

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Dr. Mayeul Hièramente
Antje Klätzer-Assion
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

LOStA a.D. Folker Bittmann
Dr. Laura Blumhoff
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
OSTA Raimund Weyand

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwältin Dr. Daphne Petry, LL.M., Köln

Strafbarkeit der Veranstaltung einer Zweitlotterie 107

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Sören Schomburg, Berlin

**Urteil des EuGH vom 27. Mai 2019 in den verbundenen
Rechtssachen C-508/18 und C-82/19 PP – Erlass eines EuHB
durch eine deutsche Staatsanwaltschaft 115**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Johann-Alexander Klöpfer, Heidelberg

**Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom
10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 128**

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

**Die Verjährung von Taten nach § 266a StGB – Anmerkung zu
LG Baden-Baden, Urteil v. 12.11.2018 133**

Veranstaltungen und politische Diskussion

Rechtsanwältin Antje Klätzer-Assion, Frankfurt a.M.

**FKS als „Finanzpolizei“? Zum Entwurf eines Gesetzes gegen
illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch vom
Bundestag verabschiedet 140**

Editorial

Wij – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., dritte Ausgabe 2019

Sommer, Sonne, Sonnenschein – und keine Krise am weiten blauen Himmel zu sehen?

Weit gefehlt, wenn man einer Studie des Kreditversicherers Atradius Glauben schenken darf. Danach steigt die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in diesem Jahr erstmals seit der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise vor ziemlich genau einem Jahrzehnt wieder an. Der Kreditversicherer prognostiziert dies mit Blick auf die besonders negative Entwicklung in Westeuropa. Allein in Deutschland rechnet Atradius mit einer Zunahme der Insolvenzen um zwei Prozent. Hauptursache sollen die zunehmenden Belastungen für internationale Geschäfte durch Handelskonflikte sein. Atradius erwartet bereits in diesem Jahr auch weltweit rund zwei Prozent mehr Firmeninsolvenzen als noch 2018.

Grund genug, sich in dieser Ausgabe wieder intensiver dem Insolvenzstrafrecht zu widmen. Neben einem ausführlichen Tagungsbericht des 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der ganz im Zeichen der zwischenzeitlich verabschiedeten EU-Restrukturierungsrichtlinie stand, setzt Weyand daher in gewohnt pointierter Manier seine Reihe „Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht“ fort. Das Europäische Parlament hat die Restrukturierungsrichtlinie am 28. März 2019 verabschiedet, sodass mit der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU alsbald zu rechnen ist. Anschließend haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit für die Umsetzung der Vorgaben. Spätestens bis 2022 wird es also in der Bundesrepublik einen präventiven Restrukturierungsrahmen geben, wobei noch nicht klar ist, wo die neu zu schaffenden Gesetzesbestimmungen letztlich angesiedelt werden – etwa in der InsO, dem HGB oder doch als eigenständiges Gesetz. Europa überlässt – wie üblich - viele wesentliche Detailfragen dem nationalen Gesetzgeber.

Keine Zeit gelassen hat sich der nationale Gesetzgeber hingegen mit der weiteren Stärkung der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS). In ihrem Beitrag „FKS als „Finanzpolizei“! teilt Klötzer-Assion mit, dass das in der letzten Ausgabe von der Verfasserin vorgestellte Gesetzesvorhaben mit dem Ziel, illegale Beschäftigung, Sozialleistungsmisbrauch und Schwarzarbeit effektiv(er) zu bekämpfen, am 6. Juni 2019 verabschiedet wurde. Die geplanten Änderungen kommen, das Gesetz ist im Vergleich zum Regierungsentwurf weitgehend unverändert.

Alexander Klöpfer diskutiert die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 10. April 2018, die sich ausführlich mit dem Umfang der Rechte und Pflichten eines Geldwäschebeauftragten befasst. Im Fokus stehen dabei das Recht auf eigene Ermittlungen, das (Nicht-)Vorliegen eines Geldwäscheverdachts und die Rechtzeitigkeit einer Verdachtsmeldung. Im Ergebnis postuliert er angesichts der Begründungsmängel des Beschlusses, dass sich Banken dazu veranlasst sehen, künftig noch früher und deutlich mehr Verdachtsmeldungen abzugeben. Geldwäscheverpflichtete sind gut beraten, sich vorerst an den Grundsätzen des Beschlusses des OLG Frankfurt zu orientieren.

Glück im Spiel – Pech in der Liebe (oder doch wegen strafrechtlicher Verantwortlichkeit)?! So oder so ähnlich wird man vermutlich unken, wenn spielinteressierte Personen in sogenannten Zweitlotterien online auf den Ausgang der Ziehung der Gewinnzahlen der „Primär“-Lotterien wetten. Der Frage, ob und inwieweit überhaupt das deutsche Strafrecht anwendbar ist, wenn die Veranstaltungsgesellschaft ihren Sitz im EU-Ausland hat und nur die Teilnahmemöglichkeit von Deutschland aus besteht, widmet sich Petry.

In diesem Sinne kann ich als passionierte „Pott-Kind“ nur sagen: Glück auf und viel Spaß bei der Lektüre!

Norman Lenger, LL.M., Köln

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

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

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Dr. Mayeul Hièramente, Antje Klötzer-Assion, Hannah Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, 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: LOStA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Laura Blumhoff, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, 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
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	107
Rechtsanwältin Dr. Daphne Petry, LL.M., Köln Strafbarkeit der Veranstaltung einer Zweitlotterie	107
Entscheidungskommentare	115
Rechtsanwalt Sören Schomburg, Berlin Urteil des EuGH vom 27. Mai 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-508/18 und C-82/19 PP – Erlass eines EuHB durch eine deutsche Staatsanwaltschaft	115
Wissenschaftlicher Mitarbeiter Johann-Alexander Klöpfer, Heidelberg Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17	128
Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln Die Verjährung von Taten nach § 266a StGB – Anmerkung zu LG Baden-Baden, Urteil v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16	133
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	136
Veranstaltungen und politische Diskussion	140
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. FKS als „Finanzpolizei“! - Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom Bundestag verabschiedet	140
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Aktuelle Probleme des Insolvenzstrafrechts – Tagungsbericht zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 16.5.2019	142
Rezensionen	147
Oberstaatsanwalt Dr. Marcus Schmitt, Wien Johanna Grzywotz: Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche (= Internetrecht und Digitale Gesellschaft Bd 15).	147

Aufsätze und Kurzbeiträge

Internationales Strafrecht

Rechtsanwältin Dr. Daphne Petry, LL.M., Köln

Strafbarkeit der Veranstaltung einer Zweitlotterie

Zweitlotterien ermöglichen spielinteressierten Personen, online auf den Ausgang der Ziehung der Gewinnzahlen der „Primär“-Lotterien zu wetten. Die Veranstaltungsgesellschaften haben ihren Sitz meist in einem anderen EU-Land, von wo die Zweitlotterie mit einer entsprechenden Lizenz abgewickelt wird. Lediglich die Teilnahmemöglichkeit besteht auch von Deutschland aus.

Das Veranstalten von Glücksspielen bzw. Lotterien ist in Deutschland ohne entsprechende behördliche Erlaubnis grundsätzlich strafbar. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei einer Zweitlotterie um ein Glücksspiel im Sinne von § 284 StGB oder um eine Lotterie im Sinne von § 287 StGB handelt, hängt eine Strafbarkeit maßgeblich davon ab, ob auf den konkreten Sachverhalt überhaupt das deutsche Strafrecht anwendbar ist (Ziff. I) und wie sich eine mögliche Unions- und/oder Verfassungswidrigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols auf das Tatbestandsmerkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ auswirkt (Ziff. II).

I. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Ausgangspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist das in § 3 StGB geregelte Territorialitätsprinzip, wonach das deutsche Strafrecht grundsätzlich für alle im Inland begangenen Straftaten Anwendung findet, unabhängig von der Nationalität des Täters oder des Opfers. Es geht somit um die Frage, wo die Straftat begangen wurde. Der Begehungsort wird durch § 9 StGB bestimmt.

Nach dem in § 9 StGB verankerten Ubiquitätsprinzip liegt der Begehungsort nicht nur im Inland, wenn der Täter in Deutschland gehandelt hat (§ 9 Abs. 1 Alt. 1 StGB), sondern auch dann, wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in Deutschland eingetreten ist (§ 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB). Es wird folglich sowohl auf den Handlungsort als auch auf den Erfolgsort abgestellt.

Hat der Veranstalter seinen Sitz im Ausland und befindet sich auch der Server, über welchen die Zweitlotterie abgewickelt wird, im Ausland, liegt der Handlungsort hinsichtlich des Veranstaltens im Ausland, auch wenn die Primärlotterie selbst im Inland stattfindet. Anknüpfungspunkt muss die Handlung des Täters sein, der selbst nur Einfluss auf die Zweitlotterie hat. Dass die Handlung durch das Internet auch in anderen Ländern Wirkung entfaltet, ändert nichts am Handlungsort, weil die Wirkung nicht Teil der Handlung ist. So hat auch der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Handlungsort nicht überall dort gegeben ist, wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet, weil der „Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung [...] nicht Teil ihrer selbst“ ist.¹ Der Handlungsort wird deshalb bei aktivem Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt.² Daraus folgt, dass der Handlungsort grundsätzlich im Ausland liegen wird, wenn der Sitz des Veranstalters sowie der Server im Ausland sind. Der Handlungsort führt somit nicht zu einer Inlandstat.

Das deutsche Strafrecht könnte jedoch Anwendung finden, wenn ein inländischer Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB vorliegt. Ob und in welcher Form die §§ 284, 287 StGB einen Erfolgsort enthalten, ist umstritten. Grund hierfür ist, dass es sich bei §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB nach h.M. um sog. abstrakte Gefährdungsdelikte handelt,³ sodass die Tatbestands-

¹ BGH NStZ 2015, 81, 82.

² MK/Ambos, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 8 m.w.N.

³ Schönke/Schröder-Heine/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 5; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 9; a.A. MK/Hohmann, § 284 Rn. 2.

verwirklichung lediglich die Vornahme der in der Vorschrift umschriebenen Handlung erfordert, nämlich das Veranstalten oder Halten eines Glücksspiels bzw. das Bereitstellen von Einrichtungen hierfür. Der Tatbestand setzt darüber hinaus keinen Erfolg voraus, sodass sich – wie bei anderen abstrakten Gefährdungsdelikten – die Frage stellt, ob die §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB überhaupt einen Erfolgsort im Sinne von § 9 StGB aufweisen können.

1. Ansichten in der Literatur zu §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB

Nach einer Ansicht in der Literatur weisen die §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB einen Taterfolg auf, sodass eine Anwendbarkeit auch bei Handlungen im Ausland in Betracht kommt. Einen Taterfolg gebe es nicht nur bei Erfolgsdelikten, die Frage nach dem Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB müsse normspezifisch am Schutzzweck der jeweiligen Strafvorschrift ausgerichtet werden. Der Taterfolg der tatbestandsspezifischen Handlung der §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB sei deshalb die Beteiligungsmöglichkeit im Inland, selbst wenn sich die Website im Ausland befindet.⁴ Diese Ansicht kann sich auch auf § 3 Abs. 4 GlüStV berufen, wonach ein Glücksspiel dort veranstaltet und vermittelt wird, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Taterfolg bzw. Tathandlungserfolg ist danach die Eröffnung der Beteiligungsmöglichkeit und diese tritt im Inland ein, auch wenn sie aus dem Ausland von einer im Ausland eingerichteten Webseite eröffnet wird.

Teilweise wird einschränkend verlangt, dass ein „Inlandsbezug“ feststellbar sein muss, etwa dadurch, dass das Angebot auf der Webseite in deutscher Sprache abgefasst ist oder sich in andere Weise auch an deutsche Teilnehmer richtet.⁵ Ein weiterer Inlandsbezug würde hinsichtlich der Zweitlotterie in der Bezugnahme auf die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Primärlotterie liegen.

Eine differenzierende Ansicht geht nur dann von einer Anwendung des deutschen Strafrechts aus, wenn im Wege der sog. „Push-Technologie“ das Online-Angebot vom Ausland aus, d.h. aktiv in deutsche Computersysteme übermittelt wird.⁶

Nach anderer Ansicht gibt es für §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB keinen Erfolgsort im Inland, wenn der Veranstalter im Ausland handelt, da es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt, das keinen Erfolgsort im Sinne von § 9 StGB aufweise.⁷ Es sei zu berücksichtigen, dass auch die Rahmenbedingungen für das Abhalten der Zweitlotterie im Ausland geschaffen werden. Hinsichtlich der Teilnahmemöglichkeit als Taterfolg könne nicht ohne Weiteres auf § 3 Abs. 4 GlüStV verwiesen werden, da auch hier die Teilnahmemöglichkeit gerade im Ausland und lediglich auch im Inland bestehe.⁸

2. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, ob § 284 Abs. 1 StGB als rein abstraktes Gefährungsdelikt einen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB aufweist, gibt es nicht. Es gibt jedoch höchstrichterliche Rechtsprechung zu anderen abstrakten Gefährungsdelikten, die vergleichsweise herangezogen werden kann.

Bislang hatte der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass es bei abstrakt-konkreten Gefährungsdelikten, bei denen die Tat ihre abstrakte Gefährlichkeit mit Blick auf das geschützte Rechtsgut im konkreten Fall entfalten muss, maßgeblich auf den Ort der Eignung zur konkreten Gefährdung ankomme (Fall *Toeben*)⁹:

„Bei abstrakt-konkreten Gefährungsdelikten ist ein Erfolg i.S.d. StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.“

In diesem Fall ging es um eine Strafbarkeit wegen Volksverhetzung nach § 130 StGB. Bei der Volksverhetzung sei deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Eignung zur Friedensstörung in Deutschland erfolge.¹⁰ Hinsichtlich des völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkts verwies der Bundesgerichtshof auf die deutsche Geschichte, aus der sich eine hinreichende Eignung zur Friedensstörung und damit eine konkrete Gefährdungseignung

⁴ NK/Gaede, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 18; MK/Hohmann, § 284 Rn. 35; OLG Köln MMR 2006, 230.

⁵ Vgl. Schönke/Schröder-Heine/Hencker, § 284 Rn. 35; LK/Krehl, 12. Aufl. 2008, § 284 Rn. 20a.

⁶ Vgl. Sieber NJW 1999, 2065 ff.

⁷ Barton/Gercke/Janssen wistra 2004, 321, 326; Kudlich/Berberich ZfWG 2016, 7, 9.

⁸ Vgl. Kudlich/Berberich ZfWG 2016, 7, 9.

⁹ BGHSt 46, 212 ff.

¹⁰ BGHSt 46, 212, 218.

ergebe.¹¹ Der Bundesgerichtshof ließ aber ausdrücklich offen, ob ein Erfolgsort auch bei rein abstrakten Gefährdungsdelikten wie den §§ 284, 287 StGB anzunehmen ist:

„Soweit von einer verbreiteten Meinung die Auffassung vertreten wird, abstrakte Gefährdungsdelikte könnten keinen Erfolgsort i.S.d. § 9 StGB haben (...), wird nicht immer hinreichend zwischen rein abstrakten und abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten differenziert.“

Hinsichtlich eines anderen rein abstrakten Gefährdungsdelikts, dem Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gemäß § 86a StGB, hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2014 entschieden, dass dieses Delikt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg umschreibe, so dass eine Inlandstat über § 9 StGB nicht begründet werden könne.¹² Dies galt, obwohl das Kennzeichen auf einer Website verwendet wurde, die in Deutschland abgerufen werden konnte. Der Bundesgerichtshof wies ausdrücklich darauf hin, dass „jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten ist“. Der Begriff des Erfolges i.S.v. § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB erfordere „eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumliche und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung“.

Noch weiter geht eine Entscheidung des dritten Senats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2016¹³, in der sich der dritte Senat ausdrücklich von der im Fall *Toebe*n (s.o.) geäußerten Rechtsauffassung distanziert und einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg beim abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte des § 130 StGB ablehnt. Zur Begründung wiederholt der dritte Senat seine bereits der Entscheidung aus dem Jahre 2014 zu entnehmenden Argumente, wonach der Ort des nur potentiellen Umschlagens einer abstrakten Gefahr kein Erfolgsort sei und der Schutzzweck einer Norm nicht mit einem Erfolg gleichgesetzt werden könne, an dem es auch bei einem auf ausländischem Boden begangenen abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte gerade fehle:

„Unabhängig von der Frage, ob die Regelung nicht nur auf Erfolgsdelikte im Sinne der allgemeinen Deliktslehre abstellt, ist jedenfalls an dem Ort, an dem (...) die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete lediglich umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten (...). Erforderlich wäre insoweit vielmehr eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung (...), zu der es in den Fällen einer bloß potentiellen Gefahr indes gerade nicht kommen muss; eine solche ist mithin kein Tatbestandsmerkmal und kein zum Tatbestand gehörender Erfolg.“¹⁴

3. Bewertung

Ähnlich wie § 130 StGB weist auch § 284 Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikte schon nach seinem Wortlaut keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg aus. Sämtliche Handlungen, die die abstrakte Gefahr begründen, wie das Einstellen der Inhalte auf den Server bzw. die Website und das Schaffen der Rahmenbedingung für die Teilnahme an der Zweitlotterie werden im Ausland geschaffen.¹⁵ Der Umstand, dass diese Handlungen auch Wirkung in Deutschland entfalten, indem von Deutschland aus online an der Zweitlotterie teilgenommen werden kann, weil die Inhalte der Internetseite im Inland abrufbar sind, ist nicht ausreichend, um einen weiteren Handlungsort oder einen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1 StGB zu begründen.¹⁶ Abstrakten Gefährdungsdelikten ist gerade immanent, dass es zu keiner räumlich oder zeitlich abtrennbaren Außenweltsveränderung kommt, sondern die bloß potenzielle Gefahr ausreicht. Die Teilnahmemöglichkeit ist kein zum Tatbestand gehörender (Tat-)Erfolg.

Die fehlenden Anknüpfungspunkte für das deutsche Strafrecht auf ausländische Veranstalter scheint auch der Gesetzgeber gesehen zu haben, weshalb er mit dem 6. StrG in § 284 Abs. 4 und § 287 Abs. 2 StGB eine Strafbarkeit für das Werben einfügte und dies u.a. damit begründete, dass sich die Vorschrift gerade auch gegen die illegale Glücksspielwerbung ausländischer Anbieter gegenüber dem inländischen Publikum richte und der ausländische

¹¹ BGHSt 46, 224.

¹² BGH NSTZ 2015, 81, 82.

¹³ BGH NSTZ 2017, 146 f.

¹⁴ BGH NSTZ 2017, 146, 147.

¹⁵ Vgl. auch *Kudlich/Berberich* ZfWG 2016, 7, 9.

¹⁶ Vgl. hierzu BGH NSTZ 2015, 81, 82; BGH NSTZ 2017, 146, 147.

Veranstalter die für seine Strafbarkeit in Deutschland erforderlichen Voraussetzungen der §§ 3, 9 StGB nicht erfülle.¹⁷

Liegt sowohl der Sitz des Veranstalters als auch der Server selbst im (EU-)Ausland, fehlt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht bereits an der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts. Der Handlungsort liegt im Ausland. Dass die Inhalte der Internetseite in Deutschland abrufbar sind, ist nicht ausreichend, um einen Erfolgsort i.S.v. § 9 StGB zu konstruieren, weil §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg ausweisen. Nur ergänzend sei hier angemerkt, dass diese Ansicht auch rechtspolitisch vorzugswürdig ist, weil eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zu einer uferlosen Ausweitung deutscher Strafgewalt und einer damit einhergehenden, nicht realisierbaren Ermittlungspflicht deutscher Ermittlungsbehörden führen würde.

Eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf Auslandstaten ist ausgeschlossen, selbst wenn es sich bei denjenigen, die Glückspielinhalte auf einem ausländischen Server einstellen bzw. einstellen lassen, um deutsche Staatsangehörige handelt. Denn Voraussetzung hierfür wäre, dass das Verhalten auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Dies ist aber gerade nicht der Fall, sofern das Glücksspiel mit einer gültigen Lizenz des jeweiligen Landes veranstaltet wird.

4. Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes auf Werbeaktivitäten?

Nachdem eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes auf das Veranstalten abgelehnt wurde, wenn der Veranstalter seinen Sitz im Ausland hat und dort handelt, stellt sich die Frage, ob das deutsche Strafrecht auf Werbeaktivitäten für Zweitlotterien Anwendung findet. Wie bereits oben ausgeführt, war dies zumindest die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Strafbarkeit für das Werben in §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB.

Eine Definition des Tatbestandsmerkmals „Werben“ i.S.d. § 284 Abs. 4 StGB konnte in der Rechtsprechung der Strafgerichte nicht gefunden werden. Im Schrifttum finden sich diverse Definitionsansätze. Je nach Autor bedeutet „werben“ ein planmäßiges Vorgehen mit dem für den Durchschnittsadressaten erkennbaren Ziel, andere für ein illegales Glücksspiel zu gewinnen.¹⁸ Andere verstehen darunter jede Aktivität, die darauf abzielt, einen anderen zur Beteiligung am Spiel zu bewegen.¹⁹ Wegen des ansonsten sehr geringen Anwendungsbereichs wird das Werben auch von *Gaede* weit verstanden, jede Form des Ankündigens und Anpreisens genügen, ein kommentarloser Link im Internet soll jedoch nicht genügen.²⁰

Hinsichtlich der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf das Werben lässt sich in der Rechtsprechung und in der Kommentarliteratur nur wenig finden. Oftmals wird ohne Begründung darauf verwiesen, dass die Spielbeteiligung vom Inland aus möglich sein und die Werbung im Inland erfolgen muss.²¹ Da es sich bei § 284 Abs. 4 StGB um ein unechtes Unternehmensdelikt handelt und das Werben somit keinen Erfolg verlangt, kommt es bei der Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts entscheidend darauf an, ob sich der Handlungsort i.S.v. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB in Deutschland befindet. Allein auf den Standort des Servers abzustellen, von dem die Werbung aus geschaltet wird, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausreichend.²² Der Handlungsort wird beim aktiven Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt.²³ Erforderlich für eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist somit, dass die Werbeanzeigen von Deutschland aus geschaltet werden.

5. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf es für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechtes ein Handeln und damit einen Aufenthaltsort des potenziellen Täters in Deutschland. Dass eine Teilnahmemöglichkeit in Deutschland besteht oder sich der Server, von dem die Werbung ausgeschaltet wird, im Inland befindet, reicht für sich genommen nicht für eine An-

¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 67 f., 13/9064 S. 21.

¹⁸ Schönke/Schröder-Heine/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 34.

¹⁹ SK-StGB-Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 37; BeckOK StGB-Hollering, 42. Ed. 1.5.2019, StGB § 284 Rn. 47, 48.

²⁰ Kindhäuser/Neumann/Paefgen-Gaede, StGB, 5. Auflage 2017, § 284 Rn. 25; so auch LG Deggendorf, MMR 2005, 124, 125.

²¹ Kindhäuser/Neumann/Paefgen-Gaede, StGB, 5. Auflage 2017, § 284 Rn. 25 m.w.N.; SK-StGB-Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 37.

²² So aber Schönke/Schröder-Eser/Weißer, 30. Aufl. 2019, StGB § 9 Rn. 7d.

²³ Vgl. BGH NStZ 2015, 81, 83.

wendbarkeit deutschen Strafrechts und damit für eine Strafbarkeit nach §§ 284 Abs. 1, 4, 287 Abs. 1, 2 aus.

Aufgrund der höchst umstrittenen Thematik der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei der Begehung von abstrakten Gefährdungsdelikten über das Internet, insbesondere bei eindeutigem Inlandsbezug, soll anschließend noch der Frage nachgegangen werden, ob eine Zweitlotterie – unabhängig von der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts – überhaupt „ohne Erlaubnis“ im Sinne von § 284 Abs. 1 StGB veranstaltet würde.

II. Ohne behördliche Erlaubnis?

Die Antwort auf die Frage, ob vorliegend die Zweitlotterie „ohne behördliche Erlaubnis“ veranstaltet wird, hängt entscheidend davon ab, wie das Merkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ zu verstehen ist. Unstreitig ist, dass dieses Merkmal ein negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnet und § 284 StGB mit Anbindung an dieses Merkmal verwaltungsakzessorisch ist.²⁴

1. Verwaltungsaktakzessorietät oder Verwaltungsrechtsakzessorietät?

Streitig ist jedoch, wie die Verwaltungsaktakzessorietät näher zu interpretieren ist: als Verwaltungsaktakzessorietät oder als Verwaltungsrechtsakzessorietät.

Eine Ansicht versteht § 284 StGB als verwaltungsaktakzessorische Strafvorschrift, wonach der Straftatbestand ohne Weiteres verwirklicht ist, wenn der Veranstalter über keine Erlaubnis der zuständigen deutschen Behörde verfügt. § 284 bezeichne ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt mit der Folge, dass die Genehmigungsfähigkeit des in Frage stehenden Verhaltens irrelevant ist.²⁵ Diese Ansicht hat die weitere Konsequenz, dass eine (mögliche) Verfassungswidrigkeit des einschlägigen Glücksspielrechts unbeachtlich sei, weil sie auf § 284 StGB nicht durchschlagen könne.²⁶ Selbst die (hypothetische) Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielrechts soll nach einem Teil der Anhänger dieser Ansicht die Anwendung des § 284 StGB nicht sperren.²⁷

Für die andere Ansicht ist § 284 StGB dagegen eine verwaltungsrechtsakzessorische Strafvorschrift und somit nicht nur von einer behördlichen Erlaubnis abhängig, sondern von dem in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Glücksspielrecht insgesamt. Die Strafbarkeit nach § 284 StGB setzt somit voraus, dass eine verwaltungsrechtliche Norm eine Erlaubnispflicht in rechtmäßiger Weise begründet.²⁸

Diese Ansicht kann sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts stützen. Ausgang ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Placanica*²⁹, wonach

„[d]as Strafrecht (...) nicht durch das Gemeinschaftsrecht garantierte Grundfreiheiten beschränken [darf] (...) Außerdem [darf] ein Mitgliedsstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt oder vereitelt hat.“

Das Bundesverfassungsgericht formuliert diese Konsequenz unmissverständlich in seinem Beschluss vom 15.4.2009³⁰ wie folgt:

„Die seinerzeitige Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten führt nach ganz überwiegender Auffassung einschließlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass für die hier maßgebliche Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 kein staatlicher Strafanspruch gegen private Vermittler von Oddset-Sportwetten besteht.“

²⁴ Vgl. nur MK/Hohmann, § 284 StGB Rn. 17 f. m.w.N.

²⁵ BGH (Z) NJW 2002, 2175, 2176; BVerwG NJW 2001, 2648, 2649; VGH München BeckRS 2017, 105391; Schönlke/Schröder-Heine/Hecker, § 284 Rn. 23; Beck-OK/Hollering, § 284 Rn. 24; Mosbacher NJW 2006, 3529, 3530 ff.; Beckemper/Janz ZIS 2008, 31, 37 f.; Hecker/Schmitt ZfWG 2006, 59, 63 ff.

²⁶ Mosbacher NJW 2006, 3529, 3530 ff.; Beckemper/Janz ZIS 2008, 31, 37 f.

²⁷ So ausdrücklich Hecker/Schmitt ZfWG 2006, 59, 65.

²⁸ BGH NJW 2007, 3078, 3081; BVerfG NJW 2006, 1261.

²⁹ EuGH NJW 2007, 1515, 1519.

³⁰ BVerfG BeckRS 2009, 34070, unter Ziff. 2 Buchst. bb.

Dieser Rechtsprechung hat sich auch der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs für den Bereich Sportwetten unter Berufung auf das Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Urteile des Europäischen Gerichtshofs zu den Fällen Gambelli und Placanica angeschlossen und festgestellt³¹,

„[d]ass die Frage der Strafbarkeit nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der landesrechtlichen Gesamtregelung des Sportwettenrechts zu beantworten ist, folgt aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB (...). Davon ausgehend, ist deshalb derjenige Anbieter von Sportwetten, der in der Vergangenheit (...) nicht zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschritten hat, um eine behördliche Erlaubnis i.S. von § 284 StGB zu beantragen (...), nicht nach dieser Strafvorschrift strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruht, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletzt.“

Entsprechend wird diese Ansicht auch nahezu einhellig von der Strafrechtsprechung, von Teilen der Verwaltungsjudikatur und von Teilen des strafrechtlichen Schrifttums vertreten.³²

2. Stellungnahme

Auch wenn der Wortlaut „ohne behördliche Erlaubnis“ für die erste Ansicht sprechen könnte, genauso wie die Verwaltungsaktakzessorietät anderer Strafrechtsnormen (z.B. §§ 327 Abs.1, 328 Abs.1 StGB), spricht vor allem das durch § 284 StGB geschützte Rechtsgut für die Verwaltungsrechtsakzessorietät. Denn das Rechtsgut des § 284 StGB ist nicht rein formeller Natur; es wird nicht lediglich formeller Verwaltungsungehorsam kriminalisiert. Dies müsste jedoch von den Anhängern der Verwaltungsaktakzessorietät konsequenterweise vertreten werden.³³ Die Norm hat vielmehr (auch) materielle Schutzzwecke, u.a. die Verhinderung einer übermäßigen Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen, die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs durch staatliche Kontrolle sowie die Verhinderung der Ausnutzung des natürlichen Spieltriebs.³⁴ Mit diesen Schutzzwecken stimmt § 284 StGB weitgehend mit denen des Glücksspielverwaltungsrechts überein. Die Strafvorschriften sind Teil der Gesamtregelungen zum Glücksspielrecht und können nicht unabhängig von der Legitimität des verwaltungsrechtlichen Glücksspielrechts betrachtet werden. Straftatbestände können nur Handlungen sein, die legitimes Verwaltungsrecht verletzen.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die aufgeführten Fundstellen für Vertreter einer Verwaltungsaktakzessorietät fast ausschließlich aus der Zeit vor der vorab genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Bundesverfassungsgerichts sowie des Europäischen Gerichtshofs stammen. Dies gilt insbesondere für die oben zitierte (zivilrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche) Rechtsprechung, die noch davon ausgeht, dass § 284 StGB unabhängig von der Legitimität des Verwaltungsrechts gemeinschaftsrechtlich unbedenklich ist.³⁵ Unberücksichtigt bleibt hier – da zeitlich vorgelagert – vor allem die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen Ince, in der der Europäische Gerichtshof erst kürzlich für einen deutschen Sachverhalt festhielt, dass die Dienstleistungsfreiheit den deutschen Behörden sowohl nach der alten Rechtslage als auch nach der neuen Rechtslage verbietet, private Veranstalter deshalb zu bestrafen, weil sie ohne eine deutsche Erlaubnis Sportwetten anbieten.³⁶

Aber auch in der Literatur lassen sich seit der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum noch Anhänger der Verwaltungsaktakzessorietät finden. *Heine/Hecker* halten zwar weiter an der Verwaltungsaktakzessorietät fest, verneinen jedoch die Anwendbarkeit des § 284 StGB. § 284 StGB sei wegen des Anwendungsvorranges des primären Unionsrechts auf grenzüberschreitende Sachverhalte nicht anwendbar, soweit eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung des staatlichen Glücksspielmonopols fehlt.³⁷ Auch *Hollering* stützen sich weiter auf die formelle Wirksamkeit einer Genehmigung und halten die Entscheidungen, § 284

³¹ BGH NJW 2007, 3078, 3081.

³² OLG München NJW 2008, 3151, 3152 ff.; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2008, 372 ff.; *Fischer, StGB*, 66. Aufl. 2019, § 284 StGB Rn. 14 ff.; *NK/Gaede*, § 284 Rn. 21; *MK/Hohmann*, § 284 Rn. 22; *Kudlich/Berberich ZfWG* 2016, 127 f.; aus der Verwaltungsjudikatur bspw. VG Kassel BeckRS 2004, 21079; VG Hamburg BeckRS 2011, 51330.

³³ Vgl. hierzu auch *Saliger/Tsambikakis*, *Neutralisiertes Strafrecht*, S. 19.

³⁴ Vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 67.

³⁵ Vgl. BGH (Z) NJW 2002, 2175, 2176; NJW 2004, 2158, 2169; VG Kassel NWWZ 2005, 99, 103.

³⁶ EuGH, GRUR Int. 2016, 365, 371.

³⁷ *Schönke/Schröder-Heine/Hecker* § 284 Rn. 2.

StGB auf Sachverhalte, in denen die Glücksspielrechtlichen Vorschriften verfassungswidrig sind, nicht anzuwenden, lediglich für zweifelhaft.³⁸

Insgesamt wird man festhalten können, dass aufgrund der verwaltungsrechtsakzessorischen Deutung des § 284 StGB durch den 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, das Bundesverfassungsgericht sowie den Europäischen Gerichtshof, der Streit zwischen Verwaltungsaktakzessorietät und Verwaltungsrechtsakzessorietät in der Praxis (richtigerweise) zugunsten der Verwaltungsrechtsakzessorietät als geklärt angesehen werden kann.

3. Folge der Verwaltungsrechtsakzessorietät

Die Einsicht in die Verwaltungsrechtsakzessorietät der § 284 und § 287 StGB markiert eine zentrale Weichenstellung, indem die Unionsrechts- und/oder Verfassungswidrigkeit des Glücksspielverwaltungsrechts zur Unanwendbarkeit der §§ 284, 287 StGB führt, d.h. unmittelbar auf die (fehlende) Tatbestandsmäßigkeit durchschlägt. Die Strafgerichte sprechen hier unter Bezugnahme auf die Wissenschaft teilweise von einer Neutralisierung des § 284 StGB, solange das in Bezug genommene Glücksspielrecht unvereinbar ist. So heißt es in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München aus dem Jahr 2006³⁹:

„Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht folgt eine Neutralisierung deutscher Straftatbestände für alle Fälle, in denen der Straftatbestand in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht. Neutralisierung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der deutsche Straftatbestand im konkreten Fall nicht angewendet werden darf. Voraussetzung für das Eingreifen einer Neutralisierung ist, dass dem deutschen Straftatbestand eine unmittelbar anwendbare Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht (...). Da jedes unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht die Kollision mit nationalem Strafrecht bewirken kann, können auch die europäischen Grundfreiheiten wie gerade die Dienstleistungsfreiheit nationale Strafnormen neutralisieren.“

Gleiches gilt im Ergebnis für eine (mögliche) Verfassungswidrigkeit. Zutreffend wird erkannt, dass das Strafrecht nicht zur Durchsetzung eines staatlichen Wettmonopols herangezogen werden kann, dass gegen Verfassungsrecht verstößt.⁴⁰

4. Unanwendbarkeit des § 284 StGB wegen Unionsrechts- und/oder Verfassungswidrigkeit des staatlichen Lotterieveranstaltungsmonopols?

Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 284 StGB ist folglich, ob das Lotterieveranstaltungsmonopol in seiner derzeitigen Ausgestaltung unions- und/oder verfassungswidrig ist.

Maßstäbe für die Unionsrechtskonformität des staatlichen Monopols ergeben sich aus dem Gambelli-Urteil des Europäischen Gerichtshofes, wonach der Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen der Allgemeinheit wie Verbraucherschutz, Bekämpfung von Spielsucht und Betrugsverbeugung gerechtfertigt sein kann. Der Eingriff muss zur Verwirklichung dieser Ziele geeignet, aber auch erforderlich sein und darf auf keinen Fall diskriminierend sein. Die Beschränkungen müssen „kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“⁴¹, was nach einer sektorübergreifenden Gesamtkohärenz zu beurteilen ist.⁴²

Als inkohärent und unsystematisch sieht der Europäische Gerichtshof ein Monopol insbesondere dann an, wenn der Monopolinhaber anreizende Werbung betreibt, die über das erforderliche Maß hinausgeht, indem die Werbung aktiv zur Teilnahme stimuliert, gleichzeitig aber andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern auf Grundlage einer Erlaubnis angeboten werden dürfen, die ein höheres Suchtpotenzial aufweisen, und die zuständigen Behörden eine Politik der Angebotserweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren.⁴³

In Anbetracht dieser Maßstäbe ergeben sich hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des deutschen Lotterieveranstaltungsmonopols erhebliche Zweifel. Insbesondere die Werbepraxis der Länder werden den vom europäischen Gerichtshof aufgestellten Maßstäben

³⁸ Beck-OK/Hollering § 284 Rn. 26.

³⁹ OLG München NJW 2006, 3588, 3591.

⁴⁰ OLG Hamburg BeckRS 2007, 12554, S. 13; OLG München NJW 2008, 3151, 3153.

⁴¹ EuGH NJW 2004, 139, 140.

⁴² Vgl. EuGH EuZW 2011, 674, 679.

⁴³ Vgl. EuGH NVwZ, 2010, 1409; vgl. auch EuGH GRUR Int. 2017, 768.

nicht gerecht. Die Werbeaktivitäten „beschränken sich nicht auf die Information und Aufklärung, um Spiellust wirksam in rechtmäßigen Bahnen zu lenken, sondern sind darauf gerichtet, auch bis dahin Unentschlossene zum Spiel anzuregen“⁴⁴. Auch das Verwaltungsgericht München sieht in der Werbepaxis einen systematischen Verstoß, der zur Unionsrechtswidrigkeit des Lotteriemonopols führt.⁴⁵

Für eine Unionsrechtswidrigkeit des Lotteriemonopols spricht weiter, dass die Lotterie im Allgemeinen und die Zweitlotterie im Besonderen im Vergleich zu anderen Glücksspielen kein besonderes Suchtpotenzial aufweist und die Zweitlotterie auch kein besonderes Manipulationsrisiko in sich birgt. In der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag wurde durch die Länder zu Lotterien ausgeführt, dass diese für pathologische und suchtgefährdende Spieler dem Kleinen und Großen Spiel in Spielbanken, den Sportwetten oder dem Spiel am Geldspielautomaten vergleichbar attraktiv sind.⁴⁶ Auch ein im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks erstelltes Gesundheitswissenschaftliches Gutachten weist darauf hin, dass Lotto 6 aus 49 zwar die in der Bevölkerung am weitesten verbreitete Glücksspielform ist, aber lediglich bei etwa 2 - 3 % der Spielteilnehmer ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten feststellbar ist.⁴⁷ Hintergrund hierfür sei vor allem die niedrige Ereignisfrequenz.⁴⁸

Wenn aber keine relevanten Suchtgefahren bestehen bzw. die Suchtgefahren im Vergleich zu anderen Glücksspielformen, die von privaten Veranstaltern auf Grundlage einer Erlaubnis angeboten werden dürfen, geringer sind, kann auch ein Monopol nicht verhältnismäßig sein. Dabei ist hinsichtlich der Zweitlotterie vor allem zu berücksichtigen, dass sich diese an der staatlich kontrollierten Primärlotterie orientiert und somit kaum gefährlicher als die Primärlotterie sein dürfte, da sie auch keine höhere Frequenz aufweist.

Eine Gefährlichkeit lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass eine Teilnahme nur online möglich ist. Neuere Studien zeigen, dass der Vertriebskanal Internet zwar – so wie viele anderen Tätigkeiten auch – mit Risiken verbunden ist. Diese Risiken gehen jedoch nicht über diejenigen von vergleichbaren stationären Glücksspielangeboten hinaus und können in einem regulierten Markt mit gezielten Spielerschutzmaßnahmen reduziert werden. Hinsichtlich Betrugsrisiken ist die regulatorische Überwachung im Internet sogar einfacher zu bewerkstelligen, da jede Transaktion dokumentiert wird und von Aufsichtsbehörden eingesehen werden kann.⁴⁹

Demnach bestehen zumindest ernsthafte Zweifel an der Unionrechtskonformität des Lotteriemonopols in der derzeitigen Ausgestaltung. Diese ernsthafte Zweifel reichen aus, um von einer strafrechtlichen Anwendungssperre der §§ 284, 287 StGB auszugehen. Nur erkennbare Rechtsklarheit ermöglicht normgerechtes Verhalten.⁵⁰ Die Rechtsunsicherheit führt zu einer Anwendungssperre.⁵¹

Lediglich ergänzend sei deshalb angemerkt, dass eine Erlaubnis aus einem EU Mitgliedstaat zwar nach h.M. keine legalisierende Wirkung hat.⁵² Auch der Europäische Gerichtshof hat auf der Grundlage des derzeitigen Stands des Gemeinschaftsrechts eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten der EU zur gegenseitigen Anerkennung von Erlaubnissen verneint (Urteil „Markus Stoß“).⁵³ Trotzdem ist gerade bei zweifelhafter Unionsrechtskonformität des Monopols und unter Berücksichtigung des ultima-ratio-Gedankens des Strafrechts zu berücksichtigen, dass die Veranstalter nicht ohne jegliche behördliche Kontrolle handeln wollen und mögliche Gefahren durch die Kontrolle des anderen Mitgliedsstaats gebannt sein könnten.

⁴⁴VGH Kassel GRUR-Prax 2017, 387.

⁴⁵Vgl. VG München BeckRS 2017, 131087.

⁴⁶Vgl. Erläuterungen zum GlüStV, Bay LT-Drucks. 16/11995, S. 18.

⁴⁷Meyer, Gesundheitswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DTLB), 2016, S. 34.

⁴⁸Meyer, Gesundheitswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DTLB), 2016, S. 5.

⁴⁹Vgl. hierzu die neuste Studie von Suzanne Lischer: „Das Gefährdungspotenzial von Internet-Glücksspielen und Möglichkeiten des Spielerschutzes“, ZfWG 2018, 2.

⁵⁰Vgl. OLG München NJW 2006, 3588, 3591; OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 372, 373 unter Bezugnahme auf das Sportwettenuurteil des BVerfG.

⁵¹Vgl. Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht, S. 40 ff.

⁵²Vgl. etwa BGH (Z) NJW 2004, 2160; NJW 2002, 2176; Fischer, § 284 Rn. 15a m.w.N.

⁵³Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010 - Rs. C-316/07.

III. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass bereits gute Argumente gegen die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Sachverhalte, in denen die Zweitlotterie im EU-Ausland mit Lizenz des entsprechenden Mitgliedstaates veranstaltet wird, sprechen. Bei den einschlägigen Straftatbeständen handelt es sich um abstrakte Gefährungsdelikte, sodass es für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts entscheidend darauf ankommt, wo der (mögliche) Täter handelt. Befindet sich sowohl der Sitz des Veranstalters als auch der Server im EU-Ausland, werden auch der oder die Verantwortliche(n) dort handeln. Es liegt eine Auslandstat vor. Eine mögliche Strafbarkeit wegen Werbens kommt nur dann in Betracht, wenn die Werbeanzeigen von Deutschland aus geschaltet werden.

Aufgrund des oftmals vorliegenden eindeutigen Inlandsbezugs der Zweitlotterie durch die Bezugnahme auf die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Primärlotterie sowie die Abfassung des Internetauftritts in deutscher Sprache, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unter Kreierung eines Erfolgsorts im Inland bejaht wird. Eine mögliche Strafbarkeit wird dann maßgeblich von der Union- und/oder Verfassungswidrigkeit des staatlichen Lotterieveranstaltungsmonopols abhängen. Dabei führt die Unionsrechtswidrigkeit nach h.M. zu einer Anwendungssperre. Die Unionsrechtswidrigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols wurde bisher jedoch noch nicht vom Europäischen Gerichtshof festgestellt. Bis dahin bestehen „lediglich“ erhebliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität, die nach der hier vertretenen Auffassung aber bereits zu einer strafrechtlichen Anwendungssperre der §§ 284 ff. StGB führen.

Entscheidungskommentare

Internationales Strafrecht

Rechtsanwalt Sören Schomburg, Berlin

Urteil des EuGH vom 27. Mai 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-508/18 und C-82/19 PP – Erlass eines EuHB durch eine deutsche Staatsanwaltschaft

Mit ihrer Entscheidung zur (fehlenden) Befugnis deutscher Staatsanwaltschaften zum Erlass eines Europäischen Haftbefehls und seinen Ausführungen zu ihrer fehlenden Unabhängigkeit zwingt die Große Kammer des EuGH die Bundesrepublik zu grundlegenden Änderungen bei der Beantragung eines Europäischen Haftbefehls, denn:

„Der Begriff „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass darunter nicht die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden.“

I. Sachverhalt

Die der Entscheidung zugrundeliegenden verbundenen Verfahren wurden dem EuGH durch den Irischen Supreme Court bzw. den Irischen High Court im Vorlageverfahren gem. Art. 267 AEUV vorgelegt.

Die Staatsanwaltschaften in Lübeck und Zwickau hatten in den zugrundeliegenden Fällen einen Europäischen Haftbefehl zur Übergabe zur Strafverfolgung erlassen.

1. Der EuHB der Staatsanwaltschaft Lübeck

Der Beschwerdeführer erhob hiergegen den Einwand, die Staatsanwaltschaft Lübeck sei keine „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584. Er stützte dieses Argument u.a. auf die Einbindung deutscher Staatsanwaltschaften in eine „Verwaltungshierarchie unter der Leitung des Justizministers“. Es bestehe die Gefahr einer politischen Einflussnahme. Die Staatsanwaltschaft verfüge daher nicht über die Unabhängigkeit eines Richters und dürfe zudem – mit wenigen Ausnahmen – keine Festnahme oder Inhaftierung anordnen.

Die Staatsanwaltschaft Lübeck gab auf eine entsprechende Anfrage des Irischen High Courts an, der Schleswig-Holsteinischen Minister für Justiz sei ihr gegenüber nicht weisungsbefugt. Nach nationalem Recht sei nur die vorgesetzte Staatsanwaltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht weisungsbefugt gegenüber dem Leitenden Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Lübeck. Darüber hinaus finde die Weisungsbefugnis ihre Schranke im Grundgesetz und in dem für das Strafverfahren geltenden Legalitätsprinzip, das seinerseits auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhe. Der Minister könne zwar unter Umständen gegenüber dem Generalstaatsanwalt ein sogenanntes „externes“ Weisungsrecht ausüben, müsse dabei aber die genannten Grundsätze beachten. Außerdem sei er in Schleswig-Holstein verpflichtet, den Präsidenten des Landtags zu unterrichten, wenn er dem Generalstaatsanwalt eine Weisung erteile. Im vorliegenden Fall habe weder der Justizminister dem Generalstaatsanwalt noch Letzterer der Staatsanwaltschaft Lübeck eine Weisung in Bezug auf den zugrundeliegenden Fall erteilt.

Der Irische High Court und ihm folgend der Court of Appeal sahen in der Staatsanwaltschaft Lübeck keine „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584. Der nunmehr zuständige Supreme Court hatte Zweifel daran, ob die Staatsanwaltschaft Lübeck die Voraussetzung der Unabhängigkeit und die Voraussetzung in Bezug auf die Rolle bei der Strafrechtspflege erfüllt, die sich aus den Urteilen des Gerichtshofs vom 29. Juni 2016, Kossowski (C-486/14, EU:C:2016:483), vom 10. November 2016, Poltorak (C-452/16 PPU, EU:C:2016:858), vom 10. November 2016, Özçelik (C-453/16 PPU, EU:C:2016:860), und vom 10. November 2016, Kovalkovas (C-477/16 PPU, EU:C:2016:861), ergeben und die erfüllt sein müssen, um die Staatsanwaltschaft als „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 einstufen zu können und legte das Verfahren dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Die Vorlagefragen lauteten:

- „1. Ist die Unabhängigkeit eines Staatsanwalts von der Exekutive anhand seiner Stellung in der entsprechenden nationalen Rechtsordnung zu beurteilen? Wenn nein, nach welchen Kriterien beurteilt sich dann die Unabhängigkeit von der Exekutive?
2. Ist ein Staatsanwalt, der nach nationalem Recht entweder direkt oder indirekt einer möglichen Leitung oder Weisung durch ein Justizministerium unterliegt, von der Exekutive hinreichend unabhängig, um als „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 angesehen werden zu können?
3. Wenn ja, muss der Staatsanwalt auch funktionell von der Exekutive unabhängig sein, und nach welchen Kriterien beurteilt sich die funktionelle Unabhängigkeit?
4. Falls er von der Exekutive unabhängig ist: Ist ein Staatsanwalt, dessen Aufgaben darauf beschränkt sind, Ermittlungen einzuleiten und durchzuführen sowie sicherzustellen, dass solche Ermittlungen objektiv und rechtmäßig durchgeführt werden, Anklagen zu erheben, gerichtliche Entscheidungen zu vollstrecken und Straftaten zu verfolgen, der keine nationalen Haftbefehle ausstellt und der keine richterlichen Aufgaben

wahrnehmen darf, eine „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584?

5. Ist die Staatsanwaltschaft Lübeck eine „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584?“

2. Der EuHB der Staatsanwaltschaft Zwickau

Die Staatsanwaltschaft Zwickau schloss sich den Ausführungen der Staatsanwaltschaft Lübeck an. Bereits zuvor hatte sie betont, der nationale Haftbefehl sei von einem unabhängigen Richter erlassen worden. Zudem sei sie, die Staatsanwaltschaft Zwickau, die nach Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige Behörde. Ergänzend zu den Ausführungen der Staatsanwaltschaft Lübeck bestätigte sie, dass im konkreten Einzelfall „die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Zwickau gegen die verfolgte Person unabhängig und ohne jede politische Einflussnahme durchgeführt werden“. Zu einem weiteren Verfahren in Irland kam es in diesem Verfahren nicht – bereits der High Court beschloss, das Verfahren auszusetzen und eine Vorabentscheidung des EuGH mit den identischen Vorlagefragen einzuholen.

II. Entscheidungsgründe

„42 Mit ihren jeweiligen Fragen, die gemeinsam zu prüfen sind, möchten die vorliegenden Gerichte wissen, ob der Begriff „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 dahin auszulegen ist, dass darunter die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die für die Verfolgung von Straftaten zuständig sind und in einem Unterordnungsverhältnis zu einem Organ der Exekutive dieses Mitgliedstaats wie einem Justizminister stehen, dessen Anordnungen oder Einzelweisungen sie im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar unterworfen werden können.

43 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass sowohl der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten als auch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der seinerseits auf dem gegenseitigen Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten beruht, im Unionsrecht fundamentale Bedeutung haben, da sie die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermöglichen. Konkret verlangt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen davon auszugehen, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte beachten (Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 Was insbesondere den Rahmenbeschluss 2002/584 angeht, geht aus seinem sechsten Erwägungsgrund hervor, dass der mit ihm eingeführte Europäische Haftbefehl im strafrechtlichen Bereich die erste konkrete Verwirklichung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung darstellt.

45 Dieser Grundsatz kommt in Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 zur Anwendung, der die Regel aufstellt, dass die Mitgliedstaaten jeden Europäischen Haftbefehl nach diesem Grundsatz und gemäß den Bestimmungen des Rahmenbeschlusses vollstrecken müssen. Die vollstreckenden Justizbehörden können daher die Vollstreckung eines solchen Haftbefehls grundsätzlich nur aus den Gründen verweigern, die in den Art. 3, 4 und 4a des Rahmenbeschlusses abschließend aufgezählt werden. Außerdem darf die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nur an eine der in Art. 5 des Rahmenbeschlusses abschließend geregelten Bedingungen geknüpft werden. Folglich stellt die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls den Grundsatz dar, während die Ablehnung seiner Vollstreckung als eng auszulegende Ausnahme ausgestaltet ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

46 Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung setzt jedoch voraus, dass nur Europäische Haftbefehle im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 gemäß dessen Bestimmungen zu vollstrecken sind. Wie aus diesem Artikel hervorgeht, handelt es sich bei einem solchen Haftbefehl um eine „justizielle Entscheidung“, so dass er von einer „Jus-

tizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses ausgestellt worden sein muss (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. November 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, Rn. 28, und vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 29).

47 Nach Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses ist ausstellende Justizbehörde die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats, die nach dem Recht dieses Staates für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständig ist.

48 Zwar können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Grundsatz der Verfahrenautonomie in ihrem nationalen Recht die für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige „Justizbehörde“ bestimmen, doch dürfen Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nicht der Beurteilung durch jeden Mitgliedstaat überlassen bleiben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. November 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, Rn. 30 und 31, sowie vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 31 und 32).

49 Der genannte Begriff bedarf in der gesamten Union einer autonomen und einheitlichen Auslegung, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs unter Berücksichtigung sowohl des Wortlauts von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 als auch des Kontexts, in den er sich einfügt, und des mit dem Rahmenbeschluss verfolgten Ziels zu ermitteln ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. November 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, Rn. 32, und vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 33).

[Zum Begriff „Justizbehörde“]

50 Insoweit ist erstens darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass sich der in dieser Bestimmung verwendete Begriff „Justizbehörde“ nicht allein auf die Richter oder Gerichte eines Mitgliedstaats beschränkt, sondern so zu verstehen ist, dass er darüber hinaus die Behörden erfasst, die in diesem Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken, im Unterschied insbesondere zu Ministerien oder Polizeibehörden, die zur Exekutive gehören (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. November 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, Rn. 33 und 35, sowie vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 34 und 36).

51 Daraus folgt, dass sich der Begriff „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 auf die Behörden eines Mitgliedstaats erstrecken kann, die, ohne notwendigerweise Richter oder Gerichte zu sein, in diesem Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken.

[...]

62 Insoweit hat die deutsche Regierung in ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen ausgeführt, nach den Bestimmungen des deutschen Rechts über das Strafverfahren seien die Staatsanwaltschaften zur Erhebung der öffentlichen Klage berufen, so dass sie allein für die Einleitung der Strafverfolgung zuständig seien. Außerdem seien die Staatsanwaltschaften aufgrund des Legalitätsprinzips grundsätzlich verpflichtet, gegen jede einer Straftat verdächtige Person Ermittlungen einzuleiten. Aus diesen Angaben geht hervor, dass die Staatsanwaltschaften generell im Rahmen des Strafverfahrens die Vorbedingungen für die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch die Strafgerichte dieses Mitgliedstaats zu schaffen haben.

63 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaften im betreffenden Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken.

[Zum Begriff der „Unabhängigkeit“]

64 Zweitens haben die vorlegenden Gerichte unter Bezugnahme auf das Erfordernis der Unabhängigkeit der Gerichte Zweifel daran, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Staatsanwaltschaften dieses Erfordernis erfüllen, da sie in eine hierarchische Struktur mit dem Justizminister des betreffenden Bundeslands an der Spitze eingebunden seien, wobei dieser Minister gegenüber den Stellen, die ihm wie die Staatsanwaltschaften untergeordnet seien, zu Kontrolle, Leitung und sogar Weisung befugt sei.

65 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Rahmenbeschluss 2002/584 zur Schaffung eines vereinfachten Systems der unmittelbaren Übergabe zwischen Justizbehörden dient,

das an die Stelle eines mit einem Eingriff und einer Beurteilung durch die politische Gewalt verbundenen Systems der klassischen Kooperation zwischen souveränen Staaten treten soll, um im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts den freien Verkehr strafrechtlicher justizieller Entscheidungen sicherzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 41).

66 In diesem Rahmen muss, wenn ein Europäischer Haftbefehl ausgestellt wird, damit ein anderer Mitgliedstaat eine zum Zweck der Strafverfolgung gesuchte Person festnimmt und übergibt, diese Person in einem ersten Stadium des Verfahrens in den Genuss der Verfahrens- und Grundrechte gekommen sein, deren Schutz die Justizbehörden des Ausstellungsmitgliedstaats nach dem anzuwendenden nationalen Recht, insbesondere im Hinblick auf den Erlass eines nationalen Haftbefehls, zu gewährleisten haben (Urteil vom 1. Juni 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, Rn. 55).

67 Das System des Europäischen Haftbefehls enthält somit einen zweistufigen Schutz der Verfahrens- und Grundrechte, in deren Genuss die gesuchte Person kommen muss, da zu dem gerichtlichen Schutz auf der ersten Stufe, beim Erlass einer nationalen Entscheidung wie eines nationalen Haftbefehls, der Schutz hinzukommt, der auf der zweiten Stufe, bei der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls, zu der es gegebenenfalls kurze Zeit nach dem Erlass dieser nationalen justiziellen Entscheidung kommen kann, zu gewährleisten ist (Urteil vom 1. Juni 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, Rn. 56).

68 Bei einer Maßnahme, die – wie die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls – das in Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Recht auf Freiheit des Betroffenen beeinträchtigen kann, impliziert dieser Schutz, dass zumindest auf einer seiner beiden Stufen eine Entscheidung erlassen wird, die den einem wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz innewohnenden Anforderungen genügt.

69 Folglich muss, wenn nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaats für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls eine Behörde zuständig ist, die in diesem Mitgliedstaat an der Rechtspflege mitwirkt, aber kein Richter oder Gericht ist, die nationale justizielle Entscheidung – wie ein nationaler Haftbefehl –, auf die sich der Europäische Haftbefehl stützt, ihrerseits diese Anforderungen erfüllen.

70 Die Erfüllung dieser Anforderungen ermöglicht es dabei, der vollstreckenden Justizbehörde zu garantieren, dass die Entscheidung, zum Zweck der Strafverfolgung einen Europäischen Haftbefehl zu erlassen, auf einer gerichtlichen Kontrolle unterworfenen nationalen Verfahren beruht und dass die Person, gegen die sich der nationale Haftbefehl richtet, über alle dem Erlass derartiger Entscheidungen eigene Garantien verfügte, insbesondere über diejenigen, die sich aus den in Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584 genannten Grundrechten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.

71 Die in Rn. 67 des vorliegenden Urteils erwähnte zweite Stufe des Schutzes der Rechte des Betroffenen impliziert, dass die nach nationalem Recht für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige Justizbehörde insbesondere überprüft, ob die für seine Ausstellung erforderlichen Voraussetzungen eingehalten wurden und ob seine Ausstellung in Anbetracht der Besonderheiten des Einzelfalls verhältnismäßig war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 47).

72 Die Gewährleistung dieser zweiten Stufe des Schutzes obliegt nämlich der „ausstellenden Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584, d. h. der Stelle, die letztlich die Entscheidung trifft, den Europäischen Haftbefehl auszustellen; dies gilt auch dann, wenn der Europäische Haftbefehl auf einer nationalen Entscheidung beruht, die von einem Richter oder einem Gericht getroffen wurde.

73 Die „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 muss daher in der Lage sein, diese Aufgabe in objektiver Weise wahrzunehmen, unter Berücksichtigung aller be- und entlastenden Gesichtspunkte und ohne Gefahr zu laufen, dass ihre Entscheidungsbefugnis Gegenstand externer Anordnungen oder Weisungen, insbesondere seitens der Exekutive, ist, so dass kein Zweifel daran besteht, dass die Entscheidung, den Europäischen Haftbefehl auszustellen, von dieser Behörde getroffen wurde und nicht letzten Endes von der Exekutive (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, Rn. 42).

74 Infolgedessen muss die ausstellende Justizbehörde der vollstreckenden Justizbehörde die Gewähr bieten können, dass sie angesichts der nach der Rechtsordnung des Ausstellungsmitgliedstaats bestehenden Garantien bei der Ausübung ihrer der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls innewohnenden Aufgaben unabhängig handelt. Diese Unabhängigkeit verlangt, dass es Rechts- und Organisationsvorschriften gibt, die zu gewährleisten vermögen, dass die ausstellende Justizbehörde, wenn sie die Entscheidung trifft, einen solchen Haftbefehl auszustellen, nicht der Gefahr ausgesetzt ist, etwa einer Einzelweisung seitens der Exekutive unterworfen zu werden.

75 Außerdem müssen, wenn nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaats für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls eine Behörde zuständig ist, die in diesem Mitgliedstaat an der Rechtspflege mitwirkt, aber selbst kein Gericht ist, in dem Mitgliedstaat die Entscheidung über die Ausstellung eines solchen Haftbefehls und insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit in einer Weise gerichtlich überprüfbar sein, die den Erfordernissen eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes voll und ganz genügt.

76 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den in den Vorlageentscheidungen enthaltenen und von der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigten Angaben zwar, dass die deutschen Staatsanwaltschaften zur Objektivität verpflichtet sind und nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln haben. Gleichwohl verfügt nach den genannten Angaben der Justizminister über ein „externes“ Weisungsrecht gegenüber den Staatsanwaltschaften (§§ 146 und 147 GVG).

77 Wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt hat, verleiht dieses Weisungsrecht dem Justizminister die Befugnis, unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung einer Staatsanwaltschaft zu nehmen, einen Europäischen Haftbefehl zu erlassen oder gegebenenfalls nicht zu erlassen. Die deutsche Regierung hat hinzugefügt, dass das Weisungsrecht insbesondere im Stadium der Prüfung, ob die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls verhältnismäßig ist, ausgeübt werden kann.

78 Die deutsche Regierung hat zwar darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht Garantien vorsehe, die es ermöglichen, das Weisungsrecht des Justizministers gegenüber der Staatsanwaltschaft zu begrenzen, so dass die Fälle, in denen von ihm Gebrauch gemacht werden könne, äußerst selten seien.

79 Dabei hat sie zum einen angegeben, das für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft geltende Legalitätsprinzip vermöge zu gewährleisten, dass etwaige Einzelweisungen des Justizministers die sich aus Gesetz und Recht ergebenden Grenzen jedenfalls nicht überschreiten. Zudem seien die Staatsanwälte im Land Schleswig-Holstein und im Freistaat Sachsen Beamte, die nicht wegen der bloßen Nichtbeachtung einer Weisung ihres Amtes enthoben werden könnten. Zum anderen hat sie ausgeführt, im Land Schleswig-Holstein müssten Weisungen des Ministers gegenüber den Staatsanwaltschaften schriftlich erteilt und dem Präsidenten des Landtags mitgeteilt werden. Im Freistaat Sachsen sehe der Koalitionsvertrag der Landesregierung vor, dass vom Weisungsrecht des Justizministers in einer Reihe von Einzelfällen während der Laufzeit des Koalitionsvertrags kein Gebrauch mehr gemacht werde.

80 Festzustellen ist jedoch, dass solche Garantien – ihr Vorliegen unterstellt – jedenfalls nicht völlig ausschließen können, dass Entscheidungen der Staatsanwaltschaft über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede stehen, im Einzelfall einer Weisung des Justizministers des betreffenden Bundeslands unterworfen werden könnten.

81 Zunächst mag es zwar zutreffen, dass nach dem Legalitätsprinzip eine offensichtlich rechtswidrige Weisung des Ministers von der betreffenden Staatsanwaltschaft grundsätzlich nicht zu befolgen wäre, doch ist, wie aus Rn. 76 des vorliegenden Urteils hervorgeht, das Weisungsrecht des Ministers im GVG anerkannt, und dort ist nicht näher geregelt, unter welchen Voraussetzungen es ausgeübt werden kann. Dass es das genannte Prinzip gibt, ist daher für sich genommen nicht geeignet, den Justizminister eines Bundeslands daran zu hindern, auf die Ermessensausübung durch die Staatsanwaltschaften dieses Bundeslands bei ihrer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls Einfluss zu nehmen; dies hat die deutsche Regierung im Übrigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt.

82 Ferner mag zwar in einigen Bundesländern wie im Land Schleswig-Holstein für Weisungen des Ministers die Schriftform vorgeschrieben sein. Gleichwohl bleiben sie, wie in der vorstehenden Randnummer hervorgehoben, nach dem GVG zulässig. Überdies haben die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof ergeben, dass angesichts der allgemeinen Formulierung des GVG jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass Weisungen mündlich erteilt werden.

83 Schließlich mag die Exekutive im Freistaat Sachsen zwar beschlossen haben, derzeit in bestimmten Einzelfällen keinen Gebrauch vom Weisungsrecht zu machen; diese Garantie erstreckt sich aber offenbar nicht auf alle Fälle. Sie ist jedenfalls nicht gesetzlich verankert worden, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass sich die Sachlage in der Zukunft durch eine politische Entscheidung ändern könnte.

84 Wie in Rn. 73 des vorliegenden Urteils ausgeführt, besteht aufgrund der Gefahr, dass die Exekutive im Einzelfall einen solchen Einfluss auf die Staatsanwaltschaft ausüben könnte, aber keine Gewähr dafür, dass die Staatsanwaltschaft bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls die in Rn. 74 des vorliegenden Urteils erwähnten Garantien erfüllt.

85 Diese Erwägung kann nicht durch den von der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof angeführten Umstand in Frage gestellt werden, dass der Betroffene gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaften über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden vor den zuständigen deutschen Gerichten Klage erheben kann.

86 In Anbetracht der Angaben der deutschen Regierung dürfte die Existenz dieses Rechtsbehelfs als solche nämlich nicht geeignet sein, die Staatsanwaltschaften vor der Gefahr zu bewahren, dass ihre Entscheidungen im Rahmen der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls einer Einzelweisung des Justizministers unterworfen werden.

87 Mit einem solchen Rechtsbehelf kann zwar gewährleistet werden, dass die Wahrnehmung der Aufgaben der Staatsanwaltschaft einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden kann, doch bleibt eine etwaige Einzelweisung des Justizministers gegenüber den Staatsanwaltschaften im Rahmen der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls nach deutschem Recht jedenfalls zulässig.

88 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Staatsanwaltschaften, da sie der Gefahr ausgesetzt sind, bei ihrer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls von der Exekutive beeinflusst zu werden, eines der Erfordernisse für ihre Einstufung als „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 offenbar nicht erfüllen, und zwar das Erfordernis, die Gewähr für unabhängiges Handeln im Rahmen der Ausstellung eines solchen Haftbefehls zu bieten.

89 Im vorliegenden Fall ist es dabei aus den in Rn. 73 des vorliegenden Urteils genannten Gründen irrelevant, dass den Staatsanwaltschaften Lübeck und Zwickau im Rahmen der Ausstellung der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Europäischen Haftbefehle von den Justizministern der betreffenden Bundesländer keine Einzelweisung erteilt wurde.

90 Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass der Begriff „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 dahin auszulegen ist, dass darunter nicht die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden.“

III. Anmerkung

1. Einleitung

Das Urteil des EuGH hat in der Fachliteratur und der Öffentlichkeit große Aufmerksamkeit erfahren nicht zuletzt, weil die Entscheidung dahingehend ausgelegt wurde, dass der EuGH die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in Deutschland allgemein in Frage stellt.

Nach kurzer Darstellung des bisherigen Systems zum Erlass EuHB (dazu 2.) wird die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Erlass eines EuHB dargestellt (unter 3.). Anschließend sollen die zentralen Aussagen des Urteils zusammengefasst werden (dazu 4.), bevor eine Bewertung der Entscheidung erfolgt (unter 5.) und die aus der Entscheidung resultierenden Folgewirkungen erörtert werden (dazu 6.).

2. Erlass EuHB in Deutschland

Der Europäische Haftbefehl wurde mit Rahmenbeschluss 2002/584/JI (nachfolgend „RB-EuHB“) eingeführt und in Deutschland im IRG (§§ 78 ff. IRG) umgesetzt. Im Fokus des Urteils des EuGH vom 27. Mai 2019 steht dabei die deutsche Praxis der Ausstellung eines (ausgehenden) EuHB; nicht unmittelbar betroffen sind damit (eingehende) EuHB, in denen um Auslieferung des Verfolgten an einen anderen EU-Staat ersucht wird.

Die Ausstellung eines EuHB in Deutschland als sog. Ausstellungstaat erfolgt dabei auf zwei Stufen.

- Grundlage ist zunächst ein nationaler Haftbefehl durch den zuständigen Richter (bspw. gem. § 112 ff. StPO).
- Der EuHB wird durch die Staatsanwaltschaft erlassen. Die Bundesrepublik Deutschland hat diesbezüglich am 7. Dezember 2006 folgende Erklärung zu Art. 6 Abs. 3 RB-EuHB abgegeben: „Zuständige Justizbehörden nach Art. 6 sind die Justizministerien des Bundes und der Länder. Diese haben die Ausübung ihrer aus dem Rahmenbeschluss folgenden Befugnisse zur Stellung ausgehender Ersuchen (Art. 6 Abs. 1) in der Regel auf die Staatsanwaltschaften der Länder und die Landgerichte [...] übertragen“¹. Darauf beruhend wird in der deutschen Praxis das in Artikel 8 RB-EuHB vorgesehene Formblatt – inklusive der verkürzten Beschreibung des Tatvorwurfs und die Einordnung in die Deliktstypen gem. Art. 2 Abs. 2 RB-EuHB – für den EuHB durch die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft ausgefüllt und an die übrigen Mitgliedsstaaten verschickt und ggf. durch das Bundeskriminalamt in die nationalen und internationalen Fahndungssysteme (bspw. SIS) aufgenommen. Die Entscheidung, ob ein nationaler Haftbefehl auch transnational angewendet werden soll, obliegt damit den Staatsanwaltschaften.

Als (nationale) Rechtsgrundlage für diese Entscheidung wurde § 131 StPO (Ausschreibung zur Festnahme) gesehen.

Auf Grundlage dieses EuHB erfolgt sodann die Festnahme in einem Mitgliedstaat der EU, dem „Vollstreckungsstaat“.

3. Bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Erlass eines EuHB

Der EuGH hat sich in vier zentralen Entscheidungen zu den formellen Anforderungen an den Erlass eines EuHB geäußert.

Dabei geht er von einem zweistufigen Verfahren auf Ebene des Ausstellungsstaates aus und begründet dies in einem Urteil vom 1. Juni 2016 (Rechtssache *Bob-Dogi*; 241/15) und vom 10. November 2016 (Rechtssache *Özcelik*; C-453/16 PPU). Auf der ersten Stufe steht dabei der Erlass eines nationalen Haftbefehls; die zweite Stufe im Ausstellungsstaat ist der Erlass eines EuHB.

Zur **ersten Stufe** hält der EuGH in *Bob-Dogi* fest, dass der Erlass eines EuHB den Erlass eines vom EuHB zu trennenden nationalen Haftbefehls voraussetze. In *Özcelik* führt der EuGH aus, dass der nationale Haftbefehl einer nationalen Staatsanwaltschaft ausreichende Grundlage eines später durch ein Gericht erlassenen EuHB sein kann (*Özcelik*, Rz. 38). Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft sei eine „justizielle Entscheidung“ im Sinne des Art. 8 Abs. 1 c des RB-EuHB. Für die hier zu besprechenden Fallgestaltungen war damit jedoch keine Entscheidung getroffen; *Özcelik* betraf den Erlass des nationalen Haftbefehls auf der ersten Stufe, während das hier besprochene Urteil vom 27. Mai 2019 den Erlass des EuHB auf der zweiten Stufe betrifft.

¹ Dokument 12509/06 – Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2002/584/JI), hier: Bericht nach Artikel 34 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über die Umsetzung in innerstaatliches Recht.

Die übrigen Entscheidungen betreffen die **zweite Stufe**. Die Befugnis zum Erlass eines EuHB innerhalb des Ausstellungsstaates war Gegenstand der Entscheidungen in den Rechtssachen *Kovalkovas* und *Poltorak* (Urteile vom 10. November 2016; Rechtssachen C-477/16 und C-452/16 PPU).

In *Poltorak* kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass das schwedische Reichspolizeiamt bereits keine „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RB-EuHB sei und daher auch keinen EuHB erlassen könne. Zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit waren daher keine Ausführungen veranlasst und sind der Entscheidung auch nicht zu entnehmen. Allgemein hielt der EuGH darin jedoch fest, dass sich der Begriff „Justizbehörde“ nicht allein auf die Richter oder Gerichte eines Mitgliedsstaates beschränke, sondern auch darüber hinaus Behörden erfasst seien, die in der betreffenden Rechtsordnung zur Mitwirkung bei der Rechtspflege berufen sind. Diesen Grundsätzen folgend kommt der EuGH in der vorliegenden Entscheidung zu dem Schluss, dass deutsche Staatsanwaltschaften „Justizbehörden“ in diesem Sinne seien (Rz. 63).

Auch die Rechtssache *Kovalkovas* ist vom vorliegenden Fall klar abzugrenzen. Hier hatte der EuGH zu beurteilen, ob der Erlass des EuHB durch das litauische Justizministerium rechtmäßig war. Auch hier ging der EuGH zwar zunächst davon aus, dass die erlassende „Justizbehörde“ nicht zwingend ein Gericht sein müsse (*Kovalkovas*, Rz. 34). Ein Exekutivorgan wie das Justizministerium falle jedoch nicht unter den Begriff „Justizbehörde“. Die Justizbehörde müsse in der Judikative bzw. der Rechtspflege angesiedelt sein.

Allgemein hält das Gericht fest, dass die Bestimmung eines Exekutivorgans zur Ausstellung eines EuHB darauf hinauslaufen würde, der Exekutive die Entscheidungsbefugnis im Verfahren zur Übergabe gesuchter Personen einzuräumen, was durch den RB-EuHB gerade ausgeschlossen werden solle (*Kovalkovas*, Rz. 42). Das Justizministerium sei daher nicht als „Justizbehörde“ anzusehen und daher nicht zur Ausstellung eines EuHB berechtigt.

Sowohl in *Poltorak* als auch in *Kovalkovas* hält der EuGH fest, dass die Regelung des RB-EuHB voraussetzen, dass der Vollstreckungsstaat Gewissheit darüber habe, dass die Ausstellung EuHB einer solchen justiziellen Kontrolle unterlag. In keiner der genannten Entscheidungen bestand somit die Erforderlichkeit, auf die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Justizbehörde näher einzugehen.

4. Zentrale Aussagen der Entscheidung

Nach Ansicht des EuGH ist die bisherige Auslegung des Begriffs der „Justizbehörde“ durch die deutschen Behörden und Gerichte nicht mit Art. 6 Abs. 1 RB-EuHB vereinbar. Die bisherige Praxis der Ausstellung eines EuHB durch die Staatsanwaltschaft sei unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall vom Weisungsrecht Gebrauch gemacht wurde oder nicht, unzulässig. Die Staatsanwaltschaft wirke zwar an der Strafrechtspflege mit; sie sei jedoch nicht unabhängig.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe in der Rechtssache *Bob-Dogi* wiederholt der EuGH die Erforderlichkeit des Schutzes der Verfahrens- und Grundrechte im vereinfachten System der unmittelbaren Übergabe nach den Vorschriften des RB-EuHB. Dabei sei bereits auf Ebene des Ausstellungsstaates eine zweistufige Prüfung erforderlich.

Aus den in der Rechtssache *Kovalkovas* festgehaltenen Grundsätzen zum Ausschluss der Beeinflussung der Entscheidung über den Erlass eines EuHB entwickelt der EuGH sodann die Anforderungen an die Unabhängigkeit (Rz. 74 und 75):

„Infolgedessen muss die ausstellende Justizbehörde der vollstreckenden Justizbehörde die Gewähr bieten können, dass sie angesichts der nach der Rechtsordnung des Ausstellungsmitgliedstaats bestehenden Garantien bei der Ausübung ihrer der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls innewohnenden Aufgaben unabhängig handelt. Diese Unabhängigkeit verlangt, dass es Rechts- und Organisationsvorschriften gibt, die zu gewährleisten vermögen, dass die ausstellende Justizbehörde, wenn sie die Entscheidung trifft, einen solchen Haftbefehl auszustellen, nicht der Gefahr ausgesetzt ist, etwa einer Einzelweisung seitens der Exekutive unterworfen zu werden.“

Außerdem müssen, wenn nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaats für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls eine Behörde zuständig ist, die in diesem Mitgliedstaat an der Rechtspflege mitwirkt, aber selbst kein Gericht ist, in dem Mitglied-

staat die Entscheidung über die Ausstellung eines solchen Haftbefehls und insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit in einer Weise gerichtlich überprüfbar sein, die den Erfordernissen eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes voll und ganz genügt.“

Diese Unabhängigkeit müsse nicht nur im Einzelfall vorliegen – wie hier vom Freistaat Sachsen versichert (Rz. 84). Vielmehr dürfe kein Zweifel an der Unabhängigkeit der Entscheidung bestehen; es genüge die Gefahr, dass die Exekutive im Einzelfall einen solchen Einfluss auf die Staatsanwaltschaft ausüben könnte.

Diesen Anforderungen genüge die deutsche Regelung aufgrund des in §§ 146, 147 GVG geregelten Weisungsrechts, das nach den Ausführungen der Bundesregierung im vorliegenden Verfahren auch im Zusammenhang mit dem Erlass eines EuHB ausgeübt werden kann (Rz. 81), nicht. Die Möglichkeit einer gerichtlichen Prüfung der Weisung ändere daran nichts, weil eine Beeinflussung der Entscheidung über den EuHB möglich bleibe.

5. Bewertung

Gerade vor dem Hintergrund der letztgenannten Ausführungen des EuGH sind im Anschluss an das Urteil des EuGH Diskussionen über die Abschaffung des Weisungsrechts gem. § 146, 147 GVG aufgekommen. Stellt man wie der EuGH in seiner Entscheidung nicht auf die Unabhängigkeit der Entscheidung über den EuHB im Einzelfall ab, sondern auf die abstrakte Gefahr einer Einwirkung auf den Entscheidungsprozess, kann diesen Anforderungen nach hiesiger Auffassung nur dann entsprochen werden, wenn das Weisungsrecht abgeschafft wird oder – und dies scheint die naheliegendere Option zu sein – die Entscheidung über den Erlass des EuHB auf einen Richter übertragen wird.

In der Sache ist die Entscheidung des EuGH zu begrüßen, da sie den Rechtsschutz des Betroffenen im Verfahren stärkt.² Bekanntlich ist der Rechtsschutz im Verfahren nach dem RB-EuHB gerade im Vollstreckungsstaat stark eingeschränkt. Diese Beschränkung des Grundrechtsschutzes kann nur durch eine Stärkung der Verfahrensrechte im Ausstellungsstaat ausgeglichen werden.

Zwar könnte argumentiert werden, dass die bisherige deutsche Regelung einen ausreichenden Rechtsschutz gewährleistet. Über die Freiheitsentziehung wurde durch einen Richter entschieden. Dieser erließ nach entsprechender Prüfung gem. §§ 112 ff. StPO den nationalen Haftbefehl.³ Durch den Staatsanwalt erfolgte „nur“ die Erweiterung auf einen EuHB. Für die bestehende Regel spräche zudem, dass es der EuGH in der Rechtssache *Bob-Dogi* als ausreichend ansah, dass der nationale Haftbefehl von einer Staatsanwaltschaft erlassen wurde, wenn der EuHB durch einen Richter erlassen wurde. Auch in der vorliegenden Entscheidung lässt es der EuGH unter Verweis auf Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union grundsätzlich genügen, „dass zumindest auf einer seiner beiden Stufen eine Entscheidung erlassen wird, die den einem wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz innewohnenden Anforderungen genügt.“ (Rz. 68). Daraus könnte man verallgemeinernd schließen, dass die Beteiligung eines Richters auf einer der beiden nationalen Stufen ausreichend ist.

Allerdings hatte der EuGH in der Rechtssache *Bob-Dogi* auch die Notwendigkeit einer zweistufigen Prüfung auf Ebene des Ausstellungsstaates betont. Daher ist es nur konsequent, wenn er auch in den vorliegenden Rechtssachen eine eigenständige Prüfung auf Ebene des Ausstellungsstaates auf beiden Stufen – beim Erlass des nationalen Haftbefehls und des EuHB – voraussetzt. Denn mit dem Erlass des EuHB geht eine erhebliche Erweiterung des Eingriffs in die Freiheitsrechte des Verfolgten einher.

- Dies ergibt sich allein aus der **territorialen Erweiterung** des Anwendungsbereichs des zunächst rein nationalen Haftbefehls. Dieser ist nicht mehr allein in Deutschland, sondern in der gesamten EU gültig.
- Darüber hinaus wird bei Erlass des EuHB bspw. über das Vorliegen einer **Katalogtat** gem. Art. 2 Abs. 2 RB-EuHB entschieden. Die Entscheidung hierüber wiederum hat massive Auswirkungen auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Verfolgten im Vollstre-

² Vgl. auch Knierim, FD-StrafR 2019, 417986; a.A. Kreiner in FD-StrafR 2019, 418016 mit Verweis auf Böhm, NJW 2006, 2592; die Erforderlichkeit einer unabhängigen richterlichen Prüfung herausgestellt bereits bei W. Schomburg, in Europastrafrecht und Europäischer Haftbefehl – Mogelpackung zum Nachteil europäischer Bürger, in Stephan Breitenmoser, Sabine Gless and Otto Lagodny, Schengen und Dublin in der Praxis, 2015, 221-246.

³ Kreiner in FD-StrafR 2019, 418016; Müller-Jacobsen in FD Strafr 2019, 41970.

ckungsstaat. Wird eine Katalogtat angenommen, wird die beiderseitige Strafbarkeit grundsätzlich nicht mehr geprüft. Vielmehr beschränkt sich die Prüfung in diesen Fällen auf die Frage, ob die Zuordnung des Geschehens zu der entsprechenden Deliktsgruppe plausibel ist und allenfalls auf die weitere Frage, ob der geschilderte Geschehensablauf schlüssig ist.⁴

- Zudem stellt die **Zusammenfassung des Sachverhalts** gem. Art. 8 Abs. 1 e RB-EuHB die Grundlage der weiteren Freiheitsentziehung und der Prüfung der Voraussetzungen an den EuHB im Vollstreckungsstaat dar, nicht mehr die Darstellung durch den Richter im nationalen Haftbefehl.
- Vor allem aber führt der Erlass des EuHB in der Regel zu einer **deutlich längeren Freiheitsentziehung** des Verfolgten. Zwar ist die Vollstreckung des EuHB grundsätzlich an enge Fristen gebunden. So ist die Entscheidung über die Auslieferung binnen 60 Tagen zu treffen (§ 83c Abs. 1 IRG). Auch die eigentliche Überstellung soll innerhalb von 10 Tagen nach der Entscheidung über die Bewilligung erfolgen (§ 83c Abs. 4 S. 1 IRG). Beide Fristen können aber bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ verlängert werden (§ 83c Abs. 5 IRG). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass während dieses in der Praxis häufig über 45 Tage dauernden Verfahrens⁵ stark eingeschränkte und **stark formalisierte Verteidigungsmöglichkeiten** bestehen; eine Verteidigung gegen den Tatverdacht ist im Vollstreckungsstaat im Unterschied zum nationalen Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht möglich. Der Durchschnittsverfolgte kann sich die erforderliche effektive und koordinierte Verteidigung in beiden Staaten schon finanziell nicht leisten.

Vor allem diese Kombination aus Auswirkungen auf die Verteidigungsrechte und die längere Verfahrensdauer wirken sich auf die **Verhältnismäßigkeit** der Freiheitsentziehung aus, die eine gesonderte Prüfung der Erweiterung des nationalen Haftbefehls durch eine unabhängige Instanz erforderlich macht.

Diese Überlegungen scheint der EuGH seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Er hebt die Entscheidung über den Erlass eines EuHB als eigenständige Entscheidung hervor, die eine eigenständige Prüfung der Voraussetzungen des Erlasses eines EuHB sowie insbesondere der Verhältnismäßigkeit voraussetze (Rz. 71, 72).

Es ist daher nur konsequent, dass der EuGH seine bisherige Rechtsprechung konkretisiert hat:

- der EuHB kann zwar auch von einer Justizbehörde erlassen werden, die kein Gericht ist;
- um den Grundrechtsschutz und insbesondere die eigenständige Prüfung der Voraussetzungen des Erlasses eines EuHB zu gewährleisten, müssen in diesen Fällen aber erhöhte Anforderungen an die Unabhängigkeit der ausstellenden Behörde gelten.
- Nur so ist eine mittelbare Einflussnahme auf die Entscheidung über den Erlass des EuHB ausgeschlossen.

Sehr weit geht das Gericht dabei aber, wenn es die abstrakte Gefahr einer Beeinflussung der Entscheidung über den Erlass eines EuHB genügen lässt. Aus Verteidigungssicht ist dies aber begrüßenswert, denn eine (interne) Weisung im Einzelfall zu belegen, wird gerade in Anbetracht der kurzen Fristen im Verfahren nach dem RB-EuHB praktisch kaum möglich sein. Auch diesen Umstand hat der Gerichtshof in seine Entscheidung einfließen lassen (Rz. 82).

6. Folgewirkungen der Entscheidungen

Viel diskutiert wurde bereits, welche Folgewirkungen das Urteil der Großen Kammer auf bestehende und von einer Staatsanwaltschaft erlassene EuHB haben wird (dazu a.) und wie das Verfahren zum Erlass eines EuHB reformiert werden muss, um den Anforderungen des EuGH zu genügen (dazu b.). Unerwünschte Folgewirkungen könnte das Urteil aber auch

⁴ OLG Schleswig NJW 2019, 93; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2007, 376.

⁵ „Nach einem Bericht der Europäischen Kommission vom 11.4.2011 betrug die durchschnittliche Dauer eines Übergabeverfahrens im Jahr 2009 16 Tage bei Zustimmung des Verfolgten und 48 Tage bei Verweigerung der Zustimmung.“ (BeckOK StPO/Inhofer, 20. Ed. 15.1.2015, RB (EU) 2002/584/JI Art. 1 Rn. 17, beck-online)

auf die ständige Rechtsprechung des EuGH zum Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bzw. Art. 54 SDÜ haben (dazu c.).

a) Auswirkungen auf bestehende EuHB

aa) Deutsche EuHBs

Unmittelbar im Anschluss an die Entscheidung des EuGH wurde in Frage gestellt, ob die bisher durch deutsche Staatsanwaltschaften erlassenen EuHBs weiterhin vollstreckt werden können. Die Anzahl der davon möglicherweise betroffenen Haftbefehle wurde zum Teil auf 2.000⁶, zum Teil aber auch auf ca. 5.600⁷ beziffert, und von einer Unwirksamkeit des bestehenden nationalen EuHB ausgegangen.⁸

Diese leiden – zunächst – unter einem Formfehler und sind daher – nach Maßgabe der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates – anfechtbar.

Zutreffend wird aber auch darauf hingewiesen⁹, dass die Vollstreckungsstaaten nach den Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Bob-Dogi*¹⁰ vor Ablehnung der Bewilligung der Überstellung etwaige Bedenken gegen den EuHB gegenüber dem Ausstellungsstaat (Deutschland) mitzuteilen haben. Eine Heilung des Formmangels durch Erlass eines durch einen Richter erlassenen EuHB scheint daher jedenfalls – ungeachtet der dafür erforderlichen Kapazitäten – nicht ausgeschlossen.¹¹

Keine Auswirkungen dürfte die Entscheidung auf Fälle haben, in denen Beschuldigte auf Grundlage eines (fehlerhaften) EuHB einer deutschen Staatsanwaltschaft nach Deutschland überstellt wurden. Wie der 2. Senat des OLG München in einem Beschluss vom 13. Juni 2019 ausführt, beruht die Freiheitsentziehung in Folge der Überstellung nach Deutschland nicht mehr auf dem EuHB, sondern auf dem nationalen Haftbefehl, der unabhängig von der Entscheidung des EuGH fortbesteht.¹² Insofern dürfte in der Regel das nach herrschender Meinung immer noch geltende völkerrechtliche Prinzip des „male captus, bene detentus“ gelten.

bb) Eingehende EuHBs von ausländischen Staatsanwaltschaften

Aber auch Verfahren, in denen Deutschland Vollstreckungsstaat ist, sind von der Entscheidung des EuGH betroffen, da nicht nur deutsche Staatsanwaltschaften EuHBs erlassen haben. Dies entspricht bspw. auch der Praxis in Schweden, den Niederlanden, Bulgarien, Litauen oder Österreich.¹³ Hier empfiehlt sich jedenfalls die Prüfung der nationalen Regelungen und insbesondere die Recherche, ob die dortige Staatsanwaltschaft einem Weisungsrecht unterworfen ist.

b) Neuausrichtung EuHB

Neben den Auswirkungen des Urteils auf bestehende EuHBs wird vor allem über eine Reform der Umsetzung des EuHB in Deutschland diskutiert.

⁶ Öhmichen, FD Strafr 2019, 417966.

⁷ Heintschel-Heinegg, Beck-Community, Eintrag vom 2. Juni 2019.

⁸ Öhmichen, FD Strafr 2019, 417966.

⁹ Öhmichen, FD Strafr 2019, 417966.

¹⁰ „Dies vorausgeschickt, muss diese Behörde vor dem Erlass einer solchen Entscheidung, die schon ihrer Natur nach im Rahmen der Anwendung des vom Rahmenbeschluss eingeführten Systems, das auf den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens beruht, die Ausnahme bleiben muss, nach Art. 15 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen zusätzlichen Informationen bitten, die es ihr ermöglichen, zu prüfen, ob das Fehlen der Angabe des Vorliegens eines nationalen Haftbefehls im Europäischen Haftbefehl damit zu erklären ist, dass es tatsächlich an einem solchen vorübergehenden nationalen Haftbefehl fehlt, der nicht mit dem Europäischen Haftbefehl identisch ist, oder damit, dass ein solcher Haftbefehl zwar vorliegt, aber nicht angeführt wurde.“ (Urteil vom 1. Juni 2016, Bob-Dogi, C-241/15, Rz. 65)

¹¹ Einem „Working Paper“ der Deutschen Delegation beim Generalsekretariat des EU-Rats vom 28. Mai 2019 zu Folge wird Deutschland die nationalen Verfahren dahingehend ändern, dass EUHB nur von Gerichten erlassen werden (abrufbar unter: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejnupload/News/WK-6666-2019-INIT.PDF> (abgerufen am 14. Juli 2019)).

¹² OLG München, Beschluss vom 13. Juni 2019, Az.: 2 Ws 587/19, BeckRs 2019, 12391.

¹³ Öhmichen, FD Strafr 2019, 417966.

Als „große Lösung“ wird dabei (erneut) die Abschaffung des Weisungsrechts gem. §§ 146, 147 GVG gefordert¹⁴, um so die eingeforderte Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften herzustellen.

Alternativ wird als „kleine Lösung“ der Erlass des EuHB durch einen Richter vorgeschlagen. Auch angesichts der Eilbedürftigkeit aufgrund der Vielzahl der offenen Fahndungen auf Grundlage eines durch die Staatsanwaltschaft erlassenen EuHB erscheint sie zunächst vorzugswürdig, da sie zu einer unabhängigen Prüfung und Entscheidung durch einen Richter führt. Nach Medienberichten hat das BMJV die Länder darauf hingewiesen, dass EuHBs künftig durch einen Richter ausgestellt werden müssen.¹⁵

Dabei wird jedoch zu beachten sein, dass ein „vereinfachtes Verfahren“, in dem der nationale Haftbefehl und der EuHB in einer Entscheidung ergehen, den Anforderungen des EuGH nicht entsprechen würde. Nach den Ausführungen des EuGH in der Sache *Bob-Dogi* bedarf es sowohl (1.) des Erlasses eines nationalen Haftbefehls und (2.) einer separaten Entscheidung über den Erlass eines EuHB. Entscheidend dürfte es dabei sein, dass aus der Entscheidung über den EuHB klar hervorgeht, dass die Voraussetzungen des Erlasses des EuHB unabhängig überprüft wurden. Dies gilt nicht nur für die Schilderung des Tatvorwurfs und die Einordnung in die Deliktskategorien des Art. 2 Abs. 2 RB-EuHB, sondern vor allem für die Verhältnismäßigkeit der weitergehenden Anordnung des EuHB.

c) Auswirkungen auf *ne bis in idem*?

Eine weitergehende Bedeutung könnte die Entscheidung des EuGH zudem erhalten, wenn der EuGH das Urteil zum Anlass nehmen würde, die Entscheidungen deutscher Staatsanwaltschaften nicht mehr als verfahrensbeendend anzuerkennen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gilt das Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 54 SDÜ auch „für zum Strafklageverbrauch führende Verfahren [...], in denen die Staatsanwaltschaft eines Mitgliedstaats ohne Mitwirkung eines Gerichts ein in diesem Mitgliedstaat eingeleitetes Strafverfahren einstellt, nachdem der Beschuldigte bestimmte Auflagen erfüllt und insbesondere einen bestimmten, von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat“¹⁶. Die Entscheidung der deutschen Staatsanwaltschaft gem. § 153a StPO hindert demnach die erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat.

Wie auch in der hier besprochenen Entscheidung stellt der EuGH in diesem Zusammenhang auf die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung ab. Durch sein Urteil vom 27. Mai 2019 stellt der EuGH nunmehr die Unabhängigkeit deutscher Staatsanwaltschaften und somit auch die Grundlage für das gegenseitige Vertrauen und die gegenseitige Anerkennung in Frage.

Nach hiesiger Auffassung ist jedoch auch nach dem Urteil keine Änderung der bisherigen ständigen Rechtsprechung des EuGH erforderlich; sie wäre in der Sache auch nicht geboten. Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ beruht auf der wechselseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen und schützt den Betroffenen vor einer erneuten Strafverfolgung wegen derselben Tat. Demgegenüber greift der Erlass eines EuHB durch die Staatsanwaltschaft in die Grundrechte des Verfolgten ein; nur insofern – und gerade nicht in den *ne bis in idem*-Fällen – ist ein erhöhter Grundrechtsschutz erforderlich und daher eine gerichtliche Prüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft erforderlich. Es bedarf daher keiner Änderung der Rechtsprechung des EuGH; die Entscheidungen deutscher Staatsanwaltschaften gem. § 153a StPO begründen damit auch weiterhin grundsätzlich das Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 50 EUGRCh und Art. 54 SDÜ.

IV. Zusammenfassung

Das Urteil des EuGH ist zu begrüßen, da es den Schutz der vom EuHB betroffenen Personen im System der Übergabe von Personen schützt. Die Entscheidung ist die konsequente aber

¹⁴ Heintschel-Heinegg, Beck-Community, Eintrag vom 2. Juni 201 unter Verweis auf Forderungen des Deutschen Richterbundes; FD-StrafR 2019, 417725 und 417726; <https://www.drj.de/newsroom/mediencenter/nachrichten/nachricht/news/politisches-weisungsrecht-abschaffen/> (abgerufen am 14. Juni 2019).

¹⁵ <https://www.lto.de/recht/justiz/j/eugh-europaeischer-haftbefehl-folgen-deutsche-staatsanwaelte-nicht-unabhaengig-reformen/> (abgerufen am 14. Juli 2019).

¹⁶ Grundlegend: Urteil des Gerichtshofes vom 11. Februar 2003, Rechtssachen Gözütok (C-187/01) und Brügge (C-385/01), NStZ 2003, 332; zuletzt EuGH Urteil vom 29.6.2016 – C-486/14 (Kossowski), NJW 2016, 2939; vgl. auch W. Schomburg/Suominen-Picht, NJW 2012, 2019; Hackner, NStZ 2011, 425.

hinsichtlich der hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft sehr weit greifende Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl. Mit diesen hohen Anforderungen ist die bisherige deutsche Praxis des Erlasses eines EuHB durch eine Staatsanwaltschaft bei unverändertem Fortbestand des Weisungsrechts gem. §§ 146, 147 GVG nicht vereinbar. Mit einer Abschaffung des Weisungsrechts ist dennoch nicht zu rechnen – vielmehr sollen EuHB zukünftig durch einen Richter erlassen werden. Ein bloßes Abzeichnen eines von der Staatsanwaltschaft vorbereiteten Formulars wird dafür aber nicht genügen; vielmehr bedarf es einer dokumentierten und nachvollziehbaren Prüfung durch einen Richter, der neben den Voraussetzungen des EuHB insbesondere dessen Verhältnismäßigkeit nachvollziehbar prüfen muss. Auswirkungen auf die (gegenseitige) Anerkennung von Entscheidungen der Staatsanwaltschaften dürften sich aus der Entscheidung jedoch (in der Regel) nicht ergeben.

Geldwäsche

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Johann-Alexander Klöpfer, Heidelberg

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17

I. Problemstellung

Die Entscheidung des OLG Frankfurt befasst sich ausführlich mit dem Umfang der Rechte und Pflichten eines Geldwäschebeauftragten und nimmt dabei insbesondere zu dessen Recht auf eigene Ermittlungen, das (Nicht-) Vorliegen eines Geldwäscheverdachts und die Rechtzeitigkeit einer Verdachtsmeldung Stellung.

II. Sachverhalt und Gang des Verfahrens

Der 2. Strafsenat des OLG Frankfurt a.M. hatte über die Rechtsbeschwerde einer Geldwäschebeauftragten einer Bank gegen die Verhängung dreier Geldbußen wegen verspätet erfolgter Geldwäscheverdachtsmeldungen gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 14 i.V.m. § 11 Abs. 1 GWG a.F. zu entscheiden.

Am 6.9.2016 hatte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einen Bußgeldentscheid gegen die Betroffene wegen Verletzung der Pflicht zur unverzüglichen Erstattung von Meldungen gem. § 11 Abs. 1 GwG a.F. (§ 43 Abs. 1 GwG n.F.) erlassen und Geldbußen in Höhe von je 6.000 €, 2.500 € und 4.000 € festgesetzt.

Auf ihren Einspruch hin hat das AG Frankfurt die Betroffene am 10.7.2017 wegen leichtfertigen nicht rechtzeitigen Nachkommen der Pflicht zur Abgabe einer Verdachtsmeldung in drei Fällen zu Geldbußen in Höhe von 2.000 €, 900 € und 1.300 € verurteilt.

Nach den Feststellungen des AG Frankfurt wurde die Betroffene Ende 2010 bei der Bank eingestellt, um die Abteilung Geldwäsche weiter auszubauen war im Tatzeitraum zur Geldwäschebeauftragten bestellt und der damals für Geldwäscheprevention (Financial Sections) und Auskunftersuchen zuständigen Einheit... vorgesetzt... und damit insbesondere für die Vornahme von Geldwäscheverdachtsmeldungen verantwortlich. Zuvor war sie in einem Zeitraum von über 10 Jahren bei einer Bank ebenfalls als Geldwäschebeauftragte tätig.

Die von der BaFin als verspätet angesehenen Geldwäscheverdachtsmeldungen betrafen alle Bargeldeinzahlungen und Überweisungen einer Kundin. Die Bankkundin war Ehefrau einer politisch exponierten Person (peP) im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2006/70/EG

(umgesetzt durch GwBeKErgG v. 13.8.2008¹). Die Kundin war der Kundengruppe "Standard (Risiko) – High Volume Customer" zugeordnet. Weder für unter ihrem Namen noch für das mit ihrem zwischenzeitlich verstorbenen Mann gemeinschaftlich geführte Konto war der peP-Status bankseitig erfasst worden.

Fall 1 und 3

Während zweier Filialbesuche - 29.01.2013 (Fall 1) sowie 27.5.2013 (Fall 3) - ließ sich die Kundin Zugang zu ihrem Schließfach bei der kontoführenden Bank verschaffen, zahlte anschließend, jeweils taggleich Bargeldbeträge im sechsstelligen Bereich auf die Konten ein. Ebenfalls am 27.3.2013 überwies die Kundin 400.000 € auf ein in ihrem Namen bei einer anderen Bank geführtes Konto. Die Transaktionen wurden jeweils am Folgetag filialintern in der Umsatzüberwachungsliste ausgesteuert und vom zuständigen Kundenbetreuer freigegeben. Eine interne Meldung an die Geldwäschebeauftragte erfolgte nicht und auch das bei der Bank genutzte Monitoring-System generierte keine automatisierte Meldung. Die Beträge hätten jeweils die bankinterne Meldeschwelle bei Kunden mit peP-Status (40.000 €) für hohe Bargeldeinzahlungen überschritten, die für die Kundengruppe "Standard (Risiko)" (200.000 €) jedoch nicht. Eine zentralisierte „manuelle Überprüfung“ von Bargeldeinzahlungen durch die Geldwäschebeauftragte bzw. durch ihre Abteilung war nicht vorgeesehen.

Am 12.6.2013 erlangten Mitarbeiter der Geldwäschefallbearbeitung der Bank der Betroffenen Kenntnis vom Sachverhalt (Fall 3), da aufgrund der Transaktion in Höhe von 400.000 € der Compliance-Bereich der zweiten Bank Kontakt aufgenommen hatte, um die Mittelherkunft zu plausibilisieren. Nach Analyse des gesamten Sachverhalts (Fälle 1-3) wurde die Betroffene über diesen am 26.6.2013 in Kenntnis gesetzt.

Diese entschloss sich, die Kundin durch den sie betreuenden Mitarbeiter zunächst zu den Hintergründen der Transaktionen zu befragen. Diese Befragung fand am 15.7.2013 telefonisch statt. Im Rahmen dieses Telefonats äußerte sich die Kundin unter anderem dahingehend „sie hätte die Einzahlung und Transaktion nicht gemacht, wenn sie gewusst hätte, dass Nachfragen erfolgen würden“. Insbesondere diese Aussage veranlasste die Betroffene eine Verdachtsmeldung abzugeben, welche am 18. Juli 2013 der Geldwäscheclearingstelle des zuständigen Landeskriminalamts per Fax übersandt wurde. Der wesentliche Inhalt der halbseitigen Begründung benannte die Schließfachbesuche und die anschließende Bareinzahlung durch die Kundin. Die Äußerung der Kundin im Telefonat vom 15.7.2013, dass sie bei Kenntnis der Nachfrage die Transaktion nicht getätigt hätte, wird in der Verdachtsmeldung nicht erwähnt.

Für die Fälle 1 und 3 hat das OLG die Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass der Tenor des Urteils des AG Frankfurt dahingehend geändert werde, dass die Geldbußen wegen vorsätzlicher Verletzung der unverzüglichen Meldepflicht von Verdachtsfällen in zwei Fällen in Höhe von 2.000 € und 1.300 € festgesetzt werde.

Fall 2

Am 01.03.2013 wurden bankintern von einem Konto der Kundin 110.000 € auf eines, das vormals für die Eheleute geführt wurde, überwiesen. Nach Ansicht des OLG stelle diese Transaktion nicht ohne weiteres eine verdachtsmeldepflichtige Transaktion i.S.d. § 11 GWG a.F. dar. Allerdings komme ein Freispruch nicht Betracht, da sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe [des AG] hinreichend deutliche Indizien dafür ergeben, dass auch der Fall 2 eine verdachtsmeldepflichtige Transaktion darstellen könnte.²

Strafrechtliches Ermittlungsverfahren

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche gegen die Kundin wurde durch die Staatsanwaltschaft nach §170 Abs. 2 StPO eingestellt.

III. ANMERKUNG

Der Beschluss des 2. Strafsenats des OLG Frankfurt ist in mehr als nur einem Aspekt für die Fachwelt interessant und für Verpflichtete bedeutsam.

¹ BGBl I 2008, S. 1690 ff.

² OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 29.

Nicht nur sind die Veröffentlichungen von Entscheidungen zu den Bußgeldtatbeständen des GWG rar, sondern ist diese - soweit ersichtlich - die erste obergerichtliche, die sich ausführlich mit der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 11 Abs. 1 GWG a.F. auseinandersetzt.

Im konkreten Fall musste das Gericht die Fragen beantworten, ob die Bargeldeinzahlungen der Kundin meldepflichtige Transaktionen darstellten und ob die ggf. obligatorischen Verdachtsanzeigen „unverzüglich“ erfolgten oder nicht.

1. Meldepflichtigkeit der Transaktionen

Die geldwäscherechtliche Beurteilung einer einzelnen Transaktion und erst recht eines komplexeren Sachverhalts kann oft alles andere als einfach sein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Verpflichtete eine Transaktion unverzüglich zu melden, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 StGB handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorisfinanzierung stehen.³

Für das OLG Frankfurt scheinen schon die Bareinzahlungen von mehreren 100.000 € und deren folgende Überweisung hierfür zu genügen.⁴ Es bleibt im Dunkeln an welche der zahlreichen Vortaten des Katalogs des § 261 StGB das Gericht konkret gedacht haben mag. Einen versteckten Hinweis enthält die Urteilsbegründung in der nebulös „mögliche Verstöße der Kontoinhaberin gegen die Abgabenordnung“ erwähnt werden⁵, ohne diese zu präzisieren. Sollte der erkennende Senat hierbei zum Beispiel an hinterzogene Steuern auf Vermögenserträge gedacht haben, so bleibt völlig unklar wie diese erwirtschaftet worden sein könnten. Zumindest drängt sich die Erkenntnis auf, dass die bloße Einlagerung von Bargeld in einem Bankschließfach ausscheiden muss, da diese keine Erträge abwirft.

Dass keine wirkliche Auseinandersetzung bezüglich der Meldepflichtigkeit der Transaktion seitens des Gerichts stattgefunden hat wird zudem durch eine weitere Formulierung deutlich: „[...] egal welche Angaben die Kontoinhaberin zur Herkunft des Bargeldes gemacht hätte, es wären Bargeldeinzahlungen geblieben und damit Verdachtsfälle“.⁶

Nimmt man die Entwicklungsgeschichte der Anforderungen, die an den Verdachtsgrad für eine Meldepflicht zu stellen sind, so ist unbestritten, dass diese keineswegs einen Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinne (§ 152 StPO) erfordern. Ausreichend, aber auch erforderlich, sind vielmehr Tatsachen, die auf einen relevanten Sachverhalt hindeuten, also somit die Einschätzung des Verpflichteten, dass ein solcher vorliegen *könnte*.⁷ Hierbei hat der Verpflichtete also einen gewissen Beurteilungsspielraum und darf eine subjektive Einschätzung aus den konkreten Umständen heraus vornehmen.⁸ Die Höhe der Bargeldeinzahlungen im vorliegenden Fall ist gewiss ungewöhnlich, aber nicht jede außergewöhnliche Transaktion deutet automatisch auf Tatsachen i.S.d. § 11 GWG a.F. hin. Wie *Pelz* treffend feststellt, müssen vielmehr die bekannt gewordenen Umstände gerade darauf hindeuten, dass das Bargeld aus einer Geldwäschevortat stammt.⁹

Man mag in einer Gesamtschau der Umstände – Höhe der Bargeldeinzahlungen, peP-Status des verstorbenen Ehemannes und die Reaktion der Kundin auf die telefonische Nachfrage – zu einem meldepflichtigen Vorgang kommen, so zwingend einfach wie der Beschluss es suggeriert, ist diese Schlussfolgerung nicht.

Wirklich aufhorchen lassen die Ausführungen, dass „eine in jeder Hinsicht gesetzeskonforme Herkunft des in dieser Höhe eingezahlten Bargeldes für die Bank mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln vorliegend nicht sicher belegbar war, sodass bereits bei den Bareinzahlungen, erst recht aber bei der Überweisung unter Zugrundelegung der Sorgfaltspflichten nach § 3 GWG die Voraussetzungen der Verdachtsmeldung gegeben waren.“¹⁰ Ein solches Verständnis der Meldepflichtigkeit hieße, dass eine Bank immer zur Meldung verpflichtet wäre, wenn ihr der sichere Nachweis einer legalen Mittelherkunft nicht

³ Vgl. § 11 Abs. 1 GWG a.F..

⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 32.

⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 45.

⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 46.

⁷ Vgl. *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 224. EL März 2019, § 43 GWG, Rn. 2f.

⁸ Vgl. *Barreto de Rosa* in: Herzog, Geldwäschegesetz, 3. Aufl. 2018, Rn. 25.

⁹ *Pelz*, jurisPR-Compl 1/2019 Anm. 2, C.

¹⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 32.

gelänge. Hier scheint das Gericht eine Schuldvermutung zu Lasten des Bankkunden konstruieren zu wollen, die durch die Bank entweder zu widerlegen sei oder aber sie den Geschäftsvorfall als auffällig einzustufen und dementsprechend zu melden habe. Ein solches „Verständnis“ des § 11 GWG a.F. steht dem Gesetzeswortlaut klar entgegen. Es entfernt sich deutlich von den Tatbestandsmerkmalen „Tatsachen“, die darauf „hindeuten“, und ignoriert zudem, dass der Wortlaut eine Katalogstraftat des § 261 StGB oder einen Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung fordert. Mit dem Ausdruck „in jeder Hinsicht gesetzeskonform“ entfernt sich der Senat derart weit vom Tatbestand der Norm, weil es dadurch *Herrühren* aus einer *geldwäsche-tauglichen* Vortat auf jeden „illegalen“ Vermögensgegenstand ausdehnt und damit Straftaten einschließt, die § 261 StGB gar nicht erfassen soll.

Ein ähnlich weites Verständnis weisen auch die Auslegungshinweise des Bundesfinanzministeriums auf, wenn es darin heißt, dass „[...] *illegale* Gelder dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen oder mit der die Herkunft *illegale* Vermögenswerte verdeckt werden sollen [...]“.¹¹ Auch wenn hierdurch wohl die Meldeschwelle abgesenkt wird, um möglichst viele Geldwäscheverdachtsfälle zu erfassen, darf dies nicht dazu führen, dass eine widerlegliche Schuldvermutung konstruiert wird, ohne dass dies eine Stütze im Gesetz findet.

2. Rechtzeitigkeit der Verdachtsmeldung

Liegen die Voraussetzungen für eine Verdachtsmeldung vor, muss der Verpflichtete diese unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) melden.¹² Der Senat stellt fest, dass die Verdachtsmeldung durch die Betroffene erst ca. fünfeneinhalb nach der ersten bzw. ca. zwei Monate nach der zweiten Einzahlung erfolgte und daher nicht rechtzeitig gewesen sein könne.¹³ Die Verzögerung sei auch schuldhaft, da die Meldung nicht nach dem gesetzlich durch § 11a GWG a.F. vorgegebenen Zeitraum durchgeführt worden sei.

Die Betroffene hatte dem entgegengehalten, dass ihr zur Vermeidung von „unnötigen Verdachtsmeldungen“ oder „Verdachtsmeldungen ins Blaue hinein“ nach § 11 GWG a.F. ein Beurteilungsspielraum zukomme.¹⁴

Der Senat verwirft diesen Einwand zutreffend als unerheblich und begründet dies damit, dass der Beurteilungsspielraum des Verpflichteten lediglich auf das Beiziehen, Aufbereiten und ggf. das Bewerten kurzfristig beschaffbarer Informationen, die im direkten Umfeld der Geschäftsbeziehung entstanden seien, zugeschnitten sei.¹⁵ Mit Verweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs¹⁶ betont der Senat, dass das Ziel des Gesetzgebers bei Abfassung der Vorschrift gewesen sei, jede Zeitverzögerung bei Abgabe der Verdachtsmeldung zu vermeiden und Sinn und Zweck derselben sei, Geldwäscheverdachtshandlungen u.U. noch vor der Durchführung unterbinden zu können. Die von der Betroffenen veranlasste telefonische Nachfrage bei der Kundin zur Mittelherkunft sei rechtlich nicht geboten gewesen und überdies habe eine Bewertung der Glaubwürdigkeit der Kundin und ihrer Angaben der Betroffenen nicht zugestanden. Diese „Ermittlungshandlungen“ seien überdies ungeeignet gewesen und hätten den bereits entstandenen Verstoß nur noch zeitlich vertieft.¹⁷ Es sei gerade nicht die Aufgabe des Geldwäschebeauftragten, anstelle oder neben den Strafverfolgungsbehörden selbstständig ermittlungstechnisch tätig zu werden und u.a. Gespräche mit Kunden zu dem Verdachtsfall zu führen.¹⁸

Mit dieser Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Unverzüglichkeit“ bestätigt der Beschluss die Verwaltungsauffassung, dass eine Abwägung zwischen Sachverhaltsaufklärung und schnellstmöglicher Verdachtsmeldung immer zugunsten letzterer ausfallen möge.¹⁹

¹¹ Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens vom 06.11.2014, S. 2.

¹² *Barreto de Rosa* in: Herzog, Geldwäschegesetz, 3. Aufl. 2018, Rn. 54.

¹³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 33, 36.

¹⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 42.

¹⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 44.

¹⁶ BTDrS. 317/11 zu § 9 Abs. 2 Neu-GWG S. 44 ff.

¹⁷ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 48.

¹⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 43.

¹⁹ Vgl. Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens vom 06.11.2014, S. 3.; BaFin-Rundschreiben

Oder wie es die BaFin in ihrem Jahresbericht vereinfacht ausdrückt: „Schneller und öfter melden“.²⁰

In Bezug auf die zeitliche Komponente ist dem Senat jedenfalls im konkreten Fall auch beizupflichten: Auch wenn die Betroffene davon ausging, dass sie im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zu Nachforschungen in Form eines Gesprächs mit der Kundin berechtigt und verpflichtet gewesen sei, so ist dennoch nicht zu verstehen, warum zwischen Kenntnis und telefonischer Nachfrage drei Wochen vergehen mussten.

Dass das Gericht eine Kontaktaufnahme mit Kunden grundsätzlich für ungeeignet hält, um den Verdachtsfall zu beseitigen, erscheint jedoch bedenklich. Zum einen sind Fälle denkbar, in denen die Informationslage auf Bankseite tatsächlich nicht ausreicht und eine Nachfrage beim Kunden diese entscheidend verbessert - ohne dass zugleich die Gefahr der Verdunklung besteht -, und zum anderen entsteht für die Bank bei einer übereilten Verdachtsmeldung immer das Risiko, die Kundenbeziehung nachhaltig zu gefährden.

3. Leichtfertigkeit oder Vorsatz?

Das AG Frankfurt ging in seinem Beschluss noch von einer leichtfertigen Verletzung der Meldepflicht aus und stellte primär darauf ab, dass die Betroffene gemeint habe zu eigenen Ermittlungshandlungen befugt gewesen zu sein. Das OLG Frankfurt verschärft den Vorwurf und nimmt Vorsatz an. Hierbei wählt es aber einen gänzlich anderen Bezugspunkt.

Die Betroffene habe es bereits unterlassen, die Implementierung und Überwachung der Einhaltung sämtlicher geldwäscherelevanter Vorschriften bei ihrem Arbeitgeber umzusetzen. So habe es keine Struktur gegeben, dies ermöglicht hätte, die vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben, die die Betroffene mit ihrer Bestellung verpflichtend und bußgeldrelevant übernommen hatte, erfüllen zu können. Wer, wie die Betroffene, jahrzehntelang als Geldwäschebeauftragte tätig gewesen sei, ein Amt und eine Position übernehme, die von Gesetzes wegen angelegt sei und dennoch den ihm übertragenen Pflichten und Aufgaben nicht nachkomme, handele mit Vorsatz.²¹

Versäumt ein Verpflichteter ein funktionierendes Geldwäsche-Compliance-System zu implementieren und zu betreiben, so kann dies unter verschiedene Bußgeldtatbestände des heutigen § 56 Abs. 1 GWG unterfallen. Man denke etwa an Nr. 2, 3 (Ermittlung, Dokumentation und Analyse von Risiken), Nr. 4 (interne Sicherungsmaßnahmen), Nr. 32, 33 (Transaktionsüberwachung, verstärkte Sorgfaltspflichten) oder Nr. 36, 38 (verstärkte, kontinuierliche Überwachung von Geschäftsbeziehungen). Auch nach den aktuellen Bußgeldvorschriften wird jedoch aus dem Wissen um die Mangelhaftigkeit eines Geldwäschepräventionssystems noch nicht automatisch ein Vorsatz des Verpflichteten in Bezug auf eine nicht rechtzeitig erfolgte Meldung, wie *Pelz* zu recht feststellt.²²

Einen derart ausführlichen Pflichtenkatalog mit immerhin 64 Nummern sucht man indes in der damaligen Fassung des GWG vergebens. In § 17 Abs. 1 GWG a.F. finden sich nur 17 bußgeldwährende Pflichtverletzungen, wobei sich keine davon auf das Vorhalten und Betreiben eines funktionierenden Geldwäsche-Compliance-System bezieht. Dass das OLG Frankfurt diesen Bezugspunkt wählt, lässt vermuten, dass es nicht sauber zwischen alter und neuer Gesetzeslage unterscheiden wollte oder konnte. Eine Vorschrift zum Nachteil der Betroffenen anzuwenden, die zum Tatzeitpunkt noch nicht existierte, verstößt aber allemal gegen das Rückwirkungsverbot.

Hinterfragenswert sind auch die Ausführungen zur Höhe des verhängten Bußgeldes. Anknüpfend an die unbestrittenen Mängel, wenn nicht gar das Fehlen eines funktionierenden Geldwäsche-Compliance-Systems, sieht das Gericht hierin eine „vorsätzliche Nichtleistung“ der Betroffenen und will darin einen wirtschaftlichen Vorteil i.S.d. § 17 Abs. 4 OWiG sehen, der durch das Bußgeld abgeschöpft werden müsse.²³

Wenn das Gericht meint, dass Pflichtverletzungen und daraus resultierende Verstöße gegen die Meldepflicht dazu führen, dass Geldwäschebeauftragte ihre Gehaltszahlungen zu Unrecht erhalten, zeigt dies ein viel zu weites Verständnis des Tatbegriffs. Es fehlt der Konnex zwischen den verspätet abgegebenen Verdachtsmeldungen und dem Arbeitslohn.

²⁰ BaFin-Jahresbericht 2014, S. 73.

²¹ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 48-52 (50).

²² *Pelz*, jurisPR-Compl 1/2019 Anm. 2, C..

²³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, 57.

Damit verbietet es sich, hierin einen wirtschaftlichen Vorteil zu erblicken, der abgeschöpft werden könne, da er schlicht nicht aus der Tat selbst stammt.

4. Auswirkungen für die Praxis

Auch angesichts der Begründungsmängel des Beschlusses dürfte dieser dennoch dazu führen, dass sich Banken dazu veranlasst sehen, zukünftig noch früher und noch mehr Verdachtsmeldungen abzugeben. Zumal dieser (leider) auch schon an verschiedenen Stellen Eingang in die aktuellen Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz der BaFin gefunden hat.²⁴ Daher sind Verpflichtete vorerst gut beraten, sich an den Grundsätzen des Beschlusses des OLG Frankfurt zu orientieren. Darüber hinaus bleibt zu hoffen, dass die Diskussion in der Fachwelt weiter voranschreitet und der Themenkomplex irgendwann auch eine höchstrichterliche Klärung erfährt.

²⁴ BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, 12/2018, S. 18, 73, 74.

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

Die Verjährung von Taten nach § 266a StGB – Anmerkung zu LG Baden-Baden, Urteil v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16

Die Verjährung von Taten nach § 266a StGB ist zwar seit langer Zeit umstritten. Angesichts einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und einer flächendeckend hieran ausgerichteten Handhabung von Staatsanwaltschaften und Instanzgerichten ist dem Meinungsstreit allerdings aus Sicht des im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts tätigen Beraters oder Verteidigers bislang in aller Regel keine besondere praktische Relevanz zugekommen. Eine Entscheidung des LG Baden-Baden, welche die bisherige Rechtsprechung des BGH ausdrücklich ablehnt, verspricht nicht nur die Diskussion insoweit neu anzufachen; sie macht auch Hoffnung, in der Praxis Gehör für die überzeugenden Argumente finden zu können, die gegen einen nahezu endlos erscheinenden Verjährungszeitraum von im Extremfall bis zu 40 Jahren sprechen.

I. Die herrschende Meinung zur Verjährung von Taten nach § 266a StGB

Die herrschende Meinung stellt bei Straftaten im Sinne von § 266a Abs. 1 u. 2 StGB hinsichtlich der Beendigung der Tat i.S.v. § 78a StGB auf den Wegfall der Pflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge ab.¹ Da das Vergehen des Vorenthaltens von Beiträgen zur Sozialversicherung ein echtes Unterlassungsdelikt darstelle, beginne die Strafverfolgungsverjährung erst mit dem Erlöschen der Beitragspflicht (und der hieraus resultierenden Handlungspflicht) zu laufen.²

Gibt es für ein solches Erlöschen keinen besonderen Grund – wie beispielsweise die (verspätet noch erfolgte) Entrichtung der Beträge,³ den Wegfall des Beitragsschuldners⁴ oder das Ausscheiden des Verantwortlichen aus der Vertreterstellung für das Unternehmen⁵ –, so kann die sozialversicherungsrechtliche Beitragsschuld wegen der Regelung des § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV im Falle der vorsätzlichen Beitragsvorenthaltung im Extremfall erst nach 30 Jahren und 11 Monaten verjähren.⁶ Nach herrschender Auffassung soll deshalb bis zum

¹ BGH wistra 2018, 206; BGH wistra 1992, 23; OLG Bamberg wistra 2018, 487; OLG Jena NStZ-RR 2006, 170; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 266a Rn. 18a m.w.N.

² BGH wistra 1992, 23; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 266a Rn. 31.

³ Vgl. BGH ZWH 2019, 91; BGH wistra 2012, 235.

⁴ BGH wistra 2010, 408, 409; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 266a Rn. 18a.

⁵ Vgl. hierzu BGH wistra 2014, 180, 182.

⁶ Krug/Pannenberg ArbRAktuell 2019, 243, 245; Lübbertmann StRR 2010, 14, 16.

Eintritt der strafrechtlichen Verjährung nach der Vollendung der Tat – dem (vorsätzl.) Nichtabführen bei Fälligkeit – ein Zeitraum von bis zu 35 Jahren (und bei verjährungsunterbrechenden Maßnahmen sogar noch länger) vergehen können.⁷

II. Die Gegenauffassung: Beendigung mit Nichtabführung der Beiträge bei Fälligkeit

Die Gegenansicht vertritt die Auffassung, dass die Tat bereits dann als beendet anzusehen sei, wenn die Beiträge zur Sozialversicherung bei Fälligkeit nicht gezahlt wurden.⁸ Hierfür spricht nicht nur die Vermeidung von Ungleichheiten – denn nach der herrschenden Auffassung wird beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH regelmäßig bessergestellt als etwa ein Einzelkaufmann.⁹ Eine so lange dauernde Verjährung steht auch dem rechtspolitischen Ansatz der Verjährungsregelungen entgegen, nach einem gewissem Zeitablauf Rechtsfrieden zu schaffen.¹⁰ Denn der Zeitraum von im Extremfall bis zu 40 Jahren und 11 Monaten (bei Unterbrechungshandlung nach § 78c StGB), der bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung bis zum Eintritt der Verjährung vergehen können soll, ist länger als die absolute Verjährungsfrist für die höchstmöglichen zeitigen Freiheitsstrafen in § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB.¹¹ Eine Tat nach § 266a StGB kann danach also *de facto* später als Raub oder sogar Totschlag verjähren.¹²

Den Argumenten der Gegenauffassung halten Vertreter der herrschenden Ansicht entgegen, diese seien eher kriminalpolitisch motiviert, sie könnten jedenfalls rechtsdogmatisch aber nicht überzeugen.¹³ Dagegen ist u.a. vorgebracht worden, dass sowohl § 266a Abs. 1 StGB als auch Abs. 2 als Erfolgsdelikte einzustufen seien und auf diesen Charakter abzustellen sei – mit der Konsequenz, dass die Verjährung mit dem vollständigen Eintreten des Vorenthaltungserfolges im Fälligkeitszeitpunkt zu laufen beginne.¹⁴

III. Das Urteil des LG Baden-Baden vom 12. November 2018

In einer vor wenigen Monaten veröffentlichten Entscheidung vom November 2018 hat sich nunmehr das LG Baden-Baden (6. Kleine Strafkammer) klar gegen die herrschende Auffassung ausgesprochen.¹⁵

Es hat dabei die von der herrschenden Meinung vertretene Einordnung des § 266a StGB als Unterlassungsdelikt nicht grundsätzlich in Frage gestellt, unter Hinweis auf den *ultima-ratio*-Grundsatz aber die Auffassung vertreten, für ein Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung einer Straftat bedürfe es einer besonderen Begründung, warum ein bestimmtes Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich sei.¹⁶ Hieran anschließend hat das Gericht in einer Analyse der Rechtsprechung zu (verschiedenen) Unterlassungsdelikten¹⁷ und anhand einer Betrachtung anderer Tatbestände herausgearbeitet, dass dieser Gesichtspunkt einer anhaltenden Gefahr für das geschützte Rechtsgut auch in vergangenen Entscheidungen zu echten Unterlassungsdelikten durchaus bereits Berücksichtigung gefunden hat.¹⁸ So bestehe beispielsweise bei anhaltenden Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften die hieraus resultierende Gefahr für die Gesundheit der durch den Verstoß Gefährdeten oder im Falle des § 138 StGB (bis zur Ausführung) die Gefahr für die Opfer der geplanten Straftat fort. Für die Frage des Hinausschiebens der Beendigung sei ein solches Fortbestehen einer Gefahr für

⁷ BGH wistra 2014, 180, 182; BGH NZWiSt 2013, 64; BGH wistra 1992, 23; OLG Jena NSTz-RR 2006, 170; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 266a Rn. 31; Radke in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 116 m.w.N.; Lübbertmann StRR 2010, 14, 16.

⁸ Bente in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 12. Teil Kap. 2 Rn. 81; Gercke/Leimenstoll in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap. 11 Rn. 58; Möhrenschrager in: LK-StGB, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 113 f. m.w.N.; Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, S. 165 ff.; Hüls/Reichling StraFo 2011, 305, 307.

⁹ Beukelmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, NK Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 78a Rn. 6; Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 131.

¹⁰ Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, S. 184; Gercke/Leimenstoll WiJ 2014, 1, 4.

¹¹ Vgl. LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 58 bei juris).

¹² Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 132.

¹³ Radke in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 116 m.w.N.

¹⁴ Möhrenschrager in: LK-StGB, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 112 ff.; Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, S. 165 ff.; ders. wistra 2018, 207.

¹⁵ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (bei juris).

¹⁶ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 83-88 bei juris).

¹⁷ Angeführt werden die Entscheidungen RGSt 9, 353; RGSt 59, 6; BGHSt 53, 24.

¹⁸ Diese Entscheidungen betreffen jeweils nicht den Tatbestand des § 266a StGB.

das Rechtsgut, die mit dem Gebot oder Verbot gebannt werden sollte, von entscheidender Bedeutung.¹⁹

An diese Vorüberlegungen anknüpfend hat das LG Baden-Baden in seiner Entscheidung die Position eingenommen, dass davon in Bezug auf den Tatbestand des § 266a (Abs. 1) StGB „jedoch nicht die Rede sein“ könne.²⁰ Taten des Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt seien jeweils mit der Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge zum Fälligkeitstag vollendet; damit sei zugleich der entsprechende Vermögensschaden bei der Einzugsstelle eingetreten. Es sei in dieser Konstellation nicht ersichtlich, welche weiteren Gefahren dem geschützten Beitragsaufkommen zur Sozialversicherung durch das weitere Unterlassen drohen sollten. Das Nichtabführen von weiteren Beiträgen könne schon deshalb nicht als weiterbestehende Gefahr angesehen werden, weil es jeweils eine eigene, neue Tat darstelle. Tatbestandsmäßige Schäden, die mit der Vollendung der Tat einträten oder bei Vollendung bereits eingetreten gewesen seien, könnten mithin nicht nochmals zur Begründung einer künftigen Gefahr herangezogen werden.²¹

Dass die Forderung der Sozialversicherung fortbestehe, begründe daher keine Handlungspflicht, die Auswirkungen auf die Beendigung der Tat haben könne. Denn insoweit handele es sich um einen bloßen Anspruch auf Wiedergutmachung des Schadens. Es sei aber für das Gericht kein Unterschied erkennbar zwischen dem weiter bestehenden Erfüllungsanspruch, den das Opfer eines Betrugs habe, und dem Anspruch der Sozialversicherung. Im Beispiel des Betrugers käme auch keiner auf die Idee, eine Beendigung der Tat erst mit der zivilrechtlichen Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Opfers anzunehmen.²² Unmissverständlich heißt es weiter: „Die Behauptung der herrschenden Meinung, die Beendigung der Tat trete erst mit dem Erlöschen der Beitragspflicht ein, erweist sich danach als unzutreffend, weil sie fälschlich von einer weiter bestehenden Handlungspflicht ausgeht.“²³ Wenn nach Tatvollendung keine weiteren spezifischen Gefahren für das geschützte Rechtsgut mehr gegeben seien, könnten an diese auch keine Handlungspflichten angeknüpft werden; es widerstrebe zudem bereits dem umgangssprachlichen Verständnis, die nachträgliche Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen allein als Beendigung der Tat anzusehen und nicht als Schadenswiedergutmachung nach einer bereits vollendeten und beendeten Tat.²⁴

Im Anschluss hat das Gericht deutlich gemacht, dass man sich nicht an die bisherige Rechtsprechung zur Verjährung von Taten nach § 266a StGB gebunden fühle. Denn die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.09.1991 (2 StR 315/91),²⁵ die der herrschenden Auffassung zugrunde liege (und von Gerichten und Strafverfolgungsbehörden regelmäßig in Bezug genommen wird²⁶), stelle ein reines *obiter dictum* dar, da das dortige Verfahren in der Revisionsinstanz gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden sei, soweit es § 266a StGB betroffen habe. Die nachfolgenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sowie auch einiger Oberlandesgerichte nähmen lediglich auf dieses *obiter dictum* Bezug und enthielten selbst keine *ratio decidendi*, weshalb man an diese Rechtsprechung auch nicht gebunden sei.²⁷

IV. Bewertung und Ausblick

Die Entscheidung des LG Baden-Baden verdient Zustimmung. Die herrschende Auffassung unterscheidet nicht zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Handlungspflicht. Letztere bezieht sich aber (nur) auf die Zahlung „bei Fälligkeit“.²⁸ Bereits mit der Nichtzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit ist der tatbestandlich relevante Schaden irreversibel eingetreten;²⁹ auch § 266a Abs. 6 StGB lässt die Tatbestandsmäßigkeit nicht entfallen.³⁰ Eine (Handlungs-)

¹⁹ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 90-97 bei juris).

²⁰ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 100 bei juris).

²¹ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 101-102 bei juris).

²² LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 103 bei juris).

²³ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 104 bei juris).

²⁴ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 105 f. bei juris).

²⁵ BGH wistra 1992, 23.

²⁶ Das LG Baden-Baden setzt sich nicht ausdrücklich mit der Handhabung durch die Strafverfolgungsbehörden auseinander; insoweit handelt es sich um eine ergänzenden Anmerkung des Verfassers, nicht um Ausführungen in den Urteilsgründen.

²⁷ LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (Rz. 108-109 bei juris).

²⁸ Brüssow/Petri, ArbeitsstrafR, 2. Aufl. 2016, Kap. C Rn. 54; Gercke/Leimenstoll WiJ 2014, 1, 4.

²⁹ Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, S. 181 f. m.w.N.

³⁰ Gercke in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, 4. Aufl. 2015, 12. Teil Kap. 2 Rn. 79.

Pflicht zur Nachzahlung ergibt sich nicht (mehr) aus der maßgeblichen Strafnorm selbst, sondern nur noch aus dem Sozialrecht bzw. aus § 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. § 266a StGB).³¹ Überzeugend legt das Gericht dar, dass die Annahme der Beendigung mit Nichtzahlung bei Fälligkeit nicht nur zu „kriminalpolitisch“ vorzugswürdigeren Ergebnissen führt, sondern dass der pauschale Verweis der herrschenden Auffassung auf den Charakter des § 266a StGB als echtes Unterlassungsdelikt allein eine über den Vollendungszeitpunkt hinausgehende Strafbarkeit nicht zu begründen vermag.³²

Das Urteil des LG Baden-Baden verdient insbesondere auch deshalb Beifall, weil das Gericht die Courage gezeigt hat, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur kritisch zu beleuchten, sondern auch tatsächlich auf den Prüfstand zu stellen – und damit die Spirale unkritischer Verweise auf das *obiter dictum* aus dem Jahre 1991 zu durchbrechen, welche als so bezeichnete „gefestigte Rechtsprechung“³³ in den letzten Jahrzehnten die praktische Handlung durch Staatsanwaltschaften und Gerichte maßgeblich bestimmt hat. In einem Urteil des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom Dezember 2018 heißt es zur Verjährung von Taten nach § 266a StGB noch kurz und knapp:³⁴ „Nach gefestigter Rechtsprechung – von der abzuweichen der vorliegende Fall keinen Anlass gibt – tritt bei Taten nach § 266a Abs. 1 StGB als echtem Unterlassungsdelikt Beendigung erst ein, wenn die Beitragspflicht erloschen ist.“

Es ist zu vermuten, dass diese Entscheidung – obgleich zeitlich nachgelagert – (noch) in Unkenntnis des Urteils des LG Baden-Baden vom November 2018 ergangen ist. Es darf daher mit Spannung erwartet werden, wie sich die nächste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Thematik der Verjährung von Taten nach § 266a StGB zu den überzeugenden Ausführungen des LG Baden-Baden verhalten wird.

³¹ Vgl. hierzu *Gercke/Leimstoll* WiJ 2014, 1, 4 m.w.N.

³² Vgl. dazu insbes. die Ausführungen unter Rz. 86 ff. (s.o., Fn. 16); vgl. zum *ultima ratio* Gedanken auch *Burghart* in: *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz, 77. Aktualisierung 2018, Art. 2 Rn. 300; *Hüls* ZWH 2012, 233 f.

³³ Vgl. beispielsweise BGH, Beschl. v. 07.03.2012 – 1 StR 662/11, *wistra* 2012, 235.

³⁴ BGH, Urt v. 19.12.2018 – 1 StR 444/18, *ZWH* 2019, 91.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Notveräußerung – § 111I StPO.

§ 111I StPO (Notveräußerung) in der bis zum 30.6.2017 geltenden Fassung findet auf Grundstücke keine Anwendung.

BGH, Beschluss vom 11.10.2018 – V ZB 241/17, *ZInsO* 2019, 614.

Nach Auffassung des Senats lässt der nicht weiter eingeschränkte Wortlaut des § 111I Abs. 1 StPO lässt es zwar zu, auch Grundstücke als Gegenstand einer Notveräußerung anzusehen. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und der Regelungszusammenhang von § 111I Abs. 1 und Abs. 5 StPO, wonach die Notveräußerung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Verwertung einer gepfändeten Sache durchgeführt wird, belegen nach Meinung des BGH jedoch, dass eine solche Auslegung nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

2. Einsicht in Ermittlungsakten durch Dritte – § 475 StPO.

Ist der Antragsteller nicht Verletzter i.S.d. § 406e StPO, sind Auskunfts- und Akteneinsichtsgesuchen nach § 475 StPO nur dann zu entsprechen, wenn der Betreffende schon in sei-

nem Ersuchen Tatsachen schlüssig vorträgt, aus denen sich Grund und Umfang der benötigten Auskunft ergeben. Beantragt er Akteneinsicht, muss er überdies darlegen, dass die bloße Erteilung von Auskünften zur Wahrnehmung seines berechtigten Interesses nicht ausreichen würde.

LG Köln, Beschluss vom 26.09.2018 – 116 Qs 7/18, ZInsO 2019, 1012.

Zur Akteneinsicht auf der Grundlage des § 406e StPO im Insolvenzverfahren s. LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 – 618 Qs 20/18, NZI 2019, 137, m. krit. Anm. Köllner.

II. Materielles Strafrecht

1. Bankrott als Sonderdelikt - § 28 Abs. 1 StGB.

Der Tatbestand des Bankrotts richtet sich an den Schuldner und ist ein echtes Sonderdelikt. Bei einem Gehilfen, dem das strafbegründende persönliche Merkmal fehlt, ist der Strafrahmenschluss nach § 49 Abs. 1 StGB zu verschieben.

BGH, Beschluss vom 14.03.2019 – 1 StR 259/18, ZInsO 2019, 1371.

Die Entscheidung, mit der die Revision der Kinder des Unternehmer Schlecker gegen ein Urteil des LG Stuttgart verworfen worden ist, bestätigt die bisherige Rechtsprechung; s. BGH, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 StR 423/17, ZInsO 2018, 1147, m. Anm. Bramsen, EWIR 2018, 757.

2. Einziehungsanordnung gegen einen als Organ handelnden Täter - § 73 StGB.

Soll sich eine Einziehungsanordnung gegen das Organ einer juristischen Person richten, ist festzustellen, dass der Betreffende selbst etwas erlangt hat und hierdurch ein Vermögenszuwachs zu verzeichnen ist. Die Eröffnung des Privatinsolvenzverfahrens steht der Einziehungsanordnung nicht entgegen.

BGH, Beschluss vom 14.11.2018 – 3 StR 447/18, ZInsO 2019, 499.

Zu der Entscheidung s. die krit. Anm. von Köllner, NZI 2019, 305.

3. Erweiterte Einziehung bei Verzichtserklärung des Angeklagten - § 73a Abs. 1 StGB.

In den Fällen der erweiterten Einziehung gemäß § 73a Abs. 1 StGB hindert ein von dem Angeklagten erklärter Verzicht auf die Herausgabe der betreffenden Gegenstände das Tatgericht zwar nicht, die Einziehung gleichwohl anzuordnen, wenn es davon überzeugt ist, dass der Angeklagte die Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten erlangt hat; es ist ihm aber unbenommen, mit Rücksicht auf die Verzichtserklärung von einer Entscheidung über die erweiterte Einziehung abzusehen.

BGH, Urteil vom 13.12.2018 – 3 StR 307/18, NJW 2019, 1961.

S. zu der Problematik auch BGH, Beschluss vom 11.12.2018 – 5 StR 198/18, ZInsO 2019, 319. Erschöpfend zur Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung im Übrigen Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2657.

4. Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung verfassungswidrig? – Art. 316h EGStGB.

Der 3. Strafsenat hat in der entschiedenen Sache die Revisionen der Staatsanwaltschaft verworfen, mit denen sich diese gegen Freisprüche gewandt hat. Auf die gegen die Anordnung der selbständigen Einziehung von Taterträgen gerichteten Revisionen der nebenbeteiligten Unternehmen hat er das Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG folgende Frage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist Art. 316h Satz 1 EGStGB mit den im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unvereinbar, soweit er § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB i.V.m. § 78 Abs. 1 Satz 2 StGB sowie § 76b Abs. 1 StGB jeweils in der Fassung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 in Fällen für anwendbar erklärt, in denen hinsichtlich der

rechtswidrigen Taten, aus denen der von der selbständigen Einziehung Betroffene etwas erlangt hat, bereits vor dem Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Juli 2017 Verfolgungsverjährung eingetreten war?

BGH, Beschluss vom 07.03.2019 – 3 StR 192/18, ZInsO 2019, 1164.

Die Anwendung der Regelungen über die selbständige Einziehung von Taterträgen in Fällen, in denen nach altem Recht hinsichtlich der Vermögensabschöpfung bereits vor dem 01.07.2017 Verfolgungsverjährung eingetreten war, verstößt nach der Überzeugung des Senats gegen das in der Verfassung verankerte grundsätzliche Verbot echt rückwirkender Gesetze.

Keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit hegt demgegenüber das LG Berlin, Beschluss vom 08.11.2017 – 526 KLS 244 Js 863/14 (10/16), wistra 2018, 184. Anders 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, 62. Aufl. 2019, Art. 316h EGStGB Rn. 2 m.w.N. Das OLG Köln lehnt in seinem Beschluss vom 23.01.2018 – III-1 RVs 274/17, StraFo 2018, 204, 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. Hennecke, NZWiSt 2018, 121.

Zu der Problematik des Verschlechterungsverbots im Zusammenhang mit Einziehungsentscheidungen s. weiter OLG Zweibrücken, Beschluss vom 06.11.2017 – 1 OLG 2 Ss 65/17, ZInsO 2018, 728; dieser Entscheidung zustimmend Rettke, wistra 2018, 486. S. auch OLG Hamburg, Beschluss vom 12.07.2018 – 5 Rev 4/18, wistra 2018, 485, einerseits, BGH, Beschluss vom 10.01.2019 – 5 StR 387/18, NJW 2019, 1008 m. Anm. Gubitz, andererseits. Vgl. ergänzend die Kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion zur Reform der Vermögensabschöpfung BT. Drs. 19/8308.

5. Herbeiführen von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit – § 283 Abs. 2 StGB.

Das Herbeiführen von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit erfordert einen Kausalzusammenhang zwischen der Bankrotthandlung und dem Eintritt der wirtschaftlichen Krise; es genügt, dass die Tathandlung hierfür mitursächlich war.

BGH, Beschluss vom 06.02.2019 – 3 StR 239/18, ZInsO 2019, 677.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Recht der unerlaubten Handlung – § 823 Abs. 2 BGB.

§ 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StGB ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

BGH, Beschluss vom 11.12.2018 – II ZR 455/17, ZInsO 2019, 496.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Müller-Michaels, BB 2019, 723. Vgl. auch Pauka, NZI 2019, 350.

2. Entlassung eines Insolvenzverwalters wegen pflichtwidrigem Handeln - § 59 InsO.

Ist das Vertrauen in das ordnungsgemäße Handeln eines Insolvenzverwalters bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen (hier: lückenhafte und weitgehend nicht belegte Kassenführung und Verletzung von Vermögensverwertungspflichten) gestört, kann dieser auch nach Einreichung des Schlussberichts und Erstellung der Schlussrechnung entlassen werden.

LG Göttingen, Beschluss vom 15.02.2019 – 10 T 4/19, NZI 2019, 281.

3. Reichweite des Verwendungsverbots – § 97 InsO.

Auskünfte des Schuldners bzw. des Vertretungsorgan einer Gesellschaft im Insolvenzeröffnungsverfahren gegenüber einem vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen, unterliegen im Strafverfahren Verwendungsverbot jedenfalls dann, wenn das Insolvenzgericht den Schuldner oder das Vertretungsorgan mit Beweisbeschluss ausdrücklich zur Auskunft verpflichtet hat.

AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 26.11.2018 - 412 Ds 237 Js 13913/17 (2/18), n.v.

In gleichem Sinne OLG Celle, Beschluss vom 19.12.2012 - 32 Ss 164/12, ZInsO 2013, 731, sowie OLG Jena, Beschluss vom 12.08.2010 - 1 Ss 45/10, ZInsO 2011, 732. Zu der Entscheidung des AG Frankfurt/Oder s. die zust. Anm. von Buchholz, jurisPR-InsR 6/2019 Anm. 3. Zu der Problematik insgesamt vgl. Weyand, ZInsO 2015, 1948, einerseits, Püschel, ZInsO 2016, 262 andererseits. S. überdies bereits Diversy, ZInsO 2005, 180, sowie umfassend Haarmeyer, ZInsO 2016, 545.

4. Ausgenommene Forderungen bei Verurteilung wegen Steuerstraftat und Restschuldbefreiung - § 302 InsO.

Die (negative) Feststellungsklage, dass eine Forderung nicht gem. § 302 Nr. 1, 3. Alt. InsO von der Restschuldbefreiung ausgenommen ist, fällt in die Zuständigkeit der Zivilgerichte. Die von § 302 Nr. 1, 3. Alt. InsO geforderte rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung muss bis zur Entscheidung über die Restschuldbefreiung vorliegen und nicht schon beim Schlusstermin. In welchem Umfang eine Verbindlichkeit gem. § 302 Nr. 1, 3. Alt. InsO von der Erteilung der Restschuldbefreiung ausgenommen ist, richtet sich danach, inwieweit sich die zur Tabelle angemeldete Steuerforderung und die in der strafgerichtlichen Verurteilung gem. § 267 StPO niederzulegende Berechnung der Steuerverkürzung decken. Nach der AO geschuldete Zinsen unterfallen demnach der Ausnahme nach § 302 Nr.1, 3. Alt. InsO nur, wenn auch sie Gegenstand der strafrechtlichen Verurteilung sind.

OLG Hamm, Urteil vom 14.12.2018 - I-7 U 58/17, ZInsO 2019, 797.

Der Senat wendet sich in der Entscheidung explizit gegen die gegenteilige Auffassung des BFH, Urteil vom 07.08.2018 - VII R 24/17, VII R 25/17, ZInsO 2018, 2674. Dieser hat entschieden, dass ein Finanzamt durch Verwaltungsakt gemäß § 251 Abs. 3 AO feststellen darf, dass ein Steuerpflichtiger im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten aus einem Steuerschuldverhältnis wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Zu dem Urteil des OLG Hamm s. Stephan, Verbraucherinsolvenz aktuell, 2019, 28. Zu der Entscheidung des BFH vgl. Steinhaff, jurisPR-SteuerR 50/2018 Anm. 2; s. auch Füllsack, BB 2018, 2920, sowie Lindwurm, AO-StB 2019, 2.

5. Insolvenzeröffnung kein Vollstreckungshindernis für ersatzweise angeordnete Ordnungshaft – § 240 ZPO.

Eine Vollstreckung von ersatzweise angeordneter Ordnungshaft ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners nicht gehindert. Die Frage, in welchen Fällen die Verjährung der Vollstreckung eines Ordnungsmittels ruht, ist in Art. 9 Abs. 2 Satz 4 EGStGB abschließend geregelt. Die Vollstreckung kann nur dann im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 EGStGB „nach dem Gesetz“ nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden, wenn diese Rechtsfolge im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist.

BGH, Beschluss vom 18.12.2018 - I ZB 72/17, ZInsO 2019, 316.

6. Angaben bei der Anmeldung einer Geschäftsführerbestellung - §§ 6 Abs. 2, 8 Abs. 3 GmbHG

Die vom Geschäftsführer in der Anmeldung der Geschäftsführerbestellung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abzugebende Versicherung muss keine Angaben zu Vorfällen außerhalb der Fünfjahresfrist machen. Versichert der Geschäftsführer aber dennoch explizit, niemals wegen einer der in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG aufgeführten Straftaten verurteilt worden zu sein, so ist die Anmeldung auch dann falsch und steht einer Eintragung der Anmeldung entgegen, wenn die Verurteilung wegen einer solchen Straftat mehr als fünf Jahre zurückliegt und bereits aus dem Bundeszentralregister getilgt worden ist.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 03.04.2018 – 12 W 39/18, NZG 2019, 64.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Podewils, jurisPR-HaGesR 11/2018 Anm. 3.

7. Haftung des faktischen Geschäftsführers - § 43 GmbHG.

Wer faktisch wie ein Organmitglied handelt, hat als Konsequenz seines Verhaltens sich auch wie ein nach dem Gesetz bestelltes Organmitglied zu verantworten. Tritt damit jemand als faktischer Geschäftsführer auf, haftet er wie ein Geschäftsführer und damit unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG. Eine faktische Geschäftsführung liegt vor, wenn der im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer tatsächlich keiner Geschäftsführertätigkeit nachkommt, im Geschäftsverkehr allein nur der faktische Geschäftsführer in Erscheinung tritt und der nominelle Geschäftsführer diesem die Unternehmensgeschicke vollständig überlässt.

OLG München, Urteil vom 23.01.2019 – 7 U 2822/17, NZG 2019, 544.

Die Frage, ob ein faktischer Geschäftsführer einer GmbH auch analog § 43 Abs. 2 GmbHG haftet, ist seit langem umstritten (vgl. zum Streitstand etwa Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 43 Rn. 101) und vom BGH bislang nicht entschieden worden (ausdrücklich offen gelassen durch BGH, Urteil vom 25.02.2002 – II ZR 196/00, ZInsO 2002, 582). Die OLGe nehmen eine derartige Haftung aber an (s. etwa OLG Celle, Urteil vom 06.05.2015 – 9 U 173/14, ZWH 2017, 171 m. Anm. Flore; OLG München, Urteil vom 22.06.2017 – 23 U 1099/17, n.v.). Zu der Entscheidung des OLG München s. im Übrigen die zust. Anm. von Haase, BB 2019, 915. Allgemein zu Fragen der faktischen Geschäftsführung vgl. Weyand, ZInsO 2015, 1773.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

FKS als „Finanzpolizei“! - Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom Bundes- tag verabschiedet

I. Das in der Ausgabe 2/2019¹ von der Verfasserin vorgestellte Gesetzesvorhaben² zur weiteren Stärkung der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) als Teil der Bundeszollverwaltung mit dem Ziel, illegale Beschäftigung, Sozialleistungsmissbrauch und Schwarzarbeit effektiv(er) zu bekämpfen, wurde am 6.6.2019 verabschiedet.³

II. Die geplanten Änderungen kommen, das Gesetz ist im Vergleich zum Regierungsentwurf weitgehend unverändert. Einige Anpassungen ergaben sich nach Verweisung an die Ausschüsse.⁴

1. Interessant ist die im Gesetzgebungsverfahren durchgeführte Verschärfung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, der bisher Auftraggeber von Werk- und/oder Dienstleistungen sanktionierte, wenn solche in erheblichem Umfang an Auftragnehmer vergeben wurden,

¹ Seite 224 ff.

² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch (Regierungsentwurf), Seite 1, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de>.

³ Plenarprotokoll 19/104 vom 6.6.2019, TOP 7.

⁴ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019.

die diese Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG erbracht hatten – und der Auftraggeber dies wusste. Nun wurde die Norm den z.B. im AEntG und MiLoG enthaltenen Vorschriften zur Auftraggeberhaftung angeglichen und sanktioniert jetzt denjenigen Auftraggeber, der „weiß oder fahrlässig nicht weiß“⁵, dass sein Auftragnehmer vorsätzlich gegen die o.g. Vorschrift verstößt.

Die Anpassung betrifft die nach Landesrecht zu ahndenden Ordnungswidrigkeiten insbesondere im Bereich des Handwerks, also im Wesentlichen die Fälle der Betätigung unter Verstoß gegen die Gewerbeordnung oder die Zulassungsvoraussetzungen nach der Handwerksordnung.

a. Die Novelle stellt eine erhebliche Verschärfung dar, denn es genügt die einfach fahrlässige Unkenntnis von Unregelmäßigkeiten auf Seiten des Auftragnehmers.

In der Begründung des Finanzausschusses heißt es: „Aus Sicht der Verwaltungsbehörden besteht bei der Beauftragung von Schwarzarbeit im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe d und e des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes für den gewerblichen Auftraggeber eine gesteigerte Erkundigungspflicht zu seinem Nachunternehmer, da dieser in den meisten Fällen selbst die für die Ausführung der Aufträge notwendigen gewerbe- und handwerksrechtlichen Voraussetzungen besitzt. In der Praxis mehren sich im Wege der Ahndung der Beauftragung unerlaubter Handwerksausübung **Einlassungen von Anwälten**, die unter Berufung auf einschlägige Urteile (OLG Hamm, 1 Ss OWi 308/03 und 1 Ss OWi 308/02 vom 06.04.2003; OLG Düsseldorf, 5 Ss (OWi) 145/98 - (OWi) 117/98 I vom 02.09.1999) darauf verweisen, dass ihre Mandantschaft es lediglich unterlassen hat, sich im Vorwege der Beauftragung eines illegalen Nachunternehmers über dessen gewerbe- und handwerksrechtliche Voraussetzungen bei kundigen Stellen zu informieren. Dieser Umstand wird von den Gerichten als lediglich fahrlässiges bzw. grob fahrlässiges Handeln bewertet. Den Beweis anzutreten, dass der Auftraggeber den Umstand der Nichteintragung vor Beginn der Beauftragung positiv kannte, ist nahezu ausgeschlossen. Der Auftraggeber braucht sich lediglich auf seine Unkenntnis (bzw. einen Verbotsirrtum) zu berufen und entzieht sich somit einer Ahndung. Durch die Umformulierung des § 8 Absatz 1 Nummer 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes kann die positive Kenntnis und die fahrlässige Unkenntnis des Auftraggebers bei der Beauftragung bei einem Verstoß nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes geahndet werden. Eine vergleichbare Regelung ist auch in § 21 Absatz 2 des Mindestlohngesetzes bereits vorgesehen, der die Haftung für einen Nachunternehmer regelt.“⁶ [Hervorhebung nicht im Original]

Zur Verfolgung dieser Ordnungswidrigkeiten werden die Behörden der Zollverwaltung befugt sein.

b. Eine ähnliche Verschärfung erfuhr das AEntG im Jahr 1997 mit der Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs als Anknüpfungspunkt bußgeldrechtlichen Auftraggeberhaftung.

Bis zur Novelle handelte nur ordnungswidrig i.S.d. § 23 AEntG - § 5 Abs. 2 AEntG a.F.– wer wusste oder leichtfertig nicht wusste, dass Subunternehmer oder weitere Subunternehmer gegen zwingende Regelungen des AEntG verstoßen.

Seinerzeit führte der Gesetzgeber zur Begründung an, es sei nicht länger sachgerecht, dem Auftraggeber zur Sanktionierung eigenen sorgfaltswidrigen Verhaltens seitens der Ermittlungsbehörden und Gerichte „grobe Achtlosigkeit/Leichtfertigkeit“ nachweisen zu müssen. Das „Erreichen des Schutzzwecks der Norm, nämlich die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen durchzusetzen“⁷, erfordere die Sanktionierung einfach fahrlässigen Verhaltens.

c. Zum Sorgfaltsmaßstab, den der Auftraggeber von Handwerkerleistungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG n.F. nun anzulegen hat, um Haftung zu vermeiden, ist den Materialien nichts zu entnehmen.

Zur Orientierung lässt sich auf die raren Ausführungen des Gesetzgebers bei Änderung des AEntG 1997 zurückgreifen: Danach handele fahrlässig i.S.d. § 23 Abs. 2 AEntG wer „die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten und

⁵ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019, S. 23.

⁶ BT-Drs. 19/10683 vom 5.6.2019, S. 56.

⁷ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, außer Acht lässt und infolgedessen die Tatbestandsverwirklichung nicht vorausieht (vgl. BGHSt 10 S. 369).⁸

Weiter heißt es: „Beim Abschluss des Vertrages wird der Hauptunternehmer seiner Sorgfaltspflicht regelmäßig dann nachkommen, wenn er sich von seinem Vertragspartner hat schriftlich zusichern lassen, dass dieser die Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG einhält und diese auch von eventuellen Nachunternehmern verlangen wird. Treten allerdings bei oder nach Vertragsschluss objektive Anhaltspunkte für Verstöße des Vertragspartners oder der von diesem eingesetzten Nachunternehmen auf, muss der Hauptunternehmer dem nachgehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kontrollmöglichkeiten des Hauptunternehmers in Bezug auf das Nachunternehmen und dessen Subunternehmen aus rechtlichen wie aus Wettbewerbsgesichtspunkten begrenzt sind und sich der organisatorische und bürokratische Mehraufwand der Unternehmen in vertretbaren Grenzen halten muss. Der Hauptunternehmer wird aber seinen Vertragspartner auffordern müssen, dass dieser den bestehenden Verdacht ausgeräumt und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachweist.“⁹

2. Im Übrigen ist § 8 SchwarzArbG, also die Vorschrift über die Ordnungswidrigkeiten, unverändert geblieben.

Das bedeutet, dass in Zukunft der leichtfertige Verstoß gegen § 266a StGB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Die Zollbehörden werden nach dem Willen des Gesetzgebers auch als „kleine Staatsanwaltschaft“ für die selbständige Ermittlung vermeintlich einfacher Fälle des § 266a StGB zuständig sein.

III. Die in der Ausgabe 2/2019 noch nicht vorgestellten Anpassungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) betreffen insbesondere die einzuhaltenden Anforderungen an die Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer. Sie treten unverändert in Kraft. Also können Gegenstand eines Tarifvertrages i.S.d. § 3 AEntG gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 AEntG nunmehr „die Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, zur Verfügung gestellt werden“ sein.

Diese Bedingungen zählen sodann zu den zwingenden Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.

⁸ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

⁹ BT-Drs. 13/8994, S. 72.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Probleme des Insolvenzstrafrechts – Tagungsbericht zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 16.5.2019

Mittlerweile gehört der jährliche Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der am 16.05.2019 erneut im Hotel Mondial am Dom stattfand, zu den eingeführten Veranstaltungen auf diesem Rechtsgebiet. Die Tagung wurde auch in diesem Jahr gemeinsam vom Arbeitskreis „Insolvenzstrafrecht“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV), der ZInsO, dem Deutschen Institut für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI) und dem Kölner Anwaltvereins e.V. veranstaltet. Etwa 80 Interessenten sahen sich einem abwechslungsreichen Tagungsprogramm gegenüber.

I. Insolvenz(straf)recht – Was ich noch zu sagen hätte - Ministerialdirektorin a.D. Marie-Luise Graf-Schlicker, Berlin

Graf-Schlicker war seit Juli 2007 als Leiterin der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz tätig und trat als ständige verdienstvolle Referentin bei den vorangegangenen Kölner Veranstaltungen auf. Zum Jahresende 2018 ist sie in den Ruhestand getreten.

Bekanntlich ist die InsO seit 20 Jahren in Kraft. Die Referentin nahm dies zum Anlass, zu Beginn ihrer Ausführungen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und dessen Entwicklung nochmals ins Gedächtnis zu rufen.¹

Anschließend wandte sie sich dem Schwerpunkt ihrer Darlegungen zu: der EU-Restrukturierungsrichtlinie.² Das Europäische Parlament hat diese Richtlinie am 28.03.2019 verabschiedet;³ mit der Veröffentlichung im Abl. EU ist alsbald zu rechnen. Anschließend haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit für die Umsetzung der Vorgaben in nationales Recht; diese Frist kann in Ausnahmefällen auf Antrag um ein Jahr verlängert werden.⁴ Spätestens bis 2022 wird es in der Bundesrepublik mithin einen präventiven Restrukturierungsrahmen geben, wobei noch nicht klar ist, wo die neu zu schaffenden Gesetzesbestimmungen letztlich angesiedelt werden – etwa in der InsO, dem HGB oder doch als eigenständiges Gesetz. Die EU überlässt zudem viele wesentliche Detailfragen der nationalen Umsetzung.

Die neue Richtlinie sieht für kriselnde Unternehmen – nicht jedoch für Verbraucher – Restrukturierungspläne vor, in denen zahlreiche sanierungsbezogene Regelungen getroffen werden können. Die von diesen Maßnahmen betroffenen Gläubiger stimmen in Gruppen über die Restrukturierungspläne nach dem Mehrheitsprinzip ab, wobei bei der Einteilung dieser Klassen den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten Rechnung getragen wird. Werden einzelne Gläubiger überstimmt, muss der Restrukturierungsplan gerichtlich bestätigt werden.

Der laufende Geschäftsbetrieb des betroffenen Betriebs kann während der Erstellung und Behandlung eines Restrukturierungsplans vor Störungen durch ein Moratorium, das zwischen vier und zwölf Monaten betragen darf, geschützt werden; Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger sind währenddessen nicht möglich. Besonderen Schutz genießen Arbeitnehmer. Sie sollen möglichst frühzeitig über die wirtschaftliche Situation ihres Arbeitgebers sowie den allgemeinen Ablauf des Verfahrens sowie über die Einzelheiten des Plans informiert werden.

Die Mitgliedsstaaten werden überdies verpflichtet, Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Insolvenzverfahren zu schaffen. Hierzu zählen Mindestanforderungen an die Qualifikationen des Justizpersonals, das adäquat ausgebildet sein muss, und dem auch laufend obligatorische Fortbildungsmaßnahmen abzufordern sind. Einhergehen soll dies mit einer weitgehenden Konzentration der Insolvenzgerichte, mit einer Mindestqualifikation für Insolvenzverwalter sowie einer effizienten Aufsicht über diese Berufsgruppe, ohne dass hierzu bislang bereits – etwa in Gestalt eines künftigen eigenständigen Berufsrechts – konkrete nationale Vorstellungen erarbeitet worden sind.

Abschließend wandte sich Graf-Schlicker noch kurz dem soeben vorgestellten „Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafverfahrens“⁵ zu. Mit den in dieser Kabinettsvorlage aufgeführten Gesetzesänderungen soll vor allem effizienter verhindert werden, dass Verteidigungsrechte zur Prozessverschleppung genutzt werden können, weshalb das Gericht einen Strafprozess auch nach einem Befangenheitsantrag trotz einer hierzu fehlenden Entscheidung bis zu zwei Wochen fortsetzen und Beweisanträge leichter wegen Verschleppungsabsicht ablehnen können soll. Geplant sind unter anderem weiterhin die Bündelung von Nebenklagen, zumal in „Masseverfahren“, die Ausweitung von DNA-Analysen, die Er-

¹ Ausführlich und krit. zur Entwicklung der InsO vgl. Pape, ZInsO 2019, 57.

² „Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU“. Der Entwurf ist abzurufen unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>.

³ Vgl. zu den Änderungen, welche das EU-Parlament an den Kommissionsvorschlägen vorgenommen hat, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269-AM-109-109_DE.pdf.

⁴ Zu der Richtlinie vgl. Freitag, ZIP 2019, 541; Madaus, DB 2019, 592; Lange/Swierczok, BB 2019, 514.

⁵ Abzurufen unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519_Kabinett_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

weiterung der Möglichkeiten, Videovernehmungen zu nutzen, und ein Vorabentscheidungsverfahren bei Besetzungsrügen. Außerdem soll die Möglichkeit geschaffen werden, Hauptverhandlungen zu unterbrechen, wenn Schutzfristen des vor- und nachgeburtlichen Mutterschutzes bzw. ein bis zu zwei Monaten andauernder Erziehungsurlaub die Fortsetzung des Prozesses verhindern.

II. Der Eröffnungsantrag der Staatsanwaltschaft nach § 111i StPO - Oberstaatsanwalt Torsten Elschenbroich, Köln

Bekanntlich wurde das Recht der Einziehung im Jahre 2017 umfassend reformiert.⁶ Die Materie ist im StGB (§§ 73 ff. StGB) und an mehreren Stellen verstreut in der StPO (§§ 111e, 111h f. bzw. §§ 421 ff. und §§ 459h ff. StPO) geregelt, was im Übrigen nicht unbedingt zu ihrer Übersichtlichkeit beiträgt.

Der Referent befasste sich mit der Frage, wie und ob überhaupt die Praxis der Ermittlungsbehörden von der neu geschaffenen Möglichkeit Gebrauch macht, selbst einen Insolvenzantrag über das Vermögen des Straftäters zu stellen.⁷ Verlässliches statistisches Material liegt hierzu bislang nicht vor. Auch der Referent konnte nur berichten, dass seit Inkrafttreten des neuen Rechts in Nordrhein-Westfalen erst ein einziger derartiger Antrag vorgelegt worden ist; dies dürfte auch für die übrigen Bundesländer kennzeichnend sein.

Mögliche Ursachen für diese Feststellung sah der Referent zum einen in dem relativ kurzen Zeitraum seit der Gesetzesnovelle: Eine entsprechende Prüfung erfolgt in der Regel erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss, der angesichts der möglichen Dauer von Strafverfahren vielfach noch nicht erreicht worden sein mag. Zum anderen ist die Masse der Verfahren nach Meinung von Elschenbroich kaum für einen Insolvenzantrag geeignet. Dies betrifft insbesondere Verfahren der leichten bis mittleren Kriminalität mit geringeren Schadenssummen. Überdies ist vor Antragstellung regelmäßig zu prüfen, ob überhaupt die Massekosten gedeckt sind. Ist dies – wie vielfach festzustellen – nicht der Fall, scheidet ein Insolvenzverfahren aus. Der Geschädigte wird dann lediglich nach §§459i, 459m Abs. 1 Satz 4 StPO informiert.⁸

Darüber hinaus können Einzelfallumstände Insolvenzanträge verhindern, so beispielsweise noch nicht abgeschlossene Großverfahren, das Verhalten verletzter Personen, die bereits im Ermittlungsverfahren oder im Zusammenhang mit der Anklageerhebung selbst Insolvenzanträge vorliegen, oder Verfahren gegen Täter, die keinen Wohnsitz im Inland unterhalten, weshalb schon eine insolvenzgerichtliche Zuständigkeit nicht zu ermitteln ist. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Praxis weiter entwickelt, und ob diese ihre deutlich erkennbare Zurückhaltung bei der Antragstellung aufgibt.

III. Konzerninsolvenzstrafrecht – terra incognita? - Privatdozent Dr. Christian Brand, Konstanz

Der Referent untersuchte einleitend die Frage, ob das „Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“⁹ für Unternehmensorgane besondere strafrechtliche Risiken geschaffen hat. Er verneinte sowohl die strafrechtliche Relevanz nach § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO von Insolvenzanträgen, die entgegen § 3a InsO nicht am Gruppengerichtsstand angebracht werden, als auch von Insolvenzanträgen, welche die von § 13a InsO geforderten Angaben nicht in zutreffender Weise enthalten.

Anschließend widmete Brand sich insolvenzstrafrechtlichen Risiken des Cash-Poolings, welches bislang primär unter dem Aspekt der Untreue (§ 266 StGB) gewürdigt wurde.¹⁰ Er untersuchte hierbei die mögliche Strafbarkeit von Unternehmensorganen nach § 283 StGB (Bankrott) und nach § 283c StGB (Gläubigerbegünstigung). Nach seiner Ausfassung ist § 283 StGB verwirklicht, wenn der Geschäftsleiter einer poolzugehörigen Gesellschaft, der trotz einer von ihm erkannten Gesellschaftskrise der getroffenen Cash-Pool-Abrede nachkommt und freie Gesellschaftsmittel an das Pool-Konto überweist. Führt das Organ demgegenüber ein Darlehen, welches das Unternehmen aus dem Cash-Pool erhalten hat, trotz

⁶ Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017, BGBl I 2017, 872. Detailliert zur Gesetzesnovelle Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2656.

⁷ S. dazu einleitend Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2656, 2663 ff.

⁸ Vgl. weiter Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 459m Rn. 5 ff.

⁹ KonInsoErlG vom 13.4.2017, BGBl. I 2017, 866. S. hierzu etwa Mock, DB 2017, 951.

¹⁰ S. hierzu etwa Arens, GmbHR 2010, 905; Gaede, NZWiSt 2018, 220.

bestehender Gesellschaftskrise wieder zurück, folgt eine Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur in den Fällen, in denen der Geschäftsführer ein mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehenes Gesellschafterdarlehen ausgleicht; ansonsten ergibt eine strafrechtliche Haftung nur unter den Voraussetzungen des § 283c StGB.¹¹

Das erweiterte Manuskript des Vortrags von Brand wird schon in einer der nächsten Ausgaben der ZInsO erscheinen, so dass wegen weiterer Einzelheiten der insgesamt sehr komplexen Argumentation auf diese Veröffentlichung verwiesen werden soll.

IV. Update Insolvenzstrafrecht - Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, Saarbrücken

Der Vortrag beschäftigte sich mit einigen ausgewählten gegenwärtigen Entwicklungen in der Rechtsprechung, die für den Bereich des Insolvenzstrafrechts besondere Bedeutung gewonnen haben.

Anfangsthema war die Frage, wer bei juristischen Personen Berufsgeheimnisträger von der Wahrung ihrer professionellen Schweigepflicht befreien kann.¹² Bekanntlich hat sich die aktuelle Rechtsprechung von der früher verbreitet vertretenen Auffassung¹³ gelöst, es bedürfe hier einer kumulativen Entbindungserklärung sowohl des Insolvenzverwalters als auch des früheren Gesellschaftsorgans. Mit einer Ausnahme¹⁴ gehen zahlreiche OLGs mittlerweile davon aus, dass hier die Genehmigung des Verwalters ausreicht.¹⁵ Auch angesichts einer bislang kaum beachteten Entscheidung des BVerfG, nach der die Rechtsordnung gerade nicht von einem schützenswerten Interesse der juristischen Person an strafbaren Handlungen zu ihren Gunsten oder in ihrem Interesse ausgeht,¹⁶ ist der jüngeren Rechtsprechung zu folgen. Indes ist ein Ende der „Sprengelentscheidungen“¹⁷ nicht in Sicht, zumal OLG-Strafsenate nach Auffassung des Referenten teils auch zu eher erratischen Entscheidungen neigen.¹⁸

Der Vortrag widmete sich sodann anhand einer kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH¹⁹ den möglichen zivilrechtlichen Folgen von Insolvenzverwalterkriminalität, hier konkret der Entgegennahme von kick-backs. Der Senat bezieht sich hierbei auf den Rechtsgedanken des § 654 BGB: Wer verbotenerweise auf zwei Schultern trägt, soll hieraus nicht noch zusätzliche Vorteile ziehen.²⁰ Die Folge: Der ungetreue Verwalter verliert sämtliche Ansprüche auf seine Vergütung und auch auf die Auslagenpauschale nach § 8 Abs. 3 InsVV. Explizit offen gelassen hat der BGH, ob sich die Verwirkung gleichfalls auf die Einzelgeltendmachung nach § 4 Abs. 2 InsVV bezieht.²¹ Es bleibt allerdings auch aus der Sicht des Strafverfolgers festzuhalten, dass zum einen eine spezifische Insolvenzverwalterkriminalität nicht nachgewiesen werden kann. Zum anderen lassen sich einzelne bekannt gewordene Fälle vielfach strafrechtlich kaum fassen.²²

Anschließend befasste sich das Referat mit der Frage, ob die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens als Amtspflichtverletzung iSd. § 834 BGB angesehen werden kann mit der Folge einer entsprechenden Schadenersatzpflicht. Hierzu hat sich das OLG Frankfurt kürzlich um-

¹¹ Ausführlich zu dieser Problematik Brand, in Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 16; Brand, NZI 2017, 518, 520 f.

¹² Ausführlich und aktuell zu dieser Thematik vgl. Weyand, ZInsO 2018, 1889. S. auch Wick, ZWH 2017, 82.

¹³ S. etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 17.05.1980 - 1 Ws 160/80, NJW 1981, 294; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.1992 - 1 Ws 1155/92, wistra 1993, 120; LG Saarbrücken, Beschluss vom 26.05.1995 - 8 Qs 73/95, wistra 1995, 239 m. abl. Anm. Weyand; Weihrauch, JZ 1978, 300; Schmitt, wistra 1993, 9. Aktuell in gleicher Weise Pauka, NZI 2018, 502 und (wohl auch) Köllner/Mück, NZI 2018, 341.

¹⁴ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016 - 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 443.

¹⁵ S. etwa OLG Oldenburg, Beschl. vom 24.05.2004 - 1 Ws 242/04, ZInsO 2004, 932; OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 - 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399; OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 - 2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157; OLG Hamm, Beschluss vom 17.08.2017 - 4 Ws 130/17, ZInsO 2017, 2316. Vgl. auch LG Bonn, Beschluss vom 13.02.2012 - 27 Qs 21/11, ZInsO 2012, 1572, Tully/Kirch-Heim, NStZ 2012, 657, sowie Trück, in: Bittmann (Fn. 11), § 1 Rn 183.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 27.10.2003 - 2 BvR 2211/00, NStZ-RR 2004, 83.

¹⁷ So charakterisiert Priebe, ZIP 2011, 312, 316 die unübersichtliche und zerfaserte Situation zu Recht.

¹⁸ S. dazu ausführlich Fischer, StraFo 2018, 133.

¹⁹ BGH, Beschl. vom 22.11.2018 - IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 91 m. Anm. Mock, EWIR 2019, 181, Anm. Keller, NZI 2019, 142, und Anm. Prierer, NZWiSt 2019, 190. S. zuvor BGH, Beschlüsse vom 06.05.2004 - IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669; vom 09.06.2011 - IX ZB 248/09, ZInsO 2011, 1520; vom 14.07.2016 - IX ZB 52/15, ZInsO 2016, 1656. Allgemein zu der Problematik Lissner, ZInsO 2017, 754.

²⁰ S. in diesem Zusammenhang auch aktuell BGH, Beschl. vom 18.12.2018 - 3 StR 270/18, n.v., zu Abrechnungen eines „Sachverständigen“ ohne entsprechende Ausbildung, welche trotz unstreitig erbrachter Gegenleistung zu einer Strafbarkeit wegen Betruges führen können.

²¹ Verneinend Ahrens, NJW 2019, 890, 892.

²² S. etwa die Vorgänge um das Bauunternehmen Bohlen & Doyen - LG Aurich, Beschluss vom 13.05.2013 - 15 KLS 1000 Js 55939/12 [2/13], ZInsO 2014, 343, und Urteil vom 25.04.2017 - 15 KLS 3/14, wistra 2018, 140.

fassend geäußert.²³ Die StA Frankfurt hatte gegen einen früheren DFB-Präsidenten wegen Steuerhinterziehung und andere Delikte im Zusammenhang mit der Fußball-WM 2006 ein Verfahren eingeleitet und verschiedene Maßnahmen vollzogen. Der Beschuldigte verlangte u.a. Schmerzensgeld, was ihm der Senat aber verweigerte. Denn in einem 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. Letztere darf nur verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege das staatsanwaltschaftliche Verhalten nicht mehr verständlich erscheint.²⁴

Abschließend wurde noch die „Schlecker-Kinder-Entscheidung“ des BGH²⁵ kurz angerissen. Der Senat hat hier – zum wiederholten Mal²⁶ – darauf hingewiesen, dass die Schuldnergemeinschaft bei § 283 StGB als besonderes strafbegründendes persönliches Merkmal iSd. § 28 Abs. 1 StGB gewertet werden muss. Zwingende gesetzliche Folge: Für einen Gehilfen – wie in der entschiedenen Sache die Kinder des gesondert verfolgten Firmenpatriarchen – müssen Sanktionen nach § 49 StGB gemildert werden, was – jedenfalls bislang – von den Gerichten häufig übersehen wurde.

V. Vergleich und Täter-Opfer-Ausgleich im Insolvenz(straf)verfahren - Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Jörg Gollnick, Köln

Auch der Vortrag der Rechtsanwälte Gehrman, Strafverteidiger aus Berlin, und Gollnick, Insolvenzverwalter aus Köln, betraf eine terra incognita. Der in § 46a StGB verankerte Täter-Opfer-Ausgleich (TOA),²⁷ welcher für den Täter erheblich strafmildernd auswirken kann, findet in der strafrechtlichen Praxis regelmäßig Anwendung bei Gewalt- oder Sexualdelikten; im wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich fehlt es jedoch weitgehend an einer entsprechenden Resonanz.²⁸ Im Zusammenhang mit Insolvenzstrafverfahren wurde die Thematik – soweit ersichtlich – bis jetzt weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur überhaupt angesprochen

Gehrman widmete sich im ersten Teil des Vortrags den gesetzlichen Grundlagen und der praktischen Anwendung des § 46a StGB. Aus der Sicht des Verteidigers birgt ein von § 46a StGB erfasstes Vorgehen nicht unerhebliche Risiken. Denn eine Schadenswiedergutmachung schon im laufenden Ermittlungsverfahren kann – quasi als eine Art Geständnis – die allgemeine Unschuldsvermutung und auch das strafrechtliche Schuldprinzip aushebeln. Andererseits betonte der Referent auch mögliche Vorteile: So kann ein entsprechendes Vorgehen schon vor Tatendeckung und –verfolgung als präventive Verteidigung wirken. Nicht zu unterschätzen ist die strafmildernde Wirkung eines TOA, mit dem der Täter Verantwortung für sein Handeln übernimmt und einen materiellen Schadensausgleich verwirklicht; im Einzelfall kann das Gericht nach der gesetzlichen Regelung zudem ganz von Strafe absehen, wenn Fälle der geringen Kriminalität betroffen sind. Gerade in den letztgenannten Fällen kann ein frühzeitiger TOA sogar zur Einstellung eines Ermittlungsverfahrens vor Anklageerhebung bzw. im Zwischenverfahren – also nach Anklageerhebung, aber vor deren Zulassung durch das Gericht – führen, wie sich aus § 153b StPO ergibt. Gericht und Staatsanwaltschaft sollen nach § 155b StPO überdies in geeigneten Fällen aktiv auf einen TOA hinwirken. Gehrman verwies in diesem Kontext auf die im Zusammenhang mit der Neuregelung der Einziehung erstmalig geschaffene Bestimmung des § 73e StGB: Hernach scheiden Vermögensabschöpfungsmaßnahmen insgesamt aus, wenn die aus der Tat resultierenden Ansprüche des Verletzten erloschen sind. Dementsprechend kann die auf einen TOA gerichtete gestaltende Verteidigung entsprechende Aktivitäten der Ermittlungsbehörden bzw. Entscheidungen des Gerichts verhindern.

²³ OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 08.02.2018 – 1 U 112/17, ZWH 2018, 268.

²⁴ S. bereits BGH, Urteil vom 21.04.1988 – III ZR 255/86, NJW 1989, 96, und BGH, Beschluss vom 27.09.1990 – III ZR 314/89, n.v. Jüngst ebenso OLG Saarbrücken, Ur. vom 21.03.2019 – 4 U 118/17, n.v.

²⁵ BGH, Beschluss vom 14.03.2019 – 1 StR 259/18, n.v.

²⁶ S. zuvor BGH, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 StR 423/17, ZInsO 2018, 1147, m. Anm. Brammsen, EWIR 2018, 757.

²⁷ S. zu den Möglichkeiten des § 46a StGB aus Verteidigersicht umfassend Püschel, StraFo 2006, 261.

²⁸ Eine der wenigen Ausnahmen erörtert Waßmer, ZWH 2017, 20, in seiner zust. Anm. zu BGH, Urteil vom 09.08.2016 – 1 StR 121/16, wistra 2016, 486.

Im zweiten Teil beleuchtete Gollnick die Thematik aus der Sicht des Insolvenzverwalters. Er wies darauf hin, dass ein TOA in der Insolvenz des Täters selbst ausscheidet, weil der Verwalter weder Vertreter des Täters noch des Schuldners ist. Anders kann dies aber bei Unternehmensinsolvenzen zu beurteilen sein. Hier stehen regelmäßig mögliche Haftungsansprüche gegenüber dem unredlichen Geschäftsführer bzw. Geschäftsleiter nach den §§ 64 GmbHG, 130a Abs. 2 HGB im Raum. Unabhängig von grundlegenden Fragen der Regresspflicht, etwa dem Nachweis von Handeln trotz und während Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung, Problemen des Haftungsumfanges und der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, sah der Referent keine Probleme, Vergleiche mit potentiellen Tätern bzw. einen TOA mit dem ungetreuen Firmenverantwortlichen mit Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens zu vereinbaren. Er verwies in dem Zusammenhang zudem auf den Schutz, den das Verwendungsverbot des § 97 InsO²⁹ bei der Gestaltung des kommunikativen Prozesses zwischen Verwalter und betroffenem Unternehmensorgan begründet. Gollnick riet aber dazu, etwaige derartige Vereinbarungen jedenfalls der Gläubigerversammlung zu Genehmigung vorzulegen, schon um etwaige Untreuevorwürfe (§ 266 StGB) zu verhindern. Denn das Einverständnis der Gläubigergesamtheit schließt bereits den Tatbestand der Untreue aus.³⁰

Beide Referenten wollten ihre Gedanken, die ebenfalls in Aufsatzform in einer der nächsten ZInsO-Hefte veröffentlicht werden sollen, als Anstoß gewertet sehen, die Frage des TOA im Insolvenzstrafrecht weiter zu erörtern, und dessen Anwendungsmöglichkeiten zu prüfen und verstärkt zu beachten.

VI. Ausblick

Nach den einzelnen Vorträgen ergaben sich umfangreiche – teils durchaus auch kontroverse – Diskussionen zwischen den Anwesenden. Nach Tagungsende wurde die Gespräche bei Fingerfood und Kölsch bis in die Abendstunden fortgesetzt.

Die diesjährigen Organisatoren laden schon jetzt ein zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Mai 2020 stattfinden wird. Ein gleichfalls interessantes und abwechslungsreiches aktuelles Programm ist auch bei dieser Veranstaltung zu erwarten.

²⁹ S. zum Verwendungsverbot des § 97 InsO Püschel, ZInsO 2016, 262, einerseits, Weyand, ZInsO 2015, 1948, andererseits.

³⁰ S. nur MünchKomm-StGB/Dierlamm, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 143 m.w.N. S. zur „Entscheidungshoheit der Gläubigergemeinschaft“ schon Buchalik/Hiebert, ZInsO 2014, 109, 110.

Rezensionen

Geldwäsche

Oberstaatsanwalt Dr. Marcus Schmitt, Wien

Johanna Grzywotz: Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche (= Internetrecht und Digitale Gesellschaft Bd 15).

Duncker & Humboldt, Berlin 2019, 372 S., 79,90 €

Die gegenständliche Publikation wurde im Sommersemester 2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.

I. Einleitung

Kryptowährungen (insbesondere Bitcoin) und Geldwäsche haben eines gemeinsam: Sie sind ein weltweites Phänomen, das nicht an Landesgrenzen halt macht. Wie alle schnell wachsenden Technologien ziehen auch das Internet und die dort als Zahlungsmittel verwendeten Kryptowährungen, von denen Bitcoin eine herausragende Stellung einnimmt, Menschen an, die die neu eröffneten Möglichkeiten für kriminelle Zwecke zu nutzen suchen. Aufgrund vermeintlicher Anonymität von Bitcoin – eigentlich muss man von Pseudonymität sprechen, da alle Transaktionen auf der Blockchain gespeichert werden – erscheinen diese zum Zwecke der Geldwäsche im Zusammenhang mit Kriminalität im Internet geeignet.

Ziel der Arbeit ist es zu untersuchen, ob das materielle Strafrecht, insbesondere der § 261 StGB, den technischen Herausforderungen, die sich durch Bitcoin stellen, gewachsen ist. Hierbei arbeitet die Autorin heraus, an welchen Stellen es Anpassungen bedarf und zeigt auf, dass neue Technologien nicht nur ein Risiko, sondern auch eine Chance darstellen, vorhandenen Problemen im materiell-rechtlichen Bereich des § 261 StGB zu begegnen.

II. Grundlagen zu Bitcoin

Die Arbeit gliedert sich (neben Einleitung und Zusammenfassung) in vier große Kapitel. Zunächst gibt die Autorin im **zweiten** Kapitel einen umfassenden Überblick über die technischen Parameter und die Erzeugung von Bitcoin durch Mining sowie die Blockchain, welche allen digitalen Währungen zugrunde liegt. Kryptowährungen weichen insbesondere durch ihre dezentrale Struktur, dh das Fehlen von zentralen Autoritäten von herkömmlichen Währungssystemen ab. Bitcoin kann nicht als Bargeld qualifiziert werden, da ihnen zum einen die Körperlichkeit fehlt und zum anderen die Einordnung als gesetzliches Zahlungsmittel. Auch als Buchgeld können sie nicht eingestuft werden, weil Buchgeld das Vorliegen einer Forderung gegenüber einem Kreditinstitut verlangt. Eine zentrale Stelle, gegenüber der die Forderung bestehen kann, existiert im dezentral organisierten System der Blockchain gerade nicht.

Oftmals werden Bitcoin mit E-Geld verwechselt. Bei beiden handelt es sich um digitale Zahlungsmittel. Da aber auch E-Geld (wie Buchgeld) eine Forderung gegenüber einem Emittenten darstellt, können Bitcoin nicht als E-Geld qualifiziert werden, da im Bitcoin-System kein zentraler Emittent existiert, gegenüber dem eine Forderung vorliegen könnte. Als weiterer Unterschied zu E-Geld werden Bitcoin nicht im Austausch gegen gesetzliche Zahlungsmittel geschaffen. Auch wenn Bitcoin als Zahlungsmittel Verwendung finden, so erfüllen sie definitionsgemäß die volkswirtschaftlichen Geldfunktionen von Bar-, Buch- und E-Geld nicht.

III. Grundlagen zu Geldwäsche

Im nächsten **dritten** Kapitel wendet sich die Autorin dem Phänomen der Geldwäsche zu. Sie stellt die Entwicklung und die zahlreichen nachträglichen Änderungen des 1992 in das StGB aufgenommenen § 261 auf dem Hintergrund internationaler rechtlicher Vorgaben dar. Für eine auf Bitcoin abzielende Analyse des § 261 StGB ist die Beantwortung der Frage nach dem Sinn und Zweck der Norm erforderlich.

Der Tatbestand der Geldwäsche wurde vornehmlich im Zusammenhang mit der Bekämpfung der organisierten Kriminalität geschaffen. Er ist aber nicht auf Delikte organisierter Kriminalität eingeschränkt. Anknüpfungspunkt für die Strafverfolgung bilden bei der Bekämpfung der Geldwäsche illegale Erlöse, die in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf eingespeist werden sollen. Durch Aufspüren der illegalen Zahlungsflüsse sollen die Profite der kriminellen Organisationen eingezogen und damit diese selbst ihre Existenzgrundlage verlieren. Für die Täter darf sich kriminelles Handeln nicht lohnen. Als geschütztes Rechtsgut des § 261 StGB sieht die Autorin den Schutz der Strafrechtspflege mit ihrer Aufgabe, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen.

Herkömmliche Geldwäschetechniken lassen sich durch das Drei-Phasen-Modell charakterisieren:

- Einspeisung (Placement): Die illegal erlangten Vermögenswerte werden im legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf untergebracht, zB wird Bargeld durch Einzahlung auf

(viele) Konten in Buchgeld umgewandelt oder in Wertgegenstände, welche selbst wieder möglichst einfach zu verkaufen sind.

- Verschleierung (Layering): Die illegale Herkunft des Geldes soll weiter verdeckt werden, um die Papierspur (paper trail) zu verwischen und zu unterbrechen, so dass die Rückverfolgung der illegalen Herkunft der Vermögenswerte nicht mehr möglich ist. Dies geschieht insbesondere durch eine Vielzahl von Transaktionen unter Zwischenschaltung unverdächtiger Dritter (Treuhand). Online Transaktionen vereinfachen die Vernichtung der Papierspur wesentlich.
- Integration: Die illegal erlangten Werte werden in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zurückgeführt. In dieser Phase wird die illegale Verbindung endgültig unterbrochen. Die Vermögenswerte werden nur noch mit legalen Geschäften in Verbindung gebracht. Die einfachste Methode hierfür stellt der Erwerb von Immobilien oder Edelmetallen mit Hilfe der mehrfach verschobenen Vermögenswerte dar. Eine andere Methode bildet die Tilgung eines inländischen Kredites mit ausländischen (inkriminierten) Geldern oder die Gründung bzw. Erwerb von Unternehmen.

IV. Bitcoin und Geldwäsche – eine Zusammenführung

Im daran anschließenden **vierten** Kapitel untersucht die Autorin das Zusammentreffen beider Phänomene, nämlich die Eignung von Kryptowährungen (Bitcoin) zur Geldwäsche. Neben der Financial Action Task Force (FATF) und der Europäischen Bankenaufsicht haben in den vergangenen Jahren auch die EZB und die EU-Kommission auf die Geldwäscherisiken, die sich im Zusammenhang mit Kryptowährungen (Bitcoin) stellen, in verschiedenen Dokumenten hingewiesen. Diese Risiken liegen insbesondere im hohen Grad der Anonymisierung (Pseudonymisierung) und der Dezentralisierung. Neben der Pseudonymität und Dezentralität von Bitcoin sieht die Autorin die Globalität des Bitcoin-Netzwerkes als zentrale Eigenschaften, welche Geldwäscherisiken in sich bergen. Mangels Zentralität gibt es im Bitcoin Netzwerk keine zentrale Stelle, welche verdächtige Transaktionen prüft und meldet. Es gibt keine Banken, die diese Rolle übernehmen könnten. Bitcoin ist zwar kein anonymes Zahlungsmittel, aber ein pseudonymes. Sämtliche Transaktionen sind in der Blockchain verzeichnet. Sie können aber nicht ohne weiteres einer bestimmten Person zugeordnet werden, zumal sich jeder Teilnehmer am Bitcoin-System rasch wechselnd eine Vielzahl von Bitcoin-Adressen zulegen kann. Die Zuordnung der Adressen zu den dahinterstehenden Personen ist denkbar, eine Identifizierung aber nur erschwert möglich. Schließlich sind Transaktionen weltweit ohne Hindernisse möglich, insbesondere auch in und aus Ländern, die keine ausreichende Geldwäscheprävention betreiben. Es gibt keine Kontrollinstanzen. Im Gegensatz zu Bargeld müssen (digitale) Bitcoins nicht über Ländergrenzen hinweg physisch transportiert werden. Dezentralität, Pseudonymität und Globalität von Bitcoin machen das System grundsätzlich zum Waschen inkriminierter Werte geeignet.

Die drei klassischen Phasen der Einspeisung (Placement), Verschleierung (Layering) und Integration bei der Geldwäsche sind auch im Falle von Bitcoin anwendbar. Bitcoin stellt hierfür (lediglich) eine neue Technik zur Verfügung. In der Phase der Einspeisung werden entweder (i) inkriminierte Werte (außer Bitcoin), v.a. Fiat-Geld, durch Umtauschtransaktionen im Bitcoin-System platziert oder (ii) inkriminierte Bitcoin-Werte selbst in das System eingespeist.

Umtauschdienstleister unterliegen den Geldwäschepräventionsvorschriften der Länder, in denen sie ansässig sind. Hier ist am ehesten eine Identifizierung der Nutzer durch Anwendung des Know-Your-Customer Prinzips möglich. Bitcoins können aber auch direkt aus den Katalogtaten der Geldwäsche erworben werden, zB beim Verkauf von Drogen oder durch Zahlungen nach Erpressungen mit sog. Ransomware (eine durch einen Hacker-Angriff vorgenommene Verschlüsselung von Computernetzwerken in Unternehmen oder Institutionen wird erst nach Zahlung von Lösegeld, typischer Weise in Bitcoin, wieder aufgehoben). Die vom Opfer bezahlten (inkriminierten) Bitcoin befinden sich bereits im System und müssen daher nicht erst noch eingespeist werden.

In der Phase der Verschleierung werden die inkriminierten Bitcoins durch weitere Transaktionen verschoben. Da eine Person eine unendlich große Zahl von Adressen generieren kann, können die transferierten Bitcoins in der Verfügungsmacht derselben Person verbleiben. Die Bitcoins können so leicht von derjenigen Person, die sie ursprünglich ins Netzwerk eingespeist hat, lösgelöst und ohne Aufwand auch über Ländergrenzen hinweg transferiert

werden. Die Spur der Transaktionen bleibt aufgrund der Transparenz der Blockchain nachvollziehbar. Problematisch ist aber die Identifizierung der Personen, die hinter diesen stehen (Pseudonymität des Systems). Durch Mixing-Dienste kann die Rückverfolgbarkeit erschwert und damit der Grad der Anonymität erhöht werden.

In der Phase der Integration werden Bitcoins in staatliche anerkannte Werte (Fiat-Geld) umgetauscht oder andere Vermögenswerte (zB Immobilien, Edelmetalle etc) mit Bitcoins bezahlt. Der Auszahlungsvorgang kann in ein Land verlegt werden, welches keine oder nur geringe Geldwäschekontrollen anwendet.

Verlustrisiken bilden bei Geldwäsche mit Bitcoin die erheblichen Kursschwankungen. Umgekehrt können diese aber auch dazu genutzt werden, noch weitere Gewinne zu generieren. Nicht zuletzt wäre hier noch zusätzlich zu den von der Autorin genannten Risiken zu erwähnen, dass durch Einspeisung von hohen Fiat-Geldbeträgen in das System (etwa zwei- und dreistellige Millionenbeträge) aufgrund des zum Teil geringen Handelsvolumens auf den verschiedenen Plattformen der Kurs allein durch solche Transaktionen negativ beeinflusst werden kann und sohin Verluste im Rahmen der Geldwäsche entstehen.

V. Analyse des § 261 StGB im Hinblick auf Bitcoin

Im **fünften** Kapitel der Arbeit untersucht die Autorin die Anwendbarkeit des § 261 StGB auf Bitcoin. Zunächst geht sie dabei auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ein.

1. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Die Tathandlungen des § 261 Abs 1 Var. 1 und 2 (Verbergen und Verschleiern) StGB sowie die Ausführungshandlungen des Abs 2 bilden abstrakte Gefährdungsdelikte. Deutsches Strafrecht kann nur zur Anwendung gelangen, wenn der Ort, von dem der Täter die Geldwäschehandlung mit Bitcoin vornimmt, im Inland belegen ist.

Bei den Tathandlungen des § 261 Abs 1 Var. 3 (Vereiteln) und Var. 4 (Gefährden) StGB handelt es sich um Erfolgsdelikte. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist gegeben, wenn Anknüpfungspunkte für einen Erfolgseintritt in Deutschland gefunden werden können. Beispielsweise befindet sich der Inhaber der Empfängeradresse oder die Bitcoins selbst aufgrund der Wallet als Belegenheitsort in Deutschland. Auch transaktionsbezogene Anknüpfungspunkte können gefunden werden, wenn die Transaktion mit Hilfe eines deutschen Dienstleisters ausgeführt wird oder durch einen deutschen Bitcoin-Knoten geleitet oder von einem deutschen Miner verarbeitet wird.

2. Rechtswidrige Vortat

Die Anwendbarkeit des Tatbestands der Geldwäsche bedarf einer **rechtswidrigen Vortat**. Die in der Praxis mit Bitcoin begangenen Straftaten können unter die im Katalog des § 261 Abs 1 StGB gelisteten Normen subsumiert werden. Bei betrügerischen oder erpresserischen Handlungen muss die gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung hinzukommen, damit eine taugliche Vortat für Geldwäsche vorliegt. Die Täter suchen sich in der Regel aber eine Vielzahl von Opfern aus, so dass zumeist eine gewerbsmäßige Begehung zu bejahen ist.

Durch die technische Funktionsweise des Bitcoin-Systems bieten sich für Verbrecher neue Handlungsmöglichkeiten. Bedeutsam sind hier zwei Sachverhalte, nämlich (i) das fremdnützige Bitcoin-Mining und (ii) der Bitcoin-Diebstahl.

Beim (i) fremdnützigen Bitcoin-Mining wird die Rechenleistung nicht selbst aufgebracht, sondern fremde Hardware verwendet, um eigene Strom- und Hardwarekosten zu sparen. Hierzu wird entweder Schadsoftware auf einem Computer oder ohne Zustimmung ein Update installiert, das ohne Wissen und Kenntnis der Berechtigten Miningprozesse durchführt. Die Autorin sieht hierin insbesondere den Tatbestand des § 263a StGB (Computerbetrug) erfüllt, welcher eine taugliche Vortat zur Geldwäsche bildet.

Beim (ii) Bitcoin-Diebstahl werden fremde Bitcoins entwendet. Dies geschieht insbesondere dadurch, dass der Täter den privaten Schlüssel eines Bitcoin-Eigentümers erlangt und mit diesem eine Transaktion auf eine fremde Wallet durchführt. An einen solchen digitalen Schlüssel gelangt man meist durch Phishing- oder Hacking-Attacken. Der Diebstahl im engeren Sinne erfolgt dann durch die Verwendung des Schlüssels im Rahmen der Transakti-

on. In den Fällen des Bitcoin-Diebstahls im engeren Sinne (dh nur Durchführung der Transaktion) sieht die Autorin die Tatbestände der §§ 266 StGB (Untreue, im Falle des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht), 263a StGB (Computerbetrug), 269 StGB (Fälschung beweisbarer Daten), 270 StGB (Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung) und 303a StGB (Datenveränderung) erfüllt. Außer § 303a StGB stellen diese Tatbestände, wenn gewerbsmäßig oder bandenmäßig begangen (was in der Praxis häufig der Fall sein wird), taugliche Vortaten zur Geldwäsche dar.

3. Gegenstandsbegriff und Bitcoin

Eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche erfordert, dass eine der in § 261 Abs 1 oder 2 StGB genannten Tathandlungen an einem **Gegenstand** vorgenommen wird, der aus einer tauglichen Vortat herrührt. Demzufolge untersucht die Autorin, ob Bitcoins unter den Gegenstandsbegriff der Geldwäsche subsumierbar sind. Vom **klassischen** Gegenstandsbegriff sind bewegliche oder unbewegliche Sachen sowie Rechte an solchen und Forderungen erfasst. Ihnen allen muss ein Vermögenswert zukommen. Damit Bitcoins vom **klassischen** Gegenstandsbegriff umfasst werden, müssen sie eine Sache oder ein Forderungsrecht darstellen. Da Bitcoins jedenfalls keine Körperlichkeit zukommt, ist eine Subsumtion unter den Sachbegriff zu verneinen. Auch die Subsumtion unter ein Forderungsrecht lehnt die Autorin ab, da im dezentralen Bitcoinsystem keine Forderung gegenüber einem Dritten (Emitenten) besteht.

Da Bitcoin vom klassischen Gegenstandsbegriff nicht erfasst werden, gelangt die Autorin nach einer detaillierten Auslegung des Gegenstandsbegriffs auf Grundalgen der grammatischen, historischen, systematischen und teleologischen Methode zu dem Schluss, dass die klassische Definition des Gegenstands, die ihn auf Sachen und Forderungsrechte beschränkt, nicht zwingend ist.

Sie entwickelt eine Definition des Gegenstandsbegriffs anhand der drei Merkmale **Abgrenzbarkeit, Vermögenswert und Ausschlussfunktion**: Ein Gegenstand muss abgrenzbar sein, einen Vermögenswert bilden und andere von der Eigentümerschaft ausschließen. Demzufolge schlägt sie die Aufnahme einer Legaldefinition in § 261 Abs 1 StGB vor, wonach Gegenstand jede abgrenzbar, vermögenswerte Position mit Ausschlussfunktion bezeichnet. Unter eine solche Definition des Gegenstandes würden auch virtuelle Güter wie Bitcoin fallen und sohin vom Tatbestand des § 261 Abs 1 StGB erfasst werden.

4. Herrühren

Geldwäsche erfordert weiters das Herrühren des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Vortat. Für den Begriff des Herrührens besteht keine Legaldefinition. Er ist sehr weit gefasst. Es genügt, dass der Gegenstand seinen Ursprung in der Vortat hat. Minimales Erfordernis ist somit Kausalität. Die Autorin analysiert drei Fallgruppen, die auf Bitcoin übertragen werden können: (i) unmittelbar aus der Vortat erlangte Gegenstände; (ii) Surrogate; (iii) Vermischung legaler und illegaler Werte.

Unter (i) fallen Bitcoin, die direkt durch die Straftat erlangt werden (*scelere quaesita*), etwa beim Verkauf von Drogen, aber auch wenn sie aus der Vortat hervorgebracht wurden (*producta seceleris*), etwa beim Mining mittels Schadsoftware. Unter (ii) fallen Tatobjekte, wenn der betroffene Gegenstand als Ersatz aus nachfolgenden Vermögenstransaktionen hervorgeht. Werden Bitcoin im Tausch gegen inkriminiertes Fiat-Geld (Reallgeld) erlangt, bilden sie ein Geldwäschesurrogat. Gleiches gilt, wenn vom inkriminierten Fiat-Geld Mining Hardware angeschafft wird. Die Hardware bildet ein Surrogat, nicht mehr aber die mit der erworbenen Hardware geschürften neuen Bitcoins. Durch (iii) Vermischung legaler und illegaler Werte soll es (im Gegensatz zu Giralgeld) bei Bitcoin nicht zu einer Totalkontamination aller Werte kommen, sondern lediglich zu einer Teilkontamination. Denn in der Blockchain kann jede Transaktion bis zur ersten (illegalen) Transaktion zurückverfolgt werden. Der sog. „Sperrlistenansatz“ dient der Prävention von Geldwäsche im Bitcoin-Netzwerk, indem er inkriminierte Transaktionen listet. Die Aufnahme inkriminierter Bitcoins auf die Sperrliste soll dazu führen, dass Umtauschdienstleister gelistete Bitcoins nicht mehr annehmen dürfen und diese damit faktisch entwertet werden. Eine solche Sperrliste ist öffentlich zugänglich.

5. Tathandlungen

An dem Gegenstand, der aus der Straftat herrührt, muss eine taugliche Tathandlung vorgenommen werden. Diese sind in § 261 Abs 1 und 2 StGB definiert. Auf Bitcoin angewendet, ergeben sich folgende Anwendungsbereiche:

Verbergen: Bitcoins als nicht-körperliche Gegenstände können nicht verborgen werden. Dies wäre allerdings bei Hardware, zB USB-Sticks, Paper-Wallets etc, auf denen private Schlüssel gespeichert bzw abgedruckt sind, der Fall.

Verschleiern der Herkunft: Bei einfachen Transaktionen ist das Verschleiern aufgrund der Transparenz der Blockchain, die eine Rückverfolgung inkriminierter Transaktionen bis zum Ursprung zulässt, nicht möglich. Eine Verbindung von Sender- und Empfängeradresse kann bei einfachen Transaktionen stets hergestellt werden. Anderes gilt aber bei Einschaltung von Mixing-Services. Hier wird die Verbindung von Sendern und Empfängern durch die Zwischenschaltung zahlreicher Transaktionen verwischt, so dass der Tatbestand des Verschleierns erfüllt ist.

Gefährden oder Vereiteln der Herkunftsermittlung oder des Auffindens: Ein Gefährden/Vereiteln der Herkunftsermittlung oder des Auffindens eines inkriminierten Gegenstandes liegt vor, wenn dieses verhindert wird. Bei einer normalen Transaktion im Bitcoin-System ist es stets möglich, durch die Blockchain die Entstehung eines Bitcoins bis zu seinem Ursprung zu ermitteln. Es ist nachvollziehbar, welcher Bitcoin-Adresse die betroffenen Bitcoins zuzuordnen sind. Das Auffinden und die Herkunftsermittlung werden sohin nicht verhindert. Nicht bekannt sind allerdings die Personen, die über die Bitcoin-Adressen verfügen können (Pseudonymität). Der tatsächliche Zugriff auf die Bitcoins wird daher durch eine Transaktion erschwert, da ein Zugriff nur mit Hilfe des privaten Schlüssels möglich ist. An den privaten Schlüssel kann man nur gelangen, wenn man die Person, der die zugehörige Bitcoin-Adresse zuzuordnen ist, ermittelt und identifiziert wird. Da die bloße Identifizierung der Personen noch nicht den Zugriff ermöglicht, sondern hierzu erst der private Schlüssel erlangt werden muss, ist der Zugriff auch bei bekannten Personen jedenfalls im Sinne des § 261 Abs 1 StGB erschwert. Denn das Gefährden bzw Vereiteln der Herkunftsermittlung oder des Auffindens ist deswegen pönalisiert, weil hierdurch der Zugriff gefährdet wird. Mit der Pönalisierung der Geldwäsche soll der Staat aber gerade Zugriff auf die inkriminierten Vermögenswerte erhalten, damit diese dem legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf entzogen werden können. Insoweit ist die Tathandlung des Gefährdens oder Vereitelns der Herkunftsermittlung oder des Auffindens auf Bitcoins anwendbar.

Sich oder einem Dritten verschaffen/Verwahren/Verwenden (§ 261 Abs 2 StGB): Werden inkriminierte Bitcoins, die ein Nutzer von einem anderen erhalten hat, an eine eigene oder dritte Adresse transferiert, so stellt dies ein Sichverschaffen dar. Die Inhaberschaft eines privaten Schlüssels bildet ein Verwahren (Gewahrsame durch Verfügungsmacht). Das Tätigen einer Transaktion ist ein Verwenden. Ein tatbildliches Verwahren oder Verwenden liegt allerdings dann nicht vor, wenn der Täter die illegale Herkunft des Gegenstands zu dem Zeitpunkt, zu dem er ihn erlangt hat, nicht kannte. Ein Verwahren oder Verwenden beim Tätigen einer Transaktion ist nur dann anzunehmen, wenn der Täter im Zeitpunkt des Erhalts der inkriminierten Bitcoins, die er weiter transferiert, deren illegale Herkunft kannte. Dies gilt insbesondere für Mixing-Services, Zahlungsdienstleister und Umschuldungsdienstleister, die (inkriminierte) Bitcoins entgegennehmen und anschließend weitere Transaktionen durchführen. Bei Umtauschdienstleistern bildet der umgetauschte Gegenstand ein Surrogat.

6. Stellungnahme

Die Autorin legt eine stringent gegliederte und fundierte Studie zur Thematik von virtuellen Währungen (Bitcoins) und Geldwäsche vor. Die Arbeit zeichnet sich nicht nur durch eine tiefgehende und detaillierte Analyse des § 261 StGB im Blick auf Bitcoins aus, sondern auch durch eine Darstellung der technischen Grundlagen des Bitcoin-Netzwerks und einem allgemeinen Überblick über das Phänomen Geldwäsche. Dies erleichtert einem Leser, der möglicherweise noch kein eingehenderes Wissen zu Kryptowährungen (Bitcoins) besitzt, das Verständnis erheblich. Auch wenn die Arbeit als Dissertation eine gründliche wissenschaftliche Analyse der Problematik der Anwendung des Geldwäschestrafatbestandes zum Ziel hat, sind weite Teile auch als Lektüre für den Praktiker, der in der Strafverfolgung oder -verteidigung steht, geeignet, sich eingehendes Wissen zu einem Phänomen anzuei-

genen, das in den letzten Jahren immens an Bedeutung gewonnen hat und weiter gewinnt, da die Blockchaintechnologie unser Leben maßgeblich mit beeinflussen wird. Dies wird grundsätzlich auch für digitale Währungen gelten, mögen sich auch bestimmte einzelne Kryptowährungen nicht durchsetzen. Die Arbeit kann daher jedem mit der Problematik Befassten oder daran Interessierten nachdrücklich empfohlen werden.