletzungen seiner Leitungsperson und Mitar-

⁹⁴ EOWiG [BT-Drucks. V/1269], S. 60; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 89 m.w.N.

⁹⁵ Lemke/Mosbacher OWiG § 30 Rn. 50.

⁹⁶ RegE eines 41. StrÄndG, BT-Drucks. 16/3656, S. 14; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 90.

beiter einzustehen haben, die sich als Realisierung der von ihm zu beherrschenden Personalgefahren darstellen und nicht etwa als eine Folge allgemeiner Lebensrisiken.⁹⁷

In Anlehnung an die Grundsätze zu § 30 OWiG wird man daher folgendes festhalten können: Bringt ein Verband Produkte in Verkehr, so ist er zur Schadensabwendung beim Abnehmer verpflichtet und hat bei der vorsätzlichen oder gegebenenfalls fahrlässigen Verwirklichung von Straftatbeständen Durchleitungspersonen oder Mitarbeiter gegebenenfalls verbandssanktionsrechtlich einzustehen.⁹⁸ Ebenso stellt es wohl unstrittig eine Verbandspflicht dar, die Beschäftigten am Arbeitsplatz vor Gefahren zu schützen,⁹⁹ nicht notwendigerweise jedoch bezieht sich dies auf jeglichen (insbesondere unbefugt vor Ort befindlichen) Dritten. Auch aus der Verkehrssicherungspflicht können betriebsbezogene Sorgfaltspflichten resultieren (z. B. Eröffnung eines Skilifts, einer Seilbahn, eines Warenhauses oder anderer latent gefährlicher Publikumsverkehre), aus deren Verletzung sich die Grundlage für eine Sanktionierung des Verbandes (etwa auf der Grundlage von Taten der Leitungspersonen/ Mitarbeiter nach §§ 222, 229 StGB) ergeben kann.¹⁰⁰

Bei der Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten durch einen Verband, dessen Verbandszweck dies ist (u. U. etwa: Bank, Vermögensberater o. ä.) – nicht gemeint ist hier die Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten des Verbandes durch eigene Leitungspersonen oder Mitarbeiter – kann für diese eine betriebsbezogene Pflicht entstehen, die im Falle ihrer Verletzung (§§ 246, 266 StGB) zu einer Sanktion gegen den Verband führt. Der Ausnahmetatbestand, wonach eine Haftung des Verbandes ausscheidet, greift nämlich nur ein, „sofern er durch die Zuwiderhandlung ... unmittelbar selbst geschädigt ist.“ Diese Ausnahme wird nur für Fälle von Untreuestraftaten von Mitarbeitern oder Leitungspersonen unmittelbar zugunsten des Verbandsvermögens gelten. Richtigerweise muss auch in solchen Fällen, in denen zwar unmittelbar durch eine Untreuehandlung (§ 266 StGB) beim Verband ein Vermögensnachteil eintritt, zugleich aber die Nutzung dieser Mittel zu einer Bestechung (§§ 265c, 265d 299 Abs. 2, 299b, 334, 335 StGB) im Interesse des Verbandes und damit letztlich dessen eine Bereicherung intendiert ist, eine Sanktionierung des Verbandes wegen der Untreuestraftat unterbleiben. Letztere soll nämlich nicht unmittelbar zu einer Bereicherung des Verbandes führen und führt tatsächlich ausschließlich zu dessen wirtschaftlicher Schädigung. Die Zuwiderhandlung, durch die der Verband bereichert werden soll – die Bestechung – stellt hingegen regelmäßig eine andere Tat (§ 53 StGB) dar, die unter § 1 Abs. 3a KE-VSG fallen kann. Deren voller tatbestandlicher Nachweis ist allerdings dann auch erforderlich. Unzulässig wäre es hingegen, den Verband wegen der Untreue zu bestrafen, weil (nur) festgestellt wurde, dass die veruntreuten Gelder zum Zwecke der Bestechung eingesetzt werden sollten, der Tatbestand eines aktiven Bestechungsdelikts aber nicht vollständig festgestellt werden konnte. In diesem Fall müsste es bei der Sanktionslosigkeit des Verbandes bleiben.

dd) In Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes,
§ 3 Abs. 1 S. 1 KE-VSG

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 KE-VSG liegt nur eine dem Verband zuzurechnende Verbandsverfehlung vor, wenn die Leitungsperson „in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes“ die verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen hat. Hier sollte zunächst zur Klarstellung nicht von der Wahrnehmung der Angelegenheiten „eines“ Verbandes die Rede sein, sondern von der Wahrnehmung der Angelegenheit „des“ Verbandes, nämlich desjenigen, gegen den eine Unternehmenssanktion verhängt werden soll.

Im Übrigen dürfte davon auszugehen sein, dass durch die Formulierung genau diejenigen Voraussetzungen, die oben unter (2) näher beschrieben werden und im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG für die Verbandsgeldbuße nötig sind, damit auch zur Voraussetzung der Verbandssanktionierung gemacht werden sollen. Die durch Einfügung des Tatbestandsmerkmals vorgenommene explizite Klarstellung erscheint insofern sinnvoll.

⁹⁷ KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 90.

⁹⁸Vgl. BGHSt. 37, 106 ff. = NJW 1990, 2560; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 20; BeckOK OWiG/Meyberg § 30 Rn. 81 f.

⁹⁹ Vgl. EOWiG [BT-Drucks. V/1269], S. 60 f.; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29.

¹⁰⁰ Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 20; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29.

- ee) Negative Voraussetzung: Hinwegsetzung über eine ausdrückliche und konkrete Anweisung der Verbandsleitung und Umgehung von geeigneten Sicherungsvorkehrungen durch die Leitungsperson, § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG „kann“ von einer Verbandssanktion abgesehen werden, wenn sich die „Leitungsperson durch die Begehung der Zuwiderhandlung über eine ausdrückliche und konkrete Anweisung der Verbandsleitung hinweg [setzt] und ... sie Sicherungsvorkehrungen [umgeht], die geeignet sind, derartige Zuwiderhandlungen zu verhindern“.

Hintergrund dieser Vorschrift dürfte sein, dass bei Bestehen eines geeigneten und grundsätzlich effektiven Compliance-Managementsystems (CMS), das insbesondere für die spezifische Zuwiderhandlung ausdrückliche entgegenstehende Vorgaben enthält und umgesetzt hat, der Verstoß einer Leitungsperson dem Verband unter Umständen nicht zugerechnet werden soll, weil der Verband dann grundsätzlich das zur Vermeidung von Straftaten durch Mitarbeiter erforderliche getan hat.

Aus der Formulierung ist allerdings abzulesen, dass es sich um eine Art Strafzumessungsvorschrift handeln dürfte. Sie ist nämlich vergleichbar zu Vorschriften des StGB, in denen die entsprechende, ermessensgewährende Formulierung („... kann das Gericht von Strafe absehen...“) enthalten ist, etwa § 46 b Abs. 1 S. 4 StGB (Kronzeugenregelung).¹⁰¹

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sollte erwogen werden, ob eine entsprechende oder ähnliche Klausel nicht – statt als Strafzumessungsvorschrift – als Verbandssanktionsausschlussgrund gefasst werden sollte, weil unter bestimmten Voraussetzungen eine Verbandsverantwortlichkeit für individuelles Verschulden von Leitungspersonen oder Mitarbeitern unangemessen sein kann. Dies ist in anderen Rechtsordnungen eine durchaus gängige Lösung. Das italienische Verbandssanktionenrecht enthält in den Art. 6, 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 Vorschriften, welche die Verbandsverantwortlichkeit bei der Einhaltung bestimmter Compliance-Vorgaben durch den Verband (vor der Anknüpfungstat) ausschließen.¹⁰² Es sollte erwogen werden, diese in einem deutschen Verbandssanktionenrecht mutatis mutandis zu übernehmen:

Sind die objektiven Zurechnungskriterien von Straftaten von Leitungspersonen oder Mitarbeitern gemäß Art. 5 Legislativdekret Nr. 231/2001 gegeben, sehen die Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 (für Leitungspersonen) und Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 (für Mitarbeiter) eine Art Beweislastumkehr zur Exkulpation hinsichtlich des Bestehens eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens vor.¹⁰³

Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens nach dem Dekret ist – nach h.M. aufgrund eines das Organisationsverschulden beseitigenden Entschuldigungsgrunds – ausgeschlossen, wenn es im Hinblick auf Straftaten von leitenden Mitarbeitern nachweist, dass zur Tatzeit ein „modello organizzativo“ (Compliance-Programm/ CMS) tatsächlich bestand und angewandt wurde, das den Voraussetzungen des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 genügt. Bei Straftaten von Untergebenen muss nachgewiesen werden, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 vorlagen.¹⁰⁴ Sofern ein zukünftiges dt. Unternehmenssanktionsrecht nicht als Strafrecht verstanden wird, könnte eine vergleichbare Beweislastregelung auch in Deutschland Anwendung finden, wobei eine bloße Verpflichtung des Verbands zum entsprechenden Sachvortrag bzw. zu dessen Glaubhaftmachung vorzugswürdig erschiene.

Hier soll aus Gründen der Relevanz zunächst nur auf die gegenüber Art. 7 weitergehenden Exkulpationsvoraussetzungen des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 für Leitungspersonen eingegangen werden, die im italienische Verbandssanktionenrecht deutlich klarer und konkreter gefasst sind als in §§ 3 Abs. 1 S. 2 oder auch in 14 Abs. 1 KE-VSG und daher aus diesseitiger Sicht erwägenswert, wenn nicht sogar vorzugswürdig erscheinen:

Zunächst hat das Unternehmen nachzuweisen, dass die Geschäftsleitung vor Begehung der Straftat Compliance-Programme (bzw. ein CMS) eingeführt und effektiv umgesetzt hat, die geeignet sind, gerade diejenige Art von Straftaten zu verhindern, die im konkreten Fall verwirklicht wurden (Art. 6 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001). Weiter muss das Unternehmen beweisen, dass es die Überwachung des Funktionierens und der Einhaltung von Compliance-

¹⁰¹ Die Platzierung der Vorschrift zwischen § 46 und § 47 StGB entspricht ihrem Charakter als allg. Strafzumessungsregelung (Streng in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, StGB § 46b Rn. 1); § 60 S. 1 StGB enthält hingegen eine Regelung, wonach das Gericht zwingend von Strafe absieht, sofern die Tatfolgen den Täter so schwer treffen, dass die Verhängung der Strafe nicht angemessen wäre.

¹⁰² Rübenstahl, RiW 2012, 505, 509 f.

¹⁰³ Manna, Corso di diritto penale dell'impresa, 2010, S. 56 f. m. w. N.

¹⁰⁴ Manna, Corso di diritto penale dell'impresa, 2010, S. 58 f.

Programmen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 sowie deren Anpassung und Aktualisierung einem Organ der Gesellschaft übertragen hat, das mit eigenständigen Initiativ- und Kontrollbefugnissen ausgestattet ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001; sogenannter „organismo di vigilanza“, abgekürzt „ODV“)¹⁰⁵.

Zudem ist das Unternehmen verpflichtet zu belegen, dass die Täter im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 (Leitungspersonen) die per se effektiven Compliance-Programme des Unternehmens im konkreten Fall in betrügerischer bzw. täuschender Weise umgangen haben (Art. 6 Abs. 1 lit. c Legislativdekret Nr. 231/2001); diese Voraussetzung entspricht der Sache nach weitgehend § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG.

Schließlich ist durch das Unternehmen zu beweisen, dass es zur fraglichen Straftat nicht aufgrund einer unterlassenen oder unzureichenden Ausübung der Überwachungspflichten des Überwachungsorgans gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 (ODV) gekommen ist (Art. 6 Abs. 1 lit. d Legislativdekret Nr. 231/2001).

Die Anforderungen, die im Hinblick auf die sich aus der Delegation von Aufgaben ergebenden Risiken an geeignete Compliance-Programme – deren Erfüllung naturgemäß ebenfalls nachzuweisen ist – zu stellen sind, werden in Art. 6 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 gesetzlich näher definiert:

Gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 müssen bei der Erstellung der Compliance-Programme zunächst diejenigen Aktivitäten des Unternehmens eruiert werden, bei denen es voraussichtlich zur Begehung von Straftaten kommen kann. Art. 6 Abs. 2 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 fordert, dass spezielle geeignete Richtlinien („protocolli“) zur Steuerung der Entscheidungsfindung und -umsetzung des Unternehmens im Hinblick auf die zu vermeidenden Straftaten eingeführt und angewandt werden. Zudem müssen durch die Compliance-Programme geeignete Modalitäten des Einsatzes der finanziellen Ressourcen des Unternehmens vorgegeben werden, die die Begehung von Straftaten verhindern (Art. 6 Abs. 2 lit. c Legislativdekret Nr. 231/2001). Weiter müssen genügende Informationspflichten zugunsten des ODV, welches über die Einhaltung und das Funktionieren der Compliance-Programme des Unternehmens zu wachen hat, vorgesehen werden (Art. 6 Abs. 2 lit. d Legislativdekret Nr. 231/2001).

Zur Erleichterung der Erfüllung der anspruchsvollen Exkulpationsvoraussetzungen gemäß Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 enthalten Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 Legislativdekret Nr. 231/2001 einige Vereinfachungsmöglichkeiten für die Unternehmenspraxis. Art. 6 Abs. 3 Legislativdekret Nr. 231/2001 sieht vor, dass Compliance-Programme, die die Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 garantieren, auf der Basis von Verhaltensanweisungen bzw. Richtlinien der Unternehmerverbände der jeweiligen Kategorie des betroffenen Unternehmens eingeführt werden können, die dem it. Justizministerium mitgeteilt wurden, das im Zusammenwirken mit den zuständigen Ministerien innerhalb von 30 Tagen zur Stellungnahme hinsichtlich der Geeignetheit der Richtlinien zur Verhinderung von Straftaten berechtigt ist. Art. 6 Abs. 4 Legislativdekret Nr. 231/2001 sieht schließlich vor, dass das ODV gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 bei Unternehmen „kleiner Dimension“ auch das Geschäftsführungsorgan selbst sein kann.

Sieht man von Anpassungsbedürfnissen bzgl. der verbandsorganisatorischen Besonderheiten des italienischen Rechts ab (insbesondere bzgl. des ODV, Art. 6 Abs. 1 lit. b und d Legislativdekret Nr. 231/2001) enthält Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 durchaus auch für die deutsche Rechtsordnung geeignete Vorgaben für einen Verbandsanktionsausschlussgrund oder (nachrangig) einen verbindlichen Grund für ein Absehen von Strafe. Insbesondere kann aus der italienischen Anwendungspraxis nicht entnommen werden, dass die Exkulpationsvorschrift des Art. 6 zu großzügig angewandt wird. Die überwiegende Anzahl der recht zahlreichen veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen lässt eine volle Exkulpation aufgrund präventiver Compliance nicht zu; diese wird vielmehr nur vereinzelt zuerkannt.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Dieses Gesellschaftsorgan ist allein durch das Legislativdekret Nr. 231/2001, nicht durch das it. Gesellschaftsrecht vorgesehen. Es untersteht dem Grunde nach (nur) den Geschäftsführungsorganen, muss aber in Compliance-Angelegenheiten sachlich unabhängig und weisungsfrei ermitteln und berichten können sowie über ausreichende wirtschaftliche Mittel verfügen, sonst genügt es nicht den gesetzlichen Anforderungen. Es ist gerade nicht dem dt. Aufsichtsrat oder anderen Kontrollgremien der Eigentümer vergleichbar.

¹⁰⁶ Vgl. zu den sehr strengen Compliance-Anforderungen der it. Rspr. insbesondere Corte Suprema di Cassazione, Sezione V, Urteil vom 18. Dezember 2013 – Nr. 4677 („Impregilo SpA“), https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1393690152Cassazione_Impregilo.pdf, mit dem die das Unternehmen im Hinblick auf Art. 6 freisprechende Entscheidung des Corte d'Appello di Milano, Urt. vom 21. März 2012 – Nr. 1824, https://www.penalecontemporaneo.it/d/1607:https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1340972478Appello_Milano_Impregilo.pdf aufgehoben wurde.

Vor diesem Hintergrund wäre zudem erwägenswert, die Kriterien des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 mutatis mutandis (ganz oder teilweise) auch für die Verfahrenseinstellung gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KE-VSG an Stelle der dort nur in sehr allgemeiner und wenig präziser Form gemachten Vorgaben (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KE-VSG: „...der Verband vor der Begehung der Zuwiderhandlung technische, organisatorische und personelle Maßnahmen getroffen hat, die darauf gerichtet waren, Zuwiderhandlungen dieser Art zu verhüten...“) heranzuziehen und – wie gem. § 14 Abs. 2 KE-VSG grds. vorgesehen – auch bei nur teilweise Vorliegen für eine Verfahrenseinstellung genügen zu lassen.

Sieht man einmal davon ab, dass es sinnvoll sein könnte, einen Strafausschlussgrund zu kodifizieren und es sich anbieten könnte, sowohl für § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG konkretisierend die Maßstäbe des italienischen Verbandssanktionenrechts heranzuziehen, erscheint die Formulierung des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG im Hinblick auf die Anwendungspraxis in einem Verbandsverfahren unzweckmäßig bzw. unvollständig. § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG verhält sich – anders als § 46 b StGB i. V. m. § 153 b StPO¹⁰⁷ – nicht dazu, durch wen in welchem Verfahrensstadium welche Art von Entscheidung über das Absehen von Strafe zu treffen ist. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob bereits die Staatsanwaltschaft eine solche Entscheidung treffen kann oder, wie es nach dem Vorbild des StGB zu erwarten ist, dass das Absehen von Strafe in einer gerichtlichen Entscheidung – in einem Urteil mit Schuldspruch nach Durchführung einer Hauptverhandlung¹⁰⁸ – getroffen werden muss, sofern bzw. weil im KE-VSG keine Einstellungsvorschrift entsprechend § 153b StPO vorliegt.

Ohne dem 2. Teil dieses Beitrags in der kommenden Ausgabe (zu Sanktionszumessung und Verfahren) vorzugreifen, ist schon vorab festzuhalten, dass § 14 KE-VSG („Einstellung des Verfahrens“) leider keine spezifische Vorschrift bzgl. der Einstellung des Verfahrens enthält, die auf den Fall des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG (Umgehung des CMS durch die Leitungsperson) konkret Bezug nimmt und dass daher die Voraussetzungen für die prozessuale Umsetzung dieser materiellrechtlichen Vorschrift unklar bleiben.

Denkbar wäre zwar, auch für § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG die Einstellungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 1 oder Abs. 2 KE-VSG heranzuziehen, hier ist aber für das Absehen von Strafe ein ganzer Katalog von weiteren Voraussetzungen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 – 4 KE-VSG) vollständig oder teilweise zu erfüllen, die allenfalls in Nr. 1 (geeignetes CMS vor der Tat) eine inhaltliche Überschneidung zu § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG enthalten. Misslich ist in diesem Zusammenhang, dass § 14 KE-VSG zugleich die entsprechende Anwendung des § 153b StPO in § 14 Abs. 1 S. 1 KE-VSG ausdrücklich ausschließt. Vor diesem Hintergrund fehlt es nach diesseitiger Auffassung an einer – erforderlichen – spezifischen prozessualen Vorschrift zur Umsetzung des Absehens von Strafe aus den Gründen des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG.

Dem könnte man entgegenhalten, dass das Absehen von Strafe nach dieser Vorschrift nur im Rahmen des Hauptverfahrens durch das Gericht erfolgen soll und es daher einer solchen Vorschrift nicht bedarf. Eine derartige Ausgestaltung des Verfahrens wäre aber im höchsten Maße unökonomisch und stünde wohl auch im Widerspruch zum Regelungssinn des § 14 Abs. 1, Abs. 2 KE-VSG. Diese haben ersichtlich zum Ziel, das Hauptverfahren um solche Fälle zu entlasten, bei denen das unter Compliance-Gesichtspunkten positiv zu bewertende Vortatverhalten – aber auch das Nachtatverhalten (Offenlegung und Kooperation) – eine echte Verbandssanktion spezialpräventiv nicht erforderlich erscheinen lässt, sondern Auflagen im Sinne des § 14 Abs. 3 KE-VSG genügen. Vor dem Hintergrund, dass § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG ersichtlich Auflagen für das Absehen von Strafe nicht in Betracht zieht, sowie die dolose Umgehung eines geeigneten und effektiven CMS (vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KE-VSG) durch den Täter voraussetzt und zudem im Hinblick hierauf sowie aufgrund seiner systematischen Stellung einem Tatbestandsausschluss zumindest angenähert ist, wäre es – angesichts des Strafcharakters eines Schuldspruchs beim Absehen von Strafe¹⁰⁹ – weder sachgerecht, noch verfahrensökonomisch sinnvoll, wenn in solchen Fällen, in denen aus Sicht der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren ein Absehen von Strafe nach § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG in Betracht kommt, keine Einstellungsvorschrift entsprechend

¹⁰⁷ „(1) Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts, das für die Hauptverhandlung zuständig wäre, von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.“

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht bis zum Beginn der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen.“

¹⁰⁸Vgl. BVerfGE 96, 245, 249; BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 46b Rn. 26 und BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 60 Rn. 20-22.

¹⁰⁹ BVerfGE 96, 245, 249.

§ 153b StPO zur Verfügung stünde, mit der das Verfahren kurzfristig und ohne öffentliche Prangerwirkung beendet werden könnte.

Im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG streng sind und zudem das Absehen von Strafe in das Ermessen der zuständigen Stelle stellen, erscheint es nicht geboten, die Verfahrenseinstellung – wie bei § 14 KE-VSG offenbar durchgehend vorgesehen – mit einer Auflage zu verbinden. Die Vorschrift des § 153 b StPO sollte daher entweder in Bezug genommen werden oder besser – an die Terminologie des Verbandssanktionenrechts angepasst – explizit in (z.B.) einen neuen § 14 a KE-VSG aufgenommen werden.

Zudem sollte – wie gesagt – in Betracht gezogen werden, ob nicht das Absehen von Strafe gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG – angesichts der bei der Bewertung der strengen Voraussetzungen bestehenden breiten Beurteilungsspielräume der Staatsanwaltschaft bzw. des Gerichts – nicht zwingend angeordnet werden sollte.

Für den Fall, dass man dieser Überlegung nicht folgt, wäre es jedenfalls angezeigt, die Vorschrift um einen Halbsatz dahingehend zu ergänzen, dass für den Fall, dass die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen, aber nach Ermessensausübung nicht von Strafe nicht abgesehen wird,¹¹⁰ die Verbandssanktion jedenfalls in näher zu spezifizierender, gewichtiger Weise zu mindern ist (etwa: Minderung des Sanktionsrahmens um ein Drittel). Eine Berücksichtigung des in der Vorschrift niedergelegten Umstands lediglich im Rahmen der allgemeinen Sanktionszumessungsgründe erscheint nicht ausreichend.

b) Voraussetzung der Verbandsverfehlung bei verbandsbezogener
Zu widerhandlung eines Mitarbeiters, § 3 Abs. 2 KE-VSG

An die Haftung des Verbands aufgrund einer Verbandsverfehlung eines (untergeordneten) Mitarbeiters stellt § 3 Abs. 2 KE-VSG zu Recht strengere Anforderungen. Hat ein Mitarbeiter in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zu widerhandlung begangen, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion nur verhängt, „wenn die Begehung dieser Zu widerhandlung dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass eine Leitungsperson des Verbandes erforderliche und zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zu widerhandlungen unterlassen hat“.

Hinsichtlich der „Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes“ kann auf die obenstehenden Anmerkungen zur entsprechenden Formulierung bei § 3 Abs. 1 KE-VSG verwiesen werden.

aa) Ermöglichung oder Erleichterung der Zu widerhandlung durch Unterlassen von
zureichenden Compliance-Maßnahmen durch Leitungspersonen

Eine sanktionsrechtliche Verantwortung für Zu widerhandlungen von (subalternen) Mitarbeitern soll den Verband nach § 3 Abs. 2 2. HS KE-VSG zurecht nur dann treffen, wenn (1.) eine Leitungsperson (nachweislich) erforderliche und zumutbare präventive Compliance-Maßnahmen unterlassen hat, (2.) die zur Verhinderung der verfahrensgegenständlichen Zu widerhandlung geeignet sind bzw. hierauf abzielen und (3.) durch diese Unterlassung die konkrete Zu widerhandlung des Mitarbeiters ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde. Diese Zurechnungseinschränkung ist aus diesseitiger Sicht schon deshalb erforderlich, weil der Begriff des Mitarbeiters – der aus diesseitiger Sicht alle faktischen Arbeitnehmer des Verbandes umfasst – grundsätzlich einen sehr breiten Personenkreis in die Zurechnung zum Verband einbezieht, obwohl dieser Personenkreis – anders als die Leitungspersonen – typischerweise gesellschaftsrechtlich und zivilrechtlich sowie insbesondere nach seiner Wahrnehmung in der Öffentlichkeit gerade nicht für die Willensbildung und die Entscheidungsfindung als zuständig angesehen wird, da ihm in der Willensbildung des Verbandes regelmäßig keine wesentliche Entscheidungsmacht zukommt. Insofern sind die oben skizzierten Einschränkungen der Zurechnung bei rechtswidrigen Taten von Mitarbeitern im Ausgangspunkt durchaus zu begrüßen.

Zwar ist hier ein (hypothetisch) kausales Unterlassen von Leitungspersonen erforderlich, nach der Formulierung der Vorschrift bedeutet dies jedoch gerade nicht, dass deren Verhalten dem Verband direkt zugerechnet wird. Vielmehr spricht vieles dafür, dass das hypothetisch kausale Unterlassen der Leitungspersonen lediglich eine objektive Bedingung für die Verwirklichung der Verbandsverfehlung – vergleichbar einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit – ist. Es ist nach

¹¹⁰ Und aus welchen Gründen auch immer eine sonstige Verfahrenseinstellung (§ 14 KE-VSG) nicht in Betracht kommt.

dem Wortlaut der Vorschrift ersichtlich nicht erforderlich, dass die Leitungsperson im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG straftatbestandsmäßig und/ oder rechtswidrig handeln müsste, sofern ihr Unterlassen im Compliance-Bereich fördernd kausal für die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters ist. Nur des Mitarbeiters tatbestandsmäßige und rechtswidrige Zuwiderhandlung ist direkter Anknüpfungspunkt für die Zurechnung zum Verband.

Insofern setzt sich § 3 Abs. 2 KE-VSG im Widerspruch zur Zurechnungsmechanik des an sich sehr ähnlichen § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG, bei der es sich umgekehrt verhält, insofern als die Leitungsperson selbst vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muss, und die Zurechnung zum Verband gemäß § 30 Abs. 1 OWiG unmittelbar nur an das Verhalten der Leitungsperson anknüpft, während die Zuwiderhandlung untergeordneter Mitarbeiter im Rahmen des § 130 Abs. 1 OWiG lediglich objektiv gegeben sein muss. Sie ist daher nach herrschender Auffassung eine objektive Bedingung der bußgeldrechtlichen Ahndung, weshalb sie auch nicht vom Vorsatz oder der Fahrlässigkeit der Leitungsperson umfasst sein muss.¹¹¹

Wenn der KE nunmehr umgekehrt vorgeht und direkt an das Verhalten des Mitarbeiters anknüpft, stellt sich die Frage, ob damit nicht das Pferd von hinten (oder besser „von unten“) aufgezäumt wird. Im Ergebnis soll im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG letztlich ein Aufsichts- bzw. Organisationsmangel vergleichbar zu § 130 OWiG für die Zurechnung zum Verband maßgeblich sein. Für diesen kann ersichtlich der zuwiderhandelnde Mitarbeiter mangels Entscheidungsmacht nicht verantwortlich sein, sondern nur die Leitungsperson, bezüglich derer jedoch anscheinend davon abgesehen wird, irgendein Verschulden zu verlangen. Sachgerechter – und kongruenter mit § 3 Abs. 1 KE-VSG – erschiene es vor diesem Hintergrund meines Erachtens, vergleichbar zu § 130 OWiG direkt an das zumindest sorgfaltswidrige Verhalten der Leitungsperson (Aufsichtspflichtverletzung) anzuknüpfen und nur indirekt an dasjenige des Mitarbeiters (Zuwiderhandlung).

§ 3 Abs. 2 KE-VSG ähnliche Mechanismen finden sich im italienischen Verbandssanktionenrecht gemäß Legislativdekret Nr. 231/2001, nämlich in den Vorschriften der Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 7. Eine Haftung des Verbandes ist auch in Italien möglich, wenn ein untergeordneter Mitarbeiter die Straftat begangen hat, sofern er der Aufsicht einer Person im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 – vergleichbar einer Leitungsperson – unterstellt ist (Art. 5 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001) und gewisse Compliance-Mängel vorliegen¹¹²:

Im Falle der Begehung von Straftaten durch untergeordnete Mitarbeiter im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 schreibt Art. 7 Abs. 1 Legislativdekret Nr. 231/2001 als Voraussetzung der Verbandshaftung die Ursächlichkeit der Nichterfüllung („inosservanza“) einer Weisungs- oder Überwachungspflicht durch eine Leitungsperson im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a vor. D.h. allein die Pflichtverletzung durch untergeordnete Mitarbeiter reicht für sich genommen gerade nicht, um das Unternehmen zu sanktionieren. Erforderlich ist zumindest ein der Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 OWiG ähnliches Unterlassen durch Leitungspersonen. Art. 7 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 präzisiert dies weitergehend, indem klargestellt wird, dass die Nichterfüllung der Weisungs- und Überwachungspflicht durch Leitungspersonen ausgeschlossen ist, wenn das Unternehmen vor der Tatbegehung Compliance-Programme eingeführt und effektiv angewandt hat, die geeignet sind, Straftaten derjenigen Art zu verhindern, die im konkreten Fall begangen wurden. Diese Compliance-Programme müssen in Relation zu Art und Größe der Unternehmensorganisation sowie im Verhältnis zur Unternehmenstätigkeit Maßnahmen vorsehen, die geeignet sind, eine Aufgabenerfüllung unter Einhaltung der Gesetze zu garantieren und Risikosituationen unverzüglich zu beseitigen (Art. 7 Abs. 3 Legislativdekret Nr. 231/2001). Eine effektive Anwendung von Compliance-Programmen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 setzt zudem voraus, dass eine periodische Überprüfung erfolgt und eine eventuelle Änderung derselben vorgenommen wird, wenn signifikante Verletzungen der Compliance-Richtlinien festgestellt werden oder wenn Änderungen der Unternehmensorganisation oder -aktivitäten eintreten (Art. 7 Abs. 4 a Legislativdekret Nr. 231/2001). Hinzukommen muss ein geeignetes Disziplinarsystem zur Sanktionierung von Verstößen gegen Compliance-Richtlinien (Art. 7 Abs. 4 b Legislativdekret Nr. 231/2001).¹¹³

Die Regelungstechnik der italienischen Vorschriften ist mithin dem § 3 Abs. 2 KE-VSG im Ausgangspunkt ähnlich, aber deutlich präziser, insbesondere was die Qualität der haftungsbefreienden Compliance-Maßnahmen betrifft. Es erscheint auch auf Gesetzebene unzureichend

¹¹¹ KK-OWiG/Rogall OWiG § 130 Rn. 77-78; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 17; BeckOK-OWiG/Beck § 130 Rn. 79; Theile/Petermann JuS 2011, 496, 499.

¹¹² Rübenstahl RIW 2012, 505, 509.

¹¹³ Vgl. zusammenfassend Rübenstahl RIW 2012, 505, 510.

und überdies als Voraussetzung von Verbandssanktionen nicht hinreichend bestimmt, lediglich – wie dies § 3 Abs. 2 KE-VSG tut – im Hinblick auf die Compliance-Erfordernisse von „erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zuwiderhandlungen“ zu sprechen und alles Weitere der Rechtsprechungspraxis zu überlassen, sofern der Regierung keine Verordnungsermächtigung erteilt wird. Insofern sollte daher eine Definition dieser Maßnahmen vergleichbar zu derjenigen des Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 in die Kodifikation aufgenommen werden sofern man an die Zuwiderhandlung auch eines untergeordneten Mitarbeiters anknüpfen will.

Anders als im italienischen Recht gergelt erscheint es jedoch meines Erachtens vorzugswürdig, in einem deutschen Verbandssanktionenrecht jedenfalls von einer Beweislastumkehr oder einer Darlegungslast bzw. Glaubhaftmachungspflicht zulasten des Verbandes abzusehen, wenn es um Anknüpfungstaten von untergeordneten Mitarbeitern geht. Regelfall der Verbandshaftung sollte das Anknüpfen an das Handeln von Leitungspersonen bleiben, die maßgeblich dessen Willensbildung und Willensäußerung prägen. Das Anknüpfen an das Verhalten von Mitarbeitern sollte nur unter strengen Voraussetzungen möglich sein. Insofern verbietet sich jedenfalls hier eine Beweislastumkehr bezüglich des Haftungsausschlusses aufgrund von Compliance-Maßnahmen. In der Praxis dürften sich kaum Beweisprobleme ergeben, da die Verbände regelmäßig von sich aus gegenüber den Ermittlungsbehörden ihr CMS erläutern und nach besten Kräften belegen werden.

bb) Vorsätzliche, rechtswidrige und schuldhafte Zuwiderhandlung erforderlich?

Auch die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters muss gem. § 1 Abs. 3 KE-VSG einen Straftatbestand verwirklichen und rechtswidrig sein. Bezüglich der verbandsbezogenen Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern in § 3 Abs. 2 KE-VSG fehlt es aber an einer § 3 Abs. 1 KE-VSG entsprechenden Formulierung bzgl. des Verschuldens oder an einer Verweisung. Dies könnte zu der Annahme führen, dass hier unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen, und im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG ein Verschulden des Mitarbeiters zur Zurechnung nicht erforderlich wäre, etwa im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 KE-VSG nur verwirklicht ist, „wenn die Begehung dieser Zuwiderhandlung dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass eine Leitungsperson des Verbandes erforderliche und zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zuwiderhandlungen unterlassen hat“. Es dürfte davon auszugehen sein, dass auch hier eine vorsätzliche, rechtswidrige und schuldhafte Begehung der Zuwiderhandlung gemeint ist, da wohl nicht anzunehmen ist, dass die Entwurfsverfasser über die nach §§ 30, 130 OWiG gegebenen Zurechnungsmöglichkeiten hinausgehen wollten. Zwar setzt § 130 OWiG bzgl. der Zuwiderhandlungen subalternen Mitarbeiter (auf die sich die Aufsichtspflichtverletzung der Leitungsperson bezieht) nur eine objektive Verwirklichung eines Tatbestands, die mit „natürlichem Vorsatz“ (soweit Vorsatzdelikt)¹¹⁴ begangen werden muss, voraus. Dies ist aber darauf zurückzuführen, dass nach herrschender Auffassung die Zuwiderhandlung des untergeordneten Mitarbeiters lediglich objektive Bedingung der bußgeldrechtlichen Ahndung ist.¹¹⁵ Anknüpfungspunkt der bußgeldrechtlichen Ahndung ist sowohl für § 130 OWiG, als auch für §§ 30, 130 OWiG das Verhalten der Leitungsperson im Sinne des § 130 OWiG (Betriebsinhaber etc.). Insofern ist aber klar, dass eine vorsätzliche oder fahrlässige rechtswidrige und schuldhafte Verletzung der Aufsichtspflicht vorliegen muss (wobei sich ein etwaiger Vorsatz nicht auf die Zuwiderhandlung erstrecken muss).¹¹⁶ Vor dem Hintergrund, dass nach § 3 Abs. 2 KE-VSG die Zuwiderhandlung, die Anknüpfungspunkt für die Verbandsverfehlung ist, durch den Mitarbeiter begangen wird und die Unterlassung von Leitungspersonen lediglich objektive Bedingung der Verbandsanktionierung ist, besteht hier auch im Hinblick auf das Erfordernis eines wertungsmäßigen Gleichlaufs mit § 3 Abs. 1 KE-VSG in der Person des Mitarbeiters das Erfordernis einer vorsätzlichen oder fahrlässigen, tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Tat. Dies sollte klarstellend in die Vorschrift aufgenommen werden.

**** Fortsetzung in WiJ 4/2018 (September 2018) ****

¹¹⁴ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 79 f. m.w.N.

¹¹⁵ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 78 m.w.N.

¹¹⁶ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 119 f. m.w.N.

IT-Strafrecht

Rechtsanwalt Dr. Saleh R. Ihwas, Wiesbaden

„Die digitale Unterwelt“ – Strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten im Darknet

I. Einleitung

„The Dark Net – Inside the Digital Underworld“: Mit diesem Titel erschien im Jahr 2014 ein Buch, in dem der Autor über – teilweise persönliche – Erfahrungen in einem sog. Darknet¹ berichtet.² Nachdem er sowohl positive als auch negative Erlebnisse im Darknet beschrieben hat, kommt er zu dem Schluss, dass das Darknet im Ergebnis nichts weiter ist als ein „Spiegel der Gesellschaft“³. Dem Darknet haftet in der Gesellschaft jedoch ein eher schlechter Ruf an. Dies liegt sowohl an der negativen Medienberichterstattung⁴ als auch am Namen: *Darknet*. Durch die Bezeichnung als „Dark“ wird automatisch etwas Negatives mit dem Begriff verknüpft, denn Dinge, die man nur „im Dunklen“ macht, sollen im Verborgenen bleiben. Vielfach wird behauptet, dass das Darknet primär zur Begehung von Straftaten genutzt werde. Teilweise heißt es, dass 57%⁵ bzw. nahezu 100%⁶ der Angebote im Darknet „illegalen Zwecken“ dienen. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich um ein anonymes Netzwerk handelt, sodass belastbare Zahlen zur legalen oder illegalen Nutzung schwer zu ermitteln sein dürften.⁷ Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass im Darknet oder unter Zuhilfenahme des Darknets Straftaten begangen werden können und diese durch die Strafverfolgungsbehörden aufzuklären sind.

II. Surface Web, Deep Web und Darknet: Terminologie

Das Internet kann in zwei Bereiche unterteilt werden: Das „Surface Web“ und das „Deep Web“. Das Surface Web meint sämtliche über einen Standardbrowser erreichbaren Internetseiten, die bei einer Suchmaschine indexiert⁸ sind.⁹ Das Deep Web umfasst dementsprechend sämtliche anderen Webseiten, die nicht bei Suchmaschinen indexiert sind. Das Darknet ist im Ergebnis als ein Teil des Deep Webs zu verstehen:

1. Unterschied zwischen Darknet und Surface Web

Das Darknet ist nicht über die gängigen Browser, wie z.B. Mozilla Firefox, zu erreichen, sondern über eine eigene Software. Im Darknet kann aber ebenso „gesurft“ werden wie im Surface Web, der Unterschied ist jedoch, dass dies im Darknet anonym geschieht: Wird im Surface Web eine Webseite – z.B. www.facebook.de – aufgerufen, so ist die Information, dass man die Webseite besucht hat, bei jedenfalls zwei Unternehmen vorhanden. Zum einen sieht der Access-Provider des Nutzers (z.B. T-Online) welche Internetseite durch den Nutzer aufgerufen wurde. Zum anderen sieht Facebook von welcher IP-Adresse aus die Facebook-Webseite aufgerufen wurde und kann so den Nutzer identifizieren. Surft der Nutzer aber im Darknet, ist diese Identifikation grundsätzlich weder dem Access-Provider noch dem Internetseitenbetreiber möglich. Die Anonymität im Darknet ist damit der wesentliche Unterschied zum Surface Web.

¹ Im englischen Sprachgebrauch wird teilweise der Begriff „Dark Web“ genutzt (s. <https://www.wired.com/2014/11/hacker-lexicon-whats-dark-web/>), der Übersichtlichkeit halber wird hier nur der Begriff „Darknet“ verwendet, die beiden Begriffe sind synonym zu verstehen.

² Bartlett, The Dark Net – Inside the Digital Underworld, 2014.

³ Bartlett, The Dark Net – Inside the Digital Underworld, S. 251.

⁴ Über das Darknet wird in den Medien fast ausschließlich im Zusammenhang mit der Begehung von Straftaten berichtet; vgl. nur <http://www.zeit.de/digital/internet/2017-07/alphabay-drogenhandel-darknet-geschlossen-usa-jeff-sessions-hansa>.

⁵ becklink 2004949.

⁶ becklink 2003973.

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9487, S. 1 unter Verweis auf einen Bericht auf [netzpolitik.org](https://netzpolitik.org/2016/bka-hat-keine-belastbaren-zahlen-also-doch-keine-million-menschen-in-deutschland-die-im-darknet-drogen-waffen-und-falsche-paesche-kaufen/): <https://netzpolitik.org/2016/bka-hat-keine-belastbaren-zahlen-also-doch-keine-million-menschen-in-deutschland-die-im-darknet-drogen-waffen-und-falsche-paesche-kaufen/>.

⁸ Der Suchmaschinenindex stellt die Gesamtzahl der durch eine Suchmaschine gelisteten Webseiten dar. Es handelt sich dabei um die Webseiten, die bei einer Anfrage durchsucht werden.

⁹ Vgl. Presseinformation des BKA v. 27.07.2016; teilweise wird auch vom „Visible Web“ oder „Cleanet“ gesprochen; Meywirth, Kriminalistik 2016, 355.

2. Existenz verschiedener Darknets

Es ist zunächst wichtig zu unterscheiden, dass es nicht nur „das Darknet“ gibt, sondern mehrere Darknets. Jedes Darknet wird durch eine separate Software zugänglich gemacht. Das Darknet kann – bildlich gesprochen – mit einer Vielzahl einzelner verschlossener Räume verglichen werden, die jeweils nur mit einem separaten Schlüssel betreten werden können. Es gibt eine nicht unerhebliche Anzahl von Anwendungen, die eine verschlüsselte Kommunikation der Nutzer untereinander bzw. ein verschlüsseltes Surfen im jeweiligen Darknet ermöglichen.¹⁰ Die bekannteste Software, mit der ein Darknet virtuell betreten werden kann, ist der sog. „Tor“-Browser. Der Browser kann frei zugänglich im Surface Web heruntergeladen und auf dem Endgerät des Nutzers installiert werden. Im Anschluss ist das Tor-Darknet für den Nutzer zugänglich. Daneben gibt es noch viele weitere Darknets wie z.B. das I2P (Invisible Internet Project)¹¹ oder Retroschare¹²; beides sind Anwendungen, die das anonyme Surfen bzw. die anonyme Kommunikation ermöglichen. Retroschare dient primär dazu, eine verschlüsselte Friend-to-Friend- bzw. Peer-to-Peer-Verbindung, also eine direkte Verbindung zwischen zwei Nutzern, herzustellen.

3. Technische Funktionsweise des Tor-Darknets

Das Tor-Netzwerk ist das bekannteste Darknet, das in der Regel auch in Presseberichten gemeint ist, wenn von „dem Darknet“ gesprochen wird. „Tor“ steht für „The Onion Router“. Der Name kommt von dem „zwiebelartigen“ Aufbau der Verschlüsselungsstruktur der einzelnen hintereinander geschalteten sog. Nodes oder Knotenpunkte, über die der Nutzer die Verbindung zu seiner Zielwebseite aufbaut. Der technische Ablauf ist auf der Tor-Webseite beschrieben.¹³ Zunächst lädt der auf dem Endgerät des Nutzers installierte Tor-Client eine Liste von Tor-Knotenpunkten von einem Tor-Directory-Server. Damit erhält die Tor-Anwendung eine Liste aller verfügbaren Knotenpunkte, die für die Verschlüsselung genutzt werden können. Ruft der Nutzer nun eine Internetadresse – z.B. die Tor-Adresse von Facebook: <https://facebookcorewwwi.onion>¹⁴ – auf, wird keine direkte Verbindung zu dieser Webseite hergestellt, sondern eine Verbindung über die Knotenpunkte geschaffen. Von diesen Knotenpunkten werden drei zufällig ausgewählt, um als erste, zweite und dritte Lage der oben erwähnten zwiebelartigen Verschlüsselung zu dienen. Die Verbindung wird also vom Endgerät des Nutzers zunächst zum ersten Knotenpunkt hergestellt, von dort an den zweiten und schließlich an den dritten Knotenpunkt weitergeleitet. Erst von diesem dritten Punkt aus wird eine Verbindung mit der Zielwebseite hergestellt. Jeder Knotenpunkt „kennt“ dabei nur die IP-Adresse des vorangegangenen Knotenpunkts. Die hintereinander geschalteten Knotenpunkte werden nach einem bestimmten Zeitintervall – ca. alle 10 Minuten – ausgetauscht, sodass kein Rückschluss von späteren auf frühere Verbindungen möglich ist. Aufgrund der geschilderten Struktur des Verbindungsaufbaus ist es dem Access-Provider (z.B. T-Online) nicht möglich, die Zieladresse des Nutzers zu erkennen. Ebenso wenig kann in dem gewählten Beispiel Facebook nachvollziehen, von wo aus auf die Webseite zugegriffen wird. Lediglich die IP-Adresse des dritten Knotenpunkts kann von Facebook erkannt werden. Die IP-Adresse des Endgeräts bzw. des Routers des Nutzers ist für Facebook nicht sichtbar.

4. Abgrenzung zum Deep Web

Das Deep Web definiert sich als Summe aller Internetadressen, die nicht bei Suchmaschinen indexiert sind; Webseiten im Deep Web sind darum nicht durch die gängigen Suchmaschinen auffindbar. Das Deep Web funktioniert daher wie das Internet der 90er Jahre, als es noch keine Suchmaschinen wie z.B. Google oder Lycos gab. Damals musste dem Nutzer die konkrete Internetadresse der Webseite bekannt sein, um diese aufrufen zu können. Ansonsten war die Webseite nicht auffindbar. Diese Ausführungen gelten ebenso für das Darknet: auch Internetadressen im Darknet sind nicht bei Suchmaschinen des Surface Web indexiert, insoweit können die einzelnen Darknets als Bestandteil des Deep Webs begriffen werden. Ein Darknet unterscheidet sich aber in zwei wesentlichen Punkten vom Deep Web: Erstens, das Surfen im Deep Web wird nicht standardmäßig anonymisiert, wie es im Darknet der Fall ist. Zweitens, man braucht keine spezielle Software, wie den Tor-Browser, um in das Deep Web zu gelangen. Das Deep Web kann mittels der gängigen Browser, wie z.B. Mozilla Firefox, erreicht werden.

¹⁰ Teilweise können mit der jeweiligen Software auch Webseiten im Surface Web aufgerufen werden.

¹¹ <https://geti2p.net/en/>.

¹² <http://retroschare.net/>.

¹³ Vgl. zum Ganzen <https://www.torproject.org/about/overview.html.en>.

¹⁴ Hierbei handelt es sich um die Darknet-Adresse von Facebook. Der Dienst ist bereits seit dem Jahr 2014 im Tor-Darknet erreichbar (vgl. <https://www.heise.de/security/meldung/Facebook-geht-ins-Tor-Netz-2440221.html>).

Ein Darknet stellt daher einen besonderen Teil des Deep Webs dar, der aber begriffsterminologisch vom Deep Web abzugrenzen ist, um den Besonderheiten des Darknets gerecht zu werden.

5. Historie und Definition des Begriffs „Darknet“

Der Begriff Darknet wurde durch eine Veröffentlichung von vier Microsoft-Mitarbeitern zum Thema „The Darknet and the Future of Content Distribution“ geprägt.¹⁵ Darin wird das Darknet direkt zu Beginn abstrakt beschrieben als „a collection of networks and technologies used to share digital content.“¹⁶ Im weiteren Verlauf der Arbeit beschreiben die Autoren das Darknet noch präziser als: „The idea of the darknet is based upon three assumptions:

1. Any widely distributed object will be available to a fraction of users in a form that permits copying.

2. Users will copy objects if it is possible and interesting to do so.

3. Users are connected by high-bandwidth channels.

*The darknet is the distribution network that emerges from the injection of objects according to assumption 1 and the distribution of those objects according to assumptions 2 and 3.*¹⁷

Diese Definition ist geprägt durch die damaligen technischen Entwicklungen: Internetaustauschbörsen waren ein neues Medium, die es jedem Nutzer erlaubten, Software oder andere digitale Inhalte – beispielsweise Musikdateien – miteinander zu teilen. Eine der damals bekanntesten Tauschbörsen war „Napster“; Napster wurde im Jahre 1999 gegründet und war bis einschließlich 2001 ein sehr beliebtes Medium. Darauf folgten verschiedene Filesharing-Plattformen, die auf dem sog. Gnutella-Protokoll basierten – z.B. die Plattform Morpheus. In diesen Netzwerken wurde nicht anonymisiert miteinander kommuniziert bzw. Inhalte wurden nicht anonymisiert miteinander ausgetauscht. Dies lag vermutlich daran, weil es schlicht nicht für erforderlich gehalten wurde: Zum einen fehlte den Nutzern das Unrechtsbewusstsein und zum anderen rechnete kaum jemand damit, wegen des Teilens von Musikdateien oder Software zivilrechtlich in Anspruch genommen oder strafrechtlich verfolgt zu werden.

Diese Tauschbörsen waren damals eine technische Neuerung, die die Strafverfolgungsbehörden vor erhebliche Schwierigkeiten stellten: Zunächst musste das Teilen von Inhalten als strafrechtlich relevantes Verhalten eingeordnet und dann der digitale Weg der Daten rekonstruiert werden, um den Teilenden – also den Täter – zu finden. Nachdem die Strafverfolgungsbehörden aber mehr und mehr Erfolge bei der Verfolgung von Urheberrechtsstraftaten erreichen konnten, überlegten sich die Nutzer neue Wege, um die Daten – nunmehr unerkannt – untereinander zu teilen. Man versuchte, seine digitalen Spuren mittels Verschlüsselung zu verschleiern. Der Aspekt der anonymen Kommunikation war in der Definition der Microsoft-Mitarbeiter zum Darknet nicht enthalten – aber aus den vorgenannten Gründen auch nicht notwendig. Es ging zur damaligen Zeit bloß darum, Dateien miteinander zu teilen und nicht darum, dabei unerkannt zu bleiben. In der heutigen Zeit ist die Verschlüsselung ein wesentlicher Zusatz, sodass die Definition der Microsoft-Mitarbeiter ergänzt werden muss. Zudem geht es nicht mehr nur um das Teilen bzw. Kopieren von Daten, sondern ebenso um die – bloße – anonyme Kommunikation. Dies unterstreicht auch die jüngst in den Duden aufgenommene Definition zum Begriff „Darknet“:¹⁸ Das Darknet wird darin definiert als „besonders gegen Zugriffe von außen gesicherter Bereich des Internets, in dem u.a. illegale Inhalte, Angebote verbreitet werden.“

Teilweise existieren in der juristischen Fachliteratur bereits Definitionen für das Darknet, danach wird es wie folgt beschrieben: „Als Darknet bezeichnet man Netzwerke, in denen Daten nur verschlüsselt übertragen werden und die nur mit speziellen Browsern zugänglich sind.“¹⁹ Teilweise wird das Darknet darüber hinaus definiert als „eine Variante eines Peer-to-Peer Netzwerks, in dem versucht wird, die Identität der Nutzer weitgehend zu verschleiern“²⁰ bzw. als ein „Netzwerk von Personen, die sich vertrauen und nur mit den anderen Nutzern dieser Gruppe verbinden“.²¹

¹⁵ Biddle/England/Peinado/Willman, The Darknet and the Future of Content Distribution, 2002, S. 1.

¹⁶ Biddle/England/Peinado/Willman, The Darknet and the Future of Content Distribution, S. 1.

¹⁷ Biddle/England/Peinado/Willman, The Darknet and the Future of Content Distribution, S. 2.

¹⁸ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Darknet>; vgl. auch Meywirth, Kriminalistik 2016, 355, der davon spricht, dass „größtenteils“ illegale Inhalte im Darknet gehostet würden.

¹⁹ Rath, DRiZ 2016, 292.

²⁰ Pruß/Sarre in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, Technisches Glossar.

²¹ Bär in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, 14. Kapitel Rn. 200.

Zusammenfassend lässt sich ein Darknet daher folgendermaßen definieren: Ein Darknet ist ein Bereich des Deep Webs, der nur mittels einer jeweils speziellen Software betreten werden kann und in dem anonym kommuniziert oder Inhalte geteilt werden können.

III. Strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten

Das Deep Web beinhaltet – wie oben geschildert – eine Vielzahl von Darknets, die jeweils durch separate Anwendungen betreten werden können. Das bekannteste Darknet ist über den Tor-Browser zugänglich. Dieses Darknet soll daher im Folgenden als Beispiel für strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten dargestellt werden.

1. Navigieren im Darknet und verfügbare Dienste

Der Tor-Browser ermöglicht den Zugang zum Darknet. Um aber tatsächlich ins Darknet zu gelangen, muss der Nutzer erstmal wissen, wo er dort hin möchte. Einige wenige Webseiten finden sich relativ einfach, wie z.B. die bereits genannte Darknet-Präsenz von Facebook. Facebook hat hierfür einen eigenen Onion-Dienst im Tor-Darknet aufgesetzt.²² Hier geht es Facebook aber lediglich darum, den eigenen Dienst anonym zugänglich zu machen, ohne Wert darauf zu legen, dass der eigene Dienst nicht im Darknet aufgefunden werden kann. Dies ist aber eher selten im Darknet, sofern es sich um eine für strafrechtliche Ermittlungen relevante Webseite handelt; die jeweilige Webseite soll vielmehr in den „dunklen Tiefen“ des Darknets verborgen bleiben. Darum werden Webseiten im Darknet grundsätzlich nicht indexiert; zwar gibt es auch Suchmaschinen für das Darknet (wie Grams oder Torch), aber prinzipiell navigiert man dort über sog. Linklisten. Dies hängt auch damit zusammen, dass sich die Internetadresse einer Webseite im Darknet häufig ändert. Die Internetadressen im Darknet setzen sich in der Regel aus einer für den Leser unverständlichen Aneinanderreihung von Buchstaben und Zahlen zusammen, die auf „onion“ enden (z.B. 43456atwkh.onion). Dies belegt bereits, dass Webseiten im Darknet längst nicht so einfach zu finden sind, wie es bei der Darknet-Präsenz von Facebook der Fall ist. Ändert sich die Internetadresse, können die Nutzer die Seite zunächst nicht mehr aufrufen, ohne die neue Adresse zu kennen. Darum gibt es die vorgenannten Linklisten. Dort werden die jeweils neuen Adressen der Webseiten eingetragen, um die Navigation im Darknet zu erleichtern. Hier gibt es etwa das sog. Hidden Wiki. Bei Aufruf dieser Webseite erhält man eine Vielzahl von – nicht zwingend funktionierenden – Links. Man ist nun nur noch den sprichwörtlichen Klick von der „digitalen Unterwelt“ entfernt. Die Links sind nach Kategorien unterteilt; darunter finden sich auch einschlägige Kategorien wie z.B. „Drugs“. In dieser Kategorie finden sich diverse Links zu Darknet-Handelsplätzen. Einer der bekanntesten dieser Handelsplätze war die „Silk Road“.²³ Darauf folgten die erst kürzlich abgeschalteten Handelsplätze „AlphaBay“ und „Hansa“.²⁴ Neben diesen nunmehr bekannten Marktplätzen gibt es eine Vielzahl weiterer großer Handelsplattformen im Darknet. Das BKA geht davon aus, dass es ca. 50 Darknet-Plattformen gibt, die „Relevanz für das Kriminalitätsgeschehen in Deutschland haben“.²⁵ Sie funktionieren grundsätzlich wie ein üblicher digitaler Marktplatz – etwa Amazon – auch: Es werden Waren zum Kauf und Verkauf angeboten. Die Käufer und Verkäufer agieren allerdings anonym. Eine Registrierung auf dem Marktplatz erfolgt allenfalls über einen frei zu wählenden und anonymisierten Benutzernamen. Es findet keinerlei Identifizierung statt – dies würde letztlich auch dem Ziel des anonymen Surfs diametral entgegenlaufen. Ein Käufer kann auf einem solchen digitalen Marktplatz allerlei verschiedene Waren erwerben – auf den einschlägigen Marktplätzen eben auch Waffen und Drogen. Daneben können ebenfalls Kreditkartendaten oder andere Dienste²⁶ gekauft werden, insoweit wird – angelehnt an die Cloud-Terminologie – von Crime-as-a-Service gesprochen.²⁷

Darüber hinaus gibt es diverse Kommunikationsdienste, die zusätzlich den Austausch von Daten ermöglichen. Es handelt sich häufig um – geschlossene – Benutzergruppen, die aber auch auf dem Prinzip der Anonymität basieren. Oftmals kennen die Nutzer in der Gruppe lediglich den

²² <https://www.heise.de/security/meldung/Facebook-geht-ins-Tor-Netz-2440221.html>.

²³ Der Gründer der „Silk Road“ wurde im Februar 2015 durch ein New Yorker Gericht zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, s. [becklink 2000174](https://www.becklink.de/2000174).

²⁴ https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/massive-blow-to-criminal-dark-web-activities-after-globally-coordinated-operation?lipi=urn%3Aurn%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3B9sOW87ymTWuq0M0vvKz7bg%3D%3D; Europol berichtet häufiger über Erfolge im Darknet: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/darknet-dealer-of-drugs-and-arms-arrested-slovak-authorities>.

²⁵ *Fünfsinn/Ungefuk/Krause*, Kriminalistik 2017, 440, 441; *Meywirth*, Kriminalistik 2016, 355, 356.

²⁶ Besonders relevant in diesem Zusammenhang ist auch die Anmietung sog. Botnetze zur Durchführung von Denial-of-Service-Attacks (DoS-Attacks), s. *Meier*, Kriminalistik 2016, 361 f.

²⁷ Zu den verschiedenen Diensten ausführlich *Meywirth*, Kriminalistik 2016, 355 ff.; s.a. *Fünfsinn/Ungefuk/Krause*, Kriminalistik 2017, 440, 442 f.; *Meier*, Kriminalistik 2016, 361 ff.

anonymisierten Benutzernamen der anderen Teilnehmer und haben keinerlei Information zu deren wahrer Identität.

Die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden konzentrieren sich dementsprechend auf zwei Dienste: Handelsplätze und Kommunikationsdienste.

2. Zugriff auf öffentliche zugängliche Informationen

Die Informationen auf digitalen Handelsplätzen und in Kommunikationsdiensten können öffentlich zugänglich sein. Die öffentliche Zugänglichkeit von Daten ist ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal, da ein Zugriff auf eben diese Daten keinen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und ein Tätigwerden der Strafverfolgungsbehörden jedenfalls auf Grundlage der Vorschriften der §§ 161, 163 StPO möglich ist.²⁸ Daten sind öffentlich zugänglich, wenn sie einem unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht werden und zwischen den einzelnen Personen keine persönliche Beziehung besteht.²⁹ Daten, die im Internet frei zugänglich sind, sind daher öffentlich zugänglich: Jeder mit einem Internetanschluss und einem Browser kann auf diese Daten zugreifen. Um Zugriff auf das Darknet zu haben, ist der Tor-Browser, also eine spezielle Anwendung, erforderlich. Alleine die Erforderlichkeit der Nutzung einer bestimmten Anwendung ist kein ausreichendes Kriterium, um einen effektiven Schutz gegen einen Zugriff durch dritte Personen zu erlangen. Denn den Browser bzw. die Anwendung kann jedermann herunterladen und verwenden. Dies gilt auch für Strafverfolgungsbehörden.³⁰ Anderenfalls wären sämtliche im Internet verfügbaren Daten ebenfalls als Zugangsgeschützt zu betrachten, da diese auch nur mittels eines Browsers, z.B. dem Internet Explorer, abgerufen werden können. Kann mittels des Tor-Browsers direkt auf die Seite im Darknet zugegriffen werden, ist dies mit dem Zugriff auf eine Webseite im Surface Web vergleichbar – und diese sind auch öffentlich zugänglich. Um das Merkmal der Öffentlichkeit zu verneinen, wäre eine Zugangssicherung erforderlich. Selbst wenn eine Registrierung zu erfolgen hat, ist hierfür im Darknet häufig nur ein fiktiver Benutzername erforderlich. Dies ist nicht ausreichend, um die Öffentlichkeit auszuschließen, denn jedermann kann sich letztlich dort registrieren. Das Tor-Netzwerk bietet insoweit lediglich Anonymität und keine Exklusivität in Form eines beschränkten Nutzerkreises. Es müsste sich bei der Webseite vielmehr um eine geschlossene Benutzergruppe handeln, zu der nur eine bestimmbare Anzahl von Personen Zutritt hat. Das bloße Platzieren einer Webseite im Tor-Darknet ist daher nicht geeignet, eine ausreichende Barriere gegen die Öffentlichkeit zu bilden. Es handelt sich insoweit allenfalls um ein bloßes Scheinhindernis.³¹

Anders kann dies zu bewerten sein, wenn eine Information Zugangsgeschützt ist; sie beispielsweise nur mittels eines Passworts abgerufen werden kann oder der Zugang zu einer Webseite nur unter bestimmten und vom Webseitenbetreiber kontrollierten Voraussetzungen gestattet wird. Diesen Zugang zu erhalten, ist für die Strafverfolgungsbehörden in der Regel nur möglich, indem sie personale Ermittlungsmethoden einsetzen, deren Zulässigkeit im Folgenden betrachtet wird.

3. Personale Ermittlungen

Personale Ermittlungsmethoden versprechen im anonymen Darknet generell den größten Ermittlungserfolg.³² Ermitteln Strafverfolgungsbehörden im Internet unter einer erfundenen Identität, muss es sich nicht zwingend um einen Verdeckten Ermittler nach § 110a StPO handeln.³³ Solange ein Beamter lediglich unter Geheimhaltung seiner Identität ermittelt – er also gerade

²⁸ BVerfGE 120, 274, 344 f.; Zöller in: Heidelberger Kommentar, StPO, 5. Aufl. 2012, § 163 Rn. 12; B. Gercke, GA 2012, 474, 481; Henrichs, Kriminalistik 2011, 622, 626. Im Zusammenhang mit Ermittlungen im Internet spielt auch das Völkerrecht stets eine Rolle, denn Daten sind häufig in einem Drittstaat gehostet und beim Zugriff darauf, werden – digital – die Landesgrenzen überschritten. Der Zugriff auf öffentlich zugängliche Informationen durch Strafverfolgungsbehörden stellt aber keinen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Souveränitätsgrundsatz dar, da es sich insoweit um Völkergewohnheitsrecht handelt (B. Gercke in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 110 Rn. 27, ders., GA 2012, 474, 489). Vgl. generell zu den Herausforderungen für die internationale Zusammenarbeit im Bereich Cybercrime: Goger/Stock, ZRP 2017, 10 ff.

²⁹ BGH StV 2012, 539; BGHSt 11, 282; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 184b Rn. 10.

³⁰ Soweit ersichtlich, enthält die Tor-Anwendung keine AGBs, die eine Nutzung nur „für private Zwecke“ gestattet. Hier müsste man aber ohnehin annehmen, dass AGBs gegenüber den staatlichen Behörden insoweit nicht gelten, da sie bei der Strafverfolgung eine Hoheitsaufgabe mit Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 77, 65, 76; 130, 1, 26) wahrnehmen. Ansonsten könnte den Strafverfolgungsbehörden auf diese Weise der Zutritt zu sämtlichen Diensten des Internets verwehrt werden, vgl. hierzu auch Weichert, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2012/2013, 379, 383; Henrichs/Wilhelm, Kriminalistik 2010, 218, 223.

³¹ Vgl. hierzu etwa BGH StV 2012, 539; Steinmetz in: Münchener Kommentar, StGB, 3. Aufl. 2017, § 86 Rn. 35.

³² Fünfsinn/Ungeluck/Krause, Kriminalistik 2017, 440, 444.

³³ Bruns in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 110a Rn. 7; Hegmann in: Beck'scher Online-Kommentar, StPO, Stand: 01.01.2018, § 110a Rn. 6; Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1767; Soine, NSTZ 2014, 248, 249 f.

nicht über eine Legende i.S.d. Vorschrift des § 110a Abs. 2 S. 1 StPO verfügt –, ist er kein Verdeckter Ermittler.³⁴ Bei personalen Ermittlungen im Internet ist daher – wie in der realen Welt – zwischen dem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (kurz: noeP) und dem Verdeckten Ermittler zu unterscheiden.

a) (Virtueller) Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter

Die wohl häufigste Ermittlungsmethode im Darknet ist die Nutzung eines virtuellen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten.

aa) Voraussetzungen zum Einsatz nicht offen ermittelnder Polizeibeamter in der realen Welt

Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte werden auf Grundlage der Vorschriften der §§ 161, 163 StPO tätig.³⁵ Die Generalermittlungsklausel kann aber allenfalls geringfügige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen.³⁶ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei personalen Ermittlungen im Internet nicht mehr nur geringfügig betroffen, wenn der Betroffene in die – falsche – Identität des ermittelnden Beamten schutzwürdig vertraut und dadurch Informationen erhoben werden, die der Beamte sonst nicht erhalten hätte.³⁷ Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist dementsprechend das zentrale Kriterium für die Abwägung, ob die Ermittlungsmaßnahme – noch – auf die Vorschriften der §§ 161, 163 StPO gestützt werden kann: Ob man den Vertrauensschutz bejaht, hängt insbesondere von den Gegebenheiten der Kommunikation ab. Es ist zunächst zu differenzieren, ob bzw. inwieweit eine Registrierung bei dem Internetdienst, über den der Betroffene mit dem Ermittler kommuniziert, kontrolliert wird,³⁸ denn dadurch würde die Identität von einer unabhängigen dritten Seite geprüft. Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob eine Individualisierung der Identität möglich ist; hier ist dahingehend zu unterscheiden, ob anhand von Merkmalen zum Identitätsmanagement (etwa bei Angabe von Name, Geburtstag, Wohnort, Arbeitsplatz) eine Konkretisierung der Person möglich ist. Je mehr dieser Voraussetzungen zutreffen, desto eher kann ein Betroffener schutzwürdig in die Identität des ermittelnden Beamten vertrauen und damit ein nicht mehr nur geringfügiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegeben sein. Es kommt hierbei stets auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an. Diese allgemeinen Kriterien sind auch auf personale Ermittlungen im Darknet anzuwenden:

bb) Ermittlungen durch nicht offen ermittelnde Polizeibeamte im Darknet

Das Tor-Darknet ist für jedermann zugänglich. Die Software ist frei im Surface Web erhältlich. Nach Herunterladen und Installation der Software kann der Nutzer das Darknet betreten. Die Besonderheit des Darknets liegt in seiner anonymen Kommunikationsstruktur. Registriert man sich dort auf einer Plattform, wie z.B. einem der digitalen Marktplätze, auf denen Drogen oder Waffen zum Kauf angeboten werden, ist in der Regel lediglich ein fiktiver Benutzername anzugeben. Weitere Merkmale zum Identitätsmanagement – wie man es etwa aus Sozialen Netzwerken wie Facebook kennt – sind bei der Anmeldung nicht erforderlich. Eine Individualisierung der Person ist daher insgesamt nur schwer möglich, weil genau diese Individualisierung im anonymen Darknet nicht gewollt ist – und auch der anonymen Kommunikation diametral entgegensteht.

Darüber hinaus ist insbesondere zu hinterfragen, ob es überhaupt möglich ist, dass ein Nutzer in die Identität seines virtuellen Gegenübers schutzwürdig vertraut, wenn der Nutzer selbst ganz bewusst einen – nahezu – völlig anonymen Kommunikationsweg über das Darknet gewählt hat. Dem Nutzer ist darum in der Regel bewusst, dass eine Identifikation des Kommunikationspartners nur schwer möglich ist. Da die Art der Kommunikation – auf die das Bundesverfassungsgericht maßgeblich abstellt, um die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu bestimmen³⁹ – anonym ist, wird man von der Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die Identität des virtuellen

³⁴ Bruns in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 110a Rn. 6; B. Gercke in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 110a Rn. 11; Hegmann in: Beck'scher Online-Kommentar, StPO, § 110a Rn. 5 f.; speziell für Ermittlungen im Darknet: Krause, NJW 2018, 678, 680.

³⁵ Rath, DRiZ 2016, 292 (293); generell zum Einsatz eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten im Internet: BGHSt 55, 138 ff.; Bruns in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 110a Rn. 6; Kirkpatrick, Der Einsatz von verdeckten Ermittlern, 2011, S. 166; Krause, NSStZ 2016, 139, 141; Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1765.

³⁶ BVerfG NJW 2009, 1405, 1407; Zöller in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 163 Rn. 1; B. Gercke, GA 2012, 474, 480 f.

³⁷ BVerfGE 120, 274, 345.

³⁸ So Henrichs, Kriminalistik 2011, 622, 624 f.; Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1767.

³⁹ Vgl. BVerfGE 120, 274, 345 f.

Gegenübers in der Regel im Darknet gerade nicht ausgehen können.⁴⁰ Aufgrund der Vielseitigkeit der Nutzungsmöglichkeiten der verschiedenen Darknets sollte man aber nicht so weit gehen, einer Identität im Darknet pauschal jegliche Vertrauenswürdigkeit abzuspochen.⁴¹ Sollte das schutzwürdige Vertrauen aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles einmal bejaht werden,⁴² wäre zu prüfen, ob dieses Vorgehen auf eine bereits bestehende Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann. Es käme dann ein sog. virtueller Verdeckter Ermittler zum Einsatz.

b) (Virtueller) Verdeckter Ermittler

aa) Ermittlungen unter einer bereits bestehenden Legende

Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers in der realen Welt ist die Vorschrift des § 110a StPO. Danach wird der ermittelnde Beamte unter einer sog. Legende i.S.d. Norm des § 110a Abs. 2 S. 1 StPO tätig.⁴³ Dazu werden etwa Tarnpapiere erstellt, unter denen er am Rechtsverkehr teilnehmen kann und darf (§ 110a Abs. 2 S. 2 StPO). Diese Papiere umfassen beispielsweise Ausweisdokumente.⁴⁴ Darin wird dem ermittelnden Beamten ein anderer Name verliehen, mit dem er sich u.a. in Bücher und Register eintragen darf.⁴⁵ Wenn der Beamte sich sogar in ein offizielles Register eintragen darf, ist es ihm auch erlaubt, sich unter dieser Legende im Darknet zu bewegen bzw. die Dienste des Darknets zu nutzen. Das anonyme Darknet hat insoweit eine deutlich geringere Außenwirkung, wie es z.B. beim Handelsregister der Fall ist. Das Tätigwerden im Darknet bedeutet insoweit lediglich die Nutzung eines zusätzlichen Ermittlungsinstruments unter einer bereits bestehenden Legende.

bb) Ermittlungen ohne bereits vorhandene Legende

Differenziert ist allerdings die Konstellation zu betrachten, in der eine Legende i.S.d. Vorschrift des § 110a Abs. 2 S. 1 StPO nicht vorliegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich der Beamte bloß in einem oder mehreren Diensten des Darknets unter einem Pseudonym registriert sowie anschließend mit anderen Nutzern in Kontakt tritt. Durch die Kommunikation mit anderen Personen im Darknet kann in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen werden, wenn sie schutzwürdig in die Identität ihres virtuellen Gegenübers vertrauen durften. Zwar ist die Kommunikation im Darknet grundsätzlich anonym, allerdings kann ein pauschaler Ausschluss der Vertrauenswürdigkeit der Kommunikation im Darknet nicht überzeugen. Gegebenenfalls könnte die Vertrauenswürdigkeit bei langanhaltenden Online-Beziehungen zu bejahen sein, die etwa zu einem oder mehreren Treffen in der realen Welt führen. Die Vertrauenswürdigkeit kann auch nicht pauschal ausgeschlossen werden, wenn etwa während der über einen langen Zeitraum geführten virtuellen Gespräche persönliche Details des eigenen Lebens bzw. der eigenen Identität ausgetauscht werden, sodass sich der Betroffene ein – schlüssiges – Bild über die Identität seines virtuellen Gegenübers machen kann.⁴⁶ Dies gilt insbesondere für die Nutzung anderer Darknets; es besteht eine Vielfalt an Nutzungsmöglichkeiten, sodass nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass schutzwürdiges Vertrauen in keinem Darknet – also insbesondere einem anderen Darknet als dem Tor-Darknet – besteht. Es kommt letztlich auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an.

Einen solchen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann die Vorschrift des § 110a StPO grundsätzlich rechtfertigen. Darum nimmt auch ein Teil der Literatur an, dass Ermittlungen im Internet generell auf § 110a StPO gestützt werden können.⁴⁷ Eine beachtliche Gegenansicht fordert jedoch, dass der Gesetzgeber für den Einsatz eines virtuellen Verdeckten

⁴⁰ So *Krause*, NJW 2018, 678, 680.

⁴¹ S. hierzu auch die Ausführungen unter III. 2. b) (2) sowie III. 3. d).

⁴² Teilweise wird davon ausgegangen, dass im Darknet nur nicht offen ermittelnde Polizeibeamte zum Einsatz kommen: *Rath*, DRiZ 2016, 292 (293); so auch *Krause*, NJW 2018, 678, 680.

⁴³ Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers *B. Gercke* in: *Heidelberger Kommentar, StPO*, § 110a Rn. 12 ff. m.w.N.

⁴⁴ *Bruns* in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, § 110a Rn. 10.

⁴⁵ *Bruns* in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, § 110a Rn. 10.

⁴⁶ Das bloße Kommunizieren über einen längeren Zeitraum reicht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht aus. Denn jedem Teilnehmer sei bewusst, dass „er die Identität seiner Partner nicht kennt oder deren Angaben über sich jedenfalls nicht überprüfen kann“ (BVerfGE 120, 274, 345). Es muss dementsprechend mehr als eine bloße zeitliche Komponente hinzukommen.

⁴⁷ *Bruns* in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, § 110a Rn. 7; *Hauck* in: *Löwe/Rosenberg, StPO*, 26. Aufl. 2014, § 110a Rn. 26; *Römer/Rosengarten*, NJW 2012, 1764, 1767; für Ermittlungen in Sozialen Netzwerke halten § 110a StPO für anwendbar: *Drackert*, eucrim 2011, 122, 125 f.; *Soiné*, NSTZ 2014, 248, 249 f.; vgl. außerdem BT-Drs. 17/6587, S. 5: Es handelt sich um eine Anfrage an die Bundesregierung, in der es um Ermittlungen in Sozialen Netzwerken geht. Die Bundesregierung gibt darin an, dass (virtuelle) Verdeckte Ermittler auf Grundlage der Vorschrift des § 110a StPO tätig würden; es habe insgesamt sechs Fälle in den letzten 24 Monaten gegeben.

Ermittlers bzw. für personale Ermittlungen im Internet eine neue und klare Regelung schaffen muss.⁴⁸ Dieser Ansicht ist für den Einsatz virtueller Verdeckter Ermittler im Darknet zuzustimmen. Jede Ermächtigungsgrundlage muss dem Bestimmtheitsgebot genügen, es muss klar ersichtlich sein, welche Maßnahmen auf sie gestützt werden dürfen. Die Anforderungen an die Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit ergeben sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für strafprozessuale Ermächtigungen – anders als für das materielle Strafrecht – aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG).⁴⁹ Die Voraussetzungen und die Rechtsfolge der Ermächtigungsnorm müssen dabei so klar formuliert sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann.⁵⁰ Das Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, dass dieser technische Eingriffsinstrumente genau bezeichnet und dadurch sicherstellt, dass der Adressat den Inhalt der Norm jeweils erkennen kann.⁵¹ Diese Voraussetzungen sind aufgrund der Unterschiede zwischen virtueller Identität und realer Legende vorliegend nicht gegeben:

Zu der Legende eines Ermittlers gehören Name, Anschrift, Beruf, familiäre oder sonstige persönliche Umstände.⁵² Diese Angaben werden grundsätzlich in einem vorzeigbaren Ausweisdokument festgehalten. Im anonymen Darknet ist es bereits unüblich, so viele Informationen über die eigene Person preiszugeben. Registriert man sich auf einem der Marktplätze, wird grundsätzlich nur gefordert, dass man einen Nickname – also ein Pseudonym – angibt. Dies ist aber nicht ausreichend für eine Legende. Selbst wenn der Beamte im Rahmen mehrerer Unterhaltungen mit anderen Nutzern des Darknets seine persönlichen Verhältnisse darstellt und sich so selbst einen fiktiven Namen, Beruf und dergleichen verleiht, ist dies mit der Schaffung einer tatsächlichen Legende, mit der er am Rechtsverkehr teilnehmen könnte, nicht vergleichbar. Die Teilnahme am Rechtsverkehr gemäß § 110a Abs. 2 S. 2 StPO ist mit einer erfundenen Identität im Darknet vielmehr gar nicht möglich; insbesondere eine Eintragung in einem Register könnte nicht auf Grundlage eines Pseudonyms erfolgen. Dies unterstreicht noch einmal die Unterschiedlichkeit von realem und virtuellem Verdeckten Ermittler.

Die Unanwendbarkeit des § 110a StPO wird auch dadurch belegt, dass die Norm in einem völlig anderen Kontext geschaffen wurde: Die Regelung des § 110a StPO wurde bereits im Jahre 1992 in die Strafprozessordnung eingefügt.⁵³ Die Vorschrift existierte somit lange Zeit bevor der Begriff „Darknet“ überhaupt entstanden war – dies geschah erst zehn Jahre später. Die Norm wurde in die Strafprozessordnung eingeführt, um die Organisierte Kriminalität in der realen Welt zu bekämpfen. Sie bildet eine Ermächtigung für reale Treffen und nicht für eine nur virtuelle Begegnung. Die Grundkonstellation, die dem § 110a StPO zugrunde liegt, ist darum eine andere. In den Gesetzesmaterialien ist der Gesetzgeber zudem davon ausgegangen, dass der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers „*hohen organisatorischen und finanziellen Aufwand*“ erfordere.⁵⁴ Das bloße Anlegen eines Pseudonyms in einem Darknet-Marktplatz wird kaum diese Art von Aufwand erfordern. Dies belegt noch einmal, dass der Gesetzgeber ein anderes Tätigkeitsfeld eines Verdeckten Ermittlers vor Augen hatte.

Eine Anwendung des § 110a StPO als Ermächtigungsgrundlage für einen virtuellen Verdeckten Ermittler ist daher aus den vorgenannten Gründen abzulehnen. Eine andere Ermächtigungsgrundlage ist nicht ersichtlich, sodass es der Strafprozessordnung insoweit an einer Norm fehlt, auf die eine solche Ermittlungsmaßnahme gestützt werden kann.

c) Sonderfall 1: Agent Provocateur

Eine weitere personale Ermittlungsmaßnahme stellt die Nutzung eines sog. Agent Provocateur bzw. Lockspitzels dar. Obgleich Zweifel an der Zulässigkeit jeglicher staatlicher Tatprovokation bestehen,⁵⁵ ist es dennoch in Rechtsprechung und Literatur weitestgehend anerkannt, dass diese Maßnahme auf die Generalermächtigungsklausel (§§ 161, 163 StPO) gestützt werden kann.⁵⁶

⁴⁸ Petri in: Lisen/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 835 f.; Zöller in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 163 Rn. 12; Brenneisen/Staack, Kriminalistik 2012, 627, 630; Henrichs, Kriminalistik 2012, 632, 635; ders./Wilhelm, Kriminalistik 2010, 30, 35; vgl. zu einem konkreten Vorschlag zu einer Ermächtigungsgrundlage für den virtuellen Verdeckten Ermittler in Sozialen Netzwerken: Ihwas, Strafverfolgung in Sozialen Netzwerken, 2014, S. 172.

⁴⁹ BVerfG NJW 2005, 1338, 1339.

⁵⁰ BVerfG NJW 2005, 1338, 1339 m.w.N.

⁵¹ BVerfGE 87, 287, 317 f.; BVerfG NJW 2005, 1338, 1340.

⁵² B. Gercke in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 110a Rn. 7.

⁵³ BGBl. I v. 22.07.1992, S. 1302.

⁵⁴ BT-Drs. 12/989, S. 41.

⁵⁵ Zutreffend krit. zum Agent Provocateur: Köbel in: Münchener Kommentar, StPO, 2016, § 163 Rn. 25 ff.

⁵⁶ BGHSt 32, 345; Griesbaum in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 163 Rn. 18; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 163 Rn. 34a f.; konkret für den Einsatz eines Agent Provocateur in Sozialen Netzwerken: Soine, NSTZ 2014, 248, 250.

Hierzu ist erforderlich, dass ein bereits bestehender starker Verdacht schwerwiegenden strafbaren Verhaltens auf seine Richtigkeit geprüft werden soll.⁵⁷ Es ist nicht zulässig, den – späteren – Täter erst durch nachhaltige Einflussnahme zur Tat zu bestimmen (sog. „Quantensprung“).⁵⁸ Von einem Agent Provocateur kann insbesondere dann auszugehen sein, wenn ein Ermittler zum Schein Drogen oder Waffen im Darknet zum Kauf anbietet.⁵⁹ Dabei ist allerdings zu beachten, dass dieses Kaufangebot nur gegenüber Personen unterbreitet werden darf, die verdächtig sind, entsprechende Delikte zu planen oder darin verwickelt zu sein.⁶⁰ Dies kann etwa der Fall sein, wenn es eine konkrete Nachfrage zum Kauf von Waffen in einem Darknet-Forum gibt.

d) Sonderfall 2: Übernahme eines bereits bestehenden Accounts

Durch die Übernahme bestehender Accounts können Strafverfolgungsbehörden tief in bereits bestehende Strukturen von Nutzergruppen innerhalb des Darknets eintreten. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme kommt es stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Bei der Übernahme ist etwa zu unterscheiden, ob dies mit oder ohne Einwilligung des Betroffenen geschieht. Die Nutzung bestehender Accounts mit Einwilligung des Betroffenen spricht jedenfalls grundsätzlich für die Zulässigkeit der Maßnahme, die aufgrund der Generalmächtigungsklausel durchgeführt werden kann.⁶¹ Gegen die Zulässigkeit der Maßnahme kann sprechen, dass der Betroffene mit der Nutzung seines Accounts hingegen nicht einverstanden ist. Bei der Bewertung der Zulässigkeit wird man außerdem berücksichtigen müssen, ob der Kommunikationspartner schutzwürdig in die Identität seines virtuellen Gegenübers vertrauen darf. Jedenfalls sollte man – wie erörtert – nicht so weit gehen, einer Identität im Darknet pauschal jegliche Vertrauenswürdigkeit abzusprechen.⁶² Gerade in der vorliegenden Konstellation ist es denkbar, dass das Darknet nur als zusätzlicher Kommunikationsweg genutzt wird und sich etwaige Kommunikationspartner auch im realen Leben kennen, sodass eine Vertrauenswürdigkeit nicht generell ausgeschlossen werden kann. Da hier jedenfalls im Raum steht, dass sowohl in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen als auch dessen Kommunikationspartner eingegriffen werden könnte, kann es sich in einem solchen Fall nicht mehr um einen nur geringfügigen Eingriff handeln, der durch die Generalmächtigungsklausel gerechtfertigt werden kann. In diesem Falle wären die Vorschriften der §§ 161, 163 StPO keine geeignete Ermächtigungsgrundlage. Dass dies auch für die Norm des § 110a StPO gilt, wurde bereits oben dargestellt, sodass es auch hier insoweit an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage in der Strafprozessordnung fehlt.

4. Herausgabeersuchen von Bestands-, Verkehrs- oder Nutzungsdaten

Ein Herausgabeersuchen von Bestands-, Verkehrs- oder Nutzungsdaten ist aufgrund der verschlüsselten Verbindung nicht geeignet, für die Ermittlung weiterführende Erkenntnisse zu liefern.⁶³ Access-Provider können aufgrund des zwiebelförmigen Aufbaus der Verschlüsselungsstruktur die Zielwebseite nicht erkennen. Es kann auf diese Weise also bereits nicht der Nachweis geführt werden, dass eine bestimmte Webseite im Darknet aufgerufen wurde. Des Weiteren sind die Betreiber der verschiedenen Marktplätze im Darknet in der Regel nicht bekannt, sodass an diese ohnehin keine Herausgabeersuchen gerichtet werden können.

5. Folgeermittlungen außerhalb der digitalen Welt

Das Darknet bietet wenig Anknüpfungspunkte, um einen Täter nur mit digitalen Hinweisen zu überführen; etwaige digitale Spuren sind schwer bis gar nicht zurückzuverfolgen. So geschieht auch die Zahlung im Darknet mittels sog. Kryptowährungen, wie beispielsweise Bitcoins, die ebenfalls Anonymität garantieren, sodass auch der Zahlungsweg im Darknet grundsätzlich nicht zurückverfolgt werden kann.⁶⁴ Darum ist es häufig so, dass der zuvor beschriebene nicht offen

⁵⁷ BGHSt 32, 345; *Griesbaum* in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 163 Rn. 18.

⁵⁸ BGH NJW 1981, 1626 f.

⁵⁹ Zur aktiven Generierung von Ermittlungsansätzen vgl. *Krause*, NJW 2018, 678, 679 f.

⁶⁰ BGH NStZ 1995, 506; *Soiné*, NStZ 2014, 248, 250 m.w.N.; anderenfalls wäre der Einsatz des Agent Provocateur unzulässig; die Folgen hiervon sind umstritten, vgl. hierzu *Zöller* in: Heidelberger Kommentar, StPO, § 163 Rn. 16.

⁶¹ *Krause*, NJW 2018, 678, 680.

⁶² So aber *Krause*, NJW 2018, 678, 680.

⁶³ So auch ausdrücklich das BKA in einer Presseinformation vom 27.07.2016. *Krause*, NJW 2018, 678, 679, bezeichnet technische Ermittlungen im Darknet als „regelmäßig aussichtslos“. Es wird teilweise behauptet, dass die sog. Eingangsnodes ins Tor-Darknet durch Nachrichten- bzw. Geheimdienste überwacht würden. Der Eingangsnode ist der erste Server, mit dem sich der Nutzer verbindet, wenn er das Darknet betritt. Dieser Eingangsserver „kennt“ daher auch die IP-Adresse des Nutzers, der gerade das Darknet betritt. Es ist nicht ersichtlich, dass deutsche Strafverfolgungsbehörden einen Eingangsserver ins Darknet überwachen.

⁶⁴ S. zur Funktionsweise des Bitcoin-Systems *Brenneis*, APuZ 2017, 29 ff.; *Goger*, MMR 2016, 431 ff.; zur steuer(straf-)rechtlichen Behandlung von Kryptowährungen s. *Gerst*, WiJ 2017, S. 171 ff.

ermittelnde Polizeibeamte bzw. Lockspitzel Kontakt zu Käufern bzw. Verkäufern illegaler Waren aufnimmt und diese dann in der realen Welt überführt werden. Denn die Ware muss letztlich zum Käufer bzw. Konsumenten gelangen, was einen physischen Vorgang darstellt, der über das Darknet nicht vollzogen werden kann. Dazu wird die Ware in der Regel auf dem Postweg an eine Packstation⁶⁵ oder einen fremden Briefkasten verschickt. Diese Orte können durch Strafverfolgungsbeamte observiert werden, um so festzustellen, wer die illegale Ware abholt. Aber auch wenn Strafverfolgungsbeamte als Käufer auftreten, können sie anhand der versandten Ware versuchen, Fingerabdrücke zu erhalten oder andere weiterführende Spuren. Über diesen Weg werden die Täter dann letzten Endes überführt.

IV. Fazit und Ausblick

Ein Großteil der Ermittlungsmaßnahmen im Darknet kann – noch – auf die Generalermächtigungsklausel gestützt werden. Die Strafprozessordnung stößt aber insbesondere beim Einsatz von virtuellen Verdeckten Ermittlern an ihre Grenzen, sodass keine Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist, wenn der ermittelnde Beamte ohne eine bestehende Legende i.S.d. Vorschrift des § 110a Abs. 2 S. 1 StPO tätig wird. Aufgrund der Anonymität des Darknets sind technische Ermittlungsmethoden, insbesondere Herausgabeverlangen von Bestands-, Verkehrs- und Nutzungsdaten, in der Regel nicht erfolversprechend. Daher bedarf es Ermittlungen in der realen Welt, um Beweise für eine Täterschaft des Betroffenen zu erlangen.

Die Ermittlungsmaßnahmen im Darknet beschäftigen auch die Justizminister der Bundesländer und den Rat der Europäischen Union, die ihre Ermittlungsbemühungen im Darknet verstärken wollen.⁶⁶ Auf der Justizministerkonferenz 2018 wurde sogar ein Beschluss erlassen, worin es heißt, dass *„die Verwendung computergenerierten Materials eine wirksame und zugleich Individualrechtsgüter schonende Methode sein kann, um im Bereich der Kinderpornographie Täter zu ermitteln“*.⁶⁷ Dies zeigt, welche Brisanz das Thema Darknet derzeit hat.

Das Darknet gewinnt – nicht zuletzt aufgrund seiner dauernden medialen Präsenz – stetig mehr Nutzer. So haben bereits im April 2016 mehr als eine Millionen Nutzer die Facebook-Präsenz im Darknet genutzt.⁶⁸ Das Darknet taucht aber auch in der strafgerichtlichen Judikatur immer häufiger auf, weil es etwa als Tatwerkzeug genutzt wurde.⁶⁹ Ob sich das Darknet nun als „digitale Unterwelt“ darstellt, hängt letztlich von der konkreten Art der Nutzung ab. Denn das Darknet wird nicht nur von Kriminellen genutzt, sondern ermöglicht auch die anonyme Kommunikation für Oppositionelle oder Journalisten in totalitären Staaten und bietet diesen damit unverzichtbaren Schutz. Darüber hinaus schützt es Personen, die Missstände anzeigen wollen, aber ohne Verschleierung ihrer Identität Repressalien zu befürchten haben.⁷⁰ Letztlich wird aber auch Datenschutz und damit Anonymität im Internet für jeden einzelnen Bürger immer wichtiger. Niemand möchte zum „gläsernen Menschen“ werden. Gerade im heutigen Zeitalter von „Big Data“ und dem „Internet of Things“ wird darum die Möglichkeit der anonymen Kommunikation einen immer größeren positiven Nutzen haben, sodass das Darknet insoweit jedenfalls auch seine gute Seite hat.

⁶⁵ S. zur retrograden Auskunft BGH, Beschl. v. 27.10.2016 – 1 BGs 107/16 (m. abl. Anm. *Krause*, NZWiSt 2017, 60); generell zu strafprozessualen Auskunftersuchen über Postsendungen s. *Weisser*, wistra 2016, 387 ff.; s. a. den Beschluss der Justizministerkonferenz vom 21./22.06.2017 zu „TOP II.3 Auskunftsverlangen gegenüber Postdienstleistern“, worin eine klarstellende Regelung gefordert wird, nach der es zulässig sein soll, von Postdienstleistern „Auskünfte auch über noch nicht ein- sowie bereits ausgelieferte Sendungen zu verlangen“ (online abrufbar unter: https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrskonferenz_neu/II.3_Auskunftsverlangen_gegenueber_Postdienstleistern.pdf).

⁶⁶ Vgl. zur Herbstkonferenz der Justizminister vom 17.10.2016: FD-StrafR 2016, 384048.

⁶⁷ Der Beschluss ist abrufbar unter: http://www.jm.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2018/Fruehjahrskonferenz_2018/II-9-BY---Effektive-Verfolgung-und-Verhinderung-von-Kinderpornografie-und-Kindesmishbrauch-im-Darknet.pdf. Vgl. zur zutreffenden ablehnenden Haltung gegenüber dem Begehen milieubedingter Straftaten bei personalen Ermittlungen im Darknet *Krause*, NJW 2018, 678, 680.

⁶⁸ <https://www.facebook.com/notes/facebook-over-tor/1-million-people-use-facebook-over-tor/865624066877648/>.

⁶⁹ Vgl. nur LG München I, Urt. v. 19.01.2018 – 12 Kls 111 Js 239798/16; AG Iserlohn, Beschl. v. 10.3.2017 – 16 Ds 139/17; LG Stuttgart, Urt. v. 3.11.2016 – 18 Kls 242 Js 121202/15; LG Heidelberg, Urt. v. 28.7.2016 – 2 Kls 430 Js 26796/14.

⁷⁰ S. zur „hellen Seite im Darknet“: *Moßbrucker*, APuZ 2017, 16 ff.

Entscheidungskommentare

Strafverfahrensrecht

RA Dr. Jörg Oesterle, Frankfurt

Kanzleidurchsuchungen und Sicherstellung von Ergebnissen aus Internal Investigations

Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen des BVerfG im
Fall Jones Day/Volkswagen¹

I. Einleitung

In drei lange erwarteten Entscheidungen hat das BVerfG sich nun zu Kanzleidurchsuchungen und der Sicherstellung von Ergebnissen aus sogenannten Internal Investigations geäußert. Anlass hierzu hatte die Dursuchung bei der von Volkswagen im Zusammenhang mit der „Diesel-Affäre“ mandatierten Kanzlei Jones Day gegeben.

Die hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerden hatten zwar keinen Erfolg. Anders als erste Reaktionen in der Presse vermuten lassen, hat dies jedoch keineswegs zur Folge, dass die Ergebnisse von Internal Investigations oder gar anwaltliche Unterlagen generell keinen Schutz vor staatlichem Zugriff mehr genießen. Dies gilt im Grundsatz sowohl für rein deutsche als auch für internationale Kanzleien.

Entscheidend wird vielmehr auch zukünftig die teilweise divergierende Rechtsprechung der Landgerichte sein. Insoweit wie sich diese auch durch die Äußerungen des BVerfG zur Auslegung des einfachen Rechts beeinflussen lassen werden, besteht sogar das Potential, dass die nun ergangenen Entscheidungen punktuell zu einer gewissen Stärkung des Schutzes anwaltlicher Unterlagen beitragen könnten. Richtigerweise hätte auch im vorliegenden Fall schon auf Grundlage einfachgesetzlicher Auslegung eine Durchsuchung und Sicherstellung unterbleiben müssen.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Anlässlich eines in den USA geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wegen Abgasmanipulationen an Dieselfahrzeugen hatte die Volkswagen AG die Kanzlei Jones Day im September 2015 mit internen Ermittlungen und der Vertretung gegenüber den US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden beauftragt. Zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung sichteten die Rechtsanwälte von Jones Day innerhalb des Volkswagen-Konzerns (einschließlich der Audi AG) eine Vielzahl von Dokumenten und führten konzernweit Befragungen von Mitarbeitern durch. Auch die Staatsanwaltschaft Braunschweig führte seit 2016 ein Ermittlungsverfahren im Hinblick auf eine mögliche Verbandsgeldbuße gegen die Volkswagen AG.

Die Durchsuchung bei Jones Day im März 2017 bezog sich hingegen auf ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft München II, welches ausschließlich Vorgänge bei der Audi AG zum Gegenstand hatte. Eine Mandatierung von Jones Day durch Audi selbst lag nicht vor.

Das BVerfG hatte jeweils über zwei Verfassungsbeschwerden der Volkswagen AG und der Kanzlei Jones Day und über eine Verfassungsbeschwerde dort tätiger Rechtsanwälte zu entscheiden, mit denen sowohl die Durchsuchung als auch die Sicherstellung angegriffen wurden.

¹ BVerfG, Beschlüsse vom 27.6.2018 - 2 BvR 1405/17 und 2 BvR 1780/17 (Volkswagen); 2 BvR 1287/17 und 2 BvR 1583/17 (Jones Day); 2 BvR 1562/17 (einzelne Rechtsanwälte).

III. Vorbemerkung zu Reichweite und Natur der Entscheidung

1. Eingeschränkte Prüfungskompetenz des BVerfG

Wie das BVerfG in der Volkswagen-Entscheidung ausdrücklich ausführt (Rz. 69 ff.), sind einfach-gesetzliche Rechtsanwendung und Auslegung allein den zuständigen Fachgerichten vorbehalten und der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen. Das BVerfG hat sich demgemäß auf die Prüfung von Willkür oder der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu beschränken.²

Eine mitunter erhoffte abschließende Klärung der dem Fall zugrundeliegenden Rechtsfragen hätte also realistischerweise nur dann eintreten können, wenn das BVerfG einen sehr breiten Bereich der anwaltlichen Vertrauenssphäre definiert hätte, auf welchen der Staat verfassungsrechtlich zwingend nicht zugreifen dürfe.

Dass das BVerfG auf eine solche Feststellung verzichtet hat, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass der Staat nun grenzenlos oder auch nur in größerem Umfang als zuvor auf anwaltliche Unterlagen zugreifen könnte - allein schon deshalb, weil die einfachgesetzlichen Schutzvorschriften (insbesondere §§ 97, 148, 160a StPO) durch die Entscheidungen selbstverständlich nicht beseitigt werden. Es bedeutet zunächst einmal nur, dass die zu prüfende Auslegung der strafprozessualen Vorschriften durch das LG München I³ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, mithin „vertretbar“ ist.

In Abwesenheit weitergehender Äußerungen des BVerfG ist also davon auszugehen, dass nach wie vor auch zahlreiche andere diskutierte Auslegungsvarianten möglich sind, die den Beschlagnahmenschutz insgesamt eher extensiv auslegen.⁴

2. Eingeschränkter Prüfauftrag aufgrund des spezifischen Sachverhalts

Eine weitere wichtige Einschränkung der Entscheidung ergibt sich aus der genauen Sachverhaltskonstellation und der daraus folgenden Verfassungsfrage. Denn diese bezog sich nicht auf den grundrechtlichen Schutz der Mandatsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Beschuldigtem (und damit auch nicht etwa allgemein auf den Schutz von Internal Investigations), sondern war beschränkt auf die Mandatsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Nichtbeschuldigtem. Dass die durch das LG und das BVerfG vorgenommene Einordnung von Volkswagen als Nichtbeschuldigter durchaus zweifelhaft ist (dazu sogleich), ändert hieran nichts, sondern erschwert nur die Abschichtung der verschiedenen Themenkomplexe. Im Ergebnis können die nun vorliegenden Entscheidungen deshalb schon der Sache nach keine direkte Anwendung auf viele der in dem Zusammenhang diskutierten Konstellationen finden.

IV. Wesentliche Inhalte der Entscheidungen

1. Verfassungsrechtliche Argumentation

Die eigentliche verfassungsrechtliche Kernfrage wurde allenfalls in der Volkswagen-Entscheidung beantwortet. In den beiden anderen Entscheidungen wird der Notwendigkeit entsprechender Ausführungen hingegen durch eine im Wesentlichen formale Argumentation vorgebeugt.

a) Jones Day-Entscheidung

So beschränkt sich die Jones Day-Entscheidung auf die Begründung der fehlenden Grundrechtsberechtigung der Kanzlei. Diese sei mangels Hauptverwaltungssitzes in der EU keine inländische juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG und sei auch nicht aufgrund ihres Münchener Standortes als solche zu behandeln (Rz. 35 ff.).

Auf die breitere Diskussion zur Beschlagnahmefrage dürfte dies im Ergebnis eher geringe Auswirkungen haben. Neben der selbstverständlichen Weitergeltung der Schutzvorschriften der

² BVerfGE 7, 198; BVerfGE 18, 85; BVerfGE 34, 369; *Schlaich/Koriath*, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, 4. Teil Rn. 283 ff.

³ LG München I, Beschl. v. 8.5.2017 – 6 Qs 5/17, 6 Qs 6/17.

⁴ Vgl. z.B. LG Gießen wistra 2012, 409; LG Braunschweig NSTZ 2016, 308; LG Hamburg, Beschl. v. 17.08.2016 – 618 Qs 30/16; LG Frankfurt StraFo 2004, 239; *Jahn/Kirsch* NZWiSt 2013, 28, 30; *Mehle/Mehle* NJW 2012, 1639, 1641; *Michalke* WiJ 2013, 104, 106 f.; *Polley/Kuhn/Wegmann* ZStW 2012, 206, 216; *Wessing* ZWH 2012, 6, 9 f.; auch das BVerfG hat in der Vergangenheit z.B. § 160a StPO bereits wie selbstverständlich angewendet, vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.11.2014 – 2 BvR 2928/10.

StPO liegt dies insbesondere daran, dass schon das BVerfG selbst auf diverse Möglichkeiten hinweist, wie auch internationale Kanzleien erfolgreich Grundrechte geltend machen können: So ist zunächst die Grundrechtsberechtigung von in der EU ansässigen Kanzleien gesichert (Rn. 27).⁵ Offengelassen wird durch das BVerfG auch die Möglichkeit, dass auch außereuropäische Kanzleien Grundrechtsschutz für sich in Anspruch nehmen könnten, sofern sie die organisatorischen Anforderungen erfüllen, die das BVerfG bei früherer Gelegenheit aufgestellt hatte (Rz. 35).⁶ Die Einhaltung dieser Anforderungen sah das BVerfG zwar im konkreten Fall als nicht hinreichend belegt an (Rz. 36 ff.). Es steht jedoch zu vermuten, dass aufgrund größerer organisatorischer Eigenständigkeit zahlreiche andere deutsche Niederlassungen internationaler Kanzleien diesen Anforderungen durchaus gerecht werden oder durch entsprechende Änderungen werden könnten. Ferner weist die Entscheidung zur Verfassungsbeschwerde der einzelnen Anwälte noch darauf hin, dass eine Berufung auf Grundrechte auch unabhängig von der organisatorischen Aufstellung der Kanzlei möglich gewesen wäre, wenn diese durch alle Partner gemeinschaftlich geltend gemacht worden wären (Rz. 38).

b) Verfassungsbeschwerde der einzelnen Anwälte

In dieser Entscheidung wird den einzelnen Anwälten fast durchgehend bereits die Beschwerdebefugnis abgesprochen, da diese im Grundsatz nur der Kanzlei als solcher zukomme, nicht aber einzelnen dort tätigen Rechtsanwälten. Dies betrifft das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Gestalt des Rechts auf wirtschaftliche und berufliche Betätigung, das Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, sowie Art. 13 und 14 GG. Im Übrigen wird ein Eingriff in Art. 12 GG sehr knapp unter Hinweis auf die fehlende berufsregelnde Tendenz abgelehnt (Rz. 41). Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG⁷ ist dies zwar keine Überraschung. In Kombination mit der Versagung der Grundrechtsberechtigung von Jones Day führt dies aber dazu, dass zahlreiche potentiell relevante Fragen letztlich unbeantwortet bleiben und das Ergebnis im Falle einer unterschiedlich organisierten Kanzlei durchaus hätte anders ausfallen können. Auch deshalb taugt der vorliegende Fall nur sehr eingeschränkt für verallgemeinernde Aussagen.

c) Volkswagen-Entscheidung

Die eigentliche verfassungsrechtliche Kernfrage behandelt das BVerfG im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Rz. 65 ff.). Den meisten Raum nimmt dabei eine Beurteilung der Vertretbarkeit der durch das LG vorgenommenen Auslegung des einfachen Rechts ein (dazu sogleich).

Im Übrigen nimmt das BVerfG eine lediglich knappe Abwägung diverser Verfassungsgüter vor, darunter insbesondere die Effektivität der Strafverfolgung (Rz. 68, 89) und der Rechtsgüterschutz durch Durchsetzung des materiellen Strafrechts (Rz. 89) auf der einen Seite und das Interesse von Volkswagen an der Entscheidungshoheit über die eigenen Informationen auf der anderen Seite. Auch das öffentliche Interesse an einem Schutz der anwaltlichen Vertrauenssphäre (Rz. 68) und die Rolle des Rechtsanwalts bei der Verwirklichung des Rechtsstaates⁸ (Rz. 78) werden erwähnt. Dies erschöpft sich allerdings im Wesentlichen in einer bloßen Aufzählung ohne Offenlegung eines tiefergehenden Abwägungsprozesses.

aa) Die Manipulations-These des LG Mannheim

Wenngleich dies wenig deutlich wird, so scheint für das BVerfG letztlich doch eine Argumentation wesentlich zu sein, welche insbesondere durch das LG Mannheim geprägt wurde.⁹ Hiernach beruhe ein zu weit gefasster Beschlagnahmeschutz und insbesondere eine Erstreckung des Schutzes auf Mandatsverhältnisse zu Nichtbeschuldigten die Gefahr einer missbräuchlichen Verlagerung¹⁰ oder einer nur selektiven Herausgabe von Beweisen (Rz. 91). Letzteres greift offenbar die These des LG Mannheim auf, wonach ein weiter Beschlagnahmeschutz es Unternehmen ermöglichen würde, Strafverfahren gegen einzelne natürliche Personen durch Freigabe belas-

⁵ BVerfG NJW 2011, 3428; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 53. EL 2018, § 13 Rn. 14.

⁶ BVerfG NJW 2009, 2518.

⁷ So auch bereits BVerfGE 113, 29; BVerfGE 129, 208; siehe zur Kritik etwa OLG Koblenz NJW 1985, 2038, 2039; *Jahn* ZIS 2011, 453, 458; vgl. auch *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, Diss. 2015, S. 63 ff.

⁸ Vgl. hierzu als möglichen Begründungsansatz für ein verfassungsrechtliches Beschlagnahmeverbot *Oesterle*, S. 66.

⁹ LG Mannheim NStZ 2012, 713.

¹⁰ *Erb*, in: Festschrift für Hans-Heiner Kühne, 2013, S. 171, 176.

tender und Zurückhaltung entlastender Beweise zu manipulieren.¹¹ Einer solchen Gefahr kann allerdings hinreichend durch andere Mechanismen vorgebeugt werden,¹² etwa durch die bestehenden Verstrickungsregelungen in § 97 Abs. 2 S. 3 und § 160a Abs. 4 StPO.¹³

bb) Eingeschränkter Schutz für „External Investigations“

Ebenso kritikwürdig ist, dass sich das BVerfG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die kürzlich auch schon durch das LG Stuttgart¹⁴ angeführte Argumentation zu eigen macht, wonach das Mandatsverhältnis zu Jones Day sich nicht durch eine „besondere Vertrauensbeziehung“ ausgezeichnet habe, wie sie üblicherweise einem „klassischen“ Mandanten-Verhältnis innewohne (Rz. 110). Gegenstand des Mandats sei vielmehr eine „vollkommen unabhängige Untersuchung“ gewesen. Gemeint ist damit wohl, dass die hier fragliche Untersuchung nach den Feststellungen des LG München I¹⁵ als „External Investigation“ konzipiert war, auf die der Mandant selbst allenfalls geringen Einfluss nehmen konnte und die im Wesentlichen allein im Interesse der US-Behörden erfolgte.

Selbst die Richtigkeit dieser Feststellung unterstellt, so ist diese Definition des geschützten Mandatsverhältnisses doch eindeutig zu eng und die damit verbundene staatliche Einteilung in „echte“ und „unechte“ Verteidigung erscheint kaum mit der „Freiheit der Advokatur“¹⁶ oder der Stellung des Rechtsanwalts als dezidiert „unabhängiges“ Organ der Rechtspflege¹⁷ vereinbar. Rechtsanwälte und insbesondere Verteidiger sind vielmehr hinsichtlich der Art und Weise, wie sie die Interessen ihres Mandanten wahrnehmen, grundsätzlich frei und unterliegen keiner staatlichen Kontrolle.¹⁸ Sofern diese – zumal strafrechtlich geprägten – Interessen etwa im Ausland am besten durch Sachverhaltsaufklärung¹⁹ oder speziell die beschriebene Art der „unabhängigen“ Untersuchung verteidigt werden, so steht es den deutschen Strafverfolgungsorganen nicht zu, diese Tätigkeit gegenüber der „klassischen“ Verteidigung abzuwerten. Dies gilt insbesondere in einem Umfeld, in dem die internationale Vernetzung sowohl von Unternehmen als auch von Strafverfolgungsbehörden immer mehr zunimmt und eine effektive Verteidigung entsprechend nicht auf Deutschland beschränkt bleiben kann.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass zumindest die Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidung durch die erwähnte Argumentation weiter gemindert wird. Denn das BVerfG zieht diese explizit als Begründung dafür heran, warum im konkreten Fall der grundrechtliche Schutz des Mandatsverhältnisses nicht verkannt wurde. Hiernach drängt sich doch die Frage auf, wie die Entscheidung hinsichtlich eines „klassischen“ Mandatsverhältnisses ausgefallen wäre. Der Umstand, dass diese zusätzliche Argumentation für notwendig erachtet wurde, lässt es zumindest als möglich erscheinen, dass das BVerfG einen Verfassungsverstoß bejaht hätte, wenn es sich um normale anwaltliche Unterlagen bzw. die Ergebnisse einer „klassischen“ Internal Investigation gehandelt hätte.

cc) Abschreckungs-These und Konstruktion eines Verwendungsverbots

Die entscheidende Determinante eines verfassungsrechtlichen Beschlagnahmeschutzes wird schließlich in der Entscheidung jedenfalls nicht explizit erwähnt.

So laufen richtigerweise alle Begründungsansätze für eine verfassungsrechtlich begründete Erweiterung des Beschlagnahmeschutzes auf die zentrale Frage hinaus, ob eine Beschlagnahmemöglichkeit tatsächlich einen gewissen „Abschreckungseffekt“ auslösen würde, also zu geringerer Offenheit gegenüber Rechtsanwälten oder einem Verzicht auf deren Inanspruchnahme führen würde.²⁰

Hingewiesen sei ferner darauf, dass auch dem vermeintlich offensichtlichen Zweck der Beschlagnahme – der prozessualen Wahrheitsfindung – bei Vorliegen eines solchen Abschre-

¹¹ LG Mannheim NStZ 2012, 713; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10b; *Erb*, in: FS-Kühne, S. 171, 182; *Wehnert* StraFo 2012, 253, 258; vgl. zu dieser Argumentation ausführlich *Oesterle*, S. 174 ff.

¹² *Oesterle*, S. 175 ff.

¹³ *Ballo* NZWiSt 2013, 46, 52; *de Lind van Wijngaarden/Egler* NJW 2013, 3549, 3551; *Jahn/Kirsch* NStZ 2012, 713, 720; *Schuster* NZWiSt 2012, 424, 433.

¹⁴ LG Stuttgart, Beschl. v. 26.3.2018 – 6 Qs 1/18 (wo die Frage allerdings offengelassen wurde).

¹⁵ LG München I, Beschl. v. 8.5.2017 – 6 Qs 5/17, 6 Qs 6/17.

¹⁶ BVerfGE 15, 226; § 1 BORA.

¹⁷ BVerfG NJW 1963, 1771; § 1 BRAO.

¹⁸ BVerfG NJW 1983, 1535, *Wohlers*, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, Vor § 137 Rn. 7.

¹⁹ Vgl. zur Sachverhaltsaufklärung als Aufgabe und Recht des Verteidigers etwa BGH NJW 2000, 1277; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, Vor § 137 Rn. 2; *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn. 139.

²⁰ Ausführlich dazu *Oesterle*, S. 86, 44 ff.; vgl. zu einer entsprechenden Argumentation i.Z.m. Internal Investigations auch z.B. *Jahn/Kirsch* NZWiSt 2013, 28, 31; *Polley/Kuhn/Wegmann* KSzW 2012, 206, 211.

ckungseffekts nur sehr eingeschränkt gedient wäre. Denn soweit ein solcher Effekt besteht, entstehen die Beweise, die beschlagnahmt werden sollen, ja gerade nicht.²¹

In gewisser Hinsicht scheint dies auch implizit das BVerfG anzuerkennen,²² wenn es gleich an zwei Stellen (Rz. 101, 111) darauf hinweist, dass für Volkswagen in dem Braunschweiger Verfahren keinerlei Nachteile zu befürchten seien, da insoweit ein Verwendungsverbot nach § 160a Abs. 1 S. 2 StPO eingreife. Da dieses noch über ein bloßes Verwendungsverbot hinausgehend auch jede Verwendung als Spurenansatz ausschließen würde (Rz. 101),²³ würde ein etwaiger Abschreckungseffekt hierdurch in der Tat zumindest substantiell eingeschränkt.

Der Feststellung eines solchen Verbots ist zwar im Ergebnis zuzustimmen, selbstverständlich ist dies gleichwohl nicht. So stellt der einzige hierzu zitierte Nachweis²⁴ lediglich für den Fall eines „Verstoßes“ gegen ein Beschlagnahmeverbot fest, dass sich mangels anderweitiger Regelung in § 97 StPO die Verwertung subsidiär nach § 160a StPO richte. Das BVerfG hingegen verneint unter Hinweis auf die Vorrangigkeit von § 97 StPO einen Verstoß gegen § 160a Abs. 1 S. 1 StPO aber gerade.

Allerdings gilt allgemein, dass § 160a StPO subsidiär immer dann Anwendung finden soll, wenn § 97 StPO keine Regelung trifft.²⁵ Dies ist hinsichtlich der Verwertbarkeit in der hier interessierenden Konstellation (Zulässigkeit der Sicherstellung in einem Verfahren und Unzulässigkeit in dem anderen) der Fall. Das durch das BVerfG postulierte Verwendungsverbot lässt sich im Übrigen auch als Weiterentwicklung eines schon bisher in Literatur²⁶ und Rechtsprechung²⁷ anerkannten Verwendungsverbots verstehen und ist somit als sinnvolles, wenn nicht notwendiges Korrektiv zu einem etwaigen Abschreckungseffekt zu begrüßen.

V. Einfachgesetzliche Auslegung

Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung eines Eingriffs nimmt das BVerfG auch Stellung zu diversen einfachgesetzlichen Auslegungsfragen. Schon aufgrund der mitunter ausführlichen Begründung dürfte dies auch einen gewissen Einfluss auf die fachgerichtliche Rechtsprechung haben.

1. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO und Verhältnis zwischen § 97 StPO und 160a StPO

Zunächst bestätigt das BVerfG im Einklang mit der ohnehin herrschenden Ansicht und seiner bisherigen Rechtsprechung die prinzipielle Beschränkung von § 97 StPO auf das anwaltliche Mandatsverhältnis mit einem Beschuldigten (Rz. 79 ff.)²⁸ und das Festhalten daran, dass § 160a StPO der Beschlagnahme von Unterlagen nicht entgegensteht (Rz. 73 ff.).²⁹

Weniger geklärt war bislang, ob § 160a StPO nicht zumindest der vorgelagerten Durchsuchung entgegenstehen müsse.³⁰ Im Interesse der Vermeidung von Wertungswidersprüchen³¹ verneint das BVerfG konsequenterweise diese Frage (Rz. 76).³²

²¹ Posner/Stanford L. Rev. 51 (1999), 1477, 1532; Alschuler U. Colorade L. Rev. 52 (1981), 349, 350; Oesterle, S. 161.

²² Obwohl sich das BVerfG vermutlich eher auf BVerfGE 118, 168 bezieht (Rz. 71).

²³ Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 5. Aufl. 2016, § 160a Rn. 26; Schmitt, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, § 160a Rn. 4.

²⁴ Schmitt, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 50.

²⁵ RegE, BT-Drucks. 16/5846, S. 38; Griesbaum, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 160a Rn. 21; Köbel, in: MüKo-StPO, 2016, § 160a Rn. 7.

²⁶ Wohlers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 97 Rn. 44 ff.; Oesterle, S. 107 ff.

²⁷ BGH NJW 1963, 870.

²⁸ BVerfG NStZ-RR 2004, 83; BVerfG NJW 2009, 281; LG Hamburg NJW 2011, 945; LG Bielefeld StV 2000, 12, 13; LG Koblenz MDR 1983, 779; Schmitt, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, § 97, Rn. 10a; Wohlers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 97, Rn. 12; zur Gegenansicht siehe exemplarisch etwa OLG Köln NStZ 1991, 452; Jahn ZIS 2011, 453.

²⁹ LG Stuttgart, Beschl. v. 26.3.2018 – 6 Qs 1/18; LG Mannheim NStZ 2012, 713, 717; LG Hamburg StV 2011, 148; Schmitt, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10b, § 160a Rn. 17; Wimmer/Bauer StV 2012, 277; Jahn/Kirsch NStZ 2012, 718 f.; Jahn/Kirsch StV 2011, 148, 154; Oesterle, S. 188 ff.; WiJ 2013, 102, 103 f.

³⁰ Für eine Anwendbarkeit von § 160a StPO auf die Durchsuchung siehe Schuster/NZWSt 2012, 424, 432; Szesny/CCZ 2017, 25, 28 f.; Winterhoff AnwBl. 2011, 789, 792; wohl auch Griesbaum, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 160a Rn. 4 und Jahn/Kirsch NStZ 2012, 713, 720 (allerdings jeweils ohne Auseinandersetzung mit einer potentiellen Widersprüchlichkeit zu § 160a Abs. 5 StPO).

³¹ Zum Problem der potentiellen Widersprüchlichkeit, wenn § 160a Abs. 1 S. 1 StPO zwar auf die Durchsuchung, nicht aber auf die Beschlagnahme angewendet würde, siehe schon LG Stuttgart, Beschl. v. 26.3.2018 – 6 Qs 1/18; Siegrist wistra 2010, 427, 430; Schuster/NZWSt 2012, 424, 432; vgl. auch Ballo/NZWSt 2013, 46, 50 und Bertheau StV 303, 306, die einen möglichen Widerspruch jeweils als Argument dafür heranziehen, dass bereits die Beschlagnahme verboten sein muss.

³² So auch bereits LG Stuttgart, Beschl. v. 26.3.2018 – 6 Qs 1/18; Erb, in: LR-StPO, 27. Aufl. 2018, § 160a Rn. 62 f.; Erb, in: FS Kühne, S. 171, 177; wohl auch Hauschild, in: MüKo-StPO, 2014, § 103 Rn. 10 (Feststellung, dass Dursuchungsmaßnahmen grundsätzlich auch bei Zeugnisverweigerungsberechtigten möglich sind, wenn nicht ein Beschlagnahmeverbot nach §§ 97, 160a Abs. 5 StPO eingreift).

2. Unternehmen als „Quasi-Beschuldigte“ i.S.d. § 97 StPO

Erfreulicherweise bestätigt das Bundesverfassungsgericht die mittlerweile herrschende Auffassung,³³ wonach auch Unternehmen grundsätzlich dem Schutz des § 97 StPO unterfallen, soweit sie sich in einer „beschuldigtenähnlichen“ Stellung befinden (Rz. 93). Hiernach steht der Umstand, dass Unternehmen formal gesehen keine „Beschuldigten“ in einem Strafverfahren sein können, einem solchen Schutz also nicht entgegen. Eine etwaige Mandatsbeziehung zu Audi wäre deshalb also ohne Weiteres geschützt gewesen.

Dass die Sicherstellung im vorliegenden Fall dennoch nicht an § 97 StPO scheiterte, war im Wesentlichen dem Umstand geschuldet, dass Jones Day nicht von Audi, sondern ausschließlich von der Volkswagen AG mandatiert worden war. In Verbindung mit der Beschränkung des § 97 StPO auf das Vertrauensverhältnis zu einem (Quasi-) Beschuldigten stellte sich deshalb als zentrale Frage heraus, ab wann genau ein Unternehmen eine solche beschuldigtenähnliche Stellung innehat.³⁴

In abstracto dürfte noch weitgehend Einigkeit darüber bestehen, dass dies in Anlehnung an die Formulierung des § 426 Abs. 1 S. 1 StPO immer dann der Fall ist, wenn sich objektive Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Unternehmen als Nebenbeteiligter bzw. Adressat einer Verbandsgeldbuße „in Betracht kommt“ (Rz. 93).³⁵

Schon aufgrund der Möglichkeit einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG ist dies richtigerweise praktisch immer zu bejahen, wenn ein wirtschaftsstrafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt wird, bei welchem anwaltliche Unterlagen des Unternehmens als Beweis in Betracht kommen.³⁶ Auch unabhängig davon dürfte in der Regel schon der Verdacht gegen einen einfachen Mitarbeiter ausreichen, da jedenfalls die Einziehung nach §§ 73 ff. StGB keine Tat einer Leitungsperson erfordert. Insoweit wie das LG München I im vorliegenden Fall von diesen Grundsätzen abweicht und einen erhöhten „hinreichenden“ Verdachtsgrad oder sogar mehr als die „Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes einer Leitungsperson“ fordert, ist dies abzulehnen.

3. Zum Begriff des Quasi-Beschuldigten in Konzernsachverhalten

Auf dieser Grundlage wäre eine beschuldigtenähnliche Stellung von Volkswagen schließlich entgegen dem BVerfG (Rz. 102 ff.) zu bejahen gewesen. Denn eine formale Trennung zwischen verschiedenen juristischen Personen geht jedenfalls in Konzernstrukturen fehl. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Leitungspersonen einer Muttergesellschaft nach herrschender Meinung gem. § 130 OWiG auch zur Aufsicht über Tochtergesellschaften verpflichtet sein können.³⁷ Besteht somit der Verdacht von betriebsbezogenen Straftaten bei einer Tochtergesellschaft, so dürfte in der Regel auch eine Verbandsgeldbuße gegen die Muttergesellschaft zumindest „in Betracht“ kommen.³⁸ Auch unabhängig davon spricht viel dafür, Konzernunternehmen für die Zwecke der Beschuldigteneigenschaft als Einheit zu betrachten, soweit die Nachteile einer Sanktionierung im Wege der konzerninternen Gewinn- und Verlustverteilung sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft betreffen. Im vorliegenden Fall muss dies umso mehr gelten, als im Lichte der öffentlich bekannten Informationen fernlag, dass sich eine etwaige Sanktionierung nur auf Audi beschränken werde.

4. Zusätzliche Begründung eines Schutzes über § 148 StPO

Jedenfalls nicht selbsterklärend ist auch, warum im konkreten Fall nicht bereits § 148 StPO der Durchsuchung und Sicherstellung entgegengestanden hätte (was im Übrigen zur Folge hätte, dass die Sicherstellung auch direkt im Unternehmen mit größerer Sicherheit³⁹ unzulässig gewesen wäre). Ohne nähere Sachverhaltskenntnis kann dies zwar nicht verlässlich beurteilt werden und ist an dieser Stelle nicht abschließend zu entwickeln, möglich wären in dem Zusammenhang aber insbesondere die nachfolgenden Argumentationsansätze.

³³ Wohlers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 97 Rn. 10; Klengel/Buchert NSTz 2016, 383, 384; Schmitt wistra 1993, 9, 12; Schneider NSTz 2016, 308, 311; ausführlich dazu Oesterle, S. 258 ff.

³⁴ Ausführlich dazu Oesterle, S. 237 ff.

³⁵ Minoggio, Das Wirtschaftsunternehmen als Nebenbeteiligter im Ermittlungsverfahren - Rechtliche Stellung und „Firmenverteidigung“, Diss. 2003, S. 113; Oesterle, S. 239 f.; Schneider NSTz 2016, 308, 311.

³⁶ Oesterle, S. 241.

³⁷ Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 130 Rn. 5a; Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 27; Ziegler, in: Blum/Gassner/Seith, OWiG, 2016, § 130 Rn. 10 ff.

³⁸ Im Ergebnis a.A. LG Bonn, Beschl. v. 21.06.2012 - 27 Qs 2/12.

³⁹ Da § 148 StPO im Unterschied zu § 97 StPO auch unstreitig die Gewahrsamssphäre des Mandanten schützt; vgl. aber auch Oesterle StV 2016 118; Oesterle, S. 324 zur Begründung eines auch nach § 97 StPO gewahrsamsunabhängigen Schutzes.

Sofern mit den obigen Ausführungen akzeptiert würde, dass Volkswagen auch in dem Verfahren gegen Audi eine beschuldigtenähnliche Stellung innehatte, wäre zunächst denkbar, die entsprechenden Unterlagen auch in diesem Verfahren als Verteidigungsunterlagen i.S.d. § 148 StPO zu qualifizieren.

Dies könnte zum einen an eine mittlerweile weit verbreitete, wenn nicht sogar herrschende, Meinung anknüpfen, wonach auch bereits die Vorbereitung auf ein befürchtetes oder mögliches Ermittlungsverfahren dem § 148 StPO unterfalle.⁴⁰

Zum anderen wäre denkbar, bereits die internen Ermittlungen im Hinblick auf das US-amerikanische Strafverfahren als Verteidigung i.S.d. § 148 StPO zu qualifizieren.⁴¹ Selbst nach dem LG Bonn (welches insgesamt die bislang restriktivste Linie bezüglich eines Beschlagnahmeschutzes vertritt) würde dies theoretisch die Möglichkeit eröffnen, beide Verfahren als „übergreifend durchgehendes Ermittlungsverfahren“⁴² zu begreifen und den Beschlagnahmenschutz somit auf alle darin entstandenen Unterlagen zu erstrecken.⁴³

Die Konstruktion eines Schutzes über § 148 StPO erscheint darüber hinaus auch dann möglich, wenn man (wie das BVerfG) Volkswagen im vorliegenden Verfahren keine beschuldigtenähnliche Stellung zuerkennen wollte. Denn jedenfalls nach verbreiteter Meinung in der Literatur entfaltet § 148 StPO eine gewisse Nach- bzw. Fernwirkung,⁴⁴ so dass Unterlagen aus dem durch § 148 StPO erfassten Bereich auch in späteren Verfahren gegen andere zu schützen sind. Insoweit wie auch die im Hinblick auf das Ermittlungsverfahren in den USA entstandenen Unterlagen grundsätzlich Verteidigungsunterlagen i.S.d. § 148 StPO sind, könnte dieser Ansatz möglicherweise auch auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen werden. Folge wäre dann, dass die Durchsuchung und Sicherstellung bei Jones Day auch aus diesem Grund unzulässig gewesen wäre.

VI. Bewertung und Folgen für die Praxis

Insgesamt erweisen sich die Entscheidungen als deutlich weniger einschneidend und verallgemeinerungsfähig als dies zunächst den Anschein haben mag. Dies liegt nicht nur an der eingeschränkten Prüfungskompetenz des BVerfG, sondern insbesondere auch an den Besonderheiten des Sachverhalts ("External Investigation" einer als nicht grundrechtsfähig eingeordneten US-Kanzlei) und der Beschränkung der untersuchten Frage auf Mandatsverhältnisse zu Nichtbeschuldigten.

Auch weiterhin besteht also ein einfachgesetzlicher Schutz z.B. für solche anwaltlichen Unterlagen, welche zielgerichtet im Hinblick auf ein gegen das Unternehmen gerichtetes Verfahren und innerhalb eines darauf bezogenen Verteidigungsverhältnisses entstanden sind. Durch die Klarstellung des BVerfG, dass auch Unternehmen eine beschuldigtenähnliche Stellung haben können, wird dieser Schutz punktuell sogar weiter gestärkt. Keine Rolle spielt insoweit, ob das Unternehmen durch eine deutsche oder internationale Kanzlei bzw. deren Anwälte vertreten wird.

Ebenso ändert sich nichts daran, dass Unternehmen bzw. ihre Leitungsorgane in vielen Fällen (und weitgehend unabhängig von einem etwaigen Beschlagnahmerrisiko⁴⁵) sowohl zivil- als auch ordnungswidrigkeiten- oder strafrechtlich verpflichtet sind, rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen und dem Verdacht rechtswidriger Taten im Unternehmen nachzugehen.⁴⁶

⁴⁰ LG Gießen wistra 2012, 409; LG Braunschweig NSTz 2016, 308; LG Hamburg, Beschl. v. 17.08.2016 - 618 Qs 30/16; LG Frankfurt StraFo 2004, 239; Jahn/Kirsch NZWiSt 2013, 28, 30; Mehle/Mehle NJW 2012, 1639, 1641; Polley/Kuhn/Wegmann ZStW 2012, 206, 216; Wessing ZWH 2012, 6, 9 f.

⁴¹ Für eine Anwendbarkeit des § 148 StPO auch auf ausländische Strafverfahren siehe OLG Celle, Beschl. v. 18.11.2002 - 1 Ws 34102; Dann, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 148 Rn. 4; Thomas-Kämpfer, in: MüKo-StPO, 2014, § 148 Rn. 11; a.A. OLG Köln NSTz 2011, 55.

⁴² LG Bonn, Beschl. v. 10.09.2010 - 27 Qs 21/10.

⁴³ Zwar formuliert das LG Bonn als Voraussetzung hierfür, dass beide Ermittlungsverfahren „inhaltlich und zeitlich den gleichen Sachverhalt betreffen.“ Wie an anderer Stelle bereits entwickelt wurde, ist diese Einschränkung allerdings abzulehnen, siehe Oesterle, S. 234 ff.; vgl. auch LG Frankfurt StraFo 2004, 240; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2007, § 148 Rn. 20a.

⁴⁴ Dafür: Beulke, in: Festschrift für Gerhard Fezer, 2008, S. 3, 3 ff.; Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2016, § 148 Rn. 12; Bosbach NSTz 2009, 177, 180 ff.; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2007, 148 Rn. 9; Schäfer, in: Festschrift für Ernst-Walter Hanack, 1999, S. 77, 102; Welp, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 391, 397 f.; dagegen OLG Koblenz NSTz-RR 2008, 283; best. durch BVerfG 2 BvR 112/08 v. 28.1.2008; Schmitt, in: Meyer-Goßner, 61. Aufl. 2018, § 148 Rn. 2a.

⁴⁵ Oesterle, S. 129 ff., 134 f., 146.

⁴⁶ Fleischer NZG 2014, 321, 324; Fleischer AG 2003, 291, 294; Golombek WiJ 2012/162, 162 ff.; Knauer, ZWH 2012, 41, 46 ff.; Reichert ZIS 2011, 113, 117; Behrens RIW 2009, 22, 29; ausführlich dazu Oesterle, S. 120 ff.

Auch in Zukunft kann eine solche "Compliance-Pflicht" mitunter z.B. die Durchführung einer Internal Investigation erforderlich machen.⁴⁷

Dass das BVerfG verbleibende Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem Beschlagnahmenschutz nicht beseitigt hat, ist aufgrund der enormen Bedeutung von Rechtssicherheit in diesem Bereich zwar bedauerlich, aufgrund der beschriebenen Besonderheiten des Falls aber kaum verwunderlich. Vor dem Hintergrund anspruchsvoller und weithin ungeklärter rechtspolitischer Fragen⁴⁸ spricht im Übrigen auch viel dafür, dass eine solch umfassende Klärung nicht durch die Gerichte, sondern durch den Gesetzgeber erfolgen sollte. Insofern ist zu begrüßen, dass der aktuelle Koalitionsvertrag explizit eine entsprechende Neuregelung vorsieht, welche sich insbesondere auch auf Beschlagnahme- und Durchsuchungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Internal Investigations erstrecken soll.⁴⁹

Für die Praxis bedeutet dies, dass grundsätzlich das Risiko von Kanzleidurchsuchungen auch weiterhin auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt bleiben wird. Gleichzeitig hebt die aktuelle Entscheidung eindrucksvoll die nach wie vor hohe Bedeutung einer rechtlichen Strukturierung des Mandatsverhältnisses hervor. Dies gilt in besonderem Maße, wenn Konzerne betroffen sind. Hier wird in Zukunft sorgfältig zu prüfen sein, ob im Einzelfall die Begründung eines Mandatsverhältnisses mit mehreren Konzerngesellschaften zulässig ist oder die Aufspaltung von Internal Investigations und die Mandatierung mehrerer Kanzleien notwendig sind.

⁴⁷ Vgl. z.B. BGH, Urteil v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16 zur bußgeldmindernden Wirkung nachtatlicher Maßnahmen zur Verhinderung ähnlicher Verstöße in der Zukunft.

⁴⁸ Oesterle, S. 166 ff.

⁴⁹ Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD v. 14.3.2018, S. 126.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Wirksame Entbindung von beruflicher Schweigepflicht – §§ 53, 55 StPO

Die Erklärung des aktuell vertretungsberechtigten Organs einer juristischen Person ist grundsätzlich ausreichend, um einen als Zeugen zu vernehmenden Berufsgeheimnisträger, welcher für die juristische Person tätig war, von seiner Verschwiegenheitspflicht im Sinne des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO wirksam zu entbinden. Ein vorgebliches Doppelmandat des als Zeugen zu vernehmenden Berufsgeheimnisträgers, zum einen zu der juristischen Person und zum anderen zu dem angeklagten früheren Geschäftsführer (oder der sonst vertretungsberechtigten Person), welches unter Umständen eine zusätzliche Schweigepflichtentbindung durch den angeklagten Geschäftsführer erforderlich machen kann, ist von dem Zeugen, der sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, glaubhaft zu machen.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.02.2018 – 4 Ws 9/18, ZInsO 2018, 1152.

Zu der immer noch stark umstrittenen Rechtsfrage, wer Berufsgeheimnisträger – zumal im Falle der Insolvenz – wirksam von der beruflichen Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden kann, vgl. aus der aktuellen Rechtsprechung OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399, OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 – III-2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157 mit zust. Anm. Kirsch, NZWiSt 2016, 287, OLG Hamm, Beschluss vom 17.08.2017 – 4 Ws 130/17, ZInsO 2017, 2316, einerseits, OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016 – 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 443 mit abl. Anm. Weyand sowie mit Anm. Raschke, NZWiSt 2017, 226 andererseits. Die nunmehr auch vom OLG Hamm nach dem vorstehend erwähnten Beschluss vom 17.08.2017 erneut bestätigte Auffassung, es komme lediglich auf eine Befreiungserklärung des aktuell vertretungsberechtigten Organs bzw. des Insolvenzverwalters einer juristischen Person an, dürfte

zwischenzeitlich als h.M. anzusehen sein; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 53 Rn. 46a f. einerseits, Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 44 andererseits. Umfassend zu der Problematik s. im Übrigen Tully/Kirch-Heim, NStZ 2012, 657, Wick, ZWH 2017, 82 sowie jüngst aus Verteidigersicht Köllner/Mück, NZI 2018, 341.

2. Datenbeschlagnahme nach Erledigung durch Löschung der Daten bei Komplettspiegelung von Datenträgern – §§ 94, 98 StPO

Jedenfalls in Fällen der Komplettspiegelung von Datenträgern steht ein so weitreichender Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Raum, dass die Rechtmäßigkeit der Datenbeschlagnahme auch nach deren Erledigung durch Löschung der Daten entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gerichtlich überprüfbar ist. An der für Beschlagnahmeanordnungen nach § 94 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO erforderlichen Beweisbedeutung fehlt es, sobald mit hinreichender Sicherheit abzusehen ist, dass es zu keinem Gerichtsverfahren gegen den Beschuldigten oder gegen mit ihm bzw. dem beschlagnahmten Gegenstand in Verbindung zu bringende Dritte kommen wird.

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 22.12.2017 – 18 Qs 49/17, NJW-Spezial 2018, 154.

Im verfahrensgegenständlichen Fall wurde um die Datensicherung der internen Festplatte eines Notebooks und einer weiteren externen Festplatte gestritten.

3. Unverhältnismäßigkeit einer Wohnungsdurchsuchung bei Verdacht der Insolvenzverschleppung – § 102 StPO

Die Anordnung einer Durchsuchung bei einem Beschuldigten nach § 102 StPO erfordert den konkreten Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde; vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen in diesem Zusammenhang nicht aus. Eine Durchsuchung darf daher nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind. Angesichts der Erheblichkeit des Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen durch eine Durchsuchungsmaßnahme ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderem Maße zu beachten. Naheliegende grundrechtsschonende andere Ermittlungsmaßnahmen, wie etwa Feststellungen zur Finanzlage des insolventen Unternehmens durch Einsichtnahme in Schuldnerverzeichnisse bzw. in über den BAnz zugängliche Jahresabschlüsse, dürfen daher ohne greifbare Gründe nicht unterbleiben oder zurückgestellt werden.

BVerfG, Beschluss vom 10.01.2018 – 2 BvR 2993/14, ZInsO 2018, 705.

4. Beschleunigungsgebot in Haftsachen – § 120 StPO

Der Bundesgerichtshof hat das Beschleunigungsgebot in Haftsachen eigenständig – unter den spezifischen Bedingungen des Revisionsverfahrens – zu wahren; er ist nicht gehalten, Einzelheiten zum internen Arbeitsablauf des Senats den mit der Haftkontrolle befassten Gerichten mitzuteilen.

BGH, Beschluss vom 24.01.2018 – 1 StR 36/17, NJW 2018, 1984

Der 1. Strafsenat befasst sich in dem Beschluss ausführlich und mit deutlichen Worten („... Es bedarf dabei keines weiteren Eingehens auf die (teilweise kleinteiligen) Erwägungen des Kammergerichts. ...“) mit einer Entscheidung des KG, Beschluss vom 17.01.2018 – 4 Ws 149/17, 4 Ws 150/17, StraFo 2018, 151, durch die zwei Haftbefehle aufgehoben wurden, weil der BGH das Revisionsverfahren nicht hinreichend gefördert habe; zu dieser Entscheidung sowie zu dem Beschluss des OLG Frankfurt/Main vom 03.02.2016 – 1 Ws 186/15, n.v. (juris), mit dem gleichfalls ein Haftbefehl wegen vorgeblich unzureichender Förderung der Sache durch den BGH aufgehoben worden war, s. umfassend Fischer, StraFo 2018, 133.

II. Materielles Strafrecht

1. Stellung als Vertretungsorgan einer juristischen Person und Schuldnerereignis als besondere persönliche Merkmale beim Bankrott und der Insolvenzverschleppung – § 283 StGB, § 15a InsO,

Die Vorschrift des § 15a Abs. 4 InsO richtet sich allein an Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person oder an deren Abwickler und ist daher als echtes Sonderdelikt anzusehen. Dies gilt gleichfalls für den Tatbestand des § 283 StGB, der die Schuldnerereignis voraussetzt.

Bei einem Gehilfen, der nicht selbst diese Sondereigenschaften innehat, ist eine Strafe zwingend nach § 28 Abs. 1 iVm § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

BGH, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 StR 423/17, ZInsO 2018, 1147.

2. Vermögensabschöpfung und Rückwirkungsverbot – §§ 73 ff. StGB

Die Regelung des § 316h Satz 1 EGStGB, wonach die §§ 73 ff. n.F. rückwirkend anzuwenden sind, verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, weil die Einziehung keine „Strafe“ darstellt.

LG Berlin, Beschluss vom 08.11.2017 – 526 KLS 244 Js 863/14 (10/16), wistra 2018, 184.

Die gegenteilige Auffassung vertreten jedoch das OLG Zweibrücken in seinem Beschluss vom 06.11.2017 – 1 OLG 2 Ss 65/17, ZInsO 2018, 728, sowie das LG Kaiserslautern im Urteil vom 20.09.2017 – 7 KLS 6052 Js 8343/16 (3), wistra 2018, 94 mit zust. Anm. Reichling, wistra 2018, 139 = NZWiSt 2018, 149 mit zweifelnder Anm. Rebell-Houben; der Entscheidung zustimmend jedoch Beukelmann, NJW-Spezial 2018, 56. Krit. hierzu indes Weidemann, PStR 2018, 57, sowie Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, Art. 316h EGStGB Rn. 2 m.w.N. Das OLG Köln (Beschluss vom 23.01.2018 – III-1 RVs 274/17, StraFo 2018, 204) lehnt die Auffassung des LG Kaiserslautern mittlerweile explizit ab. Insgesamt krit. zur gesetzlichen Neuregelung der Einziehung, insbesondere zur Anordnung der rückwirkenden Anwendung durch Art. 316h EGStGB, s. jüngst Hennecke, NZWiSt 2018, 121.

3. Schutzbereich des Betrugstatbestandes – § 263 StGB

Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen.

BGH, Beschluss vom 11.04.2018 – 5 StR H 595/17, NSTZ-RR 2018, 221

Im dem zugrundeliegenden Verfahren hatte der Beschuldigte entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft nach Überzeugung der Kammer keine islamistisch motivierten Anschläge geplant, sondern lediglich den Versuch unternommen, unter Vorspiegelung seiner diesbezüglichen Bereitschaft Geldbeträge von Angehörigen des IS zu erlangen, weswegen eine – nunmehr rkr. – Verurteilung wegen versuchten Betruges erfolgt war. Die Entscheidung entspricht der bisherigen Rechtsprechung, vgl. bereits BGH, Urteil vom 17.11.1955 – 3 StR 234/55, BGHSt 8, 254, 256; s. auch BGH, Urteil vom 26.10.1998 – 5 StR 746/97, wistra 1999, 103, sowie zuletzt BGH, Urteil vom 16.08.2017 – 2 StR 335/17, wistra 2018, 41; s. hierzu auch Merkel, jurisPR-StrafR 2/2018 Anm. 4.

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Erbringung erlaubnispflichtiger Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut – §§ 1 Abs. 1 Nr. 5, 8 Abs. 1 S. 1 ZAG a.F., § 823 Abs. 2 BGB

Erlaubnispflichtige Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut erbringt allein derjenige, der „als Unternehmen“ handeln will. In dieser Weise wird nur aktiv, wer sein Unternehmen auf eigene Gefahr und Kosten selbständig leitet.

BGH, Urteil vom 16.01.2018 – VI ZR 474/16, ZInsO 2018, 928.

Die Entscheidung folgt der Rechtsprechung des 5. Strafsenats, s. BGH, Beschluss vom 28.10.2015 – 5 StR 189/15, wistra 2016, 81. S. hierzu Weiß, wistra 2016, 160, sowie Venn, ZWH 2016, 206.

2. Keine Amtspflichtverletzung bei vertretbarer Verfahrenseinleitung durch die Staatsanwaltschaft – § 834 BGB; § 152 StPO

Im Amtshaftungsprozess unterliegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen, bei denen ein Beurteilungsspielraum des Entscheidungsträgers besteht, nur einer eingeschränkten richterlichen Kontrolle. Sie können nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden. Das Legalitätsprinzip begründet nicht nur die Kompetenz der Staatsanwaltschaft zur Einleitung von Ermittlungen, sondern statuiert unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen einen Verfolgungszwang. Der Staatsanwaltschaft ist bei der hier anzustellenden Prüfung, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte in Bezug auf strafbares Verhalten vorliegen, ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 08.02.2018 – 1 U 112/17, n.v.

In der entschiedenen Sache hatte ein früherer DFB-Präsident Schadenersatzansprüche wegen einer angeblich pflichtwidrigen Verfahrenseinleitung geltend gemacht. Gegen das klageabweisende Urteil wurde Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt (Aktenzeichen des BGH: III ZR 68/18). Vgl. weiter zu der Entscheidung o.V., PStR 2018, 134.

3. Vollziehungsfrist bei der Vollziehung des Vermögensarrestes durch Eintragung einer Sicherungshypothek - § 111e StPO; § 929 Abs. 2 ZPO

Für den Antrag des Finanzamts für Fahndung und Strafsachen auf Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 111f Abs. 2 StPO, § 928, § 932 ZPO) zur Vollziehung des Vermögensarrestes (§ 111e StPO) gilt nicht die Vollziehungsfrist von einem Monat (§ 929 Abs. 2 ZPO).

OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2018 – 18 W 20/18, ZInsO 2018, 1263.

Mit diesem Beschluss hat sich ein OLG erstmals mit den Voraussetzungen der Eintragung einer Sicherungshypothek aus Anlass eines Steuerstrafverfahrens nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 01.07.2017 befasst. Vgl. zu der Entscheidung die krit. Ausführungen von Johann, PStR 2018, 146.

IV. Finanzgerichtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

Haftung des für die Buchführung Verantwortlichen - § 35 AO

Organisiert der Mitarbeiter einer GmbH die Buchhaltung des Unternehmens und beteiligt er sich am Abschluss von einzelnen Verträgen, genügt dies nicht ohne Weiteres, um ihn als faktischen Geschäftsführer in Haftung für Steuerschulden zu nehmen. Dies gilt auch dann, wenn ihm darüber hinaus Vollmacht für das Geschäftskonto erteilt worden ist.

FG Köln, Beschluss vom 15.12.2017 – 13 V 2969/17, ZInsO 2018, 737.

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin Carolina Keller Jupitz und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht steht derzeit die Revision des Art. 53 StGB (Einstellung bei Wiedergutmachung) im Mittelpunkt des wirtschaftsstrafrechtlichen Interesses. Denn diese wird, wenn sie wie geplant zur Anwendung kommt, bedeutende – und wenig erfreuliche – Auswirkungen auf die Praxis haben. Der Revision wird deswegen nachfolgend ein breiterer Rahmen eingeräumt. Auch im Glücksspielrecht gibt es mit dem neuen Geldspielgesetz Neuerungen, welche verwaltungsstrafrechtliche Relevanz aufweisen, in dogmatischer Hinsicht indes nicht unproblematisch sind.

Aber es gibt auch Positives zu berichten: In Bezug auf den Tatbestand der Geldwäscherei gibt es einen wichtigen neuen Entscheid, in welchem das Bundesgericht seiner immer weiter ausufernden Rechtsprechung erstmals Grenzen setzt, indem es festhält, dass die blosser Verlängerung des «paper trails» in der Regel keine Tathandlung darstellt. Gemäß diesem Grundsatzentscheid muss eine Auslandsüberweisung deswegen nicht (mehr) per se tatbestandsmässig sein. Vielmehr ist im Einzelfall zu bestimmen, ob ein Verhalten vorliegt, welches geeignet ist, die Einziehung der verbrecherischen erlangten Vermögenswerte zu vereiteln und zwar unabhängig

davon, ob Vermögen ins Ausland überwiesen wurde. Ausserdem verneint das Bundesgericht (endlich) wieder einmal eine arglistige Täuschung und hebt die hierauf basierende Verurteilung wegen Betruges auf. Zuletzt wird ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts dargestellt, der erhebliche Auswirkungen auf das Glücksspielstrafrecht haben wird.

II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

1. Die Revision von Art. 53 StGB

Wie bereits berichtet, soll der – auch im Wirtschaftsstrafrecht praktisch sehr relevante – Art. 53 StGB einer Revision unterzogen werden.¹ Diese Norm sieht unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung oder Strafbefreiung vor, wenn der Täter Wiedergutmachung leistet und die Voraussetzungen für die bedingte Strafe erfüllt sind sowie das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind. Dass der Täter in tatsächlicher Hinsicht geständig ist, wird nicht vorausgesetzt.

Die Norm ist in den letzten Jahren in Kritik geraten, weil gewisse Fälle den Eindruck aufkommen ließen, die Anwendung von Art. 53 StGB führe zu einem «Freikauf von Strafe». Als Reaktion darauf gab es Bestrebungen, die fragliche Bestimmung ganz aus dem StGB zu streichen. Das Parlament hat einen entsprechenden Vorstoß im Jahr 2012 aber abgelehnt.

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates ist nun der Meinung, dass der Anwendungsbereich von Artikel 53 StGB enger gefasst werden sollte und stellt zwei Varianten zur Diskussion. Nach der ersten Variante soll eine Wiedergutmachung nur noch möglich sein, wenn als Strafe eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, eine bedingte Geldstrafe oder eine Buße in Betracht kommt. Die zweite Variante beinhaltet, dass die Obergrenze noch stärker gesenkt wird, so dass eine Einstellung nur noch bei bedingter Geldstrafe oder Buße in Betracht kommt. Mit der Aufnahme der Buße in Art. 53 StGB möchte die Kommission in beiden Varianten präzisieren, dass eine Wiedergutmachung auch bei Übertretungen und Unternehmensbußen nach Art. 102 StGB möglich sein soll. Weiter möchte die Kommission in beiden Varianten als neue Voraussetzung einführen, dass der Täter den Sachverhalt eingesteht. Die Kommission erhofft sich, mit diesen Änderungen dem Anschein entgegenzuwirken, dass sich solvente Personen von Strafverfolgung und Strafe freikaufen können.²

Die Vernehmlassung ist nun abgeschlossen.³ Die Revision des Art. 53 StGB wird mehrheitlich begrüßt und die Befürworter der Vorlage unterstützen mit großer Mehrheit die erste Variante. Zwar solle der Anwendungsbereich eingeschränkt werden, dies jedoch nicht in dem Masse, wie die Variante 2 dies vorsehe.

Einige Vernehmlassende wiederum erachten die Obergrenze gemäß Artikel 53 StGB in seiner heutigen Fassung völlig zurecht als sachgerecht und bezeichnen eine Änderung als überflüssig. Andere lehnen die Vorlage explizit ab. Sein Anwendungsbereich solle nicht enger gefasst werden, um den Ermessensspielraum der Strafbehörden nicht weiter einzuschränken. Der Vorwurf des „Freikaufs von Strafe“ sei unzutreffend, da auch nichtfinanzieller Unrechtsausgleich erlaubt sei und die Wiedergutmachung gemäß Art 53 lit. b StGB ohnehin nur möglich sei, wenn das Interesse der Öffentlichkeit und der Geschädigten an der Strafverfolgung gering sei. Zudem hätte die bestehende Obergrenze in der Praxis nicht zu Problemen geführt.⁴ Es ist deswegen sehr zu hoffen, dass die Norm nur geringfügig angepasst wird.

Erfreulich ist an der Revision einzig, dass die Norm nun ausdrücklich auch Übertretungen (die mit Buße sanktioniert werden) erfassen soll. Damit wird der Anwendungsbereich explizit auch auf das Verwaltungsstrafverfahren erweitert. Bis anhin sahen sich Bundesverwaltungsbehörden unter Rückgriff auf den Wortlaut sowie auf Art. 42 StGB oftmals außer Stande, Art. 53 StGB (i.V.m. Art. 2 VStrR) zur Anwendung gelangen zu lassen. Gleiches gilt für das Unternehmensstrafrecht. Gemäß Art. 102 StGB können Unternehmen für verschiedene Organisationsverschulden gebüßt

¹ Vgl. dazu bereits *Ehrmann/Frank*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2017, S. 107 (abrufbar unter: <https://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ-3-2017.pdf>).

² Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Art. 53 StGB, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 13. Oktober 2016, S. 5, abrufbar unter: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB_Erl.-Bericht_de.pdf.

³ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 10.519 Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Artikel 53 StGB, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-10-519-2018-01-26-d.pdf>.

⁴ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 10.519 Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Artikel 53 StGB, S. 5, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-10-519-2018-01-26-d.pdf>.

werden. Auch hier ist – wie in der Praxis bereits üblich – nun explizit eine Einstellung nach Wiedergutmachung über Art. 53 StGB möglich.

2. Neues Geldspielgesetz

Das neue Geldspielgesetz setzt den Verfassungsartikel über die Geldspiele um, der im Jahre 2012 durch das schweizerische Stimmvolk angenommen wurde. Das Geldspielgesetz wird das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 sowie das veraltete Lotteriegesetz vom 8. Juni 1923 ablösen.

Online-Geldspiele wie Poker, Black Jack oder Roulette sind neu zugelassen, wenn sie von Casinos mit Sitz in der Schweiz angeboten werden. Kleine Pokerturniere ausserhalb von Spielbanken sind mit Bewilligung neu ebenfalls erlaubt. Die Abgaben für AHV/IV und für gemeinnützige Zwecke bleiben bestehen. Gegen das Gesetz ergriffen verschiedene Kreise das Referendum. In der Volksabstimmung vom 10. Juni 2018 hat sich die Bevölkerung für das neue Geldspielgesetz ausgesprochen.⁵ Die neuen Bestimmungen werden voraussichtlich auf den 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt.

An den im Geldspielgesetz vorgesehenen Strafbestimmungen hat sich im Vergleich zum aktuell noch geltenden Spielbankengesetz nicht viel geändert. Mit Art. 133 ist freilich eine Norm hinzugekommen, welche die «Widerhandlung in Geschäftsbetrieben» ausdrücklich (und in der Bußenhöhe, CHF 100'000.–, über Art. 7 VStrR deutlich hinausgehend) sanktioniert. Hierbei handelt es sich, anders als bei der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB, um eine reine Zurechnungsnorm⁶, eine Unternehmensstrafe im weiteren Sinne, bei der das Unternehmen an Stelle der fehlbaren natürlichen Person bestraft wird. Auf ein eigenes Verschulden kommt es nicht an, ein Organisationsdefizit ist eben gerade nicht erforderlich. Die der Norm zugrundeliegende sog. stellvertretende strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens stellt sich somit als vollständige Abkehr vom strafrechtlichen Schuld- und Täterprinzip dar. Der Grund für die Einführung der Norm war der gleiche wie bei der Einführung der Art. 100 MWSTG, 125 ZG, Art. 40 TStG und 49 FINMAG in den letzten Jahren: die in Art. 7 VStrR festgehaltene Bussenhöhe von CHF 5'000.– wird als nicht mehr ausreichend angesehen.

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 16. März 2018⁷

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer hatte zwischen 2005 und 2010 Anlegern vorgetäuscht, mit ihrem Geld Gold und Silber zu kaufen und dieses in der Schweiz für sie zu hinterlegen. Er investierte jedoch nur einen kleinen Teil des ihm anvertrauten Vermögens. Das Kriminalgericht des Kantons Luzern erklärte den Beschwerdeführer des mehrfachen gewerbsmäßigen Betrugs, der mehrfachen Urkundenfälschung, der mehrfachen gewerbsmäßigen Geldwäscherei, der Erschleichung einer Falschbeurkundung, der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung und des mehrfachen Pfändungsbetrugs schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren sowie einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 100.–. Gegen das Urteil des Kriminalgerichts erhoben der Beschwerdeführer Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung. Dieser Entscheid wurde bis auf den Tatbestand des Pfändungsbetrugs durch das Kantonsgericht Luzern bestätigt, woraufhin der Beschwerdeführer an das Bundesgericht gelangte.

b) Urteil

Das Bundesgericht erwägt in Bezug auf den Tatbestand des Betrugs, dass es einen erheblichen Unterschied mache, ob die Edelmetalle wie bestellt in Kleinheiten und für den Kunden getrennt oder gesamthaft in Großbarren eingelagert werden. Im ersten Fall könne der Kunde davon ausgehen, dass er jederzeit Zugriff auf die in seinem Eigentum stehenden Edelmetalle habe und sich sein Verlustrisiko somit in engen Grenzen bewege. Finde eine kundenspezifische Einla-

⁵ Der Gesetzestext ist hier abrufbar: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6245.pdf>.

⁶ Kocher, Klare Tat, unklare Täterschaft: Unternehmensstrafrecht nach revidiertem Mehrwertsteuergesetz. Zu den Bestimmungen von Art. 100 MWSTG, Art. 7 VStrR sowie Art. 52 und Art. 102 StGB, unter Einbezug der neuen schweizerischen StPO, ASA 79, S. 110 m.w.Hinw.

⁷ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_sucollection_aza=all&query_words=6B_453%2F2017&rank=1&azadir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F16-03-2018-6B_453-2017&number_of_ranks=3.

gerung nicht statt, laufe der Kunde Gefahr, einen Großteil oder sämtliche von ihm investierten Gelder zu verlieren. Gerade die Anlagesicherheit, die durch das Verschaffen von Eigentum an Edelmetallen in kleinen Einheiten und deren gesonderte Einlagerung angeblich hätte erreicht werden sollen, sei gegenüber anderen Anlageformen als besonders empfehlenswert angepriesen worden. Dadurch hätten die Kunden einen Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB erlitten, zumal die fehlende Eigentumsverschaffung an den Edelmetallen für sie eine erhebliche wirtschaftliche Schlechterstellung gegenüber der ihnen versprochenen Anlageform bedeute.

Mit Bezug auf den Tatbestand der Geldwäscherei hält das Bundesgericht fest, dass es zur Erfüllung des Tatbestandes zunächst einer Vortat bedarf. Eine solche erblicke die Vorinstanz zutreffend in den als Betrug qualifizierten Handlungen des Beschwerdeführers. Tathandlung der Geldwäscherei sei jeder Vorgang, der geeignet ist, die Ermittlung, die Auffindung oder die Einziehung von kontaminierten Vermögenswerten zu vereiteln. Nach der Rechtsprechung schließt die Vereitelung der Einziehung *pars pro toto* auch die Ermittlungs- und Auffindungsvereitelung mit ein; entscheidend sei mithin, ob ein Verhalten vorliegt, welches geeignet ist, die Einziehung der verbrecherisch erlangten Vermögenswerte zu vereiteln. Ob dies zutrifft, ist im Einzelfall zu bestimmen.

Die Vorinstanz halte weitgehend nur in pauschaler Weise fest, dass die Verwendung der deliktisch erlangten Gelder den Tatbestand der Geldwäscherei erfülle. Sie lege nicht im Einzelnen dar, inwiefern die verschiedenen Transaktionen geeignet sein sollen, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln. Der angefochtene Entscheid genüge in diesem Punkt den Anforderungen betreffend die Urteilsbegründung nicht, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Das Bundesgericht hält weiter fest, dass die Vorinstanz im Rahmen der neuen Beurteilung berücksichtigt werden müsse, dass bei einer bloßen Verlängerung einer Papierspur ("paper trail") in der Regel keine Geldwäscherei vorliegt, etwa bei einer Überweisung von einem Konto auf ein anderes im Inland, solange keine weiteren Verschleierungshandlungen vorliegen und die Vermögenswerte dort noch einziehbar sind. Entsprechend erfülle die einfache Investition in Gebrauchswerte als solche den Tatbestand der Geldwäscherei nicht.

c) Bemerkung

Den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiß oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB). Den Grundtatbestand der Geldwäscherei erfüllt damit jede Tathandlung, die geeignet ist, die Einziehung der Verbrechensbeute zu vereiteln.⁸ Dabei kann der Vortäter der Geldwäscher seiner eigenen Beute sein.⁹

Gemäß ständiger Praxis des Bundesgerichts ist der Geldwäscher durch seine Handlungen bestrebt, die durch eine qualifizierte Vortat erworbenen Vermögenswerte als legal erscheinen zu lassen, um so einer Beschlagnahme und Einziehung durch die Strafbehörden zu entgehen und gleichzeitig durch die Verwischung des «paper trail» Rückschlüsse auf den Vortäter und das der Geldwäscherei zugrunde liegende qualifizierte Delikt zu verhindern.¹⁰ Die Rechtsprechung hat bisher das Verstecken¹¹, das Anlegen¹² sowie das Wechseln von Bargeld¹³ als Vereitelungshandlung qualifiziert, nicht jedoch dessen einfache Einzahlung auf das dem üblichen privaten Zahlungsverkehr dienende persönliche Bankkonto am Wohnort¹⁴ oder den bloßen Besitz, beziehungsweise das Aufbewahren.¹⁵ Das Bundesgericht erkennt als geschütztes Rechtsgut die in- und ausländische Strafrechtspflege samt Einziehungsanspruch sowie mittelbar auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten, wenn die inkriminierten Werte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrühren.¹⁶

Das Bundesgericht befasst sich in diesem Entscheid eingehend mit der Frage, ob eine Überweisung ins Ausland als solche den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt.¹⁷ In der Strafrechtswissenschaft wird teilweise vertreten, dass jede Überweisung von deliktisch erlangten Vermögenswer-

⁸ BGE 119 IV 243 E. 1a); *Delnon/Hubacher*, Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStrR 2016, S. 327.

⁹ BGE 120 IV 325 ff. E. 3 a), b), c), d) m.w.H.

¹⁰ BGE 129 IV 322 ff. E. 2.2.4.

¹¹ BGE 122 IV 211 E. 2b; BGE 119 IV 59 E. 2e.

¹² BGE 119 IV 242 E. 1d.

¹³ BGE 122 IV 211 E. 2c.

¹⁴ BGE 124 IV 274 E. 4a.

¹⁵ BGer, Urteil vom 24. Januar 2000, 6S.595/1999 E. 2d/aa.

¹⁶ *Delnon/Hubacher*, a.a.O., S. 327; BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 m.w.H.

¹⁷ BGer, Urteil vom 16. März 2018, 6B_453/2017, E. 7.2.2. (vgl. die Ausführungen unter b) Urteil vorstehend).

ten ins Ausland den Tatbestand der Geldwäscherei erfülle, unabhängig davon, ob ein paper trail vorliege oder nicht.¹⁸ Begründet wird dies im Wesentlichen (und wenig überzeugend) damit, dass es nur selten vorkommen dürfte, dass exportierte Vermögenswerte auf dem Rechtshilfeweg zur Einziehung in die Schweiz zurücktransferiert werden.¹⁹

Das Bundesgericht widerspricht dieser Ansicht und hält zu Recht fest: «Ob die Einziehung im In- oder Ausland erfolgt, ist belanglos. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Vermögenswerte in die Schweiz zurückgeführt werden. Geldwäscherei ist bei einer Auslandsüberweisung demnach nur dann zu bejahen, wenn die Transaktion geeignet ist, die Einziehung im Ausland zu vereiteln»²⁰. Mit diesem Entscheid schränkt das Bundesgericht – im Gegensatz zu seiner bisherigen sehr extensiven Praxis – den Anwendungsbereich des Tatbestands der Geldwäscherei endlich ein. Dies ist zu begrüßen.

2. Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Mai 2018²¹

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war Gesellschafter und einer von zwei Geschäftsführern mit Einzelunterschrift der im Jahre 1986 gegründeten B.B. GmbH. Er war zudem Gesellschafter mit Einzelunterschrift und faktischer Geschäftsführer der am 15. März 2010 im Handelsregister eingetragenen C.B. GmbH sowie Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der ebenfalls am 15. März 2010 im Handelsregister eingetragenen D. GmbH. Die drei Gesellschaften bezweckten u.a. die Organisation und Durchführung von Konzerten. Über die B.B. GmbH und die C.B. GmbH wurde am 3. Oktober 2011 und über die D. GmbH am 10. Oktober 2011 der Konkurs eröffnet.

Die Anklage wirft dem Beschwerdeführer vor, er habe als federführende Person Gelder der beiden B.-Gesellschaften zwischen Fr. 226'240.-- und maximal ca. Fr. 750'000.-- als nicht gesicherte Überbrückungskredite an die D. GmbH übertragen, um ein von dieser geplantes und mangels vorhandener Finanzen von einer kurzfristigen Absage bedrohtes Open Air-Konzert durchführen zu können. Dem Beschwerdeführer sei dabei klar gewesen oder er habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass die D. GmbH die Gelder nicht oder zumindest nicht im vollen Umfang zurückbezahlen könne. Auch habe er gewusst, dass die seit längerer Zeit finanziell angeschlagenen B.-Gesellschaften einen Ausfall in sechsstelliger Frankenhöhe finanziell nicht verkraften konnten.

Weiter habe der Beschwerdeführer der Suisa, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke (nachfolgend «Suisa»), in den auf den von ihm unterzeichneten Abrechnungsbogen einen Teil der Ticket-Einnahmen des Konzerts der Band "F." vom 2. Juni 2010 in Bern, des E. vom 23./24. Juni 2011 in Basel sowie von 75 weiteren in den Jahren 2009-2011 veranstalteten Konzerten wissentlich und willentlich verschwiegen, woraufhin die Suisa von der B.B. GmbH, der C.B. GmbH bzw. der D. GmbH jeweils zu tiefe Urheberrechtsentschädigungen eingefordert habe. Dadurch sei der Suisa bzw. mittelbar den durch sie vertretenen Rechtsinhabern ein Vermögensschaden von insgesamt Fr. 504'598.10 entstanden.

Das Bezirksgericht Zürich erklärte den Beschwerdeführer des mehrfachen Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB), der mehrfachen Misswirtschaft (Art. 165 Ziff. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a StGB), der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sowie des mehrfachen Verstosses gegen Art. 67 Abs. 1 lit. g des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten. Der Beschwerdeführer erhob gegen dieses Urteil Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich stellte das Verfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Verstoßes gegen das Urheberrechtsgesetz im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. g URG daraufhin ein. Im Übrigen bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

Gegen dieses Urteil reichte der Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen ein und beantragt vollumfänglichen Freispruch.

¹⁸ Ackermann, Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Einziehung - Kriminelle Organisation - Finanzierung des Terrorismus - Geldwäscherei, Band I, Zürich 2018, Art. 305^{bis} N 315; Basler Kommentar 3. Aufl. 2015 [Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger]-Pieth, Art. 305^{bis} N 49 m.w.Hinw.

¹⁹ Ackermann, a.a.O., Art. 305^{bis} N 315.

²⁰ BGer, Urteil vom 16. März 2018, 6B_453/2017, E. 7.2.1., E. 7.2.2.

²¹ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=6B_748%2F2017&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F30-05-2018-6B_748-2017&number_of_ranks=1.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut. Einzig in Bezug auf die Verurteilung wegen mehrfacher Misswirtschaft wies es die Sache unter Aufhebung des Urteils an die Vorinstanz zurück.

Gemäß Bundesgericht bejahte die Vorinstanz zu Unrecht eine arglistige Täuschung im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, dies obschon der Beschwerdeführer weder ein ganzes Lügengebäude errichtete noch sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bediente und auch keine besonderen Umstände vorlagen, welche die einfachen schriftlichen Lügen ausnahmsweise als arglistig erscheinen lassen könnten. Indem die Suisa vom Beschwerdeführer nie Belege wie die Schlussabrechnungen der G. AG einforderte, aus welchen die Verkaufszahlen (mit Ausnahme der geringen Anzahl Abendverkäufe) sofort ersichtlich gewesen wären, hat sie selber grundlegendste Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet.

In Bezug auf den Tatbestand der Misswirtschaft hält das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Unrecht vorwirft, er habe den Tatbestand der Misswirtschaft durch die Vergabe von Darlehen in den Jahren 2009 und 2010 sowie die nicht rechtzeitige Erstellung der Jahresabschlüsse bzw. einer Zwischenbilanz erfüllt. Angeklagt sei einzig der im Juni 2011 gewährte Überbrückungskredit von Fr. 226'240.--. Inwiefern der Beschwerdeführer mit dieser Zahlung, unabhängig von den gemäß der Vorinstanz bereits zuvor erfolgten unrechtmässigen Zahlungen und den nicht rechtzeitig erstellten Jahresabschlüssen, den Tatbestand der Misswirtschaft erfüllt haben soll, kann dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden. Konkrete Überlegungen zur finanziellen Situation der B.-Gesellschaften mit und ohne den Überbrückungskredit von Fr. 226'240.-- stellt die Vorinstanz nicht an. Solche wären jedoch nicht nur für den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Bankrottthandlung und Vermögenseinbusse erforderlich gewesen. Vielmehr hätten sich solche auch für die Beantwortung der Frage aufgedrängt, ob der Überbrückungskredit überhaupt ein krasses wirtschaftliches Fehlverhalten im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB darstellte.

c) Bemerkungen

Einer der seltenen Entscheide, in welchen das Bundesgericht eine arglistige Täuschung verneint. Diese setzt der schweizerische Betrugsstatbestand ausdrücklich voraus. So macht sich gemäß Art. 146 Abs. 1 StGB des Betrugs strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Arglist ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde.²²

Die falschen Angaben des Beschwerdeführers, welche sich mehrheitlich auf das Ausfüllen von Fragenbögen bezog, qualifizierte das Bundesgericht als einfache schriftliche Lüge. Eine einfache Lüge ist – nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung – aber nur unter besonderen Umständen arglistig im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Getäuschte die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Verhältnisses unterlassen durfte. Angesichts der Tatsache, dass die Suisa weder Schlussabrechnungen noch Belege zur Überprüfung der Angaben anforderten, noch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der Suisa und dem Beschwerdeführer bestand, verneinte das Bundesgericht zu Recht das Vorliegen einer arglistigen Täuschung. Es ist dem Bundesgericht in zweierlei Hinsicht beizupflichten. Einerseits hätte die Suisa, die Angaben des Beschwerdeführers, ohne großen Aufwand überprüfen können (und müssen). Andererseits bestand die jahrelange Zusammenarbeit zwischen der Suisa und dem Beschwerdeführer nicht auf freiwilliger Basis, sondern vielmehr auf einer gesetzlichen Verpflichtung (vgl. Art. 51 URG) sowie auf der Monopolstellung der Suisa als Verwertungsgesellschaft im Sinne von Art. 40 ff. URG. Wie das Bundesgericht richtig feststellt, war die «Beschwerdegegnerin 2 [Suisa] (...) von Gesetzes wegen verpflichtet, die ihr zur Wahrung anvertrauten Rechte wahrzunehmen. Zu ihren Pflichten gehörte gemäß dem im Tatzeitpunkt geltenden Tarif K auch, die Abrechnungen der unabhängigen Billettverkaufsorganisationen einzufordern, falls der Konzert-

²² BGE 142 IV 153 E. 1.2; BGE 135 IV 76 E. 5.2 mit Hinweisen.

veranstalter diese nicht von sich aus einreichte. Der Beschwerdeführer konnte daher nicht darauf vertrauen, dass die Beschwerdegegnerin 2 keine Überprüfungen durchführen werde. [...] Da vom Beschwerdeführer offenbar nie irgendwelche Belege einverlangt wurden, war für die Beschwerdegegnerin 2 zudem von Beginn weg nicht feststellbar, ob dieser die Fragebogen korrekt ausfüllte.»²³

Des Weiteren ist in Bezug auf den Vorwurf der Misswirtschaft festzuhalten, dass die Rechtsprechung eine nachlässige Berufsausübung im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB bejaht, wenn gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung missachtet werden. Die Bestimmung bedroht die krasse Sorgfaltspflichtverletzung angesichts des drohenden Vermögensverfalls mit Strafe. Tatbestandsmässig ist nur ein krasse wirtschaftliches Fehlverhalten. Nach der Rechtsprechung liegt eine gravierende Nachlässigkeit in der Berufsausübung vor, wenn gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung missachtet werden. Dazu gehören insbesondere die Vernachlässigung der Rechnungslegung oder die Verletzung der Pflicht des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, im Falle der Überschuldung den Richter zu benachrichtigen²⁴. Ein Schuldspruch setzt ferner den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Bankrothandlung und der Vermögenseinbusse voraus.²⁵

Das Bundesgericht hält fest, dass die Vorinstanz keine konkreten Überlegungen zur finanziellen Situation der B-Gesellschaften mit und ohne den Überbrückungskredit von CHF 226'240.00 anstellte. Solche wären jedoch nicht nur für den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Bankrothandlung und Vermögenseinbusse erforderlich gewesen. Vielmehr hätten sich solche auch für die Beantwortung der Frage aufgedrängt, ob der Überbrückungskredit überhaupt ein krasse wirtschaftliches Fehlverhalten im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB darstellte. Dem Bundesgericht ist beizupflichten. Die Vorinstanz nahm eine ex-post Betrachtung vor und verurteilte den Beschwerdeführer ohne sich mit den konkreten Umständen aus damaliger Hinsicht auseinander zu setzen. Das Eingehen eines jeder Geschäftstätigkeit inhärenten Risikos ist aber nicht strafbar, auch wenn sich lediglich ex-post herausstellt, dass eine Fehlentscheidung getroffen worden ist.²⁶

3. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2018²⁷

a) Sachverhalt

Dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts lag die Frage zugrunde, ob es sich bei den in einem Verwaltungsstrafverfahren (Verdacht der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz) beschlagnahmten Geräten um Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG handelt oder nicht. Die Vorinstanz, die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) bejahte dies, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde einlegte. Der Beschwerdeführer begründet diese zusammengefasst damit, dass die Geräte – entgegen den tatsächlichen Feststellungen der ESBK – eben nicht über eine Funktion verfügen, die es erlaube, das Kreditdisplay auf Null zu stellen und das entsprechende Guthaben auszubezahlen. Da Glücksspiele und Glücksspielautomaten nur vorlägen, wenn entweder ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht gestellt werde, handle es sich vorliegend nicht bewilligungspflichtige Unterhaltungsgeräte. Die ESBK führt dagegen aus, dass die Gutschrift auf dem Spielkonto im Fall des Gewinns einen geldwerten Vorteil darstelle, weswegen die Geräte als Glücksspielgeräte zu qualifizieren seien. Es ist somit zwischen den Parteien umstritten, was als geldwerter Vorteil zu verstehen ist und in welcher Form dieser nachzuweisen ist.

b) Urteil

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit dieser Frage vertieft auseinander und hält zunächst fest, dass die bloße Ersparnis weiterer Spieleinsätze alleine – und entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen – nicht ausreichend sei, um hieran einen geldwerten Vorteil festzumachen. Denn dies trage der Abgrenzung von Geldspielautomaten zu anderen, bewilligungsfreien Spielautomaten (etwa Flipperautomaten) zu wenig Rechnung (E. 5.4). Da darüber

²³ BGer, Urteil vom 30. Mai 2018, 6B_748/2017 E. 1.4.

²⁴ BGer, Urteil vom 8.12.2016, 6B_199/2016 E. 2.3.3; BGer, Urteil vom 28.04.2016, 6B_1047/2015 E. 4.3; BGer, Urteil vom 09.02.2016, 6B_366/2015 E. 2.3.2; BGer, Urteil vom 18.01.2010, 6B_492/2009 E. 2.2; je mit Hinweisen; Konopatsch, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, ZStrR 2016, S. 197; Basler Kommentar StGB II, 3. Aufl. 2015 [Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger]-Hagenstein, Art. 165 N 33.

²⁵ BGer, Urteil vom 18.01.2010, 6B_492/2009 E. 2.2; Hagenstein, a.a.O., Art. 165 N 60 ff.

²⁶ Hagenstein, a.a.O., Art. 165 N 11.

²⁷ Abrufbar unter: <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidendatenbank-bvger.html>.

hinaus aber auch nicht nachgewiesen werden konnte, ob es im konkreten Fall überhaupt je zu Auszahlungen kam, stellt das Gericht im Anschluss darauf ab, ob die Spielgeräte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet werden. Dies sei bei einem offensichtlichen Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert des Spiels anzunehmen:

«Die bisherige Praxis stellt demnach, nicht zuletzt aufgrund der Gefahr der Umgehung bzw. des missbräuchlichen Einsatzes dazu geeigneter Automaten, auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verwendung zum Geldspiel ab. Demzufolge kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, soweit er einzig für entscheidend hält, ob Geldauszahlungen durch ihn tatsächlich nachgewiesen seien. Zwar hat die Vorinstanz soweit ersichtlich keine Vorgänge des tatsächlichen Umtauschs von Kreditguthaben in reale Vermögenswerte festgestellt, und darf unter diesen Umständen die Verwendung zum Geldspiel nicht leichthin als überwiegend wahrscheinlich angenommen werden. Soweit allerdings ein Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert besteht, hat die Rechtsprechung (zumindest ohne überwiegende Gegenindizien) verschiedentlich angenommen, das Spiel werde in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils betrieben, ohne dafür zwingend den Nachweis vorauszusetzen, dass Auszahlungen tatsächlich und stets erfolgten (vgl. Urteile des BGer 1A.22-29/2000 und 1A.42-49/2000 vom 7. Juli 2000 E. 3c a.E. [vor "im Übrigen"]; Urteil des BVGer B-2305/2006 vom 25. Juni 2007 E. 6.5.2).»

Im konkreten Fall bejaht das Bundesverwaltungsgericht ein solches Missverhältnis vorrangig aus dem Grund, weil das jeweilige Spiel nur sehr kurz (zwischen zwei und fünf Sekunden) gehe, dafür aber jeweils - auf die Minute hochgerechnet - mehrere Franken Spieleinsatz zu leisten seien. Der Unterhaltungswert stünde deswegen außer Verhältnis zum Geldeinsatz, woran auch die große Zahl an erzielbaren Zusatzspielen nichts ändern würde.

c) Bemerkung

Die Frage, ob ein bewilligungspflichtiger Glückspielautomat vorliegt, ist für die Strafbarkeit nach dem Spielbankengesetz (und neu dem Geldspielgesetz) von entscheidender Bedeutung (Art. 56 lit. a SBG). Denn die Strafbehörden stellen diesbezüglich vollumfänglich auf die Einschätzung der Verwaltungsbehörde ab. Wenn hierfür letztlich nun ein Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert maßgeblich ist, so stellen geldbetriebene Spielautomaten mit kurzer Spieldauer zukünftig stets Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG dar.

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Tagungsbericht zum 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 17.05.2018

Als gemeinsame Veranstaltung des Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV), der ZInsO, des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI) und des Kölner Anwaltvereins e.V. fand am 17.05.2018 im Hotel „Mondial am Dom“ der mittlerweile 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt. Im Fokus der Darstellungen standen Grundfragen des Insolvenzstrafrechts und dessen allgemeine Legitimität. Mehr als 80 Interessierte wurden durch das abwechslungsreiche Tagungsangebot, das auch viel Raum für Fragen und Diskussionen bot, in ihren hohen Erwartungen nicht enttäuscht.

I. Insolvenz(straf)recht in der 19. Legislaturperiode- Ministerialdirektorin *Marie-Luise Graf-Schlicker*, BMJV, Berlin

Nach der Begrüßung durch den Sprecher des WisteV-Arbeitskreis „Insolvenzstrafrechts“, Rechtsanwalt *Christof Püschel*, sowie durch Rechtsanwalt *Jörg Gollnick* vom Kölner Anwaltverein sowie einer kurzen Einführung durch den WisteV-Vorstandssprecher LOStA *Folker Bittmann* eröffnete traditionell die Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV, Frau MinDir *Graf-Schlicker* die Veranstaltung mit einem ausführlichen Referat, das sich mit aktuellen und kurzfristig noch in dieser Legislaturperiode geplanten gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des materiellen Insolvenz- und des Wirtschafts- und Insolvenzstrafrechts befasste.

Die Referentin hob die Bedeutung dieses Rechtsgebiets hervor, das im Vertrag der Großen Koalition vielfach angesprochen wird. Schwerpunkte sind hier vor allem die zur Stärkung des gemeinsamen Wirtschaftsraums angestrebte Harmonisierung des Insolvenzrechts in Frankreich und Deutschland, die Reform der Insolvenzantragspflicht, deren allgemeine Strafbewehrung auf dem Prüfstand steht, und die für die kommenden drei bis fünf Jahre projektierte Digitalisierung des Insolvenzverfahrens.

Auf EU-Ebene steht zudem die in Planung befindliche Restrukturierungsrichtlinie im Fokus der Betrachtungen. Hier sei, so *Graf-Schlicker*, insbesondere die Sicherung der Bedürfnisse und Interessen von Arbeitnehmern sowie der Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen zu gewährleisten. Auch Fragen der Informationsgleichheit der Beteiligten sowie der Verfahrenskosten sind dabei zu diskutieren. Die Integrität von Gerichten, die – anders als nach ursprünglichen Überlegungen – an der Restrukturierung beteiligt werden sollen, und von (unabhängigen) Verwaltern sowie die Transparenz des Verfahrens müssen aus der Sicht Deutschlands sichergestellt sein. Die Referentin verwies in diesem Zusammenhang auf den langsamen Fortgang der Verhandlungen, die auch weiterhin verschiedene – noch nicht zufriedenstellend gelöste – Probleme zum Gegenstand haben: So soll gewährleistet bleiben, dass Gläubiger auch im Restrukturierungsverfahren nur die unumgänglichen Verluste erleiden, einzelne Gläubigergruppen nicht bevorzugt werden, und keine Fakten geschaffen werden, die auf ein sich möglicherweise anschließendes Insolvenzverfahren durchschlagen. Einen genauen Zeitplan vermochte *Graf-Schlicker* nicht zu nennen; man sei indes „auf der Zielgraden“, wobei den EU-Staaten bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben jedenfalls deutliche Freiräume eröffnet werden sollen.

Graf-Schlicker verwies überdies auf zwei wichtige weitere Vorhaben, die noch in dieser Legislaturperiode angegangen werden sollen: zum einen die Schaffung eines eigenständigen Unternehmensstrafrechts, zum anderen weitergehende Regelungen zu Internal Investigations.

Die Referentin hob in Bezug auf die augenblicklich intensiv diskutierten¹ Unternehmenssanktionen die Notwendigkeit hervor, ein eigenständiges Verbandsstrafrecht zu schaffen. So sollen Zuwiderhandlungen auch auf Unternehmensebene angemessen verfolgt und sanktioniert werden können. Die erstrebte Neuregelung wird nach den aktuellen Vorstellungen, anders als das momentan im Unternehmensbereich allein anwendbare und vom Opportunitätsprinzip geprägte OWiG, einen Verfolgungszwang verankern, wobei sich die von konkreten Zumessungsregeln flankierten Sanktionen an der Wirtschaftskraft des jeweiligen Unternehmens orientieren sollen. Als Höchstgrenze ist hier ein Betrag von 10 % des Gesamtumsatzes in der Diskussion. Ungeklärt ist bislang vor allem die Frage, wie unternehmensbezogene Straftaten von Personen geahndet werden sollen, die nicht zur Leistungsebene zählen; hier wird zu erwägen sein, wie man auf mögliche Aufsichtspflichtverletzungen reagieren soll. Nicht gelöst ist auch die Frage der Verfahrenszuständigkeiten, insbesondere die Beteiligung des Bundeskartellamtes.

Internal Investigations beschäftigen mittlerweile nicht nur Großunternehmen. Auch kleine und mittlere Betriebe sehen sich zunehmend dieser Problematik gegenüber, die ihren Auslöser insbesondere im Zusammenhang mit Fragen der Geldwäsche und der Korruption, immer häufiger aber auch bei möglichen Verstößen gegen das WpHG (Stichwort: Insiderhandel), findet. Hier stoßen häufig widerstreitende Interessen aufeinander: Zum einen wollen Unternehmen naturgemäß Rufschädigungen und negative wirtschaftliche Auswirkungen vermeiden, zum anderen müssen die relevanten Sachverhalte aber aufgeklärt und gegebenenfalls einer Verfolgung durch staatliche Stellen zugeführt werden. Unsicherheiten gebe es im Moment, so *Graf-Schlicker*, vor allem bei der adäquaten Behandlung von Arbeitnehmerrechten und –pflichten, die arbeits- und

¹ S. jüngst etwa den Beitrag von *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1, zum Kölner Entwurf eines Verbandsanktionengesetzes.

strafrechtlich durchaus unterschiedlich ausfallen. Auch ist das Verhältnis zwischen interner Sachverhaltsaufklärung und staatlicher Straftatenermittlung noch nicht richtig geklärt.

II. Probleme bei Feststellung von Zahlungsunfähigkeit im Strafverfahren – Prof. Dr. *Martin Waßmer*, Köln

Waßmer, Strafrechtlehrer aus Köln, analysierte umfassend die Frage, wie der für die Praxis besonders bedeutsame² Insolvenzantragsgrund der Zahlungsunfähigkeit³ (§ 17 InsO) für strafrechtliche Zwecke festgestellt werden kann.

Mit der Rspr. des BGH⁴ geht der Referent davon aus, dass für die Zahlungsunfähigkeit – und auch für die drohende Zahlungsunfähigkeit – der Grundsatz der Insolvenzrechtsakzessorität des Strafrechts gilt, mithin für beide Bereiche keine unterschiedlichen Kriterien zu beachten sind. Die Zahlungsunfähigkeit ist – wie zuvor unter Geltung der KO – auch nach dem aktuellen Insolvenzrecht von der bloßen Zahlungsstockung zeitlich, quantitativ und qualitativ abzugrenzen:⁵ Zahlungsstockungen sind vorübergehend, die Zahlungsunfähigkeit ist aber dauerhaft, wobei ganz geringfügige Liquiditätslücken außer Betracht bleiben müssen, und außerdem der Wille des Gläubigers erkennbar sein muss, vom Schuldner tatsächlich eine Zahlung zu verlangen.

Von Dauer in diesem Sinne ist die Liquiditätslücke bereits nach Ablauf von 3 Wochen,⁶ einen wesentlichen Teil betrifft sie schon dann, wenn die Lücke mindestens 10% beträgt.⁷ Nur solche Verbindlichkeiten sind bei der Beurteilung zu berücksichtigen, deren Erfüllung ernsthaft eingefordert wird.⁸ Aus Sicht des Strafrechts ist stets nachzuweisen, dass die drei Elemente der Dauerhaftigkeit, der Wesentlichkeit und des ernsthaften Einforderns vorliegen. Zu dieser Feststellung ist die wirtschaftskriminalistische Methode nach Meinung des Referenten – anders als nach der Rspr.⁹, welche stets die Gleichrangigkeit beider Beurteilungsgrundlagen hervorhebt¹⁰ – nur in ganz eindeutigen Fällen geeignet. In den übrigen Fällen gibt *Waßmer* der betriebswirtschaftlich-mathematischen Methode¹¹ den Vorrang.

Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit¹² (§ 18 InsO) umfasst der Prognosezeitraum nach Meinung des Referenten das laufende und das kommende Geschäftsjahr,¹³ wobei auch die aller Voraussicht nach zukünftig begründeten Verbindlichkeiten einzubeziehen sind. Die Zahlungsunfähigkeit droht insolvenzrechtlich zwar bereits dann, wenn ihr Eintritt wahrscheinlicher ist als ihre Vermeidung. Aus der Perspektive des Strafrechts ist aber nach Auffassung *Waßmers* zusätzlich zu verlangen, dass sich der Grad der Wahrscheinlichkeit an der Länge des Prognosezeitraums orientiert. In ganz eindeutigen Fällen kann die Feststellung wiederum mittels der wirtschaftskriminalistischen Methode erfolgen. Im Übrigen will der Referent auch hier die betriebswirtschaftlich-mathematische Methode bevorzugt heranziehen.

III. Strafrechtliche Risiken von Beratern und Sanierungsgeschäftsführern in der Krise – OStA *Raimund Weyand*, St. Ingbert

Ausgehend von der Prämisse der Rspr., nach deren Einschätzung Beratung der Disposition des Geschäftsherrn unterliegt,¹⁴ und daher nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten ist¹⁵, analysierte der Vortrag die Frage der strafrechtlichen Haftung von (Sanierungs-)beratern.¹⁶

² S. z.B. C. Brand, ZInsO 2018, 689.

³ S. hierzu umfassend M. Brand, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 8 Rn. 5 ff. Das erweiterte Manuskript des Vortrages ist zwischenzeitlich veröffentlicht, vgl. ZInsO 2018, 1485.

⁴ S. etwa BGH, Beschluss vom 23.05.2007 – 1 StR 88/07, wistra 2007, 386 m. Anm. Wegner; BGH, Beschluss vom 13.02.2014 – 1 StR 336/13, ZInsO 2014, 101058; s. auch Natale/Bader, wistra 2008, 413, sowie ausführlich Richter, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 75 Rn. 49 ff.

⁵ Grundlegend BGH, Urteil vom 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807. S. ferner BGH, Urteil vom 19.4.2007 – 5 StR 506/06, wistra 2007, 308.

⁶ M. Brand (Fn. 3), Rn. 7 m.w.N. Differenzierend jedoch Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, 1304, 1307.

⁷ BGH, Urteil vom 24.05.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

⁸ BGH, Beschluss vom 19.07.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939.

⁹ S. etwa BGH, Beschluss vom 11.08.2016 – 1 StR 63/16, wistra 2017, 30.

¹⁰ S. hierzu auch BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, ZInsO 2013, 2107 m. Anm. Richter, NZWiSt 2014, 34, und Anm. Kudlich, NZSt 2014, 109.

¹¹ S. dazu etwa Harz/Comtesse, ZInsO 2015, 2050, 2055 f.

¹² S. hierzu ausführlich M. Brand (Fn. 3), Rn. 17 ff. m.w.N.

¹³ Zur sehr strittigen Frage, wie der Prognosezeitraum zu bemessen ist, s. M. Brand (Fn. 3), Rn. 19 m.w.N.

¹⁴ BGH, Urteil vom 18.06.2013 – II ZR 86/11, ZInsO 2013, 1753.

¹⁵ S. etwa BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660; bestätigt durch BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097.

¹⁶ Zur zivilrechtlichen Seite s. etwa Ehlers, ZInsO 2013, 105.

Der Berater – sowohl als Krisen- als auch als Sanierungsberater bzw. als Chief Restructuring Officer (CRO) – geht hiernach stets einer strafrechtlich gefahrgeneigten Arbeit nach.¹⁷ Er muss – sei es als langjähriger Steuerberater oder Rechtsbeistand, sei es als aktuell hinzugezogener externer Fachmann – darauf achten, stets seine professionelle Distanz zu dem Mandanten zu wahren. Verliert er diesen Abstand, drohen strafrechtliche Vorwürfe im Hinblick auf Teilnahmehandlungen¹⁸ an den Taten des Unternehmers bzw. Gesellschaftsorgans in der Form von Anstiftung (§ 26 StGB) bzw. Beihilfe (§ 27 StGB), aber auch bezüglich eigenen täterschaftlichen Handelns.¹⁹ Dies gilt vor allem dann, wenn er sich aktiv an Verhandlungen mit Geschäftspartnern und anderen Gläubigern beteiligt. Bloßes „Dabeisein“ bei derartigen Besprechungen sind demhingegen strafrechtlich nicht relevant,²⁰ desgleichen die reine Mandatsfortführung²¹ oder das bloße Erteilen von Rechtsrat oder Erstellen von Rechtsgutachten.²²

Übernimmt der Berater die Stellung eines faktischen Gesellschaftsorgans,²³ ist die Schwelle zu strafbarem Verhalten indes besonders schnell überschritten. Dies gilt vor allem, wenn die Wandlung vom bloßen Berater über Aufgabenverlagerungen bis hin zum Entscheidungsträger schleichend erfolgt. Unabhängig davon finden auf den externen Berater natürlich stets die Normen des allgemeinen Strafrechts Anwendung, namentlich der Betrug (§ 263 StGB), die Untreue (§ 266 StGB) und der Bankrott (§ 283 StGB).²⁴

IV. Insolvenzstrafrecht – Stigmatisierung von Pionieren? – Podiumsdiskussion

Die Veranstaltung fand ihren Abschluss in einer von *Bittmann* moderierten Podiumsdiskussion, an der neben *Graf-Schlicker*, *Püschel* und *Waßmer* auch RiAG *Dr. Peter Laroche* sowie OStA (HAL) a.D. *Dr. Hans Richter* teilnahmen.

Ausgehend von den Betrachtungen von *Richter*,²⁵ der die Einleitungs- und Verfolgungspraxis der StA Stuttgart im Bereich der Insolvenzstraftaten umfassend dargestellt hat, wurde die Frage diskutiert, ob das Insolvenzstrafrecht unverzichtbar zum Schutz des Wirtschaftslebens, zumal der Kreditwirtschaft, sei, oder aber wirtschaftliches Scheitern in vermeidbarer Weise bestraft.

Laroche konstatierte aus der Sicht des Insolvenzrichters, dass gerade die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) durchaus Wirkung zeige; Eigenanträge würden vielfach gestellt, um strafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden bzw. nicht weiter zu vertiefen.

Graf-Schlicker hob hervor, dass gerade die Furcht vor Kontrollverlust bzw. einer vermeintlichen „Malträtierung“ des Schuldners durch Insolvenzverwalter bzw. Gericht Gründe für verspätete Antragstellungen darstellten. Sie hegte Zweifel, ob die gesetzliche Strafdrohung, die nur als *ultima ratio* anzusehen sei, tatsächlich sinnvoll und wirksam ist. Jedenfalls sollten positive Anreize für die Schuldner geschaffen werden, etwa in Form von erfolgreichen Restrukturierungsmechanismen.

Richter betonte demgegenüber die aus seiner Position unverzichtbare Strafdrohung, zumal auch im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Rechnungslegung: Nur durch diese gesetzlichen Grenzen sei der Schutz der Gläubiger hinreichend gewährleistet.

Püschel äußerte im Anschluss aus der Sicht des Verteidigers erhebliche Zweifel an der Praxistauglichkeit des Insolvenzstrafrechts. Er forderte eine Entkriminalisierung mit Augenmaß. Hierzu sollte die Abschaffung der Fahrlässigkeitsdelikte, welche keinen echten Gläubigerschutz gewährleisten, ebenso in Betracht gezogen werden wie die Ausgestaltung des § 15a InsO als Antragsdelikt²⁶ sowie die Streichung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Tatbestandsmerkmal in den §§ 283 ff. StGB. Außerdem plädierte er dafür, die Überwindung der Unternehmenskrise für den Schuldner *de lege ferenda* als persönlichen Strafaufhebungsgrund zu werten.

¹⁷ S. ausführlich hierzu *Trück*, in *Bittmann* (Fn. 3), § 29 passim.

¹⁸ *Trück* (Fn. 17), Rn. 10 ff.

¹⁹ *Trück* (Fn. 17), Rn. 5 ff.

²⁰ BGH, Beschl. v. 20.12.1995 - 5 StR 412/95, wistra 1996, 184.

²¹ OLG Köln, Beschluss vom 3.12.2010 - 1 Ws 196/10 - 128, ZInsO 2011, 288.

²² „Das Bewusstsein und der Wille eines Rechtsanwalts sind bei Erteilung eines Rechtsrats darauf gerichtet, pflichtgemäß Rat zu erteilen, und nicht darauf, eine Straftat zu fördern“ – so explizit der BGH, Beschluss vom 21.08.1992 - 2 ARs 346/92, wistra 1993, 17. S. in diesem Zusammenhang auch *Bittmann*, wistra 2012, 173.

²³ Grundlegend BGH, Urteil vom 18.12.2014 - 4 StR 323/14, 4 StR 324/14, ZInsO 2015, 196. S. zu dieser Rechtsfigur ausführlich *Weyand*, ZInsO 2015, 1773.

²⁴ S. dazu weiter *Trück* (Fn. 17), Rn. 21 ff.

²⁵ *Richter*, ZInsO 2017, 2298.

²⁶ S. dazu auch *Niering*, ZInsO 2017, 937

Waßmer verwies auf die flächendeckend geringe Deckungsquote bei Insolvenzverfahren von circa 2 % der Gläubigerforderungen, was nach seiner Meinung zeigt, dass das Insolvenzrecht nicht wirksam funktioniert. In diesem Zusammenhang betonte er die Bedeutung des Insolvenzstrafrechts als Lenkungsinstrument, das jedenfalls auf unredliche Schuldner angewandt werden müsse. Andererseits mahnte er auch wirksame (frühe) Sanierungsmöglichkeiten und –bemühungen an.

Zu den von *Hirte* vorgeschlagenen Reformen bei der Insolvenzantragspflicht²⁷ (Stichwort: „Wel-penschutz“) nahmen die Diskutanten sehr differenziert Stellung.

Graf-Schlicker schätzte die Anregungen eher skeptisch ein und verwies zudem darauf, dass eine parlamentarische Beratung der Initiative bislang nicht stattgefunden habe.

Laroche votierte für einen „Weg zurück“ aus der Strafbarkeit. Er verwies auf die Konsequenzen der Neuregelung in § 15a Abs. 4 und Abs. 6 i.V.m. § 13 Abs. 4 InsO: Seit dem die Insolvenzgerichte Schuldner auf Unzulänglichkeiten im Eröffnungsantrag – und die möglichen strafrechtlichen Folgen – hinweisen, seien bei den Anträgen verstärkt Korrekturen und Ergänzungen festzustellen; die Gesetzesänderung habe bei den Insolvenzgerichten zu positiven Erfahrungen geführt.

Püschel verwies auf die Rspr. des BVerfG, nach der bloß formale Verstöße gegen Gesetzesvorgaben schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht strafwürdig seien.²⁸ Aus diesem Grund sei jedenfalls eine „Entschlackung“ des Insolvenzstrafrechts geboten.

Richter brachte in diesem Zusammenhang ebenfalls den Wunsch zur Sprache, dem Schuldner einen Weg zurück in die Legalität zu ermöglichen. Er machte aber Zweifel an der (vollständig) strafbefreienden Wirkung späterer Korrekturen, in Form einer Art Selbstanzeige deutlich.

Waßmer wertete zum Abschluss eine (teilweise) Entkriminalisierung dieses Deliktsfeldes als begrüßenswert. Insbesondere schloss er sich der Forderung an, die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht als Antragsdelikt auszugestalten.

V. Fazit und Ausblick

Nach den einzelnen Vorträgen und auch im Anschluss an die Podiumsdiskussion ergaben sich umfangreiche – zum Teil auch kontroverse – Diskussionen zwischen den Anwesenden. Die Gespräche wurden anschließend traditionell bei Fingerfood und Kölsch bis in die Abendstunden fortgesetzt.

Die diesjährigen Organisatoren laden schon jetzt ein zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Mai 2019 stattfinden wird. Ein gleichfalls interessantes und abwechslungsreiches aktuelles Programm ist auch bei dieser Veranstaltung zu erwarten.

²⁷ *Hirte*, ZInsO 2017, 926.

²⁸ S. etwa BVerfG, Beschluss vom 9.3.1994 – 2 BvL 43/92, NJW 1994, 1577.

Zollrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion

Tagungsbericht zum 30. Europäischen Zollrechtstag „50 Jahre Zollunion“ am 07. und 08. Juni 2018 in Thun, Schweiz

Zum 30. Mal veranstaltete im Juni 2018 das Europäische Zentrum für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V. (EFA) einen Europäischen Zollrechtstag, DIE Fachveranstaltung im Bereich Zoll- und Außenwirtschaftsrecht, die nicht nur die Länder Deutschland, Österreich und Schweiz im Hinblick auf Rechts- und Praxisfragen verbindet, sondern auch und gerade den interdisziplinären Austausch hierzu fördert. Auch in diesem Jahr fanden folglich Vertreter der Europäischen Kommission, Generaldirektion Zoll und Steuern, der zuständigen Ministerien aller

drei Länder und Verantwortliche der nachgeordneten Behörden ebenso Gehör wie Vertreter der Wissenschaft und der Wirtschaft.

Die diesjährige Veranstaltung stand im Zeichen des 50jährigen Bestehens der Europäischen Zollunion – einem Ereignis, das in den öffentlichen Medien angesichts mehr oder minder überraschender „Tweeds“ von Donald Trump praktisch keinen Widerhall findet – und der Bildung eines gemeinsamen Marktes vor 25 Jahren. Es muss nicht hervorgehoben werden, welche Errungenschaften sich damit verbinden.

Den Auftakt der Veranstaltung bildete die feierliche Übergabe der bislang einzigen Festschrift auf dem Gebiet des Zoll- und Außenwirtschaftsrechts, um das sich Prof. Dr. Hans-Michael *Wolffgang* (Westfälische Wilhelms-Universität Münster) in unvergleichbarer Weise verdient gemacht hat. Die Festschrift trägt den Titel „Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll im 21. Jahrhundert“, ist im Otto Schmidt Verlag erschienen, und trifft mit den von 38 Autoren beigesteuerten Beiträgen den Geist der Zeit.

Am ersten Veranstaltungstag stand die Digitalisierung der Zollsysteme in den Mitgliedstaaten sowie in der Schweiz im Mittelpunkt der Vorträge und Diskussionen. Die unmittelbare Anwendung weiter Teile des Unionszollrechts setzt die Existenz und Funktionstüchtigkeit der im Unionszollkodex (UZK) vorgegebenen IT-Umgebung voraus. Nach den Ausführungen von *Aigner*, Generaldirektion Zoll und Steuern der Europäischen Kommission, ist das Ziel, dies 2020 in allen Mitgliedstaaten umfassend realisiert zu haben, absehbar nicht einzuhalten. 2025 (!) wird zurzeit anvisiert.

Zur Erinnerung: die Europäische Kommission hatte das Europäische Zollrecht nach einer ersten kleineren Reform 2005 mit Vorschlag vom 30.11.2005 für eine neue Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex) erneuern wollen. Noch vor Anwendbarkeit des Modernisierten Zollkodex (MZK), VO (EG) 450/2008, wurde im Februar 2012 ein Vorschlag zu dessen Neufassung unterbreitet. Dieser Schritt wurde u.a. damit begründet, dass es nach wie vor unterschiedliche elektronische Systeme gebe. Es habe sich gezeigt, dass bis Juni 2013 nur sehr wenige oder sogar keine neuen IT-Systeme im Zollbereich eingeführt werden könnten.

Dass nach Angaben der Kommissionsvertreterin bis 2020 immer noch nur 11 der relevanten Systeme umgesetzt, weitere 6 indes nicht verfügbar sein werden, stimmt insgesamt wenig optimistisch.

Die berühmte Scheibe abschneiden konnte man sich bei den Gastgebern, den Schweizern, die – das gilt es nicht zu übersehen – nicht als einer unter 27 Mitgliedstaaten agieren. Dennoch: bemerkenswert war die Vorstellung des Schweizer Digitalisierungsmodells DazIT durch den Direktor der Eidgenössischen Zollverwaltung und seine Vizedirektorin. Und das „out of the box – Denken“, über das die stellvertretende Direktorin und Chefin Zoll der Eidgenössischen Zollverwaltung *Schärer* als Chance aus dem Digitalisierungsprojekt berichtete, möchte man auch den Deutschen ans Herz legen. *Hercher*, Abteilungsleiterin Zölle beim BMF, wartete mit weitaus weniger konkreten Aussagen zur Bewältigung der Herkulesaufgabe auf.

Der zweite Veranstaltungstag offenbarte unter der Überschrift „Compliance“ zunächst das Spannungsfeld zwischen Mitwirkungspflichten der Wirtschaftsbeteiligten anlässlich der Erlangung / Neubewertung zollrechtlicher Bewilligungen als unverzichtbare Voraussetzung für Verfahrenserleichterungen und den damit einhergehenden Pflichten zur Offenlegung etwaiger straf- und / oder bußgeldrechtlicher Verfehlungen in der Zollverwaltung vorzulegenden Fragebögen, anhand derer die Zuverlässigkeit der Antragsteller beurteilt wird.

Dabei fokussierte *Witte* auf eine mögliche Rechtspflicht zur Einführung von Compliance Strukturen gemäß Art. 39 UZK. Art. 39 UZK setzt für die Bewilligung des Status als zugelassener Wirtschaftsbeteiligter voraus:

„a) Der Antragsteller darf keine schwerwiegenden oder wiederholten Verstöße gegen die zoll- oder steuerrechtlichen Vorschriften und keine schweren Straftaten im Rahmen seiner Wirtschaftstätigkeit begangen haben,

b) der Antragsteller muss ein erhöhtes Maß an Kontrolle seiner Tätigkeiten und der Warenbewegung mittels eines Systems der Führung der Geschäftsbücher und gegebenenfalls Beförderungunterlagen, das geeignete Zollkontrollen ermöglicht, nachweisen,

c) Zahlungsfähigkeit, die als nachgewiesen gilt, wenn der Antragsteller sich in einer zufrieden stellenden finanziellen Lage befindet, die es ihm erlaubt, seinen Verpflichtungen in Zusammenhang mit der betreffenden Tätigkeit nachzukommen,

d) in Bezug auf die in Artikel 38 Absatz 2 Buchstabe a genannte Bewilligung praktische oder berufliche Befähigungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der ausgeübten Tätigkeit stehen, und

e) in Bezug auf die Bewilligung gemäß Artikel 38 Absatz 2 Buchstabe b angemessene Sicherheitsstandards, die als erfüllt gelten, wenn der Antragsteller nachweist, dass er angemessene Maßnahmen aufrecht erhält, um für die Sicherheit der internationalen Lieferkette zu sorgen, wozu auch die körperliche Unversehrtheit und Zugangskontrollen, logistische Prozesse und Umgang mit spezifischen Arten von Waren, Personal und die Feststellung seiner Handelspartner zählen.“

Dies wird weiter Diskussionsstoff bieten. Eine die zoll- und exportrechtliche Fachsicht ergänzende „straft- und / oder bußgeldrechtliche Draufschau“ bleibt aus Perspektive des wirtschaftsstrafrechtlichen Beraters dringend empfohlen.

Den Abschluss des Europäischen Zollrechtstags bildeten die Statusberichte der Behördenvertreter aus Deutschland und Österreich zum Stand der Neubewertung der zollrechtlichen Bewilligungen, welche der UZK notwendig macht. Einmal mehr wurde deutlich, dass sich der (administrative) Aufwand bei der Umsetzung des europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten deutlich unterscheidet. Während Heyer, Generalzolldirektion Hamburg, darüber berichtete, innerhalb welcher Zeitrahmen und nach welcher Priorisierung in Deutschland die auf 40.000 Unternehmen entfallenden 70.000 (!) Bewilligungen neu bewertet werden, erklärte Reuter, Vorständin des Zollamts St. Pölten Krems Wiener Neustadt, in Österreich seien „nur“ 8.000 solcher Bewilligungen zu behandeln.

Rezensionen

Steuerstrafrecht

Dr. Julia Baedorff, LL.M. (Cardozo)

Rübenstahl/Idler (Hrsg.), Tax Compliance

C.F. Müller 2018, 1.501 Seiten, ISBN 978-3-8114-4701-1, 159,99 Euro.

I. Einleitung

Tax Compliance, also die Einhaltung von Steuergesetzen bzw. die Erfüllung steuerlicher Pflichten, hat in den letzten Jahren für Unternehmen und ihre Berater zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Zeiten, in denen das Steuer(straf-)recht in der lebhaften Diskussion um Corporate Compliance eine eher untergeordnete Rolle spielte, gehören mittlerweile der Vergangenheit an. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der verschärften Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) in Steuerstrafsachen und spätestens seit das Bundesministerium der Finanzen (BMF) in seinem Anwendungserlass zu § 153 AO vom 23. Mai 2016 das Vorliegen eines innerbetrieblichen Kontrollsystems zur Erfüllung steuerlicher Pflichten als mögliches Indiz für einen fehlenden Vorsatz oder eine fehlende Leichtfertigkeit bei Steuerdelikten hervorgehoben hat, ist auch das steuerliche Risikomanagement, also insbesondere der Aufbau eines Tax Compliance Management Systems, verstärkt in den Fokus der Betrachtungen gerückt.

Gleichwohl fehlte bislang ein spezifisches Nachschlagewerk, das Unternehmensverantwortliche, Mitarbeiter von Steuerabteilungen und externe Berater bei allen Fragen rund um die Implementierung und Pflege von Tax Compliance Management Systemen zurate ziehen konnten. Die bis dato erschienenen Handbücher zur Corporate Compliance bzw. zum Steuerstrafrecht enthalten, wenn überhaupt, lediglich einzelne Kapitel zur Tax Compliance und mussten sich daher notgedrungen auf eine auf das Wesentliche reduzierte Darstellung beschränken.

Diese Lücke füllen nun als erste *Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur. und Dipl.-Kfm. Jesco Idler* als Herausgeber des im März 2018 erschienenen und 1.501 Seiten umfassenden Handbuchs "Tax Compliance – Prävention – Investigation – Remediation – Unternehmensverteidigung", welches das Thema Tax Compliance umfassend behandelt und auch einen Blick ins Ausland wirft.

Den Umfang des Handbuchs rechtfertigen die Herausgeber schon mit den in der Einleitung aufgeworfenen Fragenstellungen, auf die sie, gemeinsam mit 49 weiteren Autoren aus führenden Rechtsanwaltskanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Unternehmen, der Wissenschaft, der Gerichtsbarkeit und den Strafverfolgungsbehörden, Antworten liefern wollen: *"Welche regulatorischen Anforderungen sind inzwischen speziell zur Tax Compliance zu beachten? Welche Pflichten lassen sich daraus – auch unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung zur Führungs- und Organisationsverantwortung der Unternehmensleitung – für die verantwortlichen Personen ableiten? Welche Risiken sind in diesem Zusammenhang zu beachten? Welche Maßnahmen sind zur Erfüllung der abzuleitenden Pflichten und zur Behandlung der Risiken konkret zu ergreifen? Wie sollte die institutionelle bzw. organisatorische Umsetzung dieser Maßnahmen erfolgen? Und wie lässt sich die Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen überprüfen und ihre nachhaltige Befolgung überwachen?"*

Eine umfassende und dennoch fokussierte Beantwortung dieser Fragen erscheint gemessen an der Komplexität der Materie zunächst ambitioniert, aber sie gelingt. Das Handbuch liefert dem Leser einen hilfreichen Leitfaden, um, gemäß dem von den Herausgebern gesetzten Ziel, *"in den steuerlich, regulatorisch und strafrechtlich haftungsrelevantesten Bereichen die Risiken für das Unternehmen, seine Organe und Mitarbeiter organisatorisch-strukturell zu vermeiden bzw. zu minimieren"*. Dabei erreicht es einen bislang einzigartigen Detailgrad, ohne den Leser zu überfordern und ohne den Blick für das Wesentliche zu verlieren. Das liegt nicht zuletzt an der gelungenen Struktur und Untergliederung. Dabei erscheint das Werk sowohl für Compliance Spezialisten als auch für Einsteiger in die Materie gleichermaßen geeignet, weil einerseits umfangreiches Spezialwissen vermittelt wird, andererseits aber auch die relevanten Grundlagen umfassend behandelt werden.

II. Zum Inhalt

Das Werk ist in drei Teile untergliedert und umfasst insgesamt 40 Kapitel: Im (allgemeinen) ersten Teil werden insbesondere die Rechtsgrundlagen zur Tax Compliance erörtert und wird das Thema in die verschiedenen Phasen des Besteuerungsverfahrens, inklusive eines möglichen Steuerstrafverfahrens, eingebettet. Im (besonderen) zweiten Teil werden sodann besonders risikobehaftete steuerliche Themengebiete herausgegriffen und unter Berücksichtigung der Auswirkungen dieser Themen auf die Tax Compliance dargestellt. Im dritten Teil schließt das Handbuch mit einem Überblick über wichtige Tax Compliance Erfordernisse in bedeutenden Nachbarländern und wichtigen Handelspartnern Deutschlands, wobei diese Ausführungen teilweise in englischer Sprache verfasst sind.

1. Teil 1

Teil 1 des Handbuchs umfasst 17 Kapitel und liefert zahlreiche praktische Hinweise zum steuerrechtlichen Compliance Management. Mit insgesamt 699 Seiten nimmt er knapp die Hälfte des Werks ein und darf als dessen Kernstück bezeichnet werden, dem hier daher die meiste Aufmerksamkeit geschenkt werden soll.

Nachdem in den Kapiteln 1 bis 3, teilweise unter Mitwirkung von *Idler*, die wesentlichen Grundlagen – namentlich Begriffsdefinitionen, Zwecksetzung, allgemeine Rechtgrundlagen und die Verantwortlichen im Unternehmen für die Tax Compliance – abgesteckt wurden, widmen sich die Kapitel 4 und 5 konkret der Einbettung der Tax Compliance in die Management- und Kontrollsysteme von Unternehmen. Erfreulicherweise beschränken sich die Darstellungen dabei nicht auf Allgemeinplätze. In Kapitel 4 werden die bestehenden Best Practice Standards von den generellen hin zu den spezifischen Management- und Kontrollsystemen dargestellt und die Tax Compliance in das Gefüge dieser Systeme eingeordnet. In Kapitel 5 veranschaulichen sodann

mit *Beisheim* und *Nicolas* zwei Unternehmensvertreter die Umsetzung von Tax Compliance in einem internationalen Konzern anhand eines konkreten Fallbeispiels. Kapitel 6 befasst sich im Anschluss mit dem Komplex Tax Planning und Gestaltungsmissbrauch, wobei hier die Themen wirtschaftliche Substanz von ausländischen Gesellschaften und Ort der Geschäftsleitung im Mittelpunkt stehen. Kapitel 7 behandelt die Durchführung einer Tax Investigation, also einer internen Untersuchung, die mögliche Verstöße gegen steuerliche Regeln aufdecken soll. Nach einer Darstellung der Gründe für die Durchführung einer solchen Untersuchung und einer Erläuterung ihrer Einbettung in das Tax Compliance Management System des Unternehmens, werden dem Leser dabei wertvolle Leitlinien zur richtigen Verfahrensweise – von der Vorbereitung der Untersuchung bis hin zu den zu treffenden Folgemaßnahmen – an die Hand gegeben. In Kapitel 8 stellt der ehemalige Steuerfahnder *Herrmann*, sozusagen mit "Insiderwissen" und als Grundlage für die folgenden Kapitel, die Ermittlungsmethoden und -kompetenzen von Steuerfahndung und Betriebsprüfung und die daraus resultierenden Risiken dar. Im Anschluss folgen in den Kapiteln 9 bis 11 die für den hauptsächlich in der Unternehmensvertretung tätigen Rechtsanwalt in Teil 1 des Handbuchs wohl relevantesten Ausführungen zu den folgenden Themen: Unternehmensvertretung im Besteuerungsverfahren und in steuerlichen Prüfungen (Kapitel 9), Unternehmensvertretung und Compliance Risiken im Erhebungs- und Beitreibungsverfahren (Kapitel 10) sowie Unternehmensvertretung und -verteidigung in Steuerstrafverfahren und bei Vermögensabschöpfung (Kapitel 11). Besonders hervorzuheben ist insoweit die in diesen Kapiteln sehr gelungene Mischung aus Darstellungen der relevanten rechtlichen Grundlagen und praxisnahen Ausführungen zu besonderen Risiken und Gefahrenquellen für Unternehmen. Ferner wird in Kapitel 11 dem Anwalt als "Verteidiger" des Unternehmens besondere Aufmerksamkeit gewidmet – eine instruktive Lektüre nicht nur für Strafrechtsanwälte, sondern auch für Unternehmensverantwortliche. In Kapitel 12 folgt sodann eine Darstellung von Vorsatz und Schuld bei der Steuerhinterziehung vor dem Hintergrund von Tax Compliance Management und internen Kontrollsystemen (Tax IKS). Darin setzen sich die Autoren nach einigen dogmatischen Ausführungen insbesondere auch damit auseinander, welche Mindestanforderungen Tax Compliance und innerbetriebliche Kontrollsysteme erfüllen müssen, um im Sinne des eingangs erwähnten Anwendungserlasses des BMF strafrechtliche Risiken minimieren zu können. Kapitel 13 befasst sich sodann zunächst im Detail mit der Berichtigungspflicht von Erklärungen nach § 153 AO und gibt im Anschluss einen wertvollen Überblick über wesentliche gesetzliche Anzeige- und Anmeldepflichten verschiedener Steuerarten. In Abgrenzung zu der Berichtigungspflicht nach § 153 AO behandelt *Rübenstahl* im folgenden Kapitel 14 ausführlich die strafbefreiende Selbstanzeige (im Unternehmen) – ein Rechtsinstitut, dem der Autor völlig zutreffend auch aus Unternehmenssicht eine große praktische Bedeutung beimisst. Das Kapitel gehört zu den längsten des Handbuchs und bietet Antworten auf alle relevanten Fragen rund um die Selbstanzeige. Kapitel 15 gibt daran anschließend einen komprimierten Überblick über die steuerlichen Haftungsrisiken, bestehend aus einer Darstellung der im Zusammenhang mit Tax Compliance relevanten Haftungsnormen der §§ 69 und 71 AO und der verfahrensrechtlichen Durchsetzung von Haftungsansprüchen. In Kapitel 16 befasst sich unter anderem *Idler* mit dem wichtigen Thema der "Remediation", also der (Re-)Organisation innerbetrieblicher Kontrollsysteme für den Fall, dass steuerliches Fehlverhalten im Unternehmen festgestellt wurde. Besonders wertvoll erscheinen insoweit die Ausführungen zum Remediation Prozess, die den Weg zu einem effektiven, präventiv wirkenden und nachhaltigen Compliance System nach einem Compliance Vorfall beschreiben. Teil 1 schließt in Kapitel 17 mit einem Überblick über die Regelungen zur internationalen Amtshilfe in Steuersachen – ein Komplex, der gerade in den letzten Jahren insbesondere durch den Ankauf von Steuer-CDs und die Aufdeckungen durch Recherchenetzwerke rund um zum Beispiel die sogenannten Panama Papers immens an Bedeutung gewonnen hat.

2. Teil 2

Teil 2 des Handbuchs behandelt in ebenfalls 17 Kapiteln besondere Themen- und Problemfelder, die für die Tax Compliance eine herausgehobene Rolle spielen können. Zwar erscheint die Abfolge der Kapitel hier etwas beliebiger als noch im ersten Teil. Das beeinträchtigt das Verständnis und die Orientierung in den einzelnen Kapiteln aber nicht, was daran liegt, dass die Kapitel weitestgehend für sich selbst stehen und voneinander unabhängige Themen behandeln.

Zum einen werden in Teil 2 eher materiell-rechtliche Themen behandelt, die sich häufig auf eine bestimmte Steuerart beziehen. Hierzu gehören die ertragsteuerliche (Nicht-) Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben (Kapitel 18), die Körperschaftsteuer mit einem Fokus auf die verdeckte

Gewinnausschüttung (Kapitel 19), die rechtlichen und praktischen Aspekte der "Lohnsteuer Compliance" und das Arbeitsstrafrecht mit insbesondere den Straftatbeständen der Lohnsteuerverkürzung und dem Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen (Kapitel 23 und 24), die Umsatzsteuer im Zusammenhang mit innergemeinschaftlichen Lieferungen, Strohmanngeschäften und Umsatzsteuerkarussellen (Kapitel 25), der Steuerabzug nach § 50a EStG bei beschränkt Steuerpflichtigen (Kapitel 28) sowie die Erbschaft- und Schenkungsteuer (Kapitel 29). Zum anderen enthält Teil 2 einige Kapitel zu Themen der Unternehmensorganisation, wie der Funktionsverlagerung (Kapitel 21) und dem Tax Accounting (Kapitel 22), und zur Tax Compliance im Rahmen von bestimmten unternehmerischen Tätigkeiten, namentlich von Unternehmensakquisitionen (Kapitel 31) und Unternehmensumstrukturierungen (Kapitel 32). Ferner befassen sich einzelne Kapitel mit Tax Compliance für bestimmte Arten von Unternehmen, namentlich Anbietern von Sportwetten (Kapitel 26) sowie steuerbegünstigten Körperschaften und juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Kapitel 30). Teil 2 schließt in Kapitel 34 mit einem Überblick über typische Begleit- und Folgedelikte der Steuerhinterziehung und zeigt damit Aspekte auf, die insbesondere Rechtsanwälte als Unternehmensvertreter bei der steuerstrafrechtlichen Beratung nicht aus dem Blick verlieren sollten.

Wie auch schon in Teil 1 sind die Kapitel von Teil 2 oft mit hilfreichen Beispielen aus der Praxis versehen, die zum Verständnis beitragen.

3. Teil 3

Teil 3 rundet das Handbuch mit sechs Kapiteln zu Tax Compliance Erfordernissen in den USA, Großbritannien, Frankreich, Italien, der Schweiz und Österreich (Kapitel 35 bis 40) ab, wobei die Kapitel zu den USA, Großbritannien und Italien in englischer Sprache verfasst sind. Diese sechs Kapitel verstehen sich erkennbar nicht als abschließende Darstellungen, sondern als Überblick, und enthalten vor allem Ausführungen zu den jeweiligen Steuersystemen und den daraus resultierenden Risiken für Unternehmen. Damit gewähren sie einen guten Einstieg in die Materie bei Sachverhalten mit Auslandsbezug.

III. Zusammenfassung

Soweit ersichtlich, ist das rezensierte Handbuch von *Rübenstahl* und *Idler* die bislang umfassendste Gesamtdarstellung zum Thema Tax Compliance auf dem deutschen Markt. Wer bei Compliance Fragen mit steuerlichem Bezug auf dieses Werk zurückgreift, dürfte kaum etwas vermissen. Der Umfang und der Fokus auf die Praxis machen es zum idealen Hilfsmittel für Verantwortliche in Unternehmen und ihre juristischen Berater, gleich welcher Erfahrungsstufe.