

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Antje Klötzer-Assion
Dr. Mayeul Hièramente
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 Leimenstöll
Norman Lenger
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
OStA Raimund Weyand

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Christian Schmitz, Köln

Das neue Unternehmensstrafrecht – Geld und Unterwerfung 154

Rechtsanwälte Dr. med. Mathias Prierer und Dr. Lukas Ritzenhoff, beide Berlin

Das Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-)Verteidigung 166

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M. und Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Nürnberg

BGH-Urteil vom 13.09.2018 - 1 StR 642/17; Kompensation und Kompensationsverbot bei der Berechnung des Steuerschadens gemäß § 370 AO 173

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.7.2019 – II ZR 426/17 178

Anmerkung zum BGH, Beschluss vom 20. August 2019 – 2 StR 381/17 181

Internationales

Rechtsanwältin Anja Vogt und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 184

Editorial

Das Kalenderjahr neigt sich langsam dem Ende zu. Es hat den Anschein, als befände sich nunmehr auch die seit Jahren andauernde Diskussion über die Einführung eines Unternehmensstrafrechts auf der Zielgeraden. Denn das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat kürzlich den seit langem erwarteten Referentenentwurf für ein neues Verbandssanktionengesetz (RefE-VerSanG) vorgelegt. Angesichts der Vielzahl kritischer Reaktionen und (häufig berechtigter) Einwände drängt sich allerdings die Frage auf, ob es nicht doch sinnvoll und geboten wäre, sich noch ein wenig mehr Zeit zu nehmen und den Entwurf (selbst-) kritisch auf den Prüfstand zu stellen. Gerade mit Blick auf die zu erwartenden weitreichenden Auswirkungen der geplanten gesetzlichen Neuregelung sollte es in der finalen Phase nicht entscheidend auf ein paar Wochen oder Monate mehr oder weniger ankommen. Zumal der sogenannte Diesel-Skandal gezeigt hat, dass man auf der Grundlage einer extensiven Anwendung der geltenden Regelungen zur Vermögensabschöpfung faktisch auch in Deutschland durchaus bereits *de lege lata* in der Lage ist, ein als strafrechtlich relevant bewertetes Fehlverhalten aus einem Verband heraus auch gegenüber dem Unternehmen selbst empfindlich zu sanktionieren.

Der großen praktischen Bedeutung der geplanten Neuregelung des Unternehmensstrafrechts trägt auch die vorliegende Ausgabe der WiJ gebührend Rechnung. *Christian Schmitz* bietet nicht nur einen informativen Überblick über den wesentlichen Inhalt des Referentenentwurfs, sondern befasst sich in seiner kritischen Kommentierung auch mit den zu erwartenden Auswirkungen der geplanten Neuregelungen für die Unternehmen sowie auch deren (straf-)rechtliche Berater. Im Anschluss widmen sich *Mathias Priewer* und *Lukas Ritzenhoff* im Kontext des Referentenentwurfes intensiv dem Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-)Verteidigung – und nehmen bei ihrer (den Entwurf im Ergebnis ablehnenden) Bewertung u.a. auch den Umgang mit dieser Thematik in den USA in den Blick.

Anmerkungen zu aktuellen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Untreue (*Folker Bittmann*) und zum Steuerstrafrecht (*Norman Lenger* u. *Nathalie Meyer*), die bewährte Rechtsprechungsübersicht zum Insolvenzstrafrecht (*Raimund Weyand*), ein informativer Länderbericht zur Schweiz (*Friedel Frank*) sowie Berichte zur Veranstaltung „Junges Wirtschaftsstrafrecht“ der WisteV (*Manuel Lorenz*), zur 9. Herbsttagung von WisteV und Bucerius Law School (*Peter-Jan Solka*) und zur Veranstaltung „Legal Tech und Künstliche Intelligenz in Wirtschaftsstrafverfahren“ (*Johannes Kührt*) runden die letzte Ausgabe des laufenden Jahres ab, die dem Leser in gewohnter Manier einen instruktiven Überblick über aktuelle Themen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts bietet.

Ich wünsche viel Spaß bei der Lektüre!

Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

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

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Antje Klötzer-Assion, Dr. Mayeul Hièramente, 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 a.D. Rechtsanwalt 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	154
Rechtsanwalt Dr. Christian Schmitz, Köln Das neue Unternehmensstrafrecht – Geld und Unterwerfung	154
Rechtsanwälte Dr. med. Mathias Prierer und Dr. Lukas Ritzenhoff, beide Berlin Das Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-)Verteidigung	166
Entscheidungskommentare	173
Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M. und Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Nürnberg BGH-Urteil vom 13.09.2018 - 1 StR 642/17; Kompensation und Kompensationsverbot bei der Berechnung des Steuerschadens gemäß § 370 AO	173
LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.7.2019 – II ZR 426/17	176
LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. August 2019 – 2 StR 381/17	178
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	181
Internationales	184
Rechtsanwältin Anja Vogt und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	184
Veranstaltungen und politische Diskussion	194
Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz, Mainz Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0 – Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis	194
Rechtsreferendar Peter-Jan Solka, Hamburg 9. Herbsttagung WisteV/Bucerius Law School -Tagungsbericht	206
Wiss. Mit. Johannes Kührt, Halle (Saale) Legal-Tech als Herausforderung und Chance im Wirtschaftsstrafrecht	207
Rezensionen	209
Rechtsanwalt Prof. Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ., Düsseldorf Meike Schönemeyer: Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV	209
Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, M.A., Berlin Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019	212
Rechtsanwalt Dr. Frédéric Schneider, Hamburg Korruption und Strafrecht (Kuhlen/Kudlich/Gómez Martin/ Ortiz de Urbina Gimeno [Hrsg.])	215
Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München Alexandra Windsberger: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht	219
Rechtsanwältin Dr. Marlen Vesper-Gräske, LL.M. (NYU), Berlin Tobias Günther: Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Maßnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung	221

Aufsätze und Kurzbeiträge

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Christian Schmitz, Köln

Das neue Unternehmensstrafrecht – Geld und Unterwerfung

Eine kritische Kommentierung des Referentenentwurfes zum VerSanG

I. Der streitbare Entwurf

Nun liegt er endlich vor, der seit Jahren erwartete Referentenentwurf für ein neues Verbandssanktionengesetz (Stand: 15.8.2019). Ausweislich der Presseberichterstattung sorgt sich das federführende Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz nun vor dem „Feuer der Verbände“. Diese Sorge ist berechtigt.

Wer glaubte, die vielen skeptischen Diskussionsrunden der vergangenen Monate und Jahre hätten zu einem zurückhaltenden Entwurf geführt, der ist nun eines Besseren belehrt. Der Entwurf regelt viel. Trotz seines beachtlichen Umfangs ist er aber an vielen Stellen sehr vage gefasst. Die Entwurfsbegründung enthält nur zum Teil verständnisleitende Hinweise. An manch wichtiger Stelle bleibt dabei offen, ob das ausweislich der Begründung des Entwurfs beabsichtigte Ergebnis auch wirklich so aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt. Selbst dort, wo sich differenzierte Erklärungen finden, erscheinen sie alles andere als zwingend. Erst eine vertiefte Befassung wird zeigen, gegen welche sachwidrigen Interpretationen der Entwurf keine ausreichende Vorsorge getroffen hat.

Doch bereits auf den ersten Blick steht fest: Unternehmen sollen für nahezu sämtliche Straftaten aus ihren Reihen mit ihrem Vermögen geradestehen. Neben empfindlichen Geldsanktionen drohen öffentliche „Anprangerung“ und schlimmstenfalls sogar die Auflösung des Unternehmens per Gerichtsurteil. Der einzige vom Gesetz aufgezeigte (Teil-)Ausweg scheint dabei die bedingungslose Kooperation, oder besser gesagt, Kapitulation zu sein:

- Die Bestrafung setzt kein „eigenes“ Fehlverhalten des Unternehmens voraus: Verletzt eine Leitungsperson eine strafbewehrte Pflicht des Verbands, so wird auch der Verband bestraft.
- Eigene Aufklärungsbemühungen des Unternehmens („Internal Investigations“) können (lediglich) zur Halbierung der Strafe führen – aber nur, wenn die internen Untersuchungen alle zwölf gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllen, die unbestimmte und zum Teil schwer erfüllbare Anforderungen beinhalten. Hier wird ein starkes Misstrauen gegenüber den Unternehmen bzw. den Untersuchenden deutlich.
- Alle Unterlagen aus internen Untersuchungen sollen künftig beschlagnahmefähig sein.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll zunächst ein Überblick über die Bestimmungen des VerSanG gegeben werden (II.). Sodann werden die Folgen des Entwurfs dargestellt – insbesondere im Hinblick auf die strafprozessuale Verwendung der Ergebnisse interner Ermittlungen (III.). Abschließend folgen eine würdigende Einschätzung des Gesetzesentwurfs (IV.) und ein kurzer Ausblick darauf, was die Unternehmen bei Inkrafttreten des Entwurfs erwartet (V.).

II. Übersicht über die Bestimmungen des Referentenentwurfs

Kernpunkt des Artikelgesetzes mit Änderungen in 22 weiteren Rechtsgebieten ist das VerSanG – das Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten. Der Entwurf ist

in sieben Teile gegliedert: (1) Allgemeine Vorschriften, (2) Voraussetzung der Sanktionierung; Ausfallhaftung, (3) Rechtsfolgen, (4) Verjährung, (5) Zuständigkeit und Verfahrensvorschriften, (6) Verbandssanktionenregister und (7) Schlussbestimmungen.

Irreführend ist bereits der Titel, denn die als verbandsbezogen verstandenen Straftaten sind im Grunde längst strafbar: Jedoch allein für die Täter. Daran soll sich auch in Zukunft nichts ändern. Neu vorgesehen wird nun, dass Strafe nicht allein die handelnden Personen, sondern gleichzeitig auch das Unternehmen, dem sie angehören, trifft – und zwar **immer** dann, wenn eine **Leitungsperson** verbandsbezogene Straftaten begangen hat, regelmäßig aber auch dann, wenn sonstige Angestellte des Unternehmens gegen strafbewehrte Pflichten, die das Unternehmen betreffen, verstoßen haben (unten 1.b).

1. Umfassender Anwendungsbereich – Bestrafung ohne Verschulden, Legalitätsgrundsatz

a) § 1 regelt die Sanktionierung von Verbänden [juristische Personen, auch nichtrechtsfähige Vereine und Personen(außen)gesellschaften] wegen Straftaten (natürlicher Personen), durch die strafbewehrte Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte. § 2 Abs. 2 erweitert den Anwendungsbereich des VerSanG für inländische Verbände auf im Ausland begangene Straftaten, auf die das deutsche Strafrecht (hinsichtlich der handelnden Personen) gar nicht anwendbar ist; angeknüpft wird hierbei u.a. an den Sitz des Unternehmens bzw. Verbandes in Deutschland.

b) Der Entwurf intendiert quasi eine Verdoppelung der Strafen. Er zielt nicht auf die Schließung (tatsächlicher oder angeblicher) Strafbarkeitslücken und sucht auch keine Antwort auf „organisierte Verantwortungslosigkeit“. Vielmehr geht es allein darum, **neben** den verantwortlich handelnden Personen auch den Verband bzw. das Unternehmen belangen zu können.

Sofern die Straftat einer Leitungsperson i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 in Rede steht, soll es nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 in Zukunft nicht mehr erforderlich sein, Fehler in der Organisation des Verbandes, bei der Personalauswahl, der Geschäftsverteilung, der Aufsicht, Anleitung und Kontrolle festzustellen, deren Nachweis derzeit noch Voraussetzung einer Bebußung des Inhabers oder Leiters eines Betriebs bzw. Unternehmens nach § 130 ggf. i. V. m. § 9 OWiG und in der Folge auch der Festsetzung eines Bußgelds gegen den Verband nach § 30 OWiG ist. Verbandsbezogene Straftaten eines Leiters dieses Verbandes werden dem Verband ausnahmslos zur Last gelegt.

Regelmäßig soll für die Bestrafung des Verbandes aber auch das Fehlverhalten irgendeines anderen (bei Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes) genügen, wenn „angemessene Vorkehrungen“ der Verbandsleiter die Straftaten verhindert oder wesentlich erschwert hätten, § 3 Abs. 1 Nr. 2.

Während somit bisher nach allgemeiner Rechtsauffassung stets eine ex-ante-Betrachtung erforderlich war und somit geprüft werden musste, ob die Leitungspersonen bereits vor dem strafbewehrten Verhalten erkennen konnten, dass es zu einem derartigen Verhalten ihrer Mitarbeiter kommen würde, macht der Entwurf faktisch auch den erst in der Rückschau erkannten Fehler quasi zur strafbewehrten gesetzlichen Pflicht, da allein objektiv zu prüfen ist, ob sich das Fehlverhalten durch „angemessene Vorkehrungen“ hätte vermeiden (oder erschweren) lassen, ohne dass es nach dem Gesetzeswortlaut auf die subjektiven Erkenntnisse der Unternehmensleiter im Zeitpunkt der Straftat ankäme. Angesichts der Kleintheit der Anforderungen, die die Zivilrechtsprechung § 93 Abs. 1 S. 1 AktG entnimmt, ist kaum vorstellbar, dass sich auf Leitungsebene nicht irgendein, und sei es noch so ein kleiner Fehler definieren lassen wird, der dann ausreicht, um auch das Unternehmen zu bestrafen.

Dass diese Fehler zukünftig nicht unbeachtet bleiben, regelt das schlichte Wort „wird“. Im Unterschied zu § 30 OWiG sieht der Entwurf vor, dass bei Verbandsstraftaten stets auch eine Verbandssanktion verhängt wird, ihre Verhängung soll also nicht mehr (wie derzeit die Festsetzung der Geldbuße nach § 30 OWiG) im Ermessen der Verfolgungsbehörde liegen.

2. Kein „safe harbour“, aber besonders schwere Fälle; Umfassende Haftung von Rechtsnachfolgern

a) In dem Gesetzesentwurf findet sich keine Regelung dazu, wie sich ein Verband rechtssicher vor eigener Verfolgung und Ahndung schützen könnte. Eine Art „safe harbour“ ist nicht vorgesehen.

Statt zumindest der Leitungsebene vor Augen zu führen, wie sie sich rechtstreu verhalten oder – besser – rechtswidriges Verhalten vermeiden kann, folgen in § 3 Abs. 2 sogleich drei Regelbeispiele für besonders schwere Fälle: So soll härter bestraft werden, wenn es sich um einen Wiederholungsfall handelt, oder – auch schon beim ersten Mal – wenn die Verbandsstraftat ein Verbrechen darstellt oder mit erhöhter Mindeststrafe bedroht ist (d. h. ab drei Monaten Freiheitsstrafe). Ein besonders schwerer Fall soll außerdem dann vorliegen, wenn eine (nicht näher definierte) „hochrangige Leitungsperson“ des Verbandes oder wenn mehrere (einfache) Leitungspersonen an der Tat beteiligt sind.

Handelt es sich um ein Antrags- oder Ermächtigungsdelikt, so gilt diese Voraussetzung gemäß § 4 allerdings auch für die Strafbarkeit des Verbandes. Gegen Immune, für hoheitliches Handeln, gegen Bund und Länder sowie Drittstaaten gibt es nach § 5 keine Verbandsstrafe; das nur der Vollständigkeit halber.

b) Nach dem Vorbild des Kartellrechts (sog. „Wurstlücke“) sehen §§ 6 und 7 eine umfassende Haftung sämtlicher (oder bei Aufspaltung partieller) Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger vor. Beabsichtigt ist damit die möglichst lückenlose Vorsorge gegen manipulatives Sich-Entziehen eines Verbandes aus der eigenen Verantwortung. Der Rechtsnachfolger hat das Verfahren im erreichten Stand zu übernehmen, § 31. Für die Festlegung des Haftungsbeitrags nach § 7 finden sich ergänzende Verfahrensregeln in § 32.

3. Geldstrafe, „Pranger“, Auflösung, Verbandsinterne Untersuchungen

a) Teil 3 ist in zwei Abschnitte untergliedert. Zunächst beschreibt § 8 die gegen einen Verband festsetzbaren Sanktionen: Geldstrafe („Verbandsgeldsanktion“) ohne oder mit Bewährung („Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt“) sowie Auflösung des Verbandes.

Nach § 9 können wie bisher höchstens 10 Millionen Euro gegen den Verband festgesetzt werden, wenn einer seiner Angehörigen eine vorsätzliche verbandsbezogene Straftat begangen hat. Im Fall „bloßer“ Fahrlässigkeit bleibt es bei der Verringerung auf im Höchstmaß 5 Millionen Euro. Für große Unternehmen mit einem weltweiten Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro gilt aber nunmehr ein neues Höchstmaß der Sanktion: bis zu 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes dürfen bei vorsätzlichen Taten und bis zu 5 % bei fahrlässigen Taten als Sanktion festgesetzt werden. Damit dürfte es der Vergangenheit angehören, dass im Vergleich zur verhängten Strafe unverhältnismäßig hohe Beträge abgeschöpft werden. Der Griff in die Kasse des Unternehmens erfolgt nunmehr als direkte Vermögenssanktion.

Für die Feststellung der Höhe des Umsatzes führt § 50 eine uneingeschränkte Auskunftspflicht des Verbandes ein. Ist für eine zugleich verwirklichte Ordnungswidrigkeit ein darüberhinausgehendes Höchstmaß bestimmt, so gilt dieses, § 9 Abs. 3. Das Zusammenreffen mit einer Ordnungswidrigkeit regelt im Übrigen § 49.

b) Für den Fall der Unzumutbarkeit sofortiger Zahlung kommt die Einräumung einer längeren Frist oder die Gewährung von Raten in Betracht, die allerdings unter die Bedingung gestellt werden kann, dass das Unternehmen jeweils rechtzeitig zahlt (§ 9 Abs. 4).

Unter den engen Voraussetzungen des § 10 soll das Gericht die Geldstrafe zur Bewährung aussetzen können, nach § 11 auch teilweise, und gegen Auflagen (§ 12) oder Weisungen (§ 13). Insbesondere dem Vorbehalt eines Teiles der Sanktion nach § 11 könnte praktische Relevanz zukommen. Zum einen ist hier jedenfalls die Hälfte der Sanktion unmittelbar fällig, denn maximal 50 % dürfen unter Vorbehalt gestellt werden; zugleich wird der Verband zu Wohlverhalten motiviert.

c) Anstatt oder neben einer Geldzahlung darf das Strafgericht den Verband nach § 14 auflösen, wenn das bereits geltende Recht dafür die Zuständigkeit ordentlicher Gerichte vorschreibt, ein besonders schwerer Fall nach § 3 Abs. 2 vorliegt, Verbandsangehörige beharr-

lich erhebliche Straftaten begangen haben und ohne Auflösung voraussichtlich weiter begehen würden.

d) § 15 gestattet dem Gericht bei einer nicht näher festgelegten großen Anzahl von Geschädigten die Verurteilung öffentlich bekanntzumachen, d. h., den Verband „an den öffentlichen Pranger zu stellen“ – ausweislich der Entwurfsbegründung soll dies aber allein dazu dienen, dass sämtliche Geschädigten von der Verurteilung des Verbandes erfahren. Dass gerade die öffentliche Bekanntmachung für viele Unternehmen die „Höchststrafe“ darstellen dürfte, wird in der Gesetzesbegründung nicht thematisiert. Der Gesetzgeber verweist in seiner Begründung lediglich auf analoge Vorschriften des BörsG, WpHG und UWG. Unklar bleibt, wie hier sichergestellt werden soll, dass tatsächlich ausschließlich der Schutz von Geschädigten Triebfeder der Anwendung des § 15 sein wird. Inwieweit eine solche Veröffentlichung (ggf. durch eigene Maßnahmen zugunsten der Geschädigten) abgewendet werden kann, bleibt deshalb abzuwarten.

Abschnitt 2 normiert mit § 16 die Zumessung der Geldstrafe und lehnt sich dabei an § 46 StGB an. §§ 20 und 21 befassen sich mit Tateinheit und Tatmehrheit.

e) Bestimmungen über verbandsinterne Untersuchungen finden sich in §§ 17-19. Solche kann ein Verband selbst vornehmen oder Dritte damit beauftragen. Näheres dazu schreibt der Entwurf nicht vor.

aa) § 18 regelt indes die Voraussetzungen für eine Milderung der festzusetzenden Sanktion gegen den Verband. Eine solche Milderung kann durch Aufklärungsmaßnahmen (verbandsinterner Untersuchungen bzw. „Internal Investigations“) erreicht werden. Die hier festgelegten Mindestvoraussetzungen für solche internen Untersuchungen werden – so unbestimmt sie auch sein mögen – in der Praxis wohl Mindeststandard der Beratung werden. Nur auf ausdrücklichen Wunsch des Verbandes dürften Berater alternative Wege mittragen.

Auffällig ist auch hier, dass der Entwurf keine Möglichkeit der Straffreiheit vorsieht. Der Straffrahmen lässt sich jedoch immerhin auf die Hälfte reduzieren und die Auflösung des Verbandes sowie auch die öffentliche Bekanntmachung insgesamt vermeiden. Dafür stellt der Entwurf allerdings hohe Hürden auf. Vor allem sieht er eine „alles-oder-nichts-Regelung“ vor. Nur dann, wenn der Verband alle zwölf im Gesetz aufgeführten Bedingungen strikt erfüllt, kommt eine (förmliche) Milderung nach § 19 in Betracht.

bb) Dafür verlangt der Entwurf:

(1) § 18 Abs. 1 Nr.1

Der Verband oder der externe Beauftragte muss einen „wesentlichen Aufklärungsbeitrag“ leisten. Zwar handelt es sich dabei um einen offenen Begriff. Allerdings überlässt es die Vorschrift dem Verband, wie und auf welche Weise dieser Aufklärungsbeitrag geleistet wird. Das Unternehmen ist damit formell nicht zu internen Untersuchungen gezwungen. Doch selbst wenn es solche einleitet, kann es nicht sicher sein, einen „wesentlichen“ Aufklärungsbeitrag zu leisten. So scheint es nicht fernliegend, dass die straffällig gewordene Leitungsperson z.B. selbst ein aufklärendes Geständnis ablegt und sämtliche Beweise für die eigene Schuld der Staatsanwaltschaft vorlegt. Wem gekündigt wurde und wer die einschlägigen innerbetrieblichen Unterlagen kopiert hat, könnte sich zusätzlich an „seinem“ Unternehmen rächen, indem er ihm die Möglichkeit nimmt, einen Aufklärungsbeitrag zu leisten, der wesentlich ist. Im umgekehrten Fall könnte der Handelnde seine Taten auch so geschickt vor dem Unternehmen verborgen haben, dass es diesem auch mit noch so umfangreichen internen Untersuchungen nicht möglich ist, einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten. Es erscheint im Ergebnis deshalb denkbar, dass das Unternehmen hier wiederum von demjenigen abhängig ist, der es erst in die Bredouille gebracht hat.

(2) § 18 Abs. 1 Nr. 2

Die Vorschrift verlangt, dass der mit einer verbandsinternen Untersuchung beauftragte Dritte nicht zugleich Verteidiger des Verbandes oder des der Verbandsstraftat als solcher Verdächtigen sein darf. Das zwingt alle Verbände zu einer Trennung von Untersuchungspersonal und dem Verteidiger des Verbandes. Für einen multinationalen Konzern mag dies ohne weiteres tragbar sein, für einen kleinen gemeinnützigen Verein, dessen Finanzen von einem eigennützigen Vorstandsmitglied geplündert wurden, könnte es eine Vervielfältigung der ohnehin kaum tragbaren Kosten bedeuten.

Zwar soll nach dem Gesetzestext der mit der internen Untersuchung beauftragte Dritte nicht zugleich Verteidiger des Unternehmens oder einer der beschuldigten natürlichen Personen sein. Allerdings – dies geht aus der Gesetzesbegründung hervor – sollen Untersucher und Verteidiger durchaus in derselben Sozietät – hinter chinesischen Mauern? – tätig sein dürfen. Ob diese ggf. doppelt riskante Verquickung sinnvoll wahrgenommen werden kann, muss der Einzelfall noch zeigen.

Die Bestimmung birgt wegen des Zusammenhangs mit §§ 97 und 160a StPO (weitere Einzelheiten dazu unten zu III.) auch beweisrechtlich Sprengstoff.

(3) § 18 Abs. 1 Nr. 3

Nur bei „ununterbrochener“ und „uneingeschränkter“ Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden soll eine Milderung der Verbandssanktion in Betracht kommen.

Was darunter jedoch genau zu verstehen ist, lässt der Entwurf in bedenklicher Weise offen. Interpretation und Maßstab hängen folglich allein vom Rechtsanwender ab. Welche Verzögerung einer Antwort „unterbricht“ die Zusammenarbeit mit den Behörden? Heißt „uneingeschränkt“ tatsächlich, dass es keine Grenze gibt? Es besteht die Gefahr, dass Strafverfolgungsbehörden oder Ermittler darin ein Gebot zur bedingungslosen Kooperation und damit Kapitulation erblicken.

Ein solcher Maßstab ist nicht nur unrealistisch und in vielerlei Hinsicht auch unfair; darüber hinaus eröffnet er Nebenkriegsschauplätze. Denn jeder, der auf Seiten der Justiz am Verfahren beteiligt ist, könnte hier seinen eigenen Maßstab bestimmen und hätte es in der Hand, auch Kleinigkeiten als Begründung für eine etwaige „nicht uneingeschränkte“ Kooperation anzusehen. Seien es kritische Nachfragen des Verbandes über die Aufklärungsrelevanz eines von den Ermittlern geäußerten Aufklärungswunsches, seien es kleinere (tatsächliche oder behauptete) zeitliche Verzögerungen bei der Erledigung oder sei es schlicht der Unglaube der Ermittler, dass eine von dem Verband erwartete Unterlage tatsächlich nicht vorhanden oder greifbar ist: *„Sie wollen mir doch nicht erzählen, dass es oben keiner wusste. Es widerspricht doch krimineller Erfahrung, dass dazu kein Dokument existieren soll“*.

Es wäre für die Justizangehörigen im Hinblick auf § 18 immer möglich, die Atmosphäre zu „vergiften“ und anschließend selbst gutwilliges Verhalten als nicht ausreichend zu bewerten. Erkennbare Kooperationswilligkeit muss stattdessen genügen.

Der Entwurf stellt das Unternehmen überdies vor die Wahl. Es kann sich (am Anfang) zur bedingungslosen Kooperation entschließen oder den Bonus bei der Sanktionsbemessung für immer verspielen. Entschließt es sich zur umfassenden Kooperation, winkt bestenfalls die Halbierung der Obergrenze. Eine Strafe handelt sich der Verband trotzdem ein – in welcher Höhe, ja schon in welcher Größenordnung – bleibt gleichwohl offen. Für die Kapitulation erhält der Verband deshalb wenig Greifbares. Die Hälfte einer deutlich gesteigerten Sanktion, weil durch die uneingeschränkte Kooperation ein viel größeres Ausmaß der Straftaten offenbar wurde, könnte ein schlechtes Geschäft sein. Lediglich die Möglichkeiten einer öffentlichen Bekanntmachung und der etwaigen Auflösung des Verbandes entfallen mit Sicherheit, sofern das Unternehmen bei der Aufklärung bis zum Abschluss des Verfahrens jeden Wunsch der Verfolgungsbehörde erfüllt. Den einmal beschrittenen Pfad der vollumfänglichen Aufklärung wieder zu verlassen, dürfte angesichts der Beschlagnahmefähigkeit der Unterlagen aus der verbandsinternen Untersuchung selbst bei gänzlich ausufernden Forderungen der Justizbehörden keine wirkliche Option darstellen.

Der faktische Zwang zu bedingungsloser Kooperation könnte zukünftig zu Internal Investigations führen, die tiefer, breiter und umfangreicher als je zu vor ausfallen. Das dürfte auch Ziel des Gesetzgebers sein. Weder die Strafverfolgungsbehörden noch die mit verbandsinternen Untersuchungen betrauten Externen haben ein intrinsisches Interesse an der Begrenzung des Verfahrensstoffs. Die beschränkten Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden stellen dann kein Hindernis mehr dar. Alles, was die Verfolgungsbehörden aufgeklärt wissen möchte, können sie fortan vom Verband oder von dem beauftragten untersuchenden Dritten verlangen und auf diese Weise flächendeckend ermitteln lassen, was weit über den ursprünglichen Anfangsverdacht hinausgeht; und zwar auf Kosten des Unternehmens.

Die Praktikabilität der Vorschrift wird auch nicht dadurch verbessert, dass ausweislich der Gesetzesbegründung die Kooperation „erst“ ab dem Zeitpunkt erwartet wird, in dem sich der Verband „entschließt, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten“ oder

aber unverzüglich, nachdem diese im Laufe ihrer Ermittlungen von sich aus an ihn herantreten sind. Letzteres dürfte immerhin einen Anfangsverdacht voraussetzen. Für den Beginn der Kooperationsobliegenheit aufgrund eigener Initiative des Verbands darf es jedoch nicht auf den Zeitpunkt des internen Entschlusses ankommen, sondern nur und erst auf das erfolgte Herantreten an die staatlichen Organe. Falls mit der Formulierung der Begründung Verzögerungen entgegengewirkt werden soll, wäre es geboten, deren Relevanz auf damit bewirkte Beeinträchtigungen bei der Aufklärung zu beschränken.

(4) § 18 Abs. 1 Nr. 4

Vergleichbar rigide ist die Pflicht formuliert, das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller wesentlichen Dokumente und den Abschlussbericht der Staatsanwaltschaft vorzulegen. Die Gesetzesbegründung stellt dazu klar, dass auch alle entlassenden Dokumente zu präsentieren sind. So selbstverständlich das einerseits erscheint, weil eine tendenziöse Untersuchung nicht der Aufklärung dienen würde, so problematisch ist andererseits auch insoweit die Ausnahmslosigkeit. Vorgelegt werden muss nach dem Entwurf jedes Dokument, dieses also komplett, d. h. auch dann, wenn es Informationen enthält, die mit dem auslösenden Vorwurf nichts zu tun haben, sondern z.B. ganz andere Verfehlungen betreffen. Das Vollständigkeitsgebot zwingt den Verband, sich über den verfahrensgegenständlichen Vorwurf hinaus selbst quasi anzuzeigen. „Die große Offenheit“ könnte demnach zukünftig zu über den ursprünglichen Untersuchungsgegenstand hinausgehenden (internen oder externen) Ermittlungen führen. Besonders Akteneinsichtssuche Dritter dürften dann an Relevanz zunehmen. Entgegen allgemeinen Trends sollte hier Zurückhaltung geboten sein.

(5) § 18 Abs. 1 Nr. 5

Weitere Voraussetzung ist die faire Gestaltung der verbandsinternen Untersuchungen. Nachfolgend werden zwar konkretisierende Anforderungen beispielhaft aufgeführt. Es bleibt jedoch selbst bei deren Einhaltung Raum für die Bewertung der Untersuchung als unfair. Damit könnten sich sämtliche Bemühungen eines Verbands als vergeblich herausstellen, ohne dass ihm praktikable Maßstäbe für ein ausreichend rechtssicheres Vorgehen an die Hand gegeben wären.

(6) § 18 Abs. 1 Nr. 5 a

Gegen die Pflicht, Befragte darüber informieren zu müssen, dass ihre Angaben in einem Strafverfahren auch gegen sie verwendet werden dürfen, sind Einwände nicht ersichtlich.

(7) und (8) § 18 Abs. 1 Nr. 5 b

Angemessen ist es zudem, bei Befragungen die Anwesenheit eines anwaltlichen Beistands oder eines Mitglieds des Betriebsrats zuzulassen, jedenfalls dann, wenn der Befragte auch beides zusammen verlangen kann. Es ist dann nur konsequent, dass der Befragte über diese Rechte auch belehrt werden muss.

(9) und (10) § 18 Abs. 1 Nr. 5 c

(1.) Weitere Voraussetzung zum Erlangen einer Herabsetzung der Verbandsstrafe gemäß § 19 soll es sein, dass der Verband dem Befragten in Anlehnung an § 55 StPO ein Auskunftsverweigerungsrecht einräumt und ihn davon – wiederum konsequenterweise – auch in Kenntnis setzt. Diese Regelung zieht zum einen massive beweisrechtliche Konsequenzen nach sich (dazu unten III.). Zum anderen steht sie offensichtlich im Gegensatz zu dem mit „verbandsinternen Ermittlungen“ verbundenen Aufklärungsinteresse.

(2.) Die Regelungen könnten überdies Auswirkungen auf das Arbeitsrecht entfalten: Wenn es Verbandsangehörigen ausdrücklich erlaubt wird, zur Tat und dem eigenen Tatbeitrag zu schweigen, dann kann der entstandene Verdacht ggf. nicht aufgeklärt werden, sodass eine Kündigung wegen *Verfehlung* ausscheidet. Offen bliebe nur noch der Weg einer Verdachtskündigung. Kann eine Verdachtskündigung aber wirksam sein, wenn das Verhalten des Verbandes zur unterbliebenen Aufklärung beigetragen hat? Schließlich war der Verband nicht gezwungen, der Aussageperson ein Schweigerecht bei den internen Ermittlungen einzuräumen. Er hätte auf eine Aussage bestehen können, wie sie auch bisher im Arbeitsrecht von den Angestellten verlangt wird, mit der Konsequenz, dass er die Chance auf eine Sanktionsmilderung vergibt. Eine Zwickmühle, die der Verband zukünftig wird ertragen müssen.

(11) § 18 Abs. 1 Nr. 6

Zudem verlangt der Entwurf, dass die verbandsinterne Untersuchung in Übereinstimmung mit sämtlichen geltenden Gesetzen durchgeführt wurde.

(12) § 18 Abs. 2

Die Einhaltung der Fairnessgebote des § 18 Abs. 1 Nr. 5 sind gegenüber der Staatsanwaltschaft zu dokumentieren. Dafür dürfte es genügen, dem Befragten ein Formblatt zu überreichen, welches in Ablichtung den nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 zu überreichenden Dokumenten beigelegt wird.

4. Verjährung

Teil 4 enthält in den §§ 22 und 23 Vorschriften über Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung. Er schafft dabei eine weitgehende Parallelität mit der Straftat des Verbandsangehörigen.

5. Gerichtsverfassungs- und sanktionsverfahrenrechtliche Bestimmungen

Teil 5 regelt die Zuständigkeiten.

a) Nach § 24 ist die für die Verfolgung der Verbandsstraftat zuständige Stelle auch für die Bestrafung des Unternehmens zuständig. Das bedeutet für Abgabendelikte, dass auch die Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzämter sowie die Hauptzollämter zukünftig Verbandsstrafen anstreben dürfen. Aufgrund deren meist rein fiskalischer Orientierung bestehen Bedenken gegen die dadurch erlangte neue Machtfülle.

b) § 25 bestimmt die subsidiäre Geltung von StPO und GVG, schließt allerdings wie bisher einige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen aus. § 28 unterstellt den Verband den schützenden, für einen Beschuldigten geltenden Regeln. § 29 regelt die Vertretung des Verbands im Verfahren, § 30 gestattet die Bestellung eines besonderen Vertreters, wenn z. B. die Verbandsstraftat allen Mitgliedern des vertretungsberechtigten Organs zur Last gelegt wird. Ein gesetzlicher Vertreter des Verbandes kann zwar einerseits nach § 33 zur Aufenthaltsermittlung ausgeschlossen werden, ihm ist aber andererseits in § 34 ein umfassendes Schweigerecht (auch in anderen Verfahren) eingeräumt.

c) §§ 36 und 37 sehen Einstellungsmöglichkeiten vor, welche stark an §§ 153 und 153a StPO orientiert sind. Nach § 37 soll eine Einstellung allerdings schon dann ausscheiden, wenn ihr die Schwere und das Ausmaß unterlassener Compliancemaßnahmen entgegenstehen. Der Gesetzgeber verspricht sich mit der Übernahme der Opportunitätsvorschriften in das Verbandssanktionensystem offenbar, der zahlreichen, aufgrund der Einleitungspflicht zu erwartenden Verfahren Herr werden zu können.

Treffen den Verband selbst aufgrund der Straftat schwere Folgen, so kann das Verfahren gegen ihn wie nach § 153b StPO eingestellt werden (§ 38). Gleiches gilt wie nach § 153c StPO bei zu erwartender Bestrafung im Ausland (§ 39). Ein insolventer Verband muss nicht verfolgt werden (§ 40). Kann eine festgesetzte Verbandsstrafe jedoch nicht beigetrieben werden, so hat die Vollstreckungsbehörde zwingend den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verbands zu stellen (§ 54). Abwesenheiten können wie im Ermittlungs- und Strafverfahren gem. §§ 154f und 205 StPO nach § 41 zu vorübergehender Einstellung führen. Kartellverfahren genießen gemäß § 43 den Vorrang. § 51 gestattet entsprechend dem Strafbefehlsverfahren die gerichtliche Entscheidung ohne Hauptverhandlung.

d) Neu ist die Möglichkeit der Unterbrechung strafprozessualer Ermittlungen im Falle angezeigter verbandsinterner Untersuchungen (§ 42). Für die Vorlage des Abschlussberichts kann die Verfolgungsbehörde dem Verband eine (von ihr verlängerbare) Frist setzen. Die Bedeutung dieser Bestimmung dürfte sich allerdings als begrenzt erweisen, weil sie nur die Aussetzung des Verfahrens gegen den Verband gestattet. Die Ermittlungen gegen die individuellen Personen müssten demgemäß fortgesetzt werden. Das erscheint inkonsequent und zwingt wohl wie bisher zur Parallelität verbandsinterner und strafprozessualer Ermittlungen – auch im Unternehmen.

6. Verbandssanktionenregister

Teil 6 führt in Ergänzung zum Bundeszentralregister für Individualstrafen ein eigenes Verbandssanktionenregister ein und enthält wie bereits § 35 Datenschutzregelungen. Eingetragen werden soll auch der Name der im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verurteilung eingetragenen gesetzlichen Vertreter des Verbands, § 56 Abs. 1 lit. f – und das selbst dann, wenn sie erst nach der Verbandsstraftat in ihr Amt berufen wurden und persönlich völlig unbescholten sind und bleiben. Der Verband hat gegenüber dem Register das Recht, Auskunft darüber zu verlangen, was darin über ihn eingetragen ist (§ 59). Dieses Verlangen kann aber nur durch den Verband gestellt werden (§ 60). Warum dies nicht über einen Anwalt oder sonstigen Bevollmächtigten verlangt werden kann, erschließt sich nicht.

7. Änderungen im GVG

Art. 2 des Gesetzentwurfs sieht eine Regelzuständigkeit des Schöffengerichts vor. Nur wenn die Verbandsstraftat vor das Landgericht gehört (oder gehören würde), zieht sie auch das Verfahren gegen den Verband nach oben. Die Vorstellung, Schöffengerichte könnten komplexe, weil verbandsinterne Sachverhalte aufarbeiten, erfordert viel Phantasie. Der Zwang zur Ermittlung könnte allerdings zu mehr Freiheit bei der Erledigung führen (dazu unter IV. 4.).

III. §§ 97 und 160a StPO (i. d. F von Art. 4) und die strikte Trennung zwischen „verbandsinternen Untersuchungen“ einerseits und „Verteidigung“ andererseits.

1. Verband ist Beschuldigter, aber erst mit Einleitung des Verfahrens gegen ihn

§ 28 räumt dem Verband verfahrensrechtlich die Stellung eines Beschuldigten ein. Die Vorschrift konkretisiert damit den allgemeinen Verweis auf die Geltung von StPO und GVG, § 25 Abs. 1. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass der Schutz zukünftig erst dann gelten soll, wenn förmlich die Stellung des Verbandes als Beschuldigter begründet wurde. Das könnte im Verhältnis zu LG Gießen, wistra 2012, 409, eine Einschränkung bedeuten, da dort der Anwendungsbereich materiell begründet wurde: Es sollte für das Bestehen eines Verteidigungsverhältnisses nicht auf die förmliche Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ankommen, ein schützenswertes Vertrauensverhältnis gem. § 148 StPO sollte vielmehr bereits dann bestehen, wenn der Beschuldigte befürchtet, es werde zu einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren kommen. Möglicherweise wird der zukünftige Einleitungszwang diese Beschränkung des Anwendungsbereichs jedoch faktisch wieder teilweise korrigieren. Denn zumindest ab erster Kenntnis einer Strafverfolgungsbehörde vom Verdacht gegen einen Verbandsangehörigen dürfte auch der Verband zum Kreis der Beschuldigten gehören. Im Übrigen orientieren sich die vorgesehenen Änderungen der §§ 97 und 160a StPO an dem, was die überwiegende Rechtsprechung aus den Bestimmungen bereits jetzt herausliest.

2. Allumfassende Beschlagnahmefähigkeit sämtlicher für Internal Investigations maßgeblicher Unterlagen

Neben einer ausdrücklichen Neuregelung des § 97 Abs. 2 S. 2 StPO, wonach Buchführungsunterlagen vom Beschlagnahmeschutz (auch beim Verteidiger) ausgenommen sind, widmet sich der Entwurf vor allem der Problematik rund um die Beschlagnahmefähigkeit von Mitteilungen und Aufzeichnungen verbandsinterner Untersuchungen.

a) Bis dato ist die Frage umstritten, ob Unterlagen aus Internal Investigations von dem in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO geregelten Beschlagnahmeverbot umfasst sind. Das BMJV hat sich für eine radikale Lösung dieses Problems entschieden. Nunmehr sollen Beschlagnahmeverbote explizit auf die Fälle beschränkt werden, in denen es ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten zu schützen gilt. Hierzu versieht der Gesetzesentwurf § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO mit einer entsprechenden Ergänzung. Auf dieser Grundlage sind faktisch sämtliche im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen entstandene Unterlagen beschlagnahmefähig – auch beim Verteidiger. Die in der Gesetzesbegründung angesprochenen Ausnahmen dürften nur selten praktische Relevanz erlangen.

Mit der Neuregelung geht eine erhebliche Schlechterstellung von Unternehmen einher.

Trotz der bestehenden Unsicherheiten bezüglich der Reichweite von Beschlagnahmeverboten war bislang selbst auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden eine gewisse Zurückhaltung zu verzeichnen. Staatsanwaltschaften, die die aus internen Ermittlungen stammenden Unterlagen bereits nach derzeitiger Rechtslage für beschlagnahmefähig halten, agieren gleichwohl zurückhaltend und geben sich meist mit der Vorlage des Abschlussberichts nebst Buchwerk und Original-Korrespondenz zufrieden. Sie respektieren damit faktisch die Notwendigkeit gewisser Spielräume für interne Ermittler und gewähren deren Umgang mit Aussagepersonen einen, wenngleich begrenzten, geschützten Raum. Damit zwingen sie den Verband jedenfalls nicht, ausnahmslos seine Quellen zu offenbaren und damit gerade diejenigen der Strafverfolgung auszusetzen, die sich rückhaltlos offenbart haben.

b) Eben diese gegenseitige Rücksichtnahme, die eine faire Aufklärung zwar nicht gewährleistet, aber überhaupt erst ermöglicht, soll der Vergangenheit angehören. Eine Verringerung der Sanktionshöhe nach §§ 18 f. soll nur nach Vorlage sämtlicher Dokumente möglich sein, auf denen das Ergebnis der internen Untersuchungen beruht. Sollte die Herabsetzung der Strafe nicht Motivation genug sein für die freiwillige Vorlage, so dürfte die ansonsten zukünftig bestehende Möglichkeit der Beschlagnahme Alternativen fernliegend erscheinen lassen, weil dann Durchsuchungen drohen.

c) Unter diesem Blickwinkel werden Zweck und Folgen der vom Entwurf vorgesehenen strikten Trennung zwischen Verteidigung und verbandsinterner Ermittlung ersichtlich: Erst sie schafft die rechtliche Voraussetzung für den ungehinderten strafprozessualen Zugriff auch auf Mitteilungen und Aufzeichnungen, die beim Verteidiger geschützt wären.

3. Keine Regelung zur Frage arbeitsrechtlicher Aussagepflicht, aber faktischer Zwang für Verbände, Schweigen zu akzeptieren

Diese Informationsgarantie dürfte auch nicht unter dem „freiwillig“ (mit Blick auf die dann erreichbare Herabsetzung der Sanktion) eingeräumten Schweigerecht leiden. Denn der faktische Zwang zur Aussage wird kaum dazu führen, dass allzu oft geschwiegen wird. Das gilt insbesondere dann, wenn ein Unternehmen ein arbeits- oder zusätzlich auch gesellschaftsrechtliches Amnestieprogramm aufgelegt hat. Dessen Bedingungen lassen sich nur mittels Offenheit gegenüber dem Unternehmen erfüllen. Brisant ist, dass damit zukünftig unweigerlich auch die Offenbarung gegenüber den Ermittlungsbehörden verbunden sein soll.

Dieses Konstrukt, bei dem die Gewährung des Schweigerechts ausschließlich in den Zusammenhang mit der Möglichkeit gebracht wird, eine Verringerung der Sanktion zu erreichen, hat der Gesetzgeber „geschickt“ gewählt. Damit wird der gesamte Konflikt privatisiert und der Gesetzgeber der Notwendigkeit enthoben, eine ganze Palette strittiger Fragen zu entscheiden. Das unliebsame Problem wird so schlichtweg in das Verhältnis zwischen Verband und Aussageperson verschoben:

a) Ob es ein arbeitsrechtliches Auskunftsverweigerungsrecht gibt, will der Gesetzgeber ausdrücklich offenlassen. Jedoch nur dann, wenn der Verband den Befragten freiwillig ein Auskunftverweigerungsrecht einräumt, kann er nach dem VerSanG eine mildere Sanktion erhoffen. Auch der Aussagende wird mit diesem Dilemma alleine gelassen.

Wenn alle Beteiligten schweigen, mag im Ergebnis die persönliche Verantwortlichkeit ungeklärt bleiben, das Begehen einer verbandsbezogenen Straftat gleichwohl nachweisbar sein. Kann der Verband damit überhaupt noch einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung geleistet haben? Kann umgekehrt die Aussageperson gegenüber dem Verband die Wahrheit offenbaren, wenn sie weiß, dass sie damit unweigerlich auch zur eigenen Bestrafung beitragen wird? Der Entwurf stellt Verband und Aussageperson konfrontativ gegenüber.

b) Wie sehr der Entwurf darauf vertraut, dass diejenigen, die sich persönlich strafbar gemacht haben, trotz der Belehrung aussagen werden, zeigt er mit § 47 Abs. 3. Danach soll die Aussage eines später im gerichtlichen Sanktionsverfahren zur Verweigerung von Angaben berechtigten gesetzlichen Vertreters, die er zuvor als Zeuge gemacht oder schriftlich abgegeben hat, im Verfahren gegen den Verband verlesen und damit verwertet werden können, selbst wenn er sich oder den Verband belastet hat. Das Gesetz setzt also darauf, dass er zuvor ausgesagt hat.

c) Was aber ist angesichts dessen die über § 28 so scheinbar großzügig über die Anwendung von § 148 StPO erreichte Beschuldigtenstellung und was das Zeugnisverweigerungsrecht des jetzigen gesetzlichen Vertreters des Verbands noch wert? Wenig. Die Verwertung der Unterlagen aus der verbandsinternen Untersuchung unterläuft die Schutzrechte sowohl des Verbands wie auch seines Organs. Dessen Schweigebefugnisse aus den §§ 52 und 55 StPO werden durch die strikte Differenzierung zwischen Untersuchern und Verteidigern entkernt.

Hat das nicht vielleicht zur Folge, dass sich der Aussagende genötigt sehen könnte, seine eigene Rolle gegenüber den „verbandsinternen Ermittlern“ schönzureden? Und müssen nicht Letztere tunlichst auf Aufzeichnungen verzichten? Hat sich nämlich der jetzige gesetzliche Vertreter einmal gegenüber internen oder externen verbandsinternen Ermittlern geäußert, so kommt er strafrechtlich davon nie wieder los. Dass eine derartige Rechtslage der Wahrheitsfindung dienen würde, darf bezweifelt werden.

4. Herabsetzung des Strafrahmens nur bei strikt formaler Kooperation

Verteidigung und Untersuchung sollen zukünftig inkompatibel sein. Das Zusammenfallen beider Funktionen in einer Person scheidet zukünftig rein formal aus und wird damit nicht mehr an einem inhaltlichen Kriterium, wie z. B. einem Interessengegensatz, festgemacht. Ein solcher wird quasi gesetzlich fingiert.

Allerdings scheint es für den Verband ein Leichtes, sich nicht nur dieser Fiktion, sondern gleich der gesamten, neuen verbandsinternen Ermittlungen mit den kaum erfüllbaren zwölf Voraussetzungen des § 18 zu entziehen. Mandatiert das Unternehmen einen Externen nämlich nicht als Untersucher, sondern sofort zum Zwecke seiner Verteidigung, so darf sich auch ein solcher Verteidiger nach allgemeinen Regeln natürlich weiterhin um Sachverhaltsaufklärung bemühen. Das dürfte Mindeststandard der Verteidigung sein. Damit darf er all das tun, was ein externer verbandsinterner Untersucher auch dürfte. Der Verband erspart sich so nicht nur Doppelarbeit. Vielmehr vermeidet er über § 28 i. V. m. § 148 StPO auch die Beschlagnahmefähigkeit der im Zuge der Vorbereitung seiner Verteidigung entstandenen Unterlagen.

Die Kehrseite: Der Verband kann dann keine Herabsetzung der Sanktionshöhe nach § 19 VerSanG erlangen. Die mögliche Halbierung des Strafrahmens ist fraglos reizvoll. Aber sich für die Strafverfolgungsbehörden in eine ebenso bequeme wie passgenaue Form zwingen zu lassen, sich zu unterwerfen und sich und seine Angehörigen widerstandslos bestrafen zu lassen?

Zudem stellt sich die Frage, ob die Sanktion durch eine derartige Kapitulation nicht um ein Vielfaches höher werden könnte. Es wird sich zeigen, ob das Erreichen der Halbierung der Sanktion „unterm Strich“ das bessere Geschäft für das Unternehmen sein wird.

Falls eine Herabsetzung der Sanktionshöhe nach § 18 nicht zu erreichen ist, bleibt zu bedenken: Ein kleines Schlupfloch gegenüber der vollen Härte des Gesetzes ist selbst dann noch vorhanden, wenn der Verband nicht alle zwölf förmlichen Anforderungen an geeignete verbandsinterne Ermittlungen erfüllt. Entscheidet sich der Verband zu einem von ihm bestimmten Zeitpunkt für die Kooperation und offenbart nachträglich doch alle Unterlagen von sich aus, so kann er immerhin, wenn auch lediglich darauf hoffen, dass das Gericht seinen informellen, aber uneingeschränkten Aufklärungsbeitrag als allgemeinen Milderungsgrund nach § 16 Abs. 2 Nr. 7 wertet und die Sanktion deshalb moderat bemisst.

5. Sachlich zutreffender Kern personeller Trennung von Compliance und Verteidigung

Vom Grundgedanken her ist es allerdings nicht sachwidrig, den Untersucher daran zu hindern, anschließend in die Rolle des Verteidigers zu schlüpfen, da beide Aufgaben grundverschieden sind. Hier bedingungslose Aufklärung ohne Ansehen der Folgen und der betroffenen Personen, dort die Pflicht, dem Gericht möglichst nicht alle etwaigen Fehler des Unternehmens zu offenbaren und die zutage getretenen jedenfalls in einem milden Licht erscheinen zu lassen. Der Interessengegensatz zwischen Aufklärung im Interesse des Unternehmens und Verteidigung des Verbands gegen die Verhängung von Sanktionen wird Personengleichheit regelmäßig schon aus berufsrechtlichen Gründen von vornherein verbieten.

a) Das Bemühen Rollenkonflikte zu vermeiden ist zu honorieren. Es überzeugt jedoch nicht, dass das Gesetz hier allein auf den äußeren Umstand der Doppelfunktion von Verteidiger und Untersucher abstellt. Diese Ausnahmslosigkeit verbietet dem Untersucher nicht erst das Auftreten vor Gericht, sondern auch, zuvor außergerichtlich verteidigend zu beraten. Wenn aber der Verband sich zu irgendeinem Zeitpunkt dazu entschließt, umstandslos alles offenzulegen, dann hebt er damit selbst den Rollenkonflikt in der Person des Untersuchers auf. Es bestünden dann keine Bedenken gegen die Übernahme auch der Funktion des Verteidigers des Unternehmens. Nur dann wäre es auch mangels widerstreitender Interessen stimmig, Untersucher und Verteidiger aus derselben Sozietät zu akzeptieren.

b) Allerdings stellt sich insoweit die Frage, ob der Entwurf nicht auf halber Strecke stehenbleibt. Zur Vermeidung von Interessengegensätzen könnte es nämlich bedeutender sein, diejenigen Organisationen und Personen von externen verbandsinternen Untersuchungen auszuschließen, welche das Compliance-System für den Verband aufgebaut oder ihm zu einem Standard-Programm geraten haben. Ein übergroßes Interesse, etwaige Schwachstellen dieser organisatorischen Anweisungen aufzudecken, wird man nämlich bei deren Initiatoren nicht annehmen können, so dass ihre Beteiligung an verbandsinternen Untersuchungen eine potentielle Gefährdung der erstrebten Wahrheitsfindung darstellt.

IV. Was bedeutet all das für die Unternehmen?

1. Weitgehende Gleichsetzung personeller mit Verfehlungen des Verbands

a) Bereits § 1 verdeutlicht die Denkweise der Gesetzesmacher: Dass Verbände selbst dafür geradestehen müssen, wenn ihre strafbewehrten Pflichten verletzt wurden, knüpft immerhin an eine Verbindung zwischen eigener Pflicht und deren Verletzung an. Schon die schwierige Frage, ob das als Basis für die Bestrafung des Unternehmens genügen kann, thematisiert das Gesetz mit keinem Wort. Immerhin ist es gerade das Unternehmen, dessen Rechte aus Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag regelmäßig von der Pflichtverletzung seiner Mitarbeiter betroffen sind. Daran ändert es nichts, wenn es – wie nicht selten – wirtschaftlich letztlich von der Pflichtverletzung profitiert. Rechtlich ist und bleibt der Verband Opfer. Den Verletzten zum Täter zu machen, ist zumindest erklärungsbedürftig.

Überdies stellt sich die Frage, warum der Entwurf keine Tatbestände eigenen Versagens des Verbands anführt. Dazu hüllen sich Gesetz und Gesetzesbegründung in Schweigen. § 38, dessen Anwendung im Ermessen der Verfolgungsbehörde steht und ein Absehen von der Verfolgung nur bei schweren Folgen für den Verband vorsieht, dürfte nur in seltenen Fällen zur Anwendung gelangen.

b) Ganz widersinnig ist der Gedanke allerdings nicht: Es war schließlich der Verband, welcher daran mitwirkte, den Täter als natürliche Person in eine Position zu versetzen, in welcher er für das Unternehmen Pflichten erfüllen sollte oder immerhin strafrechtswidrige Bereicherung herbeiführen konnte. Anknüpfungspunkt für eine sanktionsbewehrte Pflichtverletzung des Unternehmens könnten also der Fehler bei der Personalauswahl ebenso wie mangelnde Organisation, unterbliebene, lückenhafte Anweisungen, Aufsicht oder Kontrolle sein.

Auf diese Ebene begibt sich der forsche Gesetzentwurf jedoch gar nicht erst. (Verbandsstrafrechtliche) Verfehlungen einer Leitungsperson sind ausnahmslos Versagen des Verbands selbst. Wer denkt, das gelte nur für die Leitung, weit gefehlt. Erfasst sind selbst in eher untergeordneten Funktionen Tätige, wenn ihre Aktivitäten nur irgendwelche Pflichten des Verbands verletzen oder die handelnde Person nicht nur ihre eigenen, sondern auch den Vorteil „ihres“ Unternehmens im Auge hatte. Darauf, ob das Unternehmen das wünschte, ob es ihm recht war oder es das entsprechende Verhalten gar verboten hatte, kommt es nicht an, wäre es nur mittels optimalen Verhaltens des Verbands verhindert oder erschwert worden.

2. Vermögensabschöpfung und trotzdem Bestrafung des Verbands selbst bei tadellosem Verhalten

§ 53 gestattet die Sicherung der Verbandsgeldbuße gemäß § 111e StPO und die Begründung erwähnt kurz die Anwendung des Einziehungsrechts neben der Sanktionierung des Verbandes. Das bedeutet: §§ 73 ff. StGB zwingen die Staatsanwaltschaft längst zur Ab-

schöpfung geldwerter Vorteile. Nun soll noch die Bestrafung hinzutreten. Eine zusätzliche Einbuße für diejenigen, denen ohnehin weggenommen wird, was ihnen nicht zusteht.

3. Keine gesetzliche Definition „Verbandsinterner Untersuchungen“

Schlüssig ist die in § 17 vorgenommene Regelung. Der Gesetzgeber definiert nicht näher, was unter verbandsinternen Untersuchungen zu verstehen ist. Er belässt den Unternehmen damit die Entscheidung für eigene Prüfungen oder die Vergabe eines Auftrags an Dritte. Es bleibt damit allerdings völlig offen, unter welchen Voraussetzungen ein innerverbandliches Informationsbegehren zu einer Untersuchung wird. Schließlich sehen präventive Compiance-systeme regelmäßige Kontrollen vor. Vielleicht erweist sich aber die fehlende Definition sogar als Segen, weil mangels näherer formeller Bestimmungen allein darauf abgestellt werden kann, ob der Verband gegenüber der Staatsanwaltschaft ausreichend transparent agiert. Solange dem Unternehmen die Definitionshoheit über durchgeführte Maßnahmen zusteht, bleibt unter Umständen positiv zu nutzender Spielraum.

4. Bestrafung des Verbands als geplantes Massengeschäft

Entgegen des Eindrucks, den man früher aus dem BMJV gewonnen hatte, ist nicht nur die Strafkammer des Landgerichts für die Entscheidung über Verbandsstrafen zuständig. Diese soll nur ab Erwartung einer Sanktion von mehr als 1 Mio. Euro, der drohenden Auflösung des Verbandes oder wegen des Zusammenhangs mit einer seine Zuständigkeit auslösenden Verbandsstraftat zur Entscheidung berufen sein. Der Entwurf erreicht dies, indem er lediglich in Art. 2 Nr. 1 mittels Anfügung eines weiteren Satzes in § 25 GVG die Zuständigkeit des Strafrichters ausschließt.

Die Einbeziehung der Schöffengerichte zeigt die Verschärfung des Entwurfs gegenüber ursprünglichen Plänen. Das BMJV erwartet 15.000 Verurteilungen pro Jahr. Das würde auch eine noch höhere Anzahl von gerichtlichen Verfahren bedeuten.

Es ist keine Frage, dass sich eine solche Verfahrenswelle von den Landgerichten nicht bewältigen ließe. Wie dies jedoch die Schöffengerichte schaffen sollen, bleibt ein Rätsel. Ein Berufsrichter soll sich danach mit vielleicht nicht nur einem, sondern z. B. fünf oder sechs sich gegenseitig belastenden Angeklagten und zusätzlich dem Verband befassen müssen. Er soll dabei die Organisationsanforderungen in der jeweiligen Branche kennen – muss sich also in die Usancen verschiedener gewerblicher Gebiete einarbeiten und ihm werden Kenntnisse über die erforderlichen organisatorischen Anforderungen und die Personalauswahl abverlangt. Er darf also nicht nur über strafrechtliche Kenntnisse verfügen. Über die daneben einschlägigen betriebswirtschaftlichen und personalwissenschaftlichen Umstände wird er regelmäßig umfassend Beweis erheben müssen. Erweiterte Schöffengerichte mit einem zweiten Berufsrichter wären mutmaßlich die Folge. Es stellt sich nur die Frage, wie das angesichts der knappen Ressource Justiz funktionieren soll. An dieser Stelle dürfte die Opportunität die Legalität wieder einholen.

Zudem ist es bei in Rede stehender Bestrafung eines Verbands sowohl beim Schöffen- als auch bei der Strafkammer am Landgericht sachwidrig, jedermann als Schöffen zuzulassen. Angemessen wäre es, dafür wie bei der zivilrechtlichen Kammer für Handelssachen nur fachkundige Personen vorzusehen. Denen jedoch die Anwesenheit in ggf. jahrelangen Hauptverhandlungen zuzumuten, betrachtete man möglicherweise als unrealistisch.

5. Misstrauen gegenüber Verband, seinen Angehörigen und internen Ermittlern

Der Entwurf ist von Misstrauen gegenüber Verbänden und ihren Beratern gekennzeichnet, insbesondere, wenn sie wirtschaftlich erfolgreich tätig sind. Er ist rein fiskalisch ausgestaltet. Nicht nur die Geldstrafen, sondern sogar die hohen und damit für den Staat lukrativen Geldauflagen sollen – anders als nach allgemeinem Strafrecht – stets allein dem Staat zufließen (§ 12 Abs. 2 Nr. 2). Wo Menschen sind, werden Straftaten begangen. Wo viele Menschen sind, werden viele Straftaten begangen. In Verbänden finden sich viele Menschen. Das darf aber nicht dazu führen, dass der Staat sich eine neue lukrative Einnahmequelle verschafft.

Der Entwurf zeigt wenig Verständnis für Belange von Unternehmen und Beschuldigten. Die Zurechnung von Verbandsstraftaten gegenüber dem Verband und die Unbestimmtheit diverser Regelungen bergen ein erhebliches Risiko und könnten zugleich unternehmensin-

tern Misstrauen schüren. Es bleibt zu hoffen, dass diese große Sanktionsmacht bei zugleich erheblicher Unbestimmtheit nicht zu Überregulierung und Lähmung im Unternehmen führt. Unternehmen sollten ihrer Arbeit nachgehen können und sich nicht stetig im Abwehrmodus befinden.

V. Ausblick

Tritt das VerSanG so in Kraft, dann

- wird der CEO, der Vorstandsvorsitzende eines jeden größeren Unternehmens, in dem immer irgendeine zumindest kleine strafrechtliche Ungereimtheit vorkommen wird, zukünftig mehr Zeit mit seiner Rechtsabteilung, den Anwälten oder sogar im Gerichtssaal verbringen, und
- über jedem Geschäftsleiter wird nicht nur ständig das Damoklesschwert strafrechtlicher Vorwürfe gegen sein Unternehmen schweben, sondern er selbst wird sicher auch mit Verfahren nach dem VerSanG befasst sein. Bis zu einer Entscheidung der jeweiligen Verfahren wird es angesichts der ohnehin überlasteten Justiz voraussichtlich Jahre dauern,
- es sei denn, das Unternehmen schafft sich die Last resignierend dadurch vom Leib, dass es schnell und ohne zu großen Widerstand zahlt.

Trotz vieler schlechter Nachrichten, die zur Diskussion anregen sollen; eine gute Nachricht verbleibt: Bislang ist es nur ein Entwurf.

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwälte Dr. med. Mathias Priewer und Dr. Lukas Ritzenhoff, beide Berlin

Das Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-)Verteidigung

Eine konstruktiv-kritische Bestandsaufnahme

I. Der missglückte Auftrag

Die Veröffentlichung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, in dessen Mittelpunkt das Verbandssanktionengesetz (RefE-VerSanG) stehen soll, hat die erwartete hitzige Debatte ausgelöst. Die Kritik der vergangenen Wochen ist mannigfaltig und zumeist fundamental, ihre Stoßrichtung nicht selten die Frage nach der Sinnhaftigkeit des gesamten Gesetzesvorhabens, jedenfalls aber einzelner Regelungskomplexe. Beifallsbekundungen sind demgegenüber weitgehend ausgeblieben.

Ablehnung erfahren vor allem die geplanten Vorschriften zu internen Untersuchungen (§§ 17-19 RefE-VerSanG). Dabei wird zumeist übersehen oder bewusst nicht erwähnt, dass der Koalitionsvertrag der eigentliche neuralgische Punkt ist. Der Auftrag der Regierungsparteien, „gesetzliche Vorgaben für Internal Investigations [zu] schaffen“ sowie „gesetzliche Anreize zur Aufklärungshilfe durch Internal Investigations und zur anschließenden Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse [zu] setzen“, wurde erkennbar eilig und gedankenlos formuliert. In dieses Prokrustesbett gezwängt, muss der Entwurfsverfasser vielfältige Erwartungen und Interessen in Einklang bringen. Er muss die materiellen Anforderungen der tangierten Rechtsgebiete, etwa des traditionell stark judikatorisch geprägten (Individual-)Arbeitsrechts, einbeziehen und darf die bewährte *Best Practice* nicht regulativ überholen. Als Arbeitsprodukt wird von ihm ein Gesamtkonzept erwartet, das international anschlussfähig ist und von dem auch *in praxi* die angestrebte Anreizwirkung für Unternehmen ausgeht. Angesichts dieser kaum lösbarer Aufgabe wird nachvollziehbar, dass das ursprüngliche Ziel, interne Untersuchungen in einem eigenen Stammgesetz umfassend zu regeln, im Laufe der bisherigen Entwurfsarbeit aufgegeben worden ist.

Ein weiterer Anspruch an das Verbandssanktionengesetz soll wegen seiner Bedeutsamkeit bereits an dieser Stelle erwähnt werden: Auch die unterschiedlichen finanziellen, personellen und organisatorischen Kapazitäten der Normadressaten müssen angemessen berücksichtigt werden. Interne Untersuchungen sind beileibe keine Spezialmaterie und werden nicht nur von Großkanzleien für multinationale Konzerne bei Ermittlungen von Schwerpunktstaatsanwaltschaften durchgeführt. Sie betreffen in gleicher Weise kleine bis mittelgroße Unternehmen, unerfahrenere Staatsanwaltschaften und Strafrechts-/Compliance-Boutiquen. Letztere scheint der Regierungsentwurf noch nicht fest im Blick zu haben: So stellen *Chinese Walls* und andere Modelle zur Vermeidung von Interessenkonflikten für Sozietäten mit einer überschaubaren Anzahl an Berufsträgern eine ungleich größere Herausforderung dar als für Großkanzleien, bei denen sie fester Bestandteil der Mandatsorganisation sind.

II. Untersuchungsgegenstand: § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG

Der vorliegende Beitrag befasst sich im Ausgangspunkt nur mit der geplanten Vorschrift zum Verhältnis von interner Untersuchung und Verteidigung: § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG knüpft die vertyppte sanktionsmildernde Wirkung einer internen Untersuchung konditional daran, dass „der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den internen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandsstraftat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind“. Nur unter dieser Voraussetzung können für Unternehmen günstige Rechtsfolgen wie Sanktionsrahmenverschiebung (Halbierung des Höchstmaßes der Verbandsgeldsanktion, Wegfall des Mindestmaßes), Ausschluss der Anordnung von Verbandsauflösung¹ und öffentlicher Bekanntmachung der Sanktionierung sowie Entscheidung durch Sanktionsbescheid greifen.² Die Kritik an der Regelung steht *pars pro toto* für die weiteren Vorschriften zu internen Untersuchungen in §§ 17-19 RefE-VerSanG. Sie ist kein Selbstzweck, sondern soll Optionen aufzeigen, wie mit dem missglückten Auftrag der Regierungsparteien umgegangen werden kann.

III. Kritik

1. Fehlgehende Motive

Der Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG liegt die Annahme zugrunde, eine Verbindung von interner Untersuchung und Verteidigung schwäche die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse. Erst eine „funktionale Trennung“ von Verteidigung und interner Untersuchung könne den erforderlichen Vertrauensvorschuss bei Verfolgungsbehörden begründen und die ernsthafte Selbstreinigung durch das Unternehmen sowie einen nachhaltigen Kulturwandel anstoßen. „Nur ein unabhängiger Untersuchungsführer“, heißt es in der Entwurfsbegründung (S. 100), könne „zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen und hierbei auch eventuelle Verstrickungen der Firmenleitung ernsthaft in den Blick nehmen“.

Diese Erwägungen legen ein institutionelles Misstrauen gegenüber der Anwaltschaft nahe. Es wird anscheinend ein Risiko dafür gesehen, dass Rechtsanwälte, die zugleich eine Verteidigerrolle besetzen, unlauter in interne Untersuchungen eingreifen und etwa Ergebnisse fälschen oder Informationen zurückhalten könnten. Betroffen ist eine Berufsgruppe, der das Bundesverfassungsgericht „eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete amtsähnliche Stellung“ zuweist.³ Warum gerade Rechtsanwälte ein abstraktes Prozessrisiko sein sollen, nicht aber eigenes Personal des Unternehmens – § 17 RefE-VerSanG stellt klar, dass die vertyppte Sanktionsmilderung auch greifen kann, wenn die interne Untersuchung vom Unternehmen selbst durchgeführt wird – erschließt sich nicht. Die bloße Denkmöglichkeit

¹ Dem Vernehmen nach sieht der Referentenentwurf in seiner aktuellen, fortentwickelten Fassung eine Verbandsauflösung nicht mehr vor.

² Erfüllt die interne Untersuchung eine der Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG (wesentlicher Aufklärungsbeitrag; Trennung von Verteidigung und interner Untersuchung; ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation; umfangreiche Offenlegung; Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens; Compliance mit geltenden Gesetzen) nicht, soll allerdings eine Berücksichtigung als allgemeiner Milderungsgrund möglich sein. Zur Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens s. *Schneider/Priewer*, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), 5.

³ BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73 u.a. = NJW 1975, 103 ff.

eines missbräuchlichen Verhaltens ist als Begründung nicht ausreichend. Denn schon die derzeitige Rechtslage beugt Missbrauch effektiv und hinreichend vor. So bestimmt mit § 258 StGB eine Strafnorm über die Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens.⁴ Überschießend dazu verbietet § 43a Abs. 3 BRAO auf berufsrechtlicher Ebene das bewusste Verbreiten von Unwahrheiten und verfälschten Beweismitteln. Hinzu kommt, dass Organe eines Verbandes genau wie der Verband selbst einer strikten Legalitätspflicht unterliegen, die selbstverständlich auch dann gilt, wenn ein eigener Rechtsverstoß oder der eines Dritten dem Verband potentiell zu Gute kommt.⁵ Hat sich ein Unternehmen dafür entschieden, eine interne Untersuchung von Rechtsanwälten durchführen zu lassen, besteht angesichts dessen keine Notwendigkeit für zusätzliche Regelungen. Es besteht insbesondere kein Anlass, der Tätigkeit der beauftragten Rechtsanwälte misstrauisch gegenüber zu stehen.⁶

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG scheint außerdem darauf angelegt zu sein, Unterlagen aus internen Untersuchungen umfassend dem für Verteidigungsdokumente geltenden Beschlagnahmeschutz zu entziehen. Dieser Punkt erschließt sich zum einen aus der Diskussion um die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷ und zum anderen aus dem systematischen Zusammenhang mit der Neufassung von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch Art. 4 des Referentenentwurfs. Danach sollen „andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde“ nur noch insoweit vom Beschlagnahmeverbot umfasst sein, als sie „dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu den in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b [StPO] Genannten zuzurechnen sind“.

Um eins klarzustellen: In der Praxis wird es für beschuldigte Unternehmen wie für untersuchende Rechtsanwälte hinnehmbar sein, dass im Falle einer Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung ein verminderter Beschlagnahmeschutz für Untersuchungsunterlagen besteht. Aus vielerlei Gründen besteht kein Anlass zur Sorge, Staatsanwaltschaften könnten diese Möglichkeit nutzen, um fortlaufend Rechtsanwaltskanzleien zu durchsuchen. Denn die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird nach wie vor der Ausgangspunkt strafprozessualer Zwangsmaßnahmen sein.⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach festgestellt, dass der besondere Schutz von Berufsheimnisträgern bei der Anordnung der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen gebietet, bei der auch das Ausmaß der mittelbaren Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit zu berücksichtigen ist.⁹ Der Referentenentwurf kann dieses hohe, verfassungsrechtliche Schutzniveau zwar nicht in Frage stellen. Untersuchungsunterlagen werden im Gewahrsam von Rechtsanwälten auch zukünftig sicherer sein als bei Angehörigen anderer Berufsgruppen. Zustimmung verdient sein Ansatz trotzdem nicht.

2. Falsches Bild von internen Untersuchungen

Die Vorschriften der §§ 17-19 RefE-VerSanG *per se* und speziell § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG scheinen interne Untersuchungen als Vehikel für staatliche Ermittlungen zu begreifen. Die Aufklärungsleistung des Unternehmens wird nur insoweit umfassend anerkannt, als die Strafverfolgungsbehörden hiervon bei der inhaltlichen Aufarbeitung profitieren (§ 18 Abs. 1 Nr. 1, 3 u. 4 RefE-VerSanG), der Beweiswert der Untersuchungserkenntnisse im Strafverfahren nicht gemindert wird (§ 18 Abs. 1 Nr. 5 u. 6 RefE-VerSanG)¹⁰ und ein (zu Unrecht angenommenes, s.o.) Risiko für Manipulation von Unterlagen und Ergebnissen (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG) nicht erhöht wird. Durch die interne Untersuchung muss das Unternehmen einen (sanktions-)prozessualen Mehrwert erbringen, um im Gegenzug eine weitgehende Sanktionsmilderung zu erhalten.

⁴ Spoerr, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

⁵ Vgl. nur Fleischer, in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 36.

⁶ Vgl. dazu insgesamt auch Kirsch, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.8.2019, Einspruch exklusiv: Affront für Anwälte, abrufbar unter <http://www.faz.net/-irf-9qhr1>.

⁷ Siehe dazu Uwer/van Ermingen-Marbach, Bundesverfassungsgericht: Kein Vertraulichkeitsschutz für interne Untersuchungen?, AnwBl 2018, 470 ff.

⁸ Spoerr, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 ff.; Beschl. v. 31.8.2010 – 2 BvR 223/10 = NJOZ 2011, 781 ff.; Beschl. v. 6.5.2008 – 2 BvR 384/07 = NJW 2008, 1937 f.

¹⁰ Siehe dazu Schneider/Priewer, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), 5.

Der Referentenentwurf sieht zwar, dass Auslöser für die Durchführung von internen Untersuchungen auch gesellschaftsrechtliche oder haftungsrechtliche Anforderungen sein können und dass zudem starke Einflüsse aus anderen Jurisdiktionen wie etwa den USA bestehen (S. 97). Er versäumt es aber, hieraus die richtigen Schlüsse zu ziehen. Diese liegen darin, den mehrdimensionalen Raum, in den interne Untersuchungen eingebettet sind, angemessen zu berücksichtigen.¹¹ Bezugspunkt für die Incentivierung müsste daher die Selbstreinigungslleistung des Unternehmens sein. Aus der Selbstreinigung resultierende Untersuchungsergebnisse *können* für die Arbeit von Strafverfolgungsbehörden potentiell nützlich sein und *werden* es regelmäßig auch. Die Zweckbestimmung von verbandsinternen Untersuchungen *darf* aber nicht ausschließlich auf diesen gewünschten Erfolg gelenkt werden.

Übersehen wird außerdem, dass mitkausal für die Durchführung von internen Untersuchungen – jedenfalls soweit strafrechtlich relevantes Fehlverhalten im Raum steht – immer auch verteidigungsstrategische Erwägungen sind. Beide Elemente sind gerade nicht grundverschieden. Die Strafprozessordnung selbst setzt die Zulässigkeit eigener Sachverhaltsermittlung durch die Verteidigung voraus und betont durch die Bezeichnung des Verteidigers als „Beistand“ in § 137 StPO dessen aktive Rolle.¹² Ein anerkannter und bewährter Unterfall der anwaltlichen Sachverhaltsermittlung sind interne Untersuchungen, die bei der Unternehmensverteidigung wegen der verbandsseitigen Wissensorganisationspflicht sogar unerlässlich sind.¹³ Die Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung verkennt diese gegenseitige Abhängigkeit. § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG reißt damit auseinander, was natürlich zusammengehört.

3. Rechtsunsicherheit bei Rechtsunterworfenen und Rechtsanwendern

Ein Ziel des Referentenentwurfs ist die Schaffung von Rechtssicherheit. In der Entwurfsbegründung (S. 1) wird vorausgeschickt, dass „konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Verbandsgeldbuen“ derzeit ebenso fehlen würden wie „rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance“. Mit den Regelungen der §§ 17-19 RefE-VerSanG soll daher unter anderem Unsicherheiten von Strafverfolgungsbehörden, Unternehmen, Beratern und betroffenen Mitarbeitern über ihre jeweiligen Befugnisse und Rechte begegnet werden (S. 57).

Es ist bereits mehr als fraglich, ob *de lege lata* berhaupt eine Rechtsunsicherheit in dem Maße besteht, dass ein regulierender Eingriff des Gesetzgebers erforderlich ist. In der Beratung sowie bei der Unternehmens- und Individualverteidigung spielt sie jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle – was daran liegen mag, dass der autonome Sektor durchaus in der Lage ist, sich selbst zu verwalten, etwa durch die Entwicklung einer *Best Practice*. Auch die sanktionsmildernde Wirkung von effektiven Compliance-Bemühungen und internen Untersuchungen wurde von Strafverfolgungsbehörden jedenfalls in jüngerer Zeit nicht wirklich bestritten. Davon abgesehen schafft der Referentenentwurf neue Unsicherheiten. Hierzu zählt die Frage, welchen Inhalt die von § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG vorgesehene Trennung zwischen interner Untersuchung und Verteidigung hat.

Stellt man auf den Wortlaut der Regelung ab, untersagt § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG nur die Identität von untersuchendem Rechtsanwalt und Unternehmens- und/oder Individualverteidiger im Sinne einer personalen Übereinstimmung. Eine Übermittlung von Informationen aus der internen Untersuchung durch den Untersuchenden an die Verteidigung könnte somit erfolgen, ohne dass die vertypete Sanktionsmilderung gefährdet wird. Diese formelle Sichtweise findet eine weitere Stütze in der Entwurfsbegründung. Der Entwurfsverfasser spricht dort von einer „funktionalen Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung“ (S. 100) und meint damit ersichtlich – in Abgrenzung zu einer Trennung auf materieller, inhaltlicher Ebene – eine Trennung nur auf Funktions-/Aufgabenebene.¹⁴

¹¹ Siehe dazu *Spoerr/Priewer*, New corporate criminal liability in Germany – paradigm shift or evolution?, *Financier Worldwide Magazine* (Sep 2018), 85 ff.

¹² *Willnow*, KK-StPO, 8. Aufl. 2019, vor § 137 Rn. 4; grundlegend hierzu *Krekeler*, NStZ 1989, 146 ff.

¹³ *Spoerr*, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwlter und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

¹⁴ Auch auf S. 68 stellt der Entwurfsverfasser die Begriffe „Funktion“ und „Aufgabe“ in diesem Sinne nebeneinander.

Möglich ist allerdings auch die Lesart, dass dem Verteidiger keine Informationen aus der internen Untersuchung zur Verfügung gestellt werden dürfen. So verstanden würde § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG zusätzlich eine materielle Trennung zwischen Untersuchung und Verteidigung fordern und ggf. auf ein Kontaktverbot, jedenfalls aber auf ein spezifisches Kommunikationsverbot, hinauslaufen. Diese Auslegung lässt sich auf den ersten Blick mit Ausführungen stützen, die der Entwurfsverfasser zur Beauftragung von Rechtsanwälten derselben Sozietät mit Untersuchung und Verteidigung macht. In diesem Fall ist neben anderen Erfordernissen auch dafür Rechnung zu tragen, dass Unternehmens- und/oder Individualverteidiger keinen „unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“ (S. 100) haben. Darunter kann verstanden werden, dass der Verteidigung keinerlei Informationen, die aus der internen Untersuchung hervorgegangen sind, zugänglich gemacht werden dürfen.

Bei aller Unsicherheit, die der Referentenentwurf hier unnötigerweise hervorruft, ist der formellen Sichtweise, die sich am Wortlaut der Norm orientiert, der Vorzug zu gewähren. § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG soll bezwecken, dass die „Unabhängigkeit des Untersuchungsführers“ (S. 100) gewährleistet ist. Durch einen unidirektionalen Informationsfluss von der internen Untersuchung hin zu den Unternehmens- und/oder Individualverteidigern wird eine Einflussnahme der Verteidigung weder hervorgerufen, noch wird ein konkretes oder auch nur abstraktes Risiko dafür gesetzt. Im Einklang damit ist der „unmittelbare Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“ so zu lesen, dass Zugang zu den Originalen verwehrt werden muss, um einen (wieso auch immer vermuteten) manipulativen Eingriff durch Verteidiger zu verhindern.

Eine materielle Trennung im Sinne eines spezifischen Kommunikationsverbots würde zudem auf bedenkliche Weise mit dem Recht auf effektive Verteidigung sowie dem Grundsatz des fairen Verfahrens in seiner Ausprägung als Waffengleichheit konfliktieren. Verteidigung wird über den Sachverhalt gewonnen.¹⁵ Ein Kommunikationsverbot würde dazu führen, dass die Verteidigung die wichtigste Sachverhaltsquelle, nämlich Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung, nicht nutzen kann. Tatsachenkenntnis könnte sie im Ausgangspunkt, das heißt ohne eigene Sachverhaltsermittlungen zu betreiben, nur über behördliche Ermittlungsergebnisse erlangen. Diese werden ihr in der Regel aber erst mit dem Abschluss der Ermittlungen zugänglich gemacht (§§ 147 Abs. 2 S. 1, 169a StPO). Bis dahin bestünde ein informationelles Ungleichgewicht im Verhältnis zu den Ermittlungsbehörden, die von dem Untersuchungsführer wegen § 18 Abs. 1 Nr. 1, 3 u. 4 RefE-VerSanG vollumfänglich über die Erkenntnisse aus der internen Untersuchung informiert werden. Der Verteidigung würden Einwirkungsmöglichkeiten auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens auf diese Weise wesentlich erschwert.

4. Mehraufwand bei Strafverfolgungsbehörden und Unternehmen

Massive Ressourcenprobleme der Strafverfolgungsbehörden sind nicht nur durch die Einführung des Legalitätsprinzips zu befürchten. Auch § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG trägt dazu bei, indem er mit dem Untersuchenden einen notwendigen zusätzlichen Akteur schafft, zu dem ein Kommunikationskanal eröffnet und unterhalten werden muss. Parallel dazu wird die Kommunikation mit der Verteidigung erschwert, weil sich diese regelmäßig nicht mehr auf Augenhöhe mit der Verfolgungsbehörde bewegen wird. Ein Grund dafür ist das möglicherweise bereits strukturell angelegte Informationsungleichgewicht (s.o.). Ein weiterer ist, dass infolge der funktionalen Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung das Kooperationserfordernis von der Verteidigung entkoppelt wird. Eine harte Konfliktverteidigung wird dadurch wahrscheinlicher.

Um sicherzustellen, dass die Verteidigung im Zuge ihrer eigenen Sachverhaltsermittlungen nicht an der verbandsinternen Untersuchung mitwirkt, sonst an dieser beteiligt ist oder unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse hat, muss auch das Unternehmen entsprechende organisatorische Vorkehrungen treffen, was personellen und finanziellen Aufwand bedeutet. Der Aufwand erhöht sich weiter, wenn der Entschluss gefasst wird, die eigenen Sachverhaltsermittlungen der Verteidigung zu einer gesonderten, zusätzlichen internen Untersuchung auszubauen. Während der Referentenentwurf den Schutz von „kleineren und mittelständischen Unternehmen“ in § 17 RefE-VerSanG gerade vorsieht, wird mit der

¹⁵ *Spoerr*, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

künstlichen Trennung von Verteidigung und interner Untersuchung im Ergebnis also genau das Gegenteil bewirkt.

IV. Perspektiven

Wozu würden die geplanten Vorschriften zu internen Untersuchungen und insbesondere § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG also *de facto* führen? – *Wahrscheinlich* werden interne Untersuchungen zukünftig nur noch von der Unternehmensverteidigung durchgeführt.

Die Motivation wird bei genauerem Hinsehen klar: Zwar verzichtet das Unternehmen in diesem Fall unter anderem auf die vertypete Sanktionsmilderung. Eine verteidigende interne Untersuchung ist aber im Ergebnis – und nicht nur aus monetären Gründen – häufig trotzdem von Vorteil. Denn auch für sie kommt eine Sanktionsmilderung nach allgemeinen Sanktionszumessungsgesichtspunkten in Betracht. Bei entsprechendem Verhandlungsgeschick und guter Kooperationsatmosphäre sind hier ebenfalls Nachlässe von mehr als der Hälfte der ursprünglichen Sanktionsandrohung im Bereich des Möglichen.

Hinzu kommt, dass das untersuchende Unternehmen nicht in das enge Korsett der Anforderungen des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG geschnürt wird. Dadurch kann es sicherstellen, dass den gesellschaftsrechtlichen und haftungsrechtlichen Anforderungen auf jeden Fall genügt wird. Noch wesentlicher dürfte aber sein, dass es sich die Entscheidung offenhält, wie mit Zufallsfunden umgegangen wird. Eine rechtliche Verpflichtung, Straftaten im Unternehmen an die Strafverfolgungsbehörden zu melden, besteht grundsätzlich nicht.¹⁶ Es reicht aus, den Verstoß abzustellen, den Sachverhalt aufzuklären und geeignete Maßnahmen (häufig etwa durch eine Verbesserung des Compliance-Systems) zu treffen, damit ein gleichartiger Verstoß in der Zukunft nicht erneut vorkommt.¹⁷ Werden demgegenüber alle Erkenntnisse aus der internen Untersuchung in dem maßlos weiten Umfang des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG offengelegt, werden selbst im rechtschaffensten Unternehmen weitere Rechtsverstöße aufgedeckt (oder zumindest ein diesbezüglicher Anfangsverdacht ausgelöst). In der Folge kommt es – jedenfalls soweit eine andere prozessuale Tat betroffen ist – zu neuen Sanktionsverfahren, bei denen ebenfalls die empfindlichen Sanktionen des RefE-VerSanG im Raum stehen. Dies gilt erst recht, weil der Referentenentwurf für die Einleitung eines Sanktionsverfahrens bislang keine Relevanzschwelle – etwa durch Aufnahme eines Tatbestandskatalogs vergleichbar mit § 100a Abs. 2 StPO – vorsieht.

Im internationalen Kontext bietet die verteidigende interne Untersuchung weitere – unter Umständen und je nach Konstellation erhebliche – Vorteile: Ermittelt neben deutschen Strafverfolgungsbehörden auch das *Department of Justice*, ergeben sich für eine Untersuchung, die den Vorgaben des § 18 RefE-VerSanG folgt, nicht auflösbare Dilemmasituationen.¹⁸ Ist das Unternehmen dazu verpflichtet, in Deutschland Befragungsnotizen oder einen Abschlussbericht zu verfassen und an die Staatsanwaltschaft herauszugeben,¹⁹ wird sich die Frage stellen, ob die Unterlagen bspw. auch in den USA offengelegt werden müssen. Zwar sind sie nach US-amerikanischem Recht grundsätzlich durch das *legal privilege* geschützt.²⁰ Durch die Herausgabe an eine ausländische Behörde (hier die deutsche Staatsanwaltschaft) kann es aber automatisch zu einem Verzicht auf dieses *legal privilege* kommen, ein sogenannter *privilege waiver*.²¹ Mit Blick auf sein Schadenspotential – er kann dazu führen, dass die Unterlagen nicht nur an das *Department of Justice* und ggf. die *Securities and Exchange Commission* oder andere Ermittlungsbehörden, sondern im Rahmen der *Civil Discovery* auch an tausende Kläger in US-amerikanischen Sammelklagen herausgegeben werden müssen – dürfte eine interne Untersuchung nach den Regelungen der §§ 17-

¹⁶ Das ergibt sich bereits aus dem Umkehrschluss zu § 138 Abs. 1 StGB, der die Nichtanzeige eines Katalogs bestimmter *geplanter* Straftaten unter Strafe stellt. Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es allerdings bspw. im Steuerrecht.

¹⁷ Die Geschäftsleitung unterliegt der Legalitätspflicht, vgl. dazu *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401 ff.

¹⁸ Siehe dazu auch *Schneider/Priewer*, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), S. 5.

¹⁹ So könnte § 18 Abs. 1 Nr. 4 RefE-VerSanG verstanden werden, vgl. auch § 42 Abs. 1 S. 2 RefE-VerSanG, der von einer „Vorlage des Abschlussberichts“ spricht.

²⁰ Vgl. dazu *Frank*, Der privilege-waiver durch oral-downloads – eine (nicht ganz) neue Herausforderung für unternehmensinterne Ermittlungen? CCZ 2018, 218 ff.; *Gajek/Raspé/Schlösser-Rost*, Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil I), WiJ 4/2018, 200 ff.; *Raspé*, Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil II), WiJ 2/2019, 71 ff.; *Priewer/Spoerr*, Cross-border internal compliance investigations in Germany and legal privilege: balancing the needs, Risk & Compliance Magazine (Jul-Sep 2018), 207 ff.

²¹ Siehe zu diesem Problemkreis *Linehan/Kast*, Navigating privilege issues across multijurisdictional investigations, Financier Worldwide Magazine (April 2017), 79 ff.

19 RefE-VerSanG bei grenzüberschreitenden Konstellationen und insbesondere auch schon bei nur *möglichem* US-Bezug keine Option sein.

V. Resümee

Wenngleich die USA im Hinblick auf die Sanktionierung von Unternehmen nicht in jeder Hinsicht ein beliebtes Vorbild sind, lohnt sich doch hin und wieder ein Blick über den Atlantik: Kooperiert ein Unternehmen mit der *Criminal Division* des *Department of Justice* besteht in zeitlicher Abfolge eine klare Trennung zwischen Aufklärungs- und Verteidigungsphase. In der Aufklärungsphase stellt das Unternehmen über seine untersuchenden Rechtsanwälte strukturiert Sachverhaltsinformationen zur Verfügung. Sobald die Sachverhaltsaufklärung weitgehend abgeschlossen ist, fordert das *Department of Justice* die Rechtsanwälte des Unternehmens – selbstverständlich dieselben, die auch die Untersuchung durchgeführt haben und den Sachverhalt daher genau kennen – auf, die Verteidigungsargumente vorzubringen. Jetzt ist ein Dialog auf Augenhöhe möglich, der beiden Seiten, Unternehmen wie Strafverfolgungsbehörde, nützt.

Sofern bei der Fortentwicklung des Referentenentwurfs das Verhältnis zwischen interner Untersuchung und Verteidigung weiterhin für regelungsbedürftig erachtet wird, wäre eine Regelung analog dem US-amerikanischen Beispiel eine Möglichkeit, um mit einer angenommenen Dichotomie dieser beiden Institute praxis- und interessengerecht umzugehen.

Zu bevorzugen ist allerdings eine Minimallösung für den gesamten Komplex der internen Untersuchungen. Um diese gesetzlich anzuerkennen und um noch stärkere Anreize für ihre Durchführung zu setzen, reicht es aus, sie als vertypten allgemeinen Milderungsgrund in den Referentenentwurf aufzunehmen.²² Der Umfang der Milderung wäre damit nicht auf maximal die Hälfte der ursprünglichen Sanktionsdrohung begrenzt, sondern ganz in die ureigene richterliche Entscheidung über die (Sanktions-)Zumessung gestellt. Diese ließe sich moderieren durch die Sollvorgabe, dabei auch den Umfang der Aufklärungsleistung und die Einhaltung der Grundsätze eines fairen Verfahrens zu berücksichtigen.

Die Minimallösung vermeidet den Eindruck eines institutionellen Misstrauens gegenüber der Anwaltschaft. Sie vermeidet außerdem, dass der (sanktionsrechtliche) Wert von internen Untersuchungen auf einen Mehrwert für Strafverfolgungsbehörden beschränkt wird. Sie berücksichtigt bereits im Ansatz die unterschiedlichen finanziellen, personellen und organisatorischen Kapazitäten der Normadressaten. Insbesondere führt die Minimallösung die Abkehr von der ursprünglich anvisierten umfassenden Regelung von internen Untersuchungen konsequent fort – ohne die im Koalitionsvertrag angelegten Reibungsverluste zu perpetuieren und ohne selbst durch nicht zwingend erforderliche Definitions- oder Konturierungsversuche für Rechtsunsicherheit zu sorgen.

²² Es schlossen sich idealerweise weitere Milderungsgründe an – insbesondere die Selbstoffenlegung von Rechtsverstößen durch Unternehmen, die bislang wohl übersehen worden ist.

Entscheidungskommentare

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M. und Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Nürnberg

BGH-Urteil vom 13.09.2018 - 1 StR 642/17; Kompensation und Kompensationsverbot bei der Berechnung des Steuerschadens gemäß § 370 AO

I. Sachverhalt

Der Entscheidung¹ lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Angeklagte war Gesellschafter und Geschäftsführer der W-GmbH und - bis zu deren Löschung im Handelsregister - auch Geschäftsführer und zeitweise auch Gesellschafter der G GmbH. Er handelte für diese Gesellschaften mit gebrauchten Fahrzeugen, die er zuvor entweder von Privaten oder Unternehmern erwarb, um diese weiter zu veräußern. Daneben stellte der Angeklagte Rechnungen auf den Namen der beiden Gesellschaften über die Veräußerung von Pkw mit offen ausgewiesener Umsatzsteuer aus, ohne dass diesen Rechnungen ein tatsächlicher Umsatz zugrunde lag (sog. Scheinrechnungen). Obwohl der Angeklagte wusste, dass für die sog. Differenzbesteuerung eine ordnungsgemäße Dokumentation des Einkaufs erforderlich war und ihm in den allermeisten Fällen die erforderlichen Belege fehlten, ging er hinsichtlich der von privat gekauften Pkw davon aus, dass diese der Differenzbesteuerung unterfielen. Der Angeklagte unterhielt zudem auch keine für ein Handelsgeschäft gebotene Buchführung. Er reichte, mit Ausnahme von vier Umsatzsteuervoranmeldungen für das erste bis vierte Quartal 2009 für die G-GmbH, für keine der Gesellschaften Umsatzsteuererklärungen bei den zuständigen Finanzämtern ein, obwohl er wusste, dass er als Geschäftsführer hierzu verpflichtet gewesen wäre. Das Landgericht (LG) hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 24 Fällen unter Einbeziehung weiterer Strafen aus zwei rechtskräftigen Verurteilungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Es berücksichtigte bei der Berechnung des jeweiligen Umsatzsteuerschadens im Tatzeitraum von 2007 bis Dezember 2010 drei unterschiedliche Geschäftsvorgänge, nämlich

- die nicht erklärte Umsatzsteuer aus den „realen“ Handelsgeschäften mit den Unternehmen, bei denen aber jeweils keine Vorsteuer in Abzug gebracht wurde,
- die Nichtanwendbarkeit der Differenzbesteuerung mangels vorliegender Eingangrechnungen soweit die Fahrzeuge von privat eingekauft worden waren und
- die auf den Scheinrechnungen offen ausgewiesene Umsatzsteuer.

Mit Ausnahme der Umsatzsteuervoranmeldung Oktober 2010 bei der G GmbH (Fall 22) ergaben sich in allen anderen verfahrensgegenständlichen Voranmeldungszeiträumen tatbestandliche Steuerschäden sowohl aus der Regelbesteuerung als auch aus der Differenzbesteuerung sowie den Scheinrechnungen. Im Fall 22 war demgegenüber nur aus den realen Handelsgeschäften und der Differenzbesteuerung ein Umsatzsteuerschaden in Höhe von ca. 32.000 Euro entstanden. Dieser wiederum ergab sich nach den Feststellungen des LG aus dem Verkauf von vier hochwertigen Fahrzeugen.

Mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision erzielt der Angeklagte einen Teilerfolg.

¹ BGH-Urteil vom 13.09.2018 - 1 StR 642/17.

II. Entscheidungsgründe (auszugsweise)

Lediglich in einem Fall (Umsatzsteuervoranmeldung Oktober 2010 der G GmbH) kann der Senat nicht ausschließen, dass tatsächlich keine Steuerverkürzung eingetreten ist. Denn in diesem Monat wurden keine Scheinrechnungen ausgestellt und die Steuerverkürzung berechnet sich daher ausschließlich aus dem Verkauf von wenigen Fahrzeugen in Höhe von insgesamt rund 32.000 Euro. Aufgrund dessen vermochte der Senat nicht auszuschließen, dass die Verrechnung mit – durch Rechnungen belegten – Vorsteueransprüchen aus dem Einkauf von Fahrzeugen eine Steuerverkürzung entfallen lassen könnte. Nach Auffassung des BGH steht das Kompensationsverbot dem nicht entgegen. Steuern sind nach § 370 Abs. 4 S. 1 AO dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Eine Steuerverkürzung liegt nach § 370 Abs. 4 S. 3 AO auch dann vor, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können (sog. Kompensationsverbot). Demnach dürfen aufgrund des Kompensationsverbots nur solche Steuerermäßigungen versagt werden, die der Steuerpflichtige aus „anderen Gründen“ hätte beanspruchen können.

Die „anderen Gründe“ konkretisieren den Begriff der Steuerverkürzung und wirken sich damit auch auf den Umfang des geschützten Rechtsguts der Steuerhinterziehung aus. Rechtsgut der Steuerhinterziehung ist die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs, d. h. des rechtzeitigen und vollständigen Steueraufkommens. Maßgeblich für das Verständnis des Kompensationsverbots ist sein innerer Bezug zur Tatbestandverwirklichung. Demnach sind dem Täter nur derartige Steuervorteile anzurechnen, die sich aus der unrichtigen Erklärung selbst ergeben oder die – im Falle des Unterlassens – ihm bei richtigen Angaben zugestanden hätten (BGH Urt. v. 31.1.1978 – BGH Az. StR 458/77). Dies gilt jedenfalls, wenn diese mit den verschleierte steuererhöhenden Tatsachen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und dem Täter ohne weiteres von Rechts wegen zugestanden hätten (BGH Beschl. v. 13.9.2010 – BGH Az. 1 StR 220/09). Zu den abzugsfähigen Vorsteuern aus dem Bezugsgeschäft besteht jedenfalls ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang.

Denn einen derartigen wirtschaftlichen Zusammenhang, der gleichsam in eine automatische Berücksichtigung der steuermindernden Tatsachen führt, hat die Rechtsprechung bisher nur für Werbungskosten bzw. Ausgaben im Ertragssteuerrecht anerkannt, soweit diese mit den steuerbegründenden Geschäften in unmittelbarem Zusammenhang standen für das Umsatzsteuerrecht jedoch abgelehnt. So sei die Nichtangabe von Vorsteuer in aller Regel für die Verkürzung nicht ursächlich. Es bestehe auch kein innerer Zusammenhang zwischen der auf die eigenen Umsätze entfallenden Umsatzsteuer und den abziehbaren Vorsteuerbeträgen.

Hieran hält der Senat jedenfalls in der vorliegenden Fallgestaltung nicht weiter fest. Soweit eine nicht erklärte steuerpflichtige Ausgangsleistung eine tatsächlich durchgeführte Lieferung war und die hierbei verwendeten Wirtschaftsgüter unter den Voraussetzungen des § 15 UStG erworben wurden, hat eine Verrechnung von Vorsteuer und Umsatzsteuer stattzufinden. Maßgeblich ist allerdings, dass auch die übrigen Voraussetzungen aus § 15 UStG – insbesondere die Vorlage einer Rechnung – im maßgeblichen Besteuerungszeitraum gegeben sind. Denn das Recht zum Vorsteuerabzug und der Umfang dieses Rechts bestimmt sich danach, ob ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen Ein- und Ausgangsumsatz besteht (vgl. EuGH Urt. v. EUGH 6.9.2012, Portugal Telecom – Az: C-496/11; anders noch BGH Urt. v. 18.4.1978, Az.: 5 StR 692/77). Der Vorsteuervergütungsanspruch ist davon abhängig, dass die Eingangsleistung der unternehmerischen Tätigkeit des Steuerpflichtigen zuzurechnen ist. Die tatbestandliche Handlung, die Umsatzsteuer auf den steuerpflichtigen Ausgangsumsatz nicht zu erklären, zieht die Nichtgeltendmachung des an sich bestehenden Vorsteueranspruchs regelmäßig nach sich. Es besteht daher ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Ein- und Ausgangsumsatz, der zur Folge hat, dass der Vorsteuervergütungsanspruch im Rahmen der Verkürzungsberechnung von Rechts wegen zu berücksichtigen ist (im Ergebnis zustimmend Madauß NZWiSt 2012, S. 456 ff.).

Der Strafausspruch hält insgesamt rechtlicher Nachprüfung nicht stand, da das LG den Schuldumfang nicht frei von Rechtsfehlern bestimmt hat.

Denn so könnte unter anderem der Umsatzsteuerschaden bereits insoweit zu hoch bemessen sein, als Vorsteueransprüche aus den Fahrzeugankäufen der „realen“ Handelsgeschäfte

nicht berücksichtigt wurden, was durch das LG folgerichtig bisher nicht in den Blick genommen wurde.

III. Bewertung

Grundsätzlich ist die Entscheidung des BGH zu begrüßen, da nicht nachzuvollziehen war, warum die Vorsteuererstattungsansprüche wegen des in § 370 Abs. 4 S. 3 AO normierten Kompensationsverbotes gerade nicht den tatbestandlichen Hinterziehungsschaden berühren sollen² Insoweit überzeugte schon damals nicht die steuerstrafrechtliche Begründung des Kompensationsverbotes in der Literatur. Bülte³ leitete den Zweck aus dem Schutzgut des § 370 AO und dessen Gefährdung ab. Das Kompensationsverbot konnte nach dessen Auffassung nur zur Anwendung kommen, wenn nicht nur ein anderer Grund, sondern zudem eine Beeinträchtigung des Steueranspruchs durch eine konkrete Gefährdung des Steueraufkommens vorliege. Nach Auffassung von Bülte⁴ kann man diese Überlegung auch in das Merkmal des „anderen Grundes“ einfügen und mit Schmitz/Wulf⁵ formulieren, dass ein unmittelbarer Zusammenhang dann bestehe, wenn die „anderen Gründe“ nicht nachträglich geltend gemacht werden können, ohne damit auch die zuvor bewirkte Steuerverkürzung zu offenbaren. Für die Frage des Kompensationsverbotes von Vorsteuern bedeutete dies nach Bülte⁶ im Ergebnis, dass die Geltendmachung des Vorsteueranspruchs nur im Einzelfall die Offenbarung der verschwiegenen Umsätze erfordere, weil keine Pflicht bestehe, die Verwendung von umsatzsteuerpflichtig erworbenen Waren innerhalb des Unternehmens nachzuweisen. Diese Auffassung trägt nicht, denn gerade Vorsteuerbeträge seien daher regelmäßig nicht nur „andere Gründe“, sondern auch geeignet, eine Gefahr der Steuerschädigung herbeizuführen, wenn sie nachgeschoben werden. Das Kompensationsverbot für Vorsteuern greife nur dann nicht, wenn die Vorsteuern aus dem Eingangsumsatz mit den verschwiegenen Ausgangsumsätzen so eng zusammenhängen, dass mit der Geltendmachung der Vorsteuerbeträge aus tatsächlichen Gründen zwingend die verschwiegenen Ausgangsumsätze offenbart werden müssen.

Im Hinblick auf das Kompensationsverbot in § 370 Abs. 4 S. 3 AO gibt diese Entscheidung vom 13.09.2018 damit weiteren Aufschluss über die dahinter stehende Identitätsfrage, d.h. was unter die tatbestandlich nicht anerkennungsfähigen anderen Gründe fällt und bei welchen Umständen das Kompensationsverbot nicht eingreift.⁷ Ein anderer Grund liegt insbesondere dann nicht vor, wenn ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den verschwiegenen steuererhöhenden und den steuermindernden Umständen besteht, wenn es also um die steuerrechtliche Beurteilung desselben Vorgangs geht.⁸ Das Kompensationsverbot kommt dann nicht zur Anwendung. Dies wurde bislang beispielsweise angenommen bei verschwiegenen Betriebseinnahmen im Verhältnis zu den damit zusammenhängenden Betriebsausgaben⁹, bei Betriebseinnahmen im Verhältnis zu (nachzuholenden) Rückstellungen für die hinterzogenen Umsatz- und Gewerbesteuern¹⁰, bei Betriebseinnahmen und einem von Amts wegen zu berücksichtigenden Verlustvortrag¹¹ oder zwischen einem Steuerentstehungs- und einem Befreiungstatbestand, wenn dieser nicht seinerseits ein weiteres verwaltungsrechtliches Prüfungsverfahren voraussetzt^{12,13}.

Der BGH bejahte nun diesen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang auch im Hinblick auf den Vorsteuerabzug bei der Umsatzsteuer und berücksichtigt die abzugsfähigen Vorsteuern aus dem Bezugsgeschäft bereits auf der Tatbestandsebene im Rahmen der Verkürzungsverrechnung. Der BGH versteht den Begriff des Bezugsgeschäfts hier weit und stellt dabei auf den jeweiligen Gegenstand des Geschäfts, nicht auf die Identität der jeweils beteiligten Personen ab.¹⁴

² Vor der Rechtsprechungsänderung noch BGH GA 1978, S. 278; wistra 1991, S.107.

³ Bülte, NZWiSt 2016, S. 52.

⁴ Bülte, NZWiSt 2016, 52.

⁵ Schmitz/Wulf, MK-StGB, 2. Auflage 2015, § 370 AO Rn. 162.

⁶ Bülte, NZWiSt 2016, 52.

⁷ Vgl. hierzu auch Bittmann, NStZ 2019, 150 (151 ff.)

⁸ BGH NStZ 2004, 579.

⁹ BGH, Urteil vom 31.01.1978 – 5 StR 458/77.

¹⁰ BGH NStZ 2009, 157.

¹¹ BayOblLGSt 1982, 50.

¹² BGH NStZ 2004, 579.

¹³ Zu diesen und weiteren Fallgruppen, für die das Kompensationsverbot bejaht oder vereint wurde: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, § 370 AO Rn. 96, 97; Schmitz/ Wulf, in: MüKoStGB, § 370 AO Rn. 175.

¹⁴ Bittmann, NStZ 2019, 150 (152)

Eine besonders praxisrelevante Frage stellt sich zudem im Hinblick auf die Bedeutung der Vorlage einer ordnungsgemäßen Rechnung. Nach der Ansicht von BGH und BFH setzt die mindernde Berücksichtigung der Vorsteuern bei der Berechnung des Verkürzungsumfanges insbesondere die Vorlage einer ordnungsgemäßen Rechnung i.S.d. §§ 14,15 UStG voraus. Hierbei handle es sich nicht lediglich um einen formellen Nachweis, sondern um eine materiell-rechtliche Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf Vorsteuerabzug.¹⁵

Mit Urteil vom 21.11.2018¹⁶ vertrat der EuGH jedoch die Auffassung, das Recht auf Vorsteuerabzug dürfe nicht allein aufgrund des Fehlens einer ordnungsgemäßen Rechnung verweigert werden, wenn die materiellen Voraussetzungen vorliegen. Der EuGH sieht die Rechnung daher nur als ein verfahrensrechtliches Beweiszeichen an. Der Steuerpflichtige müsse die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen zwar nachweisen, hierfür könne er jedoch auch auf andere Beweismittel als Rechnungen zurückgreifen. Das strikte Verlangen nach Vorlegen von Rechnungen sei insoweit unionsrechtswidrig.

Ob dies bedeutet, dass ein Vorsteuerabzug und damit auch eine Berücksichtigung im Rahmen der Kompensation auch ohne eine ordnungsgemäße Rechnung möglich sein soll, ist umstritten, wird in der Literatur jedoch überwiegend abgelehnt.¹⁷ Hier bleibt abzuwarten, wie sich die Gerichte künftig dazu äußern werden.

¹⁵ Madauß, NZWiSt 2019, 101; ders., NZWiSt 2019, 294.

¹⁶ EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 21.11.2018 - C-664/16.

¹⁷ Vgl. etwa Madauß, NZWiSt 2019, 294 (295).

Eigentum- und Vermögensstrafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.7.2019 – II ZR 426/17

1. Was zivilrechtlich erlaubt ist, darf nicht bestraft werden. Demgemäß ist es für die strafrechtliche Praxis wichtig zu wissen, wie die Zivilgerichte entscheiden. Zudem verbergen sich hinter zivilgerichtlichen Entscheidungen häufig auch strafrechtliche Probleme. Mit einem derartigen Sachverhalt hatte sich der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zu befassen.

2. Das Geschehen trägt zwar ein wendebedingtes Kleid, weist aber Strukturen auf, welche unabhängig von den Zeitumständen in jeder Kapitalgesellschaft auftreten können. Die Nachfolgesellschaft einer LPG (nachfolgend nur: LPG) war im Jahre 1993 für sich gesehen nicht mehr kreditwürdig. Die finanzierende Bank akzeptierte jedoch einen mit Gründung einer GmbH verbundenen unternehmerischen Neustart unter Übertragung von Anlagevermögen der LPG an die GmbH nebst deren Schuldbetritt mit der Maßgabe, die GmbH habe jeweils 20 % ihres Jahresüberschusses der LPG zur Verfügung zu stellen, auf dass diese ihre Altkredite im Laufe der Zeit tilgen könne. Diese waren allerdings auch 20 Jahre nach der Vereinbarung noch nicht abgetragen – nicht zuletzt deswegen, weil die LPG die von der GmbH erhaltenen Zahlungen nicht (oder nur teilweise) zur Tilgung ihrer Altverbindlichkeiten verwandt hatte.

Um einen Ausweg aus dieser für die GmbH wenig komfortablen Lage zu finden, wählten deren Gesellschafter nicht etwa den Weg der Direktzahlung der Tilgungsleistungen an die kreditgebende Bank, sondern schalteten zwei weitgehend personengleiche weitere Gesellschaften ein. Diesen verkaufte und übereignete die GmbH landwirtschaftliche Nutzflächen. Die LPG zürnte: die Verträge seien lediglich geschlossen worden, um die Gewinne der GmbH zu verlagern und auf diese Weise die Zahlungspflichten an die LPG zu mindern. Sie klagte deswegen auf Feststellung der Sittenwidrigkeit der Übertragungsverträge. Während beide Vorinstanzen dem Antrag stattgegeben hatten, bezweifelt der BGH zwar nicht die Möglichkeit, wohl aber einen ausreichenden Beleg tatsächlicher Sittenwidrigkeit.

3. Die zivilprozessualen und gesellschaftsrechtlichen Probleme, mit denen sich der Senat befasste, sind strafrechtlich irrelevant. Die Ausführungen zur Sittenwidrigkeit können je-

doch auch für die Beurteilung untreurechtlicher Pflichtwidrigkeit fruchtbar gemacht werden.

Der Zivilsenat führte aus, dass die Verletzung vertraglicher Pflichten im Allgemeinen nicht ausreiche, Sittenwidrigkeit zu begründen. Vielmehr müsse eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln oder der zutage getretenen Gesinnung ergeben könne. Im Verhältnis zu einem Vertragspartner sei zudem erforderlich, dass sich diesem gegenüber das Rechtsgeschäft mit einem Dritten nachteilig auswirke. Ein solcher Nachteil könne durchaus im Vereiteln schuldrechtlicher Ansprüche bestehen.

a) Die Feststellung sittenwidrigen Handelns im vorliegenden Fall verlange zunächst die Prüfung der wirtschaftlichen Ausgewogenheit der Übertragungsverträge. Dabei sei zu berücksichtigen, ob die erhaltenen Gegenleistungen ihrerseits für die Erwirtschaftung von Gewinnen eingesetzt werden sollten und konnten. Der Annahme besonderer Verwerflichkeit könne hier entgegenstehen, dass die LPG die erhaltenen Mittel der GmbH nicht zur Tilgung von Altschulden eingesetzt habe. Dies könne durchaus Einfluss auf die wirtschaftliche Bedeutung der Übertragungen für die LPG zeitigen.

b) Unterzieht man den Sachverhalt einer untreurechtlichen Überprüfung, so sind verschiedene Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten. Zwischen der LPG und der finanzierenden Bank bestanden lediglich Kreditverträge, die nicht geeignet waren, eine Vermögensbetreuungspflicht der LPG zugunsten der Bank zu begründen.

Der Schuldbeitritt der GmbH führte schließlich zu einem Dreiecksverhältnis. Er ist im Verhältnis Bank – GmbH wie ein normaler Kreditvertrag anzusehen, weshalb auch damit zwischen beiden kein von Vermögensbetreuungspflichten gekennzeichnetes Verhältnis begründet wurde. Aufgrund des wirtschaftlichen Zwecks wird man die Vereinbarung LPG – GmbH in rechtlicher Hinsicht als Finanzierungskauf zu klassifizieren haben. Ein solcher führt regelmäßig ebenfalls nicht zu einem strafrechtlich relevanten Treuerverhältnis.

c) Ein solches könnte allerdings aufgrund zusätzlicher Vereinbarungen mit der Folge – ggf. wechselseitiger – Vermögensbetreuungspflichten entstanden sein. Eine derartige Besonderheit könnte vorliegen, wenn die LPG nicht nur gegenüber der Bank zur Zahlung, sondern zivilrechtlich auch gegenüber der GmbH verpflichtet war, deren Leistungen zur Tilgung der Kredite zu verwenden. Die Struktur gleicht Situationen, die aus der forensischen Praxis bekannt sind: Das Sozialamt zahlt dem Bedürftigen die Miete, dieser leitet sie jedoch nicht an den Vermieter weiter. Der Generalunternehmer verwendet die von seinem Vertragspartner erhaltenen Zahlungen für verschiedene Zwecke, nur nicht zur Befriedigung seiner Subunternehmer – zumindest in der Baubranche kein neues Phänomen, sondern Anlass für das BauFordSIG, das in diesem Jahr seinen hundertsten Geburtstag feiern konnte.

d) aa) Ebenso wie in den genannten Verhältnissen beruhen die Verpflichtungen zwischen der LPG und der GmbH allein auf schuldrechtlicher Ebene. Eine unmittelbare Rechtsmacht, Verfügungen über fremdes Vermögen zu verfügen, ist damit nicht verbunden. Allerdings könnte ein sonstiges Treuerverhältnis vorliegen. Die schlichte mit den Dreiecksverträgen verbundene Erwartung, LPG wie GmbH würden sich dauerhaft anlass- und damit zweckgerecht verhalten, genüge dafür jedoch sicherlich nicht. Anders könnte es aber liegen, bestünden konkrete zivilrechtliche Sicherungen zwecks Gewährleistung einerseits der Verwendung der eingenommenen Gelder zur Tilgung der Kreditverbindlichkeiten und andererseits zum Schutz vor Gewinnverlagerungen.

Denkbar wäre insoweit etwa die Vereinbarung der Pflicht der GmbH, die LPG vor der Insolvenz zu bewahren. Dann hätte es die GmbH übernommen, ihre eigenen Aktivitäten so einzurichten, dass auch die LPG ihren Verpflichtungen würde nachkommen können. Eine solche Abrede trüge den Charakter einer Geschäftsbesorgung, der die Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht der GmbH nahelegte.

bb) Unter welchen Umständen derartige Maßnahmen wirklich eine strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht begründen, ist eine Frage des Einzelfalls. Das Fehlen sichernder Zusatzabreden spräche hingegen deutlich gegen die Annahme untreurelevanter Verpflichtungen. Soweit dies dem ja nicht unter strafrechtlichen Aspekten dargestellten Sachverhalt des Urteils des BGH zu entnehmen ist, blieben auch nach Abschluss des Dreiecksvertrags

sowohl die Verwendung der Mittel als auch das wirtschaftliche Gebaren der LPG bzw. der GmbH jeweils allein überlassen.

Der Transfer des Gewinnanteils von 20 % seitens der LPG an die Bank mag damit zivilrechtlich Geschäftsgrundlage gewesen sein, begründete allerdings keine von § 266 StGB geschützte Pflicht der in Aussicht genommenen Weiterleitung. In der Übernahme der Pflicht der GmbH wiederum, 20 % ihres Gewinnes an die LPG abzuführen, mag ein zivilrechtliches Gebot liegen, ihren Gewinn zwar nicht zu maximieren, wohl aber ihn nicht künstlich zu vermindern. Diese Hintergründe der Vereinbarungen sind allein aber nicht geeignet, ein sonstiges Treuverhältnis i.S. der 2. Alternative des § 266 Abs. 1 StGB zu begründen.

cc) Ein Verstoß gegen das (zivilrechtlich möglicherweise bestehende) Verbot der Gewinnverlagerung mag treuwidrig oder sittenwidrig sein, zur Nichtigkeit oder zur Schadenersatzpflicht führen. Nur wenn es besonders abgesichert wäre, könnte die Verletzung auch strafrechtlich relevant sein. Erst nach einer derartigen Bejahung des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht stellte sich die Frage, nach ihrer *Verletzung*. Die Antwort hinge von den konkreten Umständen ab, denn auch in einem Treuverhältnis erfüllt nicht jegliche Verletzung einer daraus abgeleiteten Pflicht das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit.

Hätte die (angenommen: vermögensbetreuungspflichtige) GmbH beispielsweise sogleich im dem Abschluss der Dreiecksverträge nachfolgenden Jahr und ohne Anlass seitens der LPG die Übertragungsverträge geschlossen, so läge jedenfalls deren zivilrechtliche Sittenwidrigkeit auf der Hand, wohl aber nicht nur das, sondern – ließe sich ein Nachteil im Vermögen der LPG quantifizieren – auch die Strafbarkeit wegen Untreue. Demgegenüber wäre eine Gewinnverlagerung der GmbH 20 Jahre nach Vertragsschluss sicherlich anders zu bewerten, stellte sie eine Reaktion auf ein Verhalten der LPG wider den Geist der Abreden dar: Wer im Glashaus sitzt, der werfe nicht den ersten Stein!

e) Überdies könnten die GmbH-Verantwortlichen Untreue zu deren Nachteil begangen haben, sogar in zweierlei Hinsicht: In der Krise oder mit Krisenfolge könnte der Entzug der landwirtschaftlichen Nutzungsflächen der GmbH ihre wirtschaftliche Grundlage entzogen haben. Müsste die GmbH Schadenersatzleistungen an die LPG erbringen, so könnte unter Umständen in deren Veranlassen eine Untreuehandlung liegen. Anhaltspunkte für Untreue zum Nachteil der GmbH bietet der veröffentlichte Sachverhalt allerdings nicht.

4. Der Fall zeigt deutlich, dass sich schnelle und pauschale Antworten verbieten. Die strafrechtliche Würdigung zivilrechtlicher Auseinandersetzungen kann durchaus angebracht sein und die Durchsetzung eigener Interessen fördern. Für die konkrete strafrechtliche Beurteilung muss man sich dann allerdings der Mühe unterziehen, die Einzelheiten genau festzustellen und zu prüfen, ob sie geeignet sind, die Merkmale der einschlägigen Tatbestände auszufüllen.

Eigentum- und Vermögensstrafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. August 2019 – 2 StR 381/17

I. Dieser *strafrechtliche* Beschluss liest sich in seinen rechtlichen Passagen zur Untreue beinahe wie eine Bestätigung der strafrechtlichen Phantasien, welche die *zivilrechtliche* Entscheidung zur Aufbauhilfe für eine LPG-Nachfolgegesellschaft auslöste (BGH, Urt. v. 16.7.2019 – II ZR 426/17, dazu in dieser Ausgabe, S. 178). In beiden Fällen ging es um in einen größeren Zusammenhang eingebettete Darlehen.

II. Hintergrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. August 2019 ist der „Skandal“ der anlegerschädigend zusammengebrochenen Frankfurter S & K-Gruppe. Vorliegend ging es nicht um deren Verantwortliche, sondern um die Strafbarkeit eines Organizers und Verantwortlichen von Fonds auflegenden Gesellschaften, welche Geldmittel von Anlegern eingesammelt hatten, die sie zu Anteilseignern der Fondsgesellschaften hatten werden lassen. Die Fonds hatten der S & K Darlehen i.H.v. ca. 95 Mio Euro zur Verfügung

gestellt, damit diese die Immobiliengeschäfte finanzieren konnte, aus denen sie die Rendite für (letztlich) die Anleger erwirtschaften wollte.

Nach Abschluss sowohl der organisationsbezogenen Verträge als auch der Anlagegeschäfte verabredete der Angeklagte mit S als Verantwortlichem der S & K (zwecks leichterem Verständnis hier pars pro toto verwandt für in Wahrheit verschiedene Einzelgesellschaften), dass er, der Angeklagte, (über eine Briefkastengesellschaft) zusätzlich zu den für die Vermittlungsdienste (i.w.S.: Werbung der Anleger, Gewähren der Darlehen) verabredeten Leistungen noch 3 % der Darlehenssummen persönlich erhalte. Von den daraufhin seitens der Darlehensnehmerin gezahlten ca. 1,17 Millionen € erhielt der Angeklagte 130.000 € von der Briefkastengesellschaft ausbezahlt. Das Tatgericht sah in diesem Geschehen eine Anstiftungshandlung des Angeklagten zur Untreue seitens S und zog die 130.000 € ein.

III. 1. Geradezu schulmäßig fasste der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 StGB zusammen (Rn. 13 f.). Die referierten Maßstäbe legte der Senat anschließend an Darlehensverträge im Allgemeinen (Rn. 15) und das Vertragsgeflecht im Besonderen an (Rn. 16 f.). Dabei bestätigte er die ständige Rechtsprechung, derzufolge ein normaler Darlehensvertrag keine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber auslöst. Der BGH betonte allerdings, dass es möglich sei, in einen Darlehensvertrag auftragsähnliche Elemente einzubeziehen, welche ihm den Charakter einer Geschäftsbesorgung für fremdes Vermögen verleihe. Erforderlich sei dafür, dass die Fremdnützigkeit im Mittelpunkt des Vertragsverhältnisses stehe.

2. Unter diesen Prämissen ist der vorliegende Sachverhalt in viererlei Hinsicht potenziell untreuerelevant: Vermögensbetreuungspflichten können ggf. bestehen

- für S gegenüber den darlehensnehmenden Gesellschaften (= S & K)
- oder direkt gegenüber deren Geellschaftern (= den Anlegern),
- für S & K gegenüber dem jeweiligen darlehensgebenden Fonds, und
- für S & K gegenüber den Gesellschaftern dieser Fonds, also den Anlegern.

a) In den beiden letzten Alternativen wäre zwar S & K gegenüber den Außenstehenden (Fonds oder deren Gesellschaftern) selbst als Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig gewesen, hätte aber – mangels eigener Handlungsfähigkeit – diese Pflicht nur mittels eigenen Personals erfüllen können. Originär wahrnehmungspflichtig und wahrnehmungsfähig wäre ihr Organ, d.h. S. In diese Stellung rückte S kraft Gesetzes, § 14 Absatz 1 Nr. 1 StGB. Ihm stand es allerdings frei zu entscheiden, ob er diese Pflicht selbst, also in eigener Person, erfüllte oder ob er dafür Dritte beauftragte. Je nachdem, wie S sich entschieden hatte, wäre entweder er oder der von ihm beauftragte Dritte verpflichtet gewesen, die originär S & K als Gesellschaft treffenden vermögensbetreuenden Pflichten gegenüber dem Fonds oder den Gesellschaftern (= Anlegern) zu erfüllen. Sie selbst wären kraft Gesetzes oder ggf. kraft der vereinbarten Übernahme unmittelbar nur gegenüber S & K vermögensbetreuungspflichtig gewesen und hätten in Erfüllung dieser ihrer gegenüber S & K bestehenden Pflicht deren Aufgaben erledigen müssen, die S & K gegenüber dem Fonds bzw. den Gesellschaftern übernommen hatte. Es hätte insoweit ein doppeltes Treuhandverhältnis bestanden mit unterschiedlichen Geschädigten zweier idealkonkurrierender Untreuetaten.

b) Ob es sich bei der Verletzung einer dieser vier denkbaren Vermögensbetreuungspflichten jeweils um denselben Lebensausschnitt, d.h. um dieselbe Tat im prozessualen Sinne gehandelt hätte, wie wenn eine andere dieser Pflichten verletzt worden wäre, musste der Senat nicht entscheiden. Er stellte allerdings klar, dass S auf Basis einer Anklage wegen Untreue zum Nachteil der Anleger nicht ohne rechtlichen Hinweis, § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO, wegen Untreue zum Nachteil von S & K als darlehensnehmender Gesellschaft oder via § 14 StGB als deren Geschäftsführer wegen Verletzung der dieser Gesellschaft gegenüber den Fonds obliegenden Vermögensbetreuungspflicht hätte verurteilt werden können. Entsprechendes würde für eine Verurteilung des Angeklagten wegen Anstiftung des S gelten (Rn. 25).

c) Mit der Frage einer eventuellen Untreue von S zum Nachteil von S & K musste sich der Senat schon mangels Feststellungen zu deren wirtschaftlicher Lage nicht näher befassen. Dies fügt sich ein in die ständige Rechtsprechung, derzufolge Entnahmen außerhalb der Krise dann keine Untreue darstellen, wenn der Inhaber des betreuten Vermögens damit

einverstanden ist. Obwohl der Senat dazu keine Aussagen traf, ist vorliegend anzunehmen, dass die Gesellschafter die Gewährung der 3 %-Zahlungen im Voraus gebilligt hatten. Die Frage nach einer eventuellen eigenen Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten gegenüber den Anlegern ließ der Senat unter Hinweis auf den nicht erteilten rechtlichen Hinweis letztlich offen.

d) Auf der Basis seiner allgemeinen und für das Darlehensverhältnis spezifizierten rechtlichen Ausführungen (Rn. 13-15) prüfte der BGH, ob das konkrete Verhältnis zwischen den Fonds und S & K derart ausgestaltet war, dass letztere im Sinne einer Geschäftsbesorgung die Fürsorge für das Vermögen des konkreten Fonds oder diesem originär obliegender Vermögensbetreuungspflichten gegenüber seinen Gesellschaftern, d.h., den Anlegern, übernommen hatte. Ausreichende Feststellungen dazu fand der BGH in den Ausführungen des Tatgerichts nicht.

3. Der zweite Strafsenat vermochte auf der Basis der Feststellungen des Tatgerichts allerdings nicht nur keine verletzte Vermögensbetreuungspflicht des S zu erkennen, sondern beanstandete auch, dass das Ausgangsgericht die Entnahme in Höhe von ca. 1,17 Millionen € als Schaden zum Nennwert angesetzt hatte (Rn. 21-23). Im Verhältnis zum Fonds oder deren Gesellschaftern hätte sich – im Fall zu behahender Vermögensbetreuungspflicht und deren Verletzung – ein Schaden nur dadurch ergeben können, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch des Fonds nicht mehr (ganz oder teilweise) werthaltig gewesen wäre. Um einen etwaigen Abschreibungsbedarf beurteilen zu können, hätte es Feststellungen zur wirtschaftlichen Situation von S & K bedurft. Süffisant bemerkte der Senat, dass es sich bei gewährten Darlehen über ca. 95 Millionen € nicht von selbst verstehe, dass die Auszahlung von etwa 1,17 Millionen € den Darlehensrückzahlungsanspruch gefährdet hätte (Rn. 24). Selbst wenn aber S & K finanziell angeschlagen gewesen wäre, wäre kein Schaden entstanden, wenn die gewährten Darlehen ausreichend besichert waren. Dazu hatte die Strafkammer jedoch ebenfalls keine Feststellungen getroffen. Darin dürfte auch der Grund liegen, dass ein anderer Gesichtspunkt gänzlich unerörtert blieb: Ein Fonds und/oder seine Anleger könnten auch dadurch geschädigt worden sein, dass S & K nicht nur zur Rückzahlung der Darlehen verpflichtet war, sondern zusätzlich auch dazu, bestmögliche Gewinne zu erwirtschaften. Eine derartige Pflicht bestand für S gegenüber S & K. Aber nur dann, wenn eben diese Pflicht als zusätzlich auch gegenüber den Fonds und deren Gesellschaftern = Anlegern bestehend vereinbart worden wäre, könnten Letztere in Höhe asugebliebener Gewinne untreuerechtlich relevante Nachteile erlitten haben.

4. Dementsprechend hob der Senat die Verurteilung des Angeklagten wegen Anstiftung zur Untreue auf, erstreckte diese Aufhebung auch auf die korrespondierende Einziehungsentscheidung und verwies die Sache an eine andere als Wirtschaftsstrafkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurück.

IV. Der Beschluss zeigt nicht nur einmal mehr, dass moralische Empörung nicht mit Strafbarkeit gleichgesetzt werden kann und darf. Vielmehr sind exakte tatrichterliche Feststellungen erforderlich, die erst die zutreffende rechtliche Beurteilung erlauben. Es ist zunächst Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die verschiedenen betroffenen Vermögen auseinanderzuhalten und ihre rechtliche Gestaltung ebenso zu ermitteln wie den tatsächlichen Vermögenstransfer. Die strafrechtliche Bewertung darf sie weder auf den Vergleich zwischen dem Anfang und dem Ende eines mehraktigen Geschehens noch auf nur einen von mehreren denkbaren Geschehensabläufen verengen, sondern hat zu bedenken, welche Zwischen- und ggf. sonstigen anderen Varianten noch in Betracht kommen könnten. Bei der Subsumtion ist genau darauf zu achten, welche Stellung welche Person einnahm, in welcher Funktion sie handelte und ob sie speziell dabei Pflichten verletzte, welche (im Fall der Untreue) den spezifischen Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht genügten. Mit Erhebung der Anklage geht eben dieses penible Rekonstruktionsgebot auf das Gericht über. Es sollte das Hauptverfahren nicht voreilig eröffnen, sondern sich (neben den auch sonst vorhandenen generellen Prüfpflichten) zunächst Gewissheit darüber verschaffen, ob die Anklage dem gesamten Sachverhalt Rechnung trägt oder ob das Gericht sie unter Erteilung rechtlicher Hinweise oder gar nur mit Modifizierungen, § 207 Abs. 2, ggf. i.V.m. Abs. 3 StPO, zulassen sollte. Sorgfalt an dieser Stelle vermeidet Überraschungen während der Hauptverhandlung und beugt erfolgreichen Rechtsmitteln vor.

Dass die gebotene Rechtsprüfung (wohl nicht nur) hier nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen worden war, eröffnete der Verteidigung die Möglichkeit erfolgreicher Revi-

sion. Aufgrund allgemeiner Sachrüge hat das Revisionsgericht zwar von Amts wegen den Sachverhalt einer umfassenden Rechtsprüfung zu unterziehen. Es kann aber sicherlich nicht schaden, wenn ein sachkundiger Verteidiger auf die Schwachstellen im tatrichterlichen Urteil akribisch hinweist. Die vorliegende Entscheidung des 2. Senats des BGH zeigt auf, welche – unverhofften – Verteidigungsmöglichkeiten ein juristisch nicht durchweg exaktes Urteil bergen kann.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Rechtsmittel bei eingeschränkter Akteneinsicht

Wird der Verteidigung Akteneinsicht gemäß § 147 Abs. 2 StPO verwehrt und ist das Beschwerdegericht hieran gebunden (§ 147 Abs. 5 StPO), kann der sich hieraus ergebende Interessenkonflikt zwischen dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft nur dadurch aufgelöst werden, dass die Beschwerdeentscheidung bis zur Gewährung der zunächst verweigerten Akteneinsicht aufgeschoben wird.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.06.2019 – 2 Ws 112/19, n.v.

2. Vermögensarrest nur bei ernstlicher Gefährdung des Einziehungsanspruchs – § 111e StPO

Ein Vermögensarrest gemäß § 111e StPO darf nur angeordnet werden, wenn zu besorgen ist, dass ohne ihn die Vollstreckung einer Anordnung auf Einziehung von Wertersatz ernstlich gefährdet wäre. Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Verdacht besteht, der Beschuldigte habe sich durch eine vorsätzliche Straftat einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft.

HansOLG, Beschluss vom 26.10.2018 – 2 Ws 183/18, wistra 2019, 248.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Rettke, wistra 2019, 252, sowie Struckmeyer/Hansen, NZWiSt 2019, 111.

3. Vermögensarrest bei einfachem Tatverdacht

Für die Anordnung eines Vermögensarrestes nach § 111e StPO genügt ein einfacher Tatverdacht; das Sicherungsbedürfnis ist zu bejahen, wenn wegen der zu erwartenden Nachforderungen von Sozialversicherungsbeiträgen die Insolvenz des Arbeitgebers droht, weil der Vermögensarrest ein grundsätzlich insolvenzfestes Sicherungsrecht entstehen lässt.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 20.12.2018 – 2 Ws 627/18, wistra 2019, 297.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Leppich, wistra 2019, 300. Das OLG Stuttgart (Beschluss vom 25.10.2017 – 1 Ws 163/17, ZInsO 2018, 527) hatte demgegenüber entschieden, dass auch nach neuem Recht ein Vermögensarrest nach § 111e StPO nur dann zulässig ist, wenn die Sicherung der Vollstreckung der Einziehung dies erfordert; die (bloße) Gefährdung der künftigen Vollstreckung sei jedoch nicht mehr als Bedingung für Arrestmaßnahmen anzusehen. S. zu der Problematik weiter Schmidt, Vermögensabschöpfung, 2. Aufl. 2019, Rn. 908 m.w.N.

II. Materielles Strafrecht

1. Beihilfevorwurf bei berufstypischem Verhalten - § 27 StGB

Das Handeln eines steuerlichen Beraters oder seiner Berufshelfer ist dann nicht mehr „berufstypisch“, sondern als strafbare Beihilfe zu den Taten des Mandanten zu qualifizieren,

wenn der jeweilige Berufsangehörige das Risiko einer Steuerhinterziehung als derart hoch erkannt hat, dass er sich mit seiner gleichwohl fortgesetzten Hilfeleistung die Förderung des erkennbar tatgeneigten Mandanten angelegen sein lässt. Nach diesem Maßstab liegt kein strafloser Fall neutraler Professionalität mehr vor, wenn sich für einen kundigen Berufsangehörigen die Anhaltspunkte für eine Steuerhinterziehung des Mandanten so sehr verdichtet haben, dass er ein positives Wissen nur noch vermeiden kann, indem er die Augen verschließt und besser nicht weiter nachfragt.

LG Nürnberg, Beschluss vom 21.02.2019 – 18 Qs 30/17, BeckRS 2019, 16288.

Zu der Entscheidung s. Pelz, jurisPR-Compl 5/2019 Anm. 3. Grundlegend zur „professionellen Adäquanz“ BGH, Urteil vom 01.08.2000 – 5 StR 624/99, wistra 2000, 340 m. Anm. Jäger. S. zu der Problematik auch BGH, Beschluss vom 21.12.2016 – 1 StR 112/16, ZInsO 2017, 832, BGH, Beschluss vom 26.01.2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461, BGH, Beschluss vom 19.12.2017 – 1 StR 56/17, ZInsO 2018, 1956 m. zust. Anm. Weyand. S. ferner Wohlers, JR 2017, 585, sowie aus Verteidigersicht umfassend Heuking/v. Coelln, WiJ 2017, 157.

2. Anforderungen an Feststellung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge – § 266a StGB

Bei der Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt ist es regelmäßig erforderlich, für die einzelnen Fälligkeitszeitpunkte Feststellungen zu der vom Arbeitgeber zu zahlenden Vergütung der jeweiligen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und zu den Beitragssätzen der einzelnen Krankenkassen zu treffen.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 08.04.2019 – 1 Ss 5/19, ZInsO 2019, 1423.

3. Verletzung der Buchführungspflicht und *omissio libera in causa* – § 283b StGB

Bei Tatbestand des § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt, so dass die Strafbarkeit entfällt, wenn der zur fristgerechten Bilanzierung Verpflichtete die Liquidität für die Einschaltung eines sachkundigen Dritten nicht aufbringen kann, sofern er selbst nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt. Allerdings ist der für die Erstellung der Bilanz Verantwortliche gehalten, bereits zum Ende des Geschäftsjahres eine Rückstellung für die Erstellung des Jahresabschlusses zu bilden und sachkundige Dritte dann so rechtzeitig zu beauftragen, dass die Bilanz fristgerecht erstellt werden kann. Um einem Buchführungspflichtigen die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung nach den Grundsätzen der *omissio libera in causa* zuzurechnen, bedarf es dann aber Feststellungen dazu, wann sachkundige Dritte - angesichts der Verhältnisse der konkreten Gesellschaft - spätestens hätten beauftragt werden müssen, um die rechtzeitige Erstellung der Bilanz sicherzustellen.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 08.04.2019 – 1 Ss 5/19, ZInsO 2019, 1423.

Zu der Entscheidung s. die abl. und sehr krit. Anm. von Brand, GmbHR 2019, 776. Ausführlich und grundlegend zu der Problematik der *omissio libera in causa* bei der Beitragsvorenthaltung BGH, Beschluss vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02, wistra 2002, 340, sowie zuletzt BGH, Beschluss vom 11.10.2018 – 1 StR 257/18, wistra 2019, 102. S. zudem Wegner, wistra 2002, 382, Tag, JR 2002, 521, sowie Radtke, NStZ 2003, 154.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Ort der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände – § 697 BGB

In einem Strafverfahren beschlagnahmte Gegenstände sind auch gegenüber nicht beschuldigten (unbeteiligten) Dritten in entsprechender Anwendung von § 697 BGB an dem Ort zurückzugeben, an welchem sie aufzubewahren waren. Die verwahrende Justizbehörde ist nicht verpflichtet, die Sachen an den Beschlagnahmeort oder den Wohnsitz des Berechtigten zurückzubringen. Der von der Beschlagnahme betroffene Dritte ist für Fahrtkosten und sonstige notwendige Aufwendungen, die ihm im Zusammenhang mit der Abholung der Gegenstände entstehen, nach Maßgabe von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG zu entschädigen.

BGH, Urteil vom 16.05.2019 – III ZR 6/18, ZInsO 2019, 1305.

Der Senat bestätigt und erweitert mit dem Urteil seine bisherige Rspr. zum Ort der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände, wobei er stets von einer Holschuld ausgeht; vgl. schon BGH, Urteil vom 03.02.2005 – III ZR 271/04, NJW 2005, 988, zur Rückgabe an den Beschuldigten. S. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 21.12.2017 – 11 U 68/17, ZInsO 2018, 330.

2. Warnpflichten des ein Insolvenzsonderkonto führenden Kreditinstituts gegenüber dem Insolvenzgericht – § 826 BGB

Dient ein bei einem Kreditinstitut geführtes Insolvenz-Sonderkonto für die Bank erkennbar dazu, in der Art einer Hinterlegungsstelle zu Gunsten der verwalteten Masse eingehende Gelder zu sammeln, kann die Bank eine Warnpflicht gegenüber dem Insolvenzgericht oder - sofern vorhanden und der Bank bekannt - dem Gläubigerausschuss treffen, wenn der Zahlungsauftrag des Insolvenzverwalters für das Konto objektiv evident insolvenzzweckwidrig ist und sich der Bank aufgrund der Umstände des Einzelfalls ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen müssen. Es ist unzulässig, ein Anderkonto (Vollrechts-Treuhandkonto) als Insolvenzkonto zu führen.

BGH, Urteil vom 07.02.2019 – IX ZR 47/18, ZInsO 2019, 845.

S. zu der Entscheidung, die erhebliche Unruhe bei Insolvenzverwaltern verursacht hat, Kamm, ZInsO 2019, 1085, Undritz, BB 2019, 1487, Cranshaw, NZI 2019, 609, Saager/D'Avoine/Berg, ZIP 2019, 2041 sowie aus Bankensicht Vortmann, WuB 2019, 265.

3. Direkte Haftung eines GmbH-Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern – § 826 BGB

Bei mittelbaren Schädigungen setzt ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung voraus, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht. Die Verpflichtung des Geschäftsführers einer GmbH aus § 43 Abs. 1 GmbHG, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt, besteht grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft, nicht hingegen im Verhältnis zu außenstehenden Dritten. Dies gilt grundsätzlich auch bei einem „Griff in die Kasse“ durch das Gesellschaftsorgan.

BGH, Urteil vom 07.05.2019 – VI ZR 512/17, ZInsO 2019, 1665.

S. zu der Entscheidung die zust. Anm. von Tamcke, GmbHR 2019, 889.

4. Disziplinarrechtliche Folgen des pflichtwidrigen Mitwirkens eines Notars an Firmenbestattungen – § 14 BNotO

Ein Notar hat gemäß § 14 Abs. 2 BNotO seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, insbesondere seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Ziele verfolgt werden, bzw. der Verdacht besteht, dass seine Tätigkeit der Begehung von Straftaten dienen könnte. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz setzt nicht voraus, dass das Verhalten des Notars oder auch der an den Beurkundungsvorgängen Beteiligten strafbar war; es kommt allein darauf an, ob mit den beanstandeten Beurkundungen erkennbar unredliche Ziele verfolgt werden. Bestehen entsprechende Verdachtsmomente, trifft den Notar eine gesteigerte Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung.

BGH, Beschluss vom 08.04.2019 – NotSt(Brfg) 5/18, ZInsO 2019, 1309.

S. zu der Entscheidung Buck, FD-InsR 2019, 418557, sowie krit. Volmer, EWIR 2019, 495.

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit während bzw. bei nachfolgender Insolvenzverfahrenseröffnung – § 35 GewO

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gewerbetreibenden führt nicht zur Unterbrechung des (verwaltungs-)gerichtlichen Verfahrens über eine Gewerbe-

untersagung. Dieses betrifft nämlich nicht die Insolvenzmasse, sondern allein das berufliche Betätigungsrecht des Gewerbetreibenden. Ebenso wenig hat auch das erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gewerbetreibenden automatisch die (nachträgliche) Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung nach § 12 GewO zur Folge. Der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung maßgebliche Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung gilt nämlich auch hier. Eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit kann sich auch auf andere – nicht ausgeübte – Tätigkeiten beziehen, wenn erheblichen Steuerrückständen bestehen und ein erfolversprechendes Sanierungskonzept fehlt.

OVG Lüneburg, Beschluss vom 08.04.2019 – 7 LB 85/18, ZInsO 2019, 1212.

2. Gewerbeuntersagung gegenüber einem wegen Insolvenzverschleppung verurteilten faktischen GmbH-Geschäftsführer - § 35 GewO

Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 7a GewO gegenüber einer vertretungsberechtigten und mit der Leitung eines Gewerbebetriebs betrauten Person steht im Ermessen der Behörde. Die Ermessensentscheidung ist dabei nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Ausweichens in die selbstständige Gewerbeausübung auszurichten. Dies gilt auch, wenn der Betreffende als faktisches Organ tätig war.

VG Köln, Urteil vom 20.03.2019 – 1 K 2317/18, ZInsO 2019, 1222.

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin Anja Vogt und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht gibt es in Hinblick auf das Wirtschaftsstrafrecht, insbesondere das Verwaltungsstrafrecht, gewichtige Neuerungen zu verzeichnen. So wurden sowohl das Heilmittelrecht als auch das Glücksspielrecht in ganz erheblichem Umfang modifiziert bzw. neugestaltet, was sich auch in strafrechtlicher Hinsicht auswirken wird. Vor allem im Heilmittelstrafrecht sind eine Vielzahl neuer Verfahren zu erwarten, was insbesondere dem ab 1. Januar 2020 geltenden Transparenzgebot des Art. 56 nHMG geschuldet ist.

Aber auch in der Rechtsprechung gab es erwähnenswerte Entscheide, mittels welchen das schweizerische Bundesgericht die Tatbestände der Misswirtschaft (Art. 165 StGB), des Unterlassens der Buchführung (Art. 166 StGB) sowie der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) weiter konkretisierte. Man kann trefflich darüber streiten, ob die Argumentation des höchsten Schweizerischen Gerichts dabei immer überzeugt. Dies gilt auch hinsichtlich des ebenfalls besprochenen Entscheides zum Verschweigen des Erhalts von sog. Retrozessionen als strafbare ungetreue Geschäftsbesorgung iSv. Art. Art. 158 StGB (BGer 6B_689/2016).

II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

1. Neue heilmittelrechtliche Vorschriften zu Integrität und Transparenz ab dem 1. Januar 2020

Die Beeinflussung von Fachpersonen im Heilmittelbereich durch nicht gebührende Vorteile, das sog. Integritätsgebot, ist bisher in Art. 33 des Heilmittelgesetzes (HMG) geregelt. Das neue heilmittelrechtliche Integritätsgebot soll nun, nach einer ersten grossen Revision des

HMG, welche seit dem 1. Januar 2019 gilt, als Art. 55 f. nHMG am 1. Januar 2020 in Kraft treten. Hiernach ist die Abgabe nicht gebührender Vorteile an Personen und Organisationen, die verschreibungspflichtige Arzneimittel verschreiben, abgeben, anwenden oder zu diesem Zweck einkaufen, unzulässig. Ein Verstoss gegen dieses in Art. 55 nHMG aufgestellte Verbot kann in einem Verwaltungsstrafverfahren mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden (Art. 86 Abs. 1 lit. h. nHMG). Die in Art. 56 nHMG enthaltene Transparenzpflicht verpflichtet die vorerwähnten Personen und Organisationen Preisrabatte und Rückvergütungen gegenüber dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf Verlangen offenzulegen. Ein Verstoss hiergegen kann mit Busse bis zu CHF 50'000.-- bestraft werden (Art. 87 Abs. 1 lit. h nHMG). Die jeweiligen Verwaltungsstrafuntersuchungen führt das Bundesamt für Gesundheit (BAG).¹ Verwaltungsstrafrechtlich findet damit im Vergleich zur derzeit geltenden Rechtslage (Art. 33 HMG iVm Art. 87 lit b. HMG) eine fünffache Verschärfung statt²:

- Der Grundtatbestand wird von der Übertretung zum Vergehen (Art. 86 Abs. 1 lit. h nHMG);
- Auch der Fahrlässigkeitstatbestand ist neu ein Vergehen (Art. 86 Abs. 4 nHMG);
- Die spezialgesetzliche Regelung in Art. 87 Abs. 6 HMG in besonders leichten Fällen von Strafverfolgung und Bestrafung abzusehen soll gesrichen werden;
- Die stellvertretende strafrechtliche Verantwortlichkeit kann neu mit bis zu CHF 20'000.- (anstatt wie derzeit über Art. 7 VStrR mit bis zu CHF 5'000) gebüsst werden;
- Und, last but not least, kann die Aufstufung zum Vergehen auch eine subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit über Art. 2 VStrR iVm Art. 102 Abs. 1 StGB mit sich bringen.

Diese Neuerungen des Heilmittelrechts standen bereits seit dem Jahre 2016 fest. Im April 2019 hat der Bundesrat nun die neue Verordnung über die Integrität und Transparenz im Heilmittelbereich (VITH) verabschiedet.³ Diese regelt - freilich nicht alle - Details zu den Integritäts- (Art. 2 - 9 VITH, welche sich auf Art. 55 nHMG beziehen) und Transparenzvorschriften (Art. 10 VITH, welcher sich auf Art. 56 nHMG bezieht), etwa: wer sind die Adressaten der Norm (Vorteilsgeber und Vorteilsadressat), was sind Vorteile von bescheidenem Wert etc. Die in vielerlei Hinsicht auslegungsbedürftigen neuen Normen erfahren auf diesem Wege zumindest eine gewisse Konkretisierung.

2. Neues Geldspielgesetz seit dem 1. Januar 2019

Seit dem 1. Januar 2019 sind das neue Geldspielgesetz (BGS) und die dazugehörigen Verordnungen in Kraft.⁴ Das BGS löst das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 sowie das Lotteriegelgesetz vom 8. Juni 1923 ab. Mit dem BGS werden gemäss dessen Art. 2 die folgenden vier Hauptziele angestrebt:⁵

- Die Bevölkerung soll angemessen vor den Gefahren geschützt werden, die von den Geldspielen ausgehen; dazu zählt insbesondere die Gefahr vor exzessivem Geldspiel;
- Die Geldspiele sollen sicher und transparent durchgeführt werden;
- Die Reingewinne aus Lotterien und Sportwetten sollen vollumfänglich und in transparenter Weise für gemeinnützige Zwecke verwendet werden;
- Ein Teil der Bruttospielerträge der Spielbanken wird zugunsten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwendet.

Diese angestrebten Ziele führen in strafrechtlicher Hinsicht zu massiven Verschärfungen. So wird die maximale Freiheitsstrafe für den Grundtatbestand, die Durchführung von

¹ Ausführlich zum neuen Recht *Kesselring*, Vorteile und Vergünstigungen im Heilmittel- und Versicherungsrecht, 2018, passim. Zur derzeit geltenden Rechtslage des Art. 33 HMG ebenfalls ausführlich *Vasella*, Das heilmittelrechtliche Vorteilsverbot - Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen, 2016 passim.

² Dazu *Kesselring*, Neue Regeln für Rabatte, Kickbacks und Sponsoring, *Life Science Recht* 2018, S. 159 ff.

³ Abrufbar unter: file:///C:/Users/frank/Downloads/VITH_mai2019_de.pdf Vgl. ausserdem die Medienmitteilung des BAG unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/heilmittel/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/integr-transp-obligation.html> (beide zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁴ Das Geldspielgesetz kann hier abgerufen werden: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20172704/201907010000/935.51.pdf> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁵ Medienmitteilung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK v. 7. Januar 2019, abrufbar unter: <https://www.esbk.admin.ch/esbk/de/home/aktuell/geldspielgesetz.html> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

Spielbankenspielen ohne Bewilligung (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS), von einem Jahr auf drei Jahre erhöht. Während Verstösse gegen das Lotteriegesetz höchstens als Übertretungen und damit mit Busse bestraft wurden, stellen bestimmte strafbare Handlungen nach dem neuen Gesetz Vergehen oder Verbrechen dar, die mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafen geahndet werden.⁶ Ebenfalls neu eingeführt wurde Art. 133 BGS, die Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben. Diese Bestimmung übernimmt die in Artikel 7 VStrR vorgesehene Regelung der sog. subsidiären Unternehmensverantwortlichkeit, wobei der Höchstbetrag der Busse, über dem es nicht mehr möglich ist, anstelle von natürlichen Personen die juristische Person strafrechtlich zu verfolgen, von CHF 5'000.-- auf CHF 100'000.-- angehoben wird. Auch diese Neuregelung entspricht offenbar dem Zeitgeist, wurde die in Art. 7 VStrR vorgesehene Bussenhöhe bereits in zahlreichen anderen Gesetzen verschärft, etwa in Art. 100 MWSTG, 125 ZG, Art. 40 TStG und 49 FINMAG. Dass es sich dabei um eine vollständige Abkehr vom strafrechtlichen Schuld- und Täterprinzip handelt, interessiert ganz offenbar niemand.

Auch wenn das Geldspielgesetz nach der Intention des Gesetzgebers in strafrechtlicher Hinsicht offenbar nicht hinter SBG und Lotteriegesetz zurückbleiben soll, gibt es doch einzelne Handlungen, welcher heute nicht mehr unter Strafe gestellt sind, etwa der früher als Auffangtatbestand verwendete Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, die Unterlassung einer Vorführung ausserhalb konzessionierter Spielbanken. Dies verdient insbesondere in Hinblick auf den Grundsatz *lex mitior* Beachtung, da noch dutzende Verfahren nach altem Spielbankenrecht bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) anhängig sind.⁷

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 7. August 2018 (Misswirtschaft gem. Art. 165 StGB in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung)⁸

a) Sachverhalt

Die Aktiengesellschaft B-AG wurde im Oktober 2007 mit einer Sacheinlage bestehend aus einer Million Inhaberaktien der Aktiengesellschaft C-AG im mutmasslichen Wert von CHF 2.5 Mio. gegründet. Im Juni 2008 wurde der Konkurs über die C-AG eröffnet, wodurch das einzige Aktivum der B-AG wertlos und die B-AG – nach Feststellung der kantonalen Vorinstanzen – zur "kapitallosen Firmenhülle" geworden sei. Der Beschwerdeführer, welcher faktisches Organ der B-AG war, unterliess es, die B-AG mit neuem Kapital auszustatten und wirtschaftete mit der "kapitallosen Firmenhülle" der B-AG weiter. Im Mai 2009 übernahm die B-AG eine konkursite Schreinerei und bereits ein halbes Jahr später gingen bei der B-AG die ersten Beteiligungen ein. Trotz dieser schlechten Vermögenslage der B-AG, über welche der Beschwerdeführer stets umfassend im Bild gewesen sei, leitete der Beschwerdeführer keine Sanierungsmassnahmen ein und unterliess es – in Verletzung der ihm obliegenden aktienrechtlichen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) – den zuständigen Richter zu benachrichtigen. Am 22. Februar 2012 wurde schliesslich der Konkurs über die B-AG eröffnet, wobei mittlerweile Schulden von rund CHF 300'000 aufgelaufen waren.

Im Berufungsverfahren gegen das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts erklärte das Obergericht des Kantons Aargau den Beschwerdeführer mit Urteil vom 28. Juni 2017 der Misswirtschaft gemäss Art. 165 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Unterlassung der Buchführung im Sinne von Art. 166 StGB schuldig. Die Berufungsinstanz sah den Tatbestand der Misswirtschaft sowohl in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung als erfüllt, da der Beschwerdeführer nach dem Konkurs der C-AG keine Neuüberlieferung vorgenommen habe, als auch der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung, da der Beschwerdeführer sich spätestens seit dem Frühjahr 2010 der Konkursverschleppung schuldig gemacht habe. Das Obergericht des Kantons Aargau bestrafte den Beschwerdeführer unter

⁶ Bzgl. weiteren Einzelheiten wird auf den Botschaftstext zum Geldspielgesetz v. 21. Oktober 2015 verwiesen (dort S. 8496 ff.): <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/8387.pdf> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁷ Dazu auch *Frank/Garland*, fp 2019, S. 288 f.

⁸ BGer 6B_1103/2017 vom 7. August 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//07-08-2018-6B_1103-2017&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

anderem mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und verpflichtete diesen zur Zahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 50'000, da der Beschwerdeführer mit der Weiterführung der kapitallosen Firmenhülle der B-AG einen unrechtmässigen Vermögensvorteil von mindestens diesem Betrag erlangt habe.

Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte, dass er von Schuld und Strafe freizusprechen sowie unter anderem die Pflicht zur Zahlung der Ersatzforderung aufzuheben sei.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, soweit darin die Verletzung von Art. 165 StGB in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung gerügt wurde, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück. Hinsichtlich der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung im Sinne von Art. 165 StGB führte das Bundesgericht aus, dass sich Misswirtschaft in dieser Tatbestandsvariante auf Gründungen mit völlig unzureichender Kapitalisierung beschränke, was bspw. bei der Schwindelgründung, der erheblichen Überbewertungen von Sacheinlagen sowie dem Erwerb von Aktienmäteln ohne anschliessende Sanierung der Fall sei. In all diesen Fällen stehe das Aktienkapital der neu gegründeten Gesellschaft nämlich von vornherein nicht effektiv zur Verfügung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz werden allerdings diejenigen Fälle, in welchen das Aktienkapital erst zu einem späteren Zeitpunkt einen Verlust erleide, ohne dass dies die Folge einer ungenügenden Kapitalisierung zum Gründungszeitpunkt ist, nicht von Art. 165 StGB, sondern von den Kapitalschutzbestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 725 und Art. 725a OR) erfasst. Das Bundesgericht führte ferner an, dass das Urteil der Vorinstanz auch deshalb gegen Bundesrecht verstosse, weil das Schweizer Aktienrecht bei einer Aktiengesellschaft keine Nachschusspflicht und somit auch keine Pflicht zur erneuten Liberierung von bereits liberierten Aktien vorsehe. Da sich die Verpflichtung zur Zahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 50'000 auch auf diese unzutreffende Auffassung gestützt hat, hob das Bundesgericht diese Verpflichtung ebenfalls auf.

c) Bemerkung

Gemäss Art. 165 StGB macht sich der Schuldner, der durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, strafbar.

Der Tatbestand von Art. 165 StGB stellt einen Auffangtatbestand zu Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung) dar und soll verhindern, dass die Vermögensinteressen der Gläubiger durch sorgfaltspflichtwidriges Verhalten des Schuldners beeinträchtigt werden.⁹ Im Sinne der Marginalie "Misswirtschaft" erfasst Art. 165 StGB nicht per se unzulässige kaufmännische "Arten des Wirtschaftens", welche "vom Täter allerdings in einer [unverantwortlichen] Art betrieben werden, dass er seine Vermögenslage dadurch zumindest verschlimmert".¹⁰ Die in Art. 165 StGB enthaltene nicht abschliessende Aufzählung¹¹ von Tatbestandsvarianten hat insofern "allein beispielhaften Charakter"¹² und in der Lehre besteht hinsichtlich der offenen Formulierung der Generalklausel von Art. 165 StGB denn auch erhebliche Kritik, da "die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten" äusserst schwierig vorzunehmen ist.¹³

Während insbesondere die Tatbestandsvarianten der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder der Vermögensverwaltung, des unverhältnismässigen Aufwands und des

⁹ Stratenwerth/Wohlens, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 165 N 1.

¹⁰ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 8; Trechsel/Ogg, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 165 N 1.

¹¹ BGer 6P.168/2006 vom 29. Dezember 2006, E. 9.2.1.

¹² Stratenwerth/Wohlens, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 165 N 3.

¹³ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 9 m.w.H.

leichtsinnigen Gewährs oder Benützens von Krediten bereits mehrfach Gegenstand der höchstrichterlichen Beurteilung waren¹⁴, lassen sich in der Rechtsprechung keine präzisen Hinweise darauf finden, wann eine tatbestandsmässige ungenügende Kapitalausstattung im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB vorliegt. Zumindest im Urteil vom 3. April 2001 hielt die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit einem (verneinten) Durchgriff von den angeblich rechtsmissbräuchlich unterkapitalisierten Tochtergesellschaften auf die Muttergesellschaft fest, dass eine "missbräuchliche Unterkapitalisierung" nur dann vorliege, wenn eine Gesellschaft "gemessen an ihrem künftigen wirtschaftlichen Risiko offensichtlich mit zu wenig Geld ausgestattet werde".¹⁵

Im Urteil vom 7. August 2018 hat sich das Bundesgericht nun im Einklang mit der Lehre zur Variante der ungenügenden Kapitalausstattung geäussert und festgehalten, dass eine ungenügende Kapitalausstattung nur dann als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB qualifiziert ist, wenn das gesetzlich vorgeschriebene Aktienkapitel von CHF 100'000,-- wie bei der Schwindelgründung – entweder gar nicht vorhanden ist oder für die Gründung des Unternehmens völlig unzureichend ist.¹⁶ Zudem bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 165 StGB, wonach eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dieser Bestimmung nur im Falle der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten entstehen und eine Unterlassung folglich nur dann tatbestandsmässig sein kann, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht besteht.¹⁷ Hinsichtlich der zu erfüllenden Pflichten des Zivilrechts dürfen in Bezug auf Art. 165 StGB keine strengeren Anforderungen gestellt werden¹⁸, weshalb nicht bestehende zivilrechtliche Pflichten auch nicht über Art. 165 StGB eingeführt werden dürfen. In diesem Sinne hielt das Bundesgericht denn auch fest, dass das schweizerische Aktienrecht keine Nachschusspflicht vorsieht, weshalb die unterlassene erneute Liberierung von bereits liberierten Aktien – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch nicht den Straftatbestand von Art. 165 Ziff. 1 StGB erfüllen kann.

2. Entscheid des Bundesgerichts vom 14. August 2018 (Verschweigen des Erhalts von Retrozessionen erfüllt den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 Ziff. 1 StGB)¹⁹

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer, Direktor und Einzelaktionär einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, hatte in den Jahren 2007 und 2008 von einer Depotbank Retrozessionen und Vergütungen für die Kundenzuführung im Umfang von rund CHF 400'000,-- erhalten. Über den Erhalt dieser Retrozessionen und anderer Vergütungen informierte der Beschwerdeführer seine Kunden nicht. Mit Urteil vom 7. September 2015 wurde er in erster Instanz unter anderem wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB zu fünfeinhalb Jahren verurteilt. Die Berufungsinstanz, das Kantonsgericht des Kantons Wallis, bestätigte das erstinstanzliche Urteil im Wesentlichen, reduzierte die ausgesprochene Freiheitsstrafe jedoch auf viereinhalb Jahre. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht und verlangte, dass er unter anderem von den Vorwürfen der ungetreuen Geschäftsbesorgung freizusprechen und seine Freiheitsstrafe entsprechend zu reduzieren sei.

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und erwog, dass dem Beschwerdeführer gemäss Art. 400 Abs. 1 OR eine auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht obliege und der Beschwerdeführer entsprechend verpflichtet gewesen sei, gegenüber seinen Kunden Rechenschaft über die Geschäftsführung und mithin über den Erhalt der Retrozessionen und Vergütungen abzulegen. Der Beschwerdeführer stellte das Vorliegen und die Verletzung dieser vertraglichen Pflicht denn auch nicht in Abrede, bestritt allerdings, dass durch die

¹⁴ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 15 ff. m.w.H.

¹⁵ BGer 5C.246/2000 vom 3.4.2001, E. 3; vgl. auch Urteil des Bundesstrafgerichts vom 28.10.2016 (SK.2015.55), E. 4.1.2.

¹⁶ Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, S. 371; Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 13 m.w.H.

¹⁷ BGer 6B_1091/2014 vom 24.11.2014, E. 5.

¹⁸ BGE 116 IV 26, E. 4b.

¹⁹ BGer 6B_689/2016 vom 14. August 2018, abrufbar unter:

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//14-08-2018-6B_689-2016&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

unterlassene Rechenschaftsablage der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllt sei.

Das Bundesgericht sah dies anders und befand, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der unterlassenen Offenlegung der erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB, eine Norm, welche dem deutschen § 266 StGB entspricht, strafbar gemacht habe. Zunächst erinnerte das Bundesgericht an seine bisherige Rechtsprechung, wonach Organe einer Vermögensverwaltungsgesellschaft eine Garantenstellung gegenüber deren Kunden hätten, weshalb das Verheimlichen von Informationen in Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR den Straftatbestand des Betrugs erfüllen könne. Aus dieser Feststellung schloss das Bundesgericht, dass die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht eine qualifizierte Handlungspflicht seitens des Beauftragten darstelle, deren Verletzung die Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 StGB nach sich ziehen könne. Namentlich habe die Rechenschaftspflicht des Beauftragten den Zweck, die Interessen des Auftraggebers präventiv zu schützen, da Letzterer nur bei pflichtgemässer Rechenschaftsablage die Möglichkeit habe, Retrozessionen vom Beauftragten herauszuverlangen und gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Das Bundesgericht befand, dass die erfolgreiche Geltendmachung von Herausgabeansprüchen von der ordnungsgemässen Erfüllung der Rechenschaftspflicht abhängt und befand letztlich, dass sich der Beschwerdeführer der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar gemacht habe, da dieser die erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen gegenüber seinen Kunden nicht offengelegt habe.

c) Bemerkung

Die zivilrechtliche Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von beauftragten Vermögensverwaltern gegenüber ihren Kunden im Zusammenhang mit Retrozessionen sowie die strafrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit deren Erhalt und der diesbezüglich unterlassenen Offenlegung sind bereits seit längerem Gegenstand von Diskussionen in der Lehre.²⁰ Zumindest über zivilrechtliche Aspekte von Retrozessionen hat das Bundesgericht in den letzten Jahren vermehrt entschieden.²¹ Unklar und in der Lehre umstritten, war bis zum Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2018 allerdings insbesondere, ob das blosses Zurückbehalten von Retrozessionen, über die der Kunde nicht (genügend) informiert wurde, strafbar ist.

Vor dem Hintergrund, dass das tatbestandsmässige Verhalten der ungetreuen Geschäftsbesorgung in der Variante des Treubruchtatbestandes gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in objektiver Hinsicht voraussetzt, dass der Täter in der Eigenschaft des Geschäftsführers eine damit zusammenhängende Pflicht verletzt, aus welcher ein Vermögensschaden resultiert, überzeugt das Urteil vom 14. August 2018 nicht. Namentlich erachtete das Bundesgericht nicht die unterlassene Herausgabe der erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen als pflichtwidrig, sondern vielmehr die diesbezügliche Unterlassung der Auskunftserteilung. Es befand die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR im Vergleich zur Herausgabepflicht dahingehend als zentraler, als der Auftraggeber zur Geltendmachung seines Anspruchs auf Herausgabe zwingend auf die hinreichende Auskunft angewiesen sei. Ausser Acht gelassen wird dabei, dass die blosses Unterlassung der Rechenschaftsablage noch keinen "Angriff" auf das durch Art. 158 StGB geschützte fremde Vermögen darstellt.²² Mit anderen Worten bewirkt die blosses Verletzung der Rechenschaftspflicht für sich alleine noch keinen Vermögensschaden. Ein solcher tritt nur bzw. erst dann ein, wenn eine vertragliche Herausgabepflicht besteht und diese verletzt wird.²³

In diese Richtung ging denn auch das Obergericht des Kantons Bern in seinem Urteil vom 4. Juli 2013, in welchem es festhielt, dass "das Entgegennehmen und unrechtmässige Einbehalten von Retrozessionen durch den Beschuldigten ohne entsprechende Aufklärung und Information seiner Kunden (betreffend ihren Anspruch sowie Erhalt und Höhe der Retrozessionen) den Tatbestand von Art. 158 StGB erfüllt."²⁴ Während das Bundesgericht im Urteil vom 14. August 2018 auf diese Frage nicht weiter einging, schien es zumindest implizit davon ausgegangen zu sein, dass im konkreten Fall eine Herausgabepflicht bestand, wel-

²⁰ Weber, in: Basler Kommentar zum OR, Bd. I, 6. Aufl. 2015 (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Art. 400 N 14 m.w.H.

²¹ Vgl. bspw. BGE 143 III 348; 141 III 564; 138 III 755.

²² Niggli, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 158 N 9 ff.

²³ Riedo, Das Verschweigen von Retrozessionen als strafbare Vertragsverletzung, BR 2018 S. 358 ff., 361.

²⁴ Obergericht des Kantons Bern vom 4. Juli 2013 (SK 2012 218), E. 2.3 a).

che zum Nachteil der Kunden vereitelt wurde, weshalb ein Vermögensschaden eingetreten war.

3. **Entscheid des Bundesgerichts vom 24. September 2018 (Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Unterlassen der Buchführung gem. Art. 166 StGB)²⁵**

a) **Sachverhalt**

Mit Verfügung vom 28. Mai 2014 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass die A-GmbH ohne Bewilligung gewerbsmässigen Effektenhandel betrieben und damit schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen begangen hatte. Infolge dieser Verletzungen der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verfügte die FINMA, dass die A-GmbH auf dem Wege des Konkurses zu liquidieren sei. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses war die Vermögenslage der Gesellschaft jedoch nicht zuverlässig einschätzbar, da die Buchführung der A-GmbH nach deren Gründung im Jahr 2011 während nahezu eines Jahres gänzlich unterblieben war. Der Beschwerdeführer, welcher während dieses Zeitraums als Geschäftsführer der A-GmbH agiert hatte, wurde in der Folge mit erstinstanzlichem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2017 wegen Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB verurteilt. Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 15. September 2017 ab. Gegen den Entscheid der Berufungsinstanz führte der Beschwerdeführer Beschwerde an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils.

b) **Urteil**

Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich ab. Es führte aus, dass der Straftatbestand der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB vorliegend erfüllt sei, da der Beschwerdeführer, die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsgemässen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern verletzt habe, weshalb der Vermögensstand der A-GmbH nicht vollständig ersichtlich war. Zudem sei die objektive Strafbarkeitsbedingung, die rechtskräftige Eröffnung des Konkurses, vorliegend erfüllt. In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer, ebenso wie im Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich als auch im Berufungsverfahren, geltend, dass ausschliesslich die Konkursöffnung gemäss Art. 171 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) die vorgenannte objektive Strafbarkeitsbestimmung von Art. 166 StGB erfülle, nicht hingegen die von der FINMA verfügte aufsichtsrechtliche Liquidation gemäss Art. 23^{quinquies} des Bankengesetzes (BankG), weshalb das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aufzuheben sei.

Das Bundesgericht führt hierzu zunächst aus, dass das BankG zwischen der aufsichtsrechtlichen (Art. 23^{quinquies} BankG) und der konkursrechtlichen Liquidation (Art. 33 ff. BankG) unterscheide. Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolge, wenn die FINMA einer Bank die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb entzogen oder die nachträgliche Erteilung der erforderlichen Bewilligung verweigert habe und werde nach den "gesellschaftsrechtlichen Regeln" durchgeführt. Im Gegensatz dazu werde die konkursrechtliche Liquidation bei Insolvenzgefahr verfügt und habe die Wirkungen einer Konkursöffnung nach dem SchKG. In Bezug auf konkursrechtliche Liquidation gemäss Art. 33 ff. BankG verwies das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung zur objektiven Strafbarkeitsbedingung der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB und stellte fest, dass diese Rechtsprechung auch für den Tatbestand der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB gelte.

Hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Liquidation gemäss Art. 23^{quinquies} BankG der A-GmbH hielt das Bundesgericht fest, dass die FINMA den Konkurs über die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzende A-GmbH eröffnet habe und schloss, dass diese somit "nicht aufsichtsrechtlich, sondern konkursrechtlich liquidiert" worden sei, weshalb die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB erfüllt sei.

²⁵ BGer 6B_1340/2017 vom 24. September 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_doid=aza%3A%2F%2F24-09-2018-6B_1340-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

c) Bemerkung

Infolge des Urteils vom 24. September 2018 ist nun klar, dass auch eine aufsichtsrechtliche Liquidation nach Art. 23^{quinquies} BankG als Konkursöffnung im Sinne der objektiven Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB qualifiziert. Unklar ist allerdings, aus welchen Überlegungen das Bundesgericht zu dieser Auffassung kommt. Auf den Einwand des Beschwerdeführers, wonach es sich vorliegend nicht um eine bankenrechtliche Konkursöffnung, sondern um eine aufsichtsrechtliche Liquidation handle, geht das Bundesgericht nämlich nicht ein, sondern hält einzig in einem Satz fest, dass es sich vorliegend um eine "konkursrechtliche Liquidation" aus aufsichtsrechtlichen Gründen handle. Insofern bleibt unklar, ob auch weitere – vom Bundesgericht noch nicht entschiedene – Konstellationen, in denen das materielle Recht die Rechtsfolge der Liquidation einer Gesellschaft anordnet, die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB erfüllen. Zumindest scheint das Bundesgericht den diesbezüglichen allgemeinen vorinstanzlichen Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich nicht zu widersprechen, welches ausführt, dass Art. 166 StGB die Gläubigerinteressen und deren vermögensrechtliche Ansprüche im Konkurs schütze, welche in jedem Konkurs abstrakt gefährdet seien, wenn der Schuldner seine Pflicht zur ordnungsgemässen Buchführung nicht nachgekommen und sein Vermögensstand nicht (vollständig) ersichtlich sei. Der Gesetzgeber habe nicht nach "Konkursarten" differenzieren wollen. Entsprechend seien die Gläubigerinteressen auch gefährdet, wenn die FINMA den Konkurs nicht wegen Überschuldung nach Art. 33 ff. BankG, sondern aus aufsichtsrechtlichen Gründen eröffne.²⁶ Schliesslich erwähnt das Obergericht des Kantons Zürich, dass auch ein Konkursverfahren nach dem SchKG nicht immer auf einer Überschuldung beruhe und trotzdem unter Art. 166 StGB falle und ferner das Bundesgericht die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB selbst im Falle eines Konkurses, der wegen Fehlens der Revisionsstelle zu Unrecht eröffnet wurde, als erfüllt erachtet habe.²⁷

4. Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018 (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat gem. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB)²⁸

a) Sachverhalt

Vor dem Hintergrund des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA liess der Verwaltungsrat der Vermögensverwaltungsgesellschaft A-AG deren Kundenbeziehungen überprüfen. Nachdem diese Prüfung ergab, dass die A-AG und deren Tochtergesellschaften eine Reihe von Kunden hatten, welche sich zwischen 2002 und 2012 in den USA eventuell nicht regelkonform versteuert hatten, wurde die Anwaltskanzlei B. vom Beschwerdegegner, dem Präsidenten des Verwaltungsrates der A-AG, damit beauftragt, Dossiers von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden zusammenzustellen. In der Folge reichte der Beschwerdegegner im Oktober 2012 eine Selbstanzeige beim amerikanischen Justizdepartement (Department of Justice, DoJ) ein. Nachdem das DoJ es abgelehnt hatte, ein Gesuch um Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Rechts- und Amtshilfsweg zu stellen und im Hinblick auf den Abschluss eines sogenannten Non Prosecution Agreements mit dem DoJ reiste der Beschwerdegegner im November 2013 in die USA und übergab dem DoJ – ohne über eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu verfügen – durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick, auf welchem insgesamt 109 Kundendossiers enthalten waren. Die vermeintliche Rechtmässigkeit dieses Vorgehens wurde dem Beschwerdegegner zuvor durch Rechtsanwälte der Anwaltskanzlei B. sowie durch ein Gutachten eines Rechtsprofessor sowie eines weiteren Anwalts bestätigt.

Nachdem die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 28. April 2015 Anzeige gegen die verantwortlichen Personen der A-AG und allfällige weitere involvierte Personen bei der Bundesanwaltschaft eingereicht hatte, erliess die Bundesanwaltschaft am 19. September 2017 einen Strafbefehl gegen den Beschwerdegegner wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Der Beschwerdegegner erhob Einsprache gegen den Strafbefehl der Bundesanwaltschaft, weshalb Letztere am 17. November 2017 Anklage erhob. Das Bundesstrafgericht befand, dass der Beschwerdegegner dadurch, dass er die betreffenden Informationen auf dem USB-Stick aus der Schweiz

²⁶ OGer ZH vom 15.9.2017 (SB170164), E. 2.7 ff.

²⁷ OGer ZH vom 15.9.2017 (SB170164), E. 2.7 ff.; BGer 6S.242/2001 vom 10.4.2002, E. 2d.

²⁸ BGer 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//04-12-2018-6B_804-2018&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

geschafft hatte, um diese einem Rechtsanwalt zuhanden des DoJ zu übergeben, in objektiver Hinsicht den Straftatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt habe. Da der Tatbestand von Art. 271 StGB allerdings die Besonderheit aufweise, dass das Wissen um die Verbotenheit des normierten Verhaltens ein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal darstelle sowie eventualiter ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, verneinte das Bundesstrafgericht die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und sprach den Beschwerdegegner mit Urteil vom 9. Mai 2018 frei. Gegen dieses Urteil führte die Bundesanwaltschaft Beschwerde vor dem Bundesgericht.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Bundesanwaltschaft teilweise gut, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an diese zurück (siehe hierzu unten). Zunächst widersprach das Bundesgericht der Auffassung des Bundesstrafgerichts, wonach das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein "rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal" von Art. 271 StGB darstellt und führte aus, dass der Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB nicht nach der sogenannten Vorsatztheorie, sondern der Schuldtheorie interpretiert werde, wonach das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes Schulselement begriffen wird.

Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass die irriige Annahme des Beschwerdegegners, zur Herausgabe der Kundendossiers an das DoJ berechtigt gewesen zu sein, den Vorsatz unberührt lasse und allenfalls lediglich einen Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB zu begründen vermöge. Es hielt fest, dass zum Ausschluss eines unvermeidbaren Verbotsirrtums das unbestimmte Empfinden genüge, dass das angedachte Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wobei sich der Täter bei Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens grundsätzlich bei der zuständigen Behörde näher informieren müsse.

In Anwendung auf den zu beurteilenden Sachverhalt hielt das Bundesgericht fest, dass die vom Beschwerdegegner eingeholten Gutachten keine ausreichende Grundlage für einen unvermeidbaren Irrtum boten, da diese unvollständig und im Hinblick auf die Grenzen des strafbaren Verhaltens nicht verlässlich waren. Zum einen stellte das Gutachten der Anwaltskanzlei B. – welche nicht völlig unabhängig agierte, da dieselbe Anwaltskanzlei mit der Lösung des Steuerproblems der A-AG betraut war – fest, dass man sich in einem rechtlichen Graubereich befände und das Risiko eines Verstosses gegen Art. 271 StGB nicht gänzlich ausgeschlossen werden könne ("this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 of the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains"). Dass der Beschwerdegegner diese Formulierung als "typischen Anwaltssatz mit Haftungsausschluss" interpretiert habe, liess das Bundesgericht nicht gelten. Zum anderen kam auch das Zweitgutachten zum Schluss, dass die geplante Datenlieferung an das DoJ ohne eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen könne. In Bezug auf das Zweitgutachten sei die Vorinstanz ferner zum Schluss gekommen, dass dieses insoweit nicht den Regeln der Kunst entspreche, als der Sachverhalt, welcher dem Gutachten zugrunde gelegt worden sei, nicht klar umschrieben sei bzw. teilweise von Szenarien ausgehe, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprochen hätten.

Das Bundesgericht schloss, dass der Beschwerdegegner, welcher selbst ausgebildeter Jurist ist, nicht vorschnell auf den für ihn günstigen Standpunkt vertrauen durfte und die beiden Rechtsgutachten einen gewissenhaften Menschen – auch angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen – zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst hätten. Das Bundesgericht hob das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Bundesstrafgericht zurück.

c) Bemerkung

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer "auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen". Art. 271 Ziff. 1 StGB verbietet jedermann²⁹, hoheitliche Hand-

²⁹ BGE 114 IV 128, E. 2b; *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 21; bei Art. 271 StGB handelt es sich um kein Sonderdelikt, d.h. es ist weder erforderlich, dass ein ausländischer Beamter die Tat ausführt, noch dass dieser an der Tathandlung in irgendeiner Weise beteiligt ist.

lungen auf schweizerischem Gebiet zum Vorteil eines fremden Staates vorzunehmen und bezweckt insbesondere im Kontext ausländischer staatlicher Verfahren, dass die vorgesehenen Amts- und Rechtshilfewege nicht umgangen werden.³⁰ Welche Verhaltensweisen von dieser Bestimmung erfasst werden, wurde vom Bundesgericht bislang nur punktuell geklärt³¹, weshalb hinsichtlich der Bestimmung der pönalisierten Handlung erhebliche Unsicherheit besteht.³²

In der Lehre wird Art. 271 StGB ferner auch dahingehend kritisiert, als es die Mitwirkungsmöglichkeiten von natürlichen und juristischen Personen, welche in ausländischen Verfahren involviert sind, erheblich zu deren Nachteil einschränken kann, was insbesondere dann prekären Folgen hat, wenn sich die ausländische Behörde – wie vorliegend das DoJ – weigert, den Rechtshilfeweg zu beschreiten.³³

Das Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018 veranschaulicht die im Zusammenhang mit Art. 271 StGB bestehende Unsicherheit. Bei Vorliegen von Zweifeln hinsichtlich der Tatbestandsmässigkeit einer Handlung nach Art. 271 StGB ist entsprechend stets Zurückhaltung empfohlen. Immerhin ist das Urteil des Bundesgericht dahingehend zu begrüssen, als es die objektive Tatbestandsmässigkeit der Herausgabe von Kundendossiers durch eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, die vertraglich zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet ist, an das DoJ bestätigt. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht zumindest en passant fest, dass es sich bei der Ansicht des Beschwerdegegners, welcher an die Rechtmässigkeit seines Vorgehens geglaubt habe, um eine "Fehlvorstellung" gehandelt habe und der Beschwerdegegner – entgegen seiner Darlegung im Beschwerdeverfahren – "den Bedeutungssinn seiner Amtshandlung für einen fremden Staat [...] zutreffend erfasst" habe.

Ferner wiederholte das Bundesgericht die Anforderungen, welche ein Gutachten erfüllen muss, damit sich der Anfragende auf dieser Grundlage auf einen unvermeidbaren Verbotssirrtum berufen kann. Massgebend ist namentlich, ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach eingehender sorgfältiger Prüfung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten erfolgt und von der notwendigen Kenntnis des vollständigen Sachverhalts getragen ist.³⁴ Hinsichtlich der beiden Gutachten, welche vom Beschwerdegegner eingeholt wurden, verneinte das Bundesgericht die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums und wies ferner darauf hin, dass der Beschwerdegegner vor diesem Hintergrund zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst gewesen wäre. Worin solche "weiteren behördlichen Abklärungen" bestanden hätten, führt das Bundesgericht nicht aus. Praxisgemäss hätte der Beschwerdegegner wohl ein begründetes Gesuch um Erteilung einer Bewilligung an das im vorliegenden Fall sachlich zuständige Departement richten müssen, in Verbindung mit einem Eventualantrag, dass eine negative Feststellungsverfügung zu erlassen sei, sofern die angedachte Handlung keiner Bewilligung bedarf.³⁵

Der Beschwerdegegner wurde schliesslich mit Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2. Mai 2019 wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen.³⁶ Infolge des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts war

³⁰ *Gauthey/Markus*, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff., 365; *Günter*, Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten: - viel Lärm um nichts?, ASA 79 S. 525 ff., 529; *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 171.

³¹ BGE 114 IV 128, in welchem das Bundesgericht eine private Zeugenbefragung für die Zwecke eines gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen im Ausland als tatbestandsmässig befand, in einem obiter dictum jedoch erwähnte, dass es sich im Gegensatz dazu bei der Einreichung von Urkunden in einem ausländischen Verfahren "um eine behördliches Handeln nicht erfordernde Parteivorkehr" handle. Die Zulässigkeit der Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Verfahren wird gemäss Lehre und Verwaltungspraxis jedoch dahingehend eingeschränkt, als die Einreichung von Unterlagen dann im Sinne von Art. 271 StGB tatbestandsmässig ist, wenn (i) die Herausgabe auf Anordnung der ausländischen Behörde und somit nicht freiwillig erfolgt oder (ii) die herauszugebenden Unterlagen Drittpersonen betreffen und "über diese ohne Einwilligung der Rechtsinhaber nicht frei verfügt werden kann; vgl. *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 40 ff.

³² *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 21; *Delnon/Rüdy*, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, 314 ff., 341; *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 170

³³ *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 170; *Gauthey/Markus*, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff., 365.

³⁴ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 19.11.2015 (TPF 2016 20), E. 4.8.3.2. mit Hinweis auf BGE 98 IV 293, E. 4a.

³⁵ *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 86.

³⁶ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

die Beurteilung durch das Bundesstrafgericht auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergab.³⁷ In diesem Sinne hatte die Feststellung des Bundesstrafgerichtes im Urteil vom 9. Mai 2018, wonach der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt hatte, Bestand und musste dem neuen Urteil zugrunde gelegt werden. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Feststellung, dass allenfalls lediglich ein Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB vorgelegen habe könnte, ein Sachverhaltsirrtum jedoch ausgeschlossen sei und angesichts der Tatsache, dass das Bundesstrafgericht weitere den Vorsatz ausschliessende Elemente für nicht ersichtlich befand, stellte es fest, dass der Beschwerdegegner den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB auch in subjektiver Hinsicht erfüllt habe.³⁸ Die Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach sich dieser in einer Notstandssituation im Sinne von Art. 17 f. StGB befunden habe, verwarf das Bundesstrafgericht. Es stellte fest, dass das DoJ weder Fristen für die Lieferung von Kundendossiers angesetzt noch irgendwelche Sanktionen oder sonstige Nachteile in Aussicht gestellt habe, falls die Daten nicht geliefert würden. In diesem Sinne habe allenfalls eine "langfristig drohende", nicht jedoch eine „unmittelbare Gefahr für die Existenz“ der A-AG bestanden.

Angesichts des vermeidbaren Verbotsirrtums des Beschwerdegegners, des als nicht schwerwiegend qualifizierten Eingriffs in die Souveränität der Schweiz, der vor dem Hintergrund des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA schwierigen Situation, in welcher sich der Beschwerdegegner befand und in Anbetracht von dessen Bemühen, "die Angelegenheit rechtskonform zu lösen (Vorschlag an das DoJ, die Daten auf dem Rechts- bzw. Amtshilfeweg einzufordern, Einholen von Rechtauskünften [...])" machte das Bundesstrafgericht von der in Art. 48a Abs. 2 StPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, auf eine andere als die angedrohte Strafart zu erkennen und bestrafte den Beschwerdegegner mit einer Busse von CHF 10'000.

³⁷ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), E. 1, abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

³⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), E. 2.3.3.2, abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

Veranstaltungen und politische Diskussion

Wirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz, Mainz

Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0 - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis

Tagungsbericht zur Gemeinschaftsveranstaltung Junges Strafrecht e.V. und Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) an der Goethe-Universität am 11.10.2019 in Frankfurt a.M.

Am 11.10.2019 fand zum zweiten Mal die Tagung Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0 - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. statt. Die Gemeinschaftsveranstaltung der Junges Strafrecht e.V. und der WisteV bot aufstrebenden Talenten aus Theorie und Praxis mit dieser zweiten Auflage ein weiteres Mal die Möglichkeit, neue Ideen und kreative Ansätze auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts zu präsentieren.

I. Panel I: Internal Investigations

Nach der Begrüßung durch *Wiss. Mit. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy* und *Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis* übernahm *Rechtsanwalt Dr. David Pasewaldt, LL.M.* die Moderation des

ersten Panels zu Internal Investigations, das der Autor mit einem Vortrag zur Zeugenbeistandschaft und „investigation Defence“ eröffnen durfte.

Im ersten Teil seines Vortrags betonte er die Wichtigkeit des Zeugenbeistandes unter Verweis auf die Entscheidungen des BVerfG vom 08.10.1974 (BVerfGE 38, 105) und 10.03.2010 (StraFo 2010, 243), wonach zum einen die Lage eines Zeugen sehr viel eher der eines Beschuldigten entspreche und die mit seiner Aussage verbundene Problematik prinzipiell keine andere sei als die bei der Einlassung des Beschuldigten. Zum anderen bedürfe nicht die Zuziehung eines Beistandes einer Rechtfertigung, sondern dessen Ausschluss. Hinsichtlich der Aufgaben des Zeugenbeistandes betonte er den besonderen Wert der Vorbereitung des Zeugen auf die Vernehmungssituation bzw. das Interview. Er machte deutlich, dass es trotz der Gefahr der Strafverfolgung eine erzwingbare arbeitsrechtliche Pflicht zur Teilnahme an Befragungen gebe, soweit der unmittelbare Arbeitsbereich betroffen sei oder es um Wahrnehmungen im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung gehe. Bei Wahrnehmungen außerhalb des unmittelbaren Arbeitsbereichs bestehe eine Auskunftspflicht aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht hingegen nur, wenn die Interessen des Arbeitgebers im Einzelfall überwiegen. Einen Rechtsanspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts habe der Interviewte zurzeit noch nicht, obwohl die BRAK-Thesen zum Unternehmensanwalt im Strafrecht das Recht des Interviewten auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Standard einer Internal Investigation zählen und ein entsprechender Anspruch teilweise bereits aktuell aus Gesichtspunkten der Waffengleichheit und Fürsorgepflicht hergeleitet wird. Darüber hinaus existiere aktuell entgegen der BRAK-Thesen auch keine gesetzliche Pflicht zur Belehrung des Interviewten, selbst wenn sie nach Maßgabe des rechtsstaatlichen Gedankens der Fairness geboten sein könne. Ein Rechtsanwalt sei nicht gehindert, mehrere Zeugen zu vertreten, weil die Zeugenbeistandschaft keine Verteidigung sei und § 146 StPO demnach keine Anwendung finde. Mit Blick auf die berufsrechtlichen Vorgaben könnten aber vor allem mögliche Interessenskonflikte und widerstreitende Interessen einer Mehrfachvertretung entgegenstehen. Die Kostenübernahme könne als Aufwendungsersatzanspruch oder Anspruch aus Fürsorgegesichtspunkten durch den Arbeitgeber erfolgen.

Im zweiten Teil seines Vortrages berichtete der Autor über mögliche Änderungen durch den Entwurf des VerSanG. So soll künftig auf eine mögliche Verwendung der Aussage in einem Strafverfahren hinzuweisen sein und ein gesetzlicher Anspruch auf einen Zeugenbeistand sowie eine diesbezügliche Belehrungspflicht eingeführt werden. Schließlich soll Interviewten ein Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt werden, sofern die Beantwortung der Frage die Gefahr der Verfolgung des Interviewten oder naher Verwandten wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zur Folge haben könnte.

Im dritten und letzten Teil gab der Autor Hinweise zum Recht des Zeugenbeistandes zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung und zum Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen in Bezug auf Fragen zum Beratungsgespräch mit seinem Zeugenbeistand. So habe das AG Neuss (StraFo 1999, 139) entschieden, dass die umfassende Beratung eines Zeugen die Anwesenheit des beratenden Anwalts in der Hauptverhandlung auch außerhalb der beistandsbewehrten Zeugenvernehmung voraussetze. Nach einem Urteil des OVG Berlin (StraFo 2001, 375) könne darüber hinaus ohne Weiteres von einem Missbrauch des Anwesenheitsrechts eines anwaltlichen Zeugenbeistandes nicht ausgegangen werden. Auch stünde dem Anwesenheitsrecht die Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 38, 105) nicht entgegen, weil die Entscheidung keine öffentliche Hauptverhandlung und damit keine potentielle Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zum Gegenstand hatte. Dass dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht auf Fragen zustehe, die den Inhalt der mit seinem Anwalt geführten Beratungsgespräche betreffen, habe das OLG Düsseldorf (NStZ 1991, 504) entschieden. Das OLG Düsseldorf habe insoweit ausgeführt, dass man den Zeugen gerade der Gefahr aussetzen würde, vor der ihn das Gesetz schützen will, wenn man ihn zwingen wollte, den Inhalt der Beratungsgespräche mit seinem Beistand den übrigen Verfahrensbeteiligten zu offenbaren. Das Recht des Zeugen, sich in einer Konfliktlage für die Verweigerung von Angaben zu entscheiden, würde durch die Verneinung eines entsprechenden Auskunftsverweigerungsrechts gerade durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe in der Hauptverhandlung in sein Gegenteil verkehrt.

Die anschließende Diskussion drehte sich um die Schaffung eines möglichen Spannungsverhältnisses durch das VerSanG-E in der Weise, dass einerseits eine vollumfängliche interne Aufklärung und Kooperation mit der Staatsanwaltschaft gefordert würde und anderer-

seits Auskunftsverweigerungsrechte geschaffen werden sollen. Von Seiten der Diskutanten wurde unter anderem vorgeschlagen, ein ernstes Bemühen des Unternehmens zur Aufklärung ausreichen zu lassen. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass sich Belehrungspflichten bereits aktuell aus Datenschutzgründen ergeben könnten und es zivilprozessuale Möglichkeiten wie Ordnungsgeld oder Ordnungshaft in Bezug auf die Aussagepflicht des Arbeitnehmers gebe. Praktische Probleme bei der Aussagepflicht würden aber erst dadurch geschaffen, dass der Arbeitnehmer befürchten müsse, dass die Ergebnisse des Interviews oder das Protokoll selber an die Strafverfolgungsbehörden weitergegeben würden.

Im Anschluss referierten die *Rechtsanwälte Felicitas Sussmann* und *Alexander Kaphahn* zum Thema „Legal Privilege“? - Schweigerecht, Zeugnisverweigerung, Durchsuchungs- u. Beschlagnahmeverbote bei Internal Investigations. Sie begannen mit der Feststellung, dass ein Schutz für die vertrauliche Arbeit zwischen Anwalt und Mandanten geschaffen werden müsse und schilderten sodann das Legal Privilege in den USA und England. Im Anglo-Amerikanischen werde der Mandatenbegriff von den Gerichten weit ausgelegt. Im Rahmen des Legal Privilege sei die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandanten unter dem Siegel der Vertraulichkeit („made in confidence“) zum Zwecke der Einholung und Bereitstellung von Rechtsrat („purpose of rendering legal advice“) geschützt. Nicht geschützt sei hingegen die Kommunikation des Anwalts mit Dritten, sowie eigene Arbeitsprodukte des Anwalts. Die Schutzweite und damit die Frage, ob ein Verwertungsverbot bestehe, hänge davon ab, ob Wertungen des Anwalts in das Papier eingeflossen seien. Die US-amerikanische Work Product Doctrine gewähre darüber hinaus keinen absoluten, sondern lediglich einen qualifizierten Schutz für Materialien, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung eines Gerichtsverfahrens durch eine Partei selbst oder deren Vertreter erstellt worden seien. Hier seien konkrete Anhaltspunkte für ein bevorstehendes Gerichtsverfahren erforderlich.

Im Vereinigten Königreich bestehe das Legal Privilege zum einen in einem Legal Advice Privilege. Dieses schütze die vertrauliche Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant, soweit sie dazu diene, Rechtsrat zu erteilen oder zu erhalten. Darüber hinaus seien die Lawyers Privileged Working Papers erfasst, die zwar nicht Gegenstand der Mandantenkorrespondenz seien, aber die Beratung vorbereiten würden und zwar auch dann, wenn diese nicht von dem Anwalt an den Mandanten übermittelt worden seien. Zum anderen schütze das Litigation Privilege die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant oder Anwalt/Mandant mit einer dritten Partei, die dem überwiegenden Zweck diene, Rechtsrat zu erhalten oder zu erteilen oder Beweise oder Informationen in Bezug auf einen Rechtsstreit zu sammeln. Es müsse vernünftigerweise mit einem Rechtsstreit zu rechnen sein und die Kommunikation müsse gerade der Vorbereitung und nicht der Vermeidung eines solchen dienen. Im Vereinigten Königreich werde auch der Mandantenbegriff enger ausgelegt. So sei in einem Fall beispielsweise die Herausgabe bejaht worden, weil es sich bei den betroffenen Mitarbeitern nicht um Mandanten gehandelt habe. Die Reichweite eines Verzichts auf den Vertrauensschutz über einen sog. Waiver beruhe auf einer Wertentscheidung im jeweiligen Einzelfall.

Sodann stellten *Sussmann/Kaphahn* die Schutzinstrumente nach deutschem Recht dar. So diene das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO dem Schutz des Vertrauensverhältnisses bzw. des Mandatsverhältnisses. Das Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO solle eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts verhindern und knüpfe an den Gewahrsam an. Aus der aktuellen Jones-Day Entscheidung ergebe sich, dass die Regelung in § 97 StPO abschließend sei. Die Maßnahmen bei Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 160a StPO verböten Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte, soweit diese Erkenntnisse erbringen würden, über die der Rechtsanwalt das Zeugnis verweigern dürfte. § 148 StPO schütze darüber hinaus die Verteidigerkommunikation unabhängig von dem Gewahrsam. Daran anschließend gingen *Sussmann/Kaphahn* darauf ein, dass diese Schutzinstrumente nur fragmentarischen Schutz böten. Insbesondere sei im Rahmen des § 148 StPO problematisch, wann eine beschuldigtenähnliche Stellung vorliege. Eine beschuldigtenähnliche Stellung sei mit dem BVerfG zu bejahen, wenn eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht komme. Sodann schilderten sie Probleme, die auftreten könnten, wenn das Unternehmen in eine Konzernstruktur eingebunden sei. So könne die Staatsanwaltschaft durch Verfahrenstrennung und -verbindung Einfluss auf die beschuldigtenähnliche Stellung innerhalb desselben Verfahrens nehmen. Abschließend stellten sie mögliche Änderungen und Folgen durch das VerSanG dar und gingen im Rahmen dessen

insbesondere auf den zeitlichen Schutzbereich sowie die Zuordnung typischer Dokumentenarten in der internen Untersuchung zu dem Schutzniveau nach §§ 148, 97 StPO ein.

Die anschließende Diskussion drehte sich maßgeblich um die Beschlagnahmefreiheit von Papieren, die sich bei einer beratenden Kanzlei befinden.

In dem letzten Vortrag des ersten Panels stellte Staatsanwalt beim BMJV *Dr. Adrian Jung* das Thema „Disclosure“ als komplexe Strategie – Zur Bedeutung von Internal Investigations für die Individualverteidigung („Compliance Defense“) und Unternehmensverteidigung (Sanktionsminderungsgrund) vor und berichtete im Zuge dessen ausführlich über den VerSanG-E. Ziel des VerSanG sei nicht die strafrechtliche Aufarbeitung des Sachverhalts. Es gehe auch nicht um die Frage, ob sich Unternehmen mit Internal Investigations befassen müssten, sondern nur um die Frage, wie Internal Investigations als Fremdkörper im Strafprozessrecht geregelt würden. Momentan sei die Rechtslage jedenfalls unbefriedigend. So sei bereits unklar, ob Internal Investigations überhaupt im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden könnten. Für die Strafverfolgungsbehörden seien Ermittlungen in Unternehmen sehr aufwändig.

Mit dem neuen VerSanG soll ein Anreizmodell und kein Disclosure nach US-Vorbild in dem Sinne geschaffen werden, dass die Ermittlungslast auf Private übertragen werde. In Deutschland sollte die Durchführung von Internal Investigations freiwillig sein. *Jung* erläuterte sodann, dass sich der Sanktionsrahmen um die Hälfte reduzieren könne, wenn die neu geschaffenen Vorgaben eingehalten würden und mehr Einstellungen möglich würden. Es werde auch eine Geldauflage auf Bewährung geschaffen. Diese wird umso einfacher zu erreichen sein, je geringer der Strafrahmen sei. Als Nebenfolge sei die Veröffentlichung der Entscheidungen vorgesehen. Ferner werde ein sogenanntes Sanktionsbescheidverfahren installiert, das mit dem Strafbefehlsverfahren vergleichbar sei. Dieses Verfahren würde dann auch für die Vermögensabschöpfung gelten, die entgegen des aktuellen § 30 OWiG von der Sanktion getrennt werde. Der VerSanG-E sehe ferner vertypete Sanktionsminderungsgründe vor, die nur greifen würden, wenn die Internal Investigations nach Maßgabe der dann geltenden Regeln durchgeführt würden.

Ein weiterer Punkt sei, dass Unternehmensvertreter nicht mehr gleichzeitig auch Unternehmensverteidiger sein könnten. Zwar seien Internal Investigations nicht per se Verteidigung; sie könnten aber Verteidigung werden. Durch eine allgemeine Zusammenarbeits- und Offenlegungspflicht sollen Spannungsfelder aus Offenlegungspflichten vermieden werden. Ein Beweisverwertungsverbot soll es in diesem Zusammenhang nicht geben, weil nicht zu erwarten sei, dass Arbeitnehmer nur dann Straftaten offenlegen würden. Von großem Interesse für die Strafverfolgungsbehörden sei die Offenlegung der Ergebnisse der Internal Investigation. Die Staatsanwaltschaft müsse aber, und zwar auch dann, wenn von dem Unternehmen ein „Sündenbock“ präsentiert werde, sicherstellen, dass alles ordnungsgemäß abgelaufen sei. Dafür müsse die Staatsanwaltschaft dann aber auch Zugriffsmöglichkeiten haben, um gegebenenfalls auch entlastendes Material sicherzustellen. Hierfür soll die Staatsanwaltschaft die Herrin des Ermittlungsverfahrens bleiben und trotzdem auf die Unternehmen und Berater Rücksicht nehmen. Während der Durchführung der Internal Investigation werde die Staatsanwaltschaft von strafprozessualen Maßnahmen absehen und das Verfahren für diese Dauer einstellen. Die Verjährung werde dann ruhen. Sodann führte *Jung* aus, dass es kein Legal Privilege geben werde. Durch § 18 VerSanG-E werde die Beschlagnahme möglich sein. Allerdings werde durch die Ausweitung der Beschuldigteneigenschaft § 148 StPO viel schneller greifen, jedoch nicht per se für verbandsinterne Untersuchungen. *Jung* schloss seinen Vortrag mit der Feststellung, dass die Ermittlungen auch nach vom VerSanG-E weiterhin von der Staatsanwaltschaft geführt werden. Die Verteidigung werde aber an vielen Stellen Einfluss nehmen können.

In der anschließenden Diskussion stellte *Jung* klar, dass § 97 StPO nur für Verteidiger und Beschuldigte gelten werde. Dies werde vom Gesetzgeber sprachlich klargestellt. Aus dem Plenum wurde angemerkt, dass ein Verteidiger für eine gute Verteidigung auch heute schon den Sachverhalt im eigenen Interesse aufklären müsse. *Jung* entgegnete, dass insofern keine vertypeten Strafmilderungsgründe geschaffen werden sollen und stellte klar, dass durch den Gesetzesentwurf eigene interne Untersuchungen nicht vermieden werden sollen. Sie würden eben nur nicht obligatorisch zur Strafmilderung führen. Danach gefragt erklärte *Jung* zum Abschluss, dass es zwar keine Sentencing Guidelines geben werde. Möglicherweise werde es aber Änderungen in der RiStBV geben.

In dem letzten Vortrag des ersten Panels stellte *Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann* Problemlagen und Verteidigungsmöglichkeiten von Unternehmen als Betroffene grenzüberschreitender Vermögensabschöpfung dar. Im Rahmen der Definition der Rechtsnatur der Vermögensabschöpfung in den unterschiedlichen Rechtssystemen führte sie aus, dass in den zivil- und verwaltungsrechtlichen Bereichen häufig erleichterte materielle Voraussetzungen gelten, es Beweiserleichterungen gebe und man damit konfrontiert sei, dass nicht strafrechtliche Gerichte oder Behörden zuständig seien. Sodann gab sie einen Überblick über die grenzüberschreitende Vermögensabschöpfung, die zum einen in der Herausgabe (sonstige Rechtshilfe) und zum anderen in der Vollstreckungshilfe bestehen könne, jeweils verbunden mit vorläufigen Sicherungsmaßnahmen. Im internationalen Vergleich sei die Herausgabe von Vermögensgegenständen unüblich. Die Gründe für das deutsche System seien historisch bedingt. Jedenfalls stünden Unternehmen nicht im Zentrum der bisherigen Regelungen. Vielmehr seien die Regelungen auf natürliche Person zugeschnitten. Zum Verhältnis von Herausgabe und Vollstreckungshilfe gelte, dass die Vollstreckungshilfe ab Rechtskraft einer Einziehungsentscheidung Vorrang genieße. Sodann stellte *Hüttemann* die Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Vollstreckungshilfe für Einziehungsentscheidungen im vertragslosen Bereich dar. Hierbei stellte sie insbesondere klar, dass nach § 48 S. 2 IRG auch Einziehungsentscheidungen nicht-strafrechtlicher Gerichte ausreichen, sofern dort eine Straftat zugrunde liegt. Anschließend stellte sie auch das Verfahren und die Entscheidung im Rahmen der Vollstreckungshilfe dar. So entscheidet das LG über die Zulässigkeit der Vollstreckung. Gegen entsprechende Entscheidungen sei die sofortige Beschwerde zum OLG und die Vorlage an den BGH möglich. Im Rahmen der Zulässigkeit müsse auch die beiderseitige Einziehbarkeit in der Form geprüft werden, dass eine Einziehung bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch in Deutschland hätte angeordnet werden können. Hier bestünden gute Verteidigungsmöglichkeiten, wenn es sich um eine ausländische Strafe gegen Unternehmen handle. Es komme dann immer auf den konkreten Einzelfall an.

Daran anschließend stellte *Hüttemann* die Vollstreckungshilfe bei der Einziehung mit EU-Staaten dar. Die Zulässigkeitsvoraussetzung bestünden in dem Vorliegen eines Ersuchens, der Vorlage des Originals oder einer beglaubigten Abschrift der Entscheidung und des standardisierten Formblattes sowie der beiderseitigen Einziehbarkeit. Die Anwendung sei insoweit enger, als die Entscheidung von einem Strafgericht in einem Strafverfahren erlassen worden sein müsse. Bei 32 Deliktskategorien werde allerdings auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit als Voraussetzung für die Einziehbarkeit in Deutschland weitestgehend verzichtet. Die Ablehnungsgründe seien sehr begrenzt. Zuständig sei die Staatsanwaltschaft am Belegenheitsort, weshalb auch die Prüfung der fakultativen Ablehnungsgründe im Ermessen der Staatsanwaltschaft stünde. Hiergegen bestünde die Möglichkeit eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung beim LG. Das LG prüfe sodann die Zulässigkeit nach zwingenden Voraussetzungen und Ermessensfehlerfreiheit der Entscheidung der Staatsanwaltschaft.

In ihrem Ausblick betonte *Hüttemann*, dass die EU-Kommission Defizite sehe und in Bezug auf die Umsetzung der Rahmenbeschlüsse Sicherstellung und Einziehung kritisch sei. So sei in Deutschland z.B. die Anhörung und Einschaltung des LG nicht Rahmenbeschlusskonform. Neu für die Vollstreckung sei jedenfalls ein vorgesehener Grundrechtsvorbehalt in Ausnahmefällen. So könne die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung vermeiden, wenn sie Grundrechte verletzen würde. Im Ergebnis sei festzustellen, dass die grenzüberschreitende Abschöpfung zu wenig genutzt werde. Die Gründe hierfür seien aber nicht nur regulatorischer Art. So müssten z.B. entsprechende Kenntnisse und die personelle Ausstattung erhöht werden. Ferner sei ein besseres asset tracing nötig und es müsse die Bereitschaft zur Anwendung der bestehenden Mechanismen erhöht werden. Es existiere eine starke Fragmentierung in den Mitgliedstaaten. Praktisch seien jedenfalls keine erfolgreichen Vollstreckungen ausländischer Titel zu verzeichnen.

II. Panel II: Staatenübergreifende Ermittlungsverfahren

In dem ersten Vortrag des zweiten Panels, das staatenübergreifende Ermittlungsverfahren zum Gegenstand hatte und von *Richter Dr. Mavany* moderiert wurde, stellte *Wiss. Mit. Kilian Wegner* die Rechtshilfe im grenzüberschreitenden (Steuer-)Strafverfahren dar. Hierbei beschränkte er sich auf die Auslieferung im Rahmen der sogenannten großen Rechtshilfe und gab zunächst einen Überblick über die einschlägigen Vorschriften des Auslieferungsrechts.

Hierzu sei zwischen dem europäischen Bereich, für den der europäische Haftbefehl (§§ 78 ff. IRG) gelte und dem außereuropäischen Bereich des europäischen Auslieferungsübereinkommens inklusive der 4 Zusatzprotokolle und Zusatzabkommen, sowie dem Bereich zu unterscheiden, in dem ausschließlich bilaterale Auslieferungsübereinkommen existieren. Zu den wesentlichen Unterschieden der Regelungsregime führte *Wegner* aus, dass es im vertragslosen Auslieferungsverkehr keine Auslieferung von Deutschen gebe und die gesetzliche Höchststrafe mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe vorsehen müsse. Im Regelfall erfolge keine Prüfung des Tatverdachts. Bei konkurrierender deutscher Gerichtsbarkeit sei Voraussetzung, dass keine zumindest beschränkt rechtsfähige Erledigung im Inland vorliege oder Verjährung nach deutschem Recht eingetreten sei. Wenn die §§ 3 ff. StGB nicht anwendbar seien, komme es auf eine Rechtskraft und deutsche Verjährung hingegen nicht an. Es dürfe auch kein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegen. Gegeben sein müsse aber die beiderseitige Strafrechtswidrigkeit, weil nach § 3 Abs. 1 IRG die Auslieferung nur zulässig sei, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn Sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre.

Wegner konstatierte, dass aktuell viele Fragen noch nicht geklärt seien, was er an einem Beispiel mit den Ländern Japan und USA verdeutlichte. Hier stellte sich im Ergebnis die Frage, ob eine hypothetische Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (§§ 3 ff. StGB) gefordert werden müsse. Darüber hinaus sei ungeklärt, welcher Bewertungsmaßstab bei nicht-strafrechtlichen Vorfragen maßgeblich sei. Dies verdeutlichte *Wegner* an einem Beispiel, in dem T im Staat A Anteile an einer Immobilien-Holding im Wege eines sogenannten Share-Deals erworben und sich dabei nach dem Recht des Staates A wegen Verkürzung von Grunderwerbsteuer strafbar gemacht habe, in Deutschland dasselbe Geschäft allerdings grunderwerbsteuerfrei wäre. Ob in einem derartigen Fall eine Auslieferung möglich wäre, sei in der Rechtsprechung kontrovers entschieden worden. So habe das OLG Hamburg (GA 1989, 172) die Auslieferbarkeit bejaht, wohingegen unter anderem das OLG Frankfurt (NJW 1973, 1569) und das OLG Karlsruhe (Justiz 1986, 225) eine Auslieferbarkeit verneinten. Das KG Berlin (Beschl. v. 15.02.2019 ([4] 151 AusIA 178/17 [10/18]) habe die Frage der Auslieferbarkeit im Ergebnis offengelassen.

Dem gegenüber stellte *Wegner* sodann den Auslieferungsverkehr nach dem europäischen Auslieferungsübereinkommen. Hier gelten die gleichen Voraussetzungen mit dem Unterschied, dass keine Verjährung nach deutschem Recht (anders: 4. Zusatzprotokolle) und keine rechtskraftfähige Erledigung im Inland vorliegen dürfe sowie eine beiderseitige Straftatbestandsmäßigkeit gefordert werde. In Bezug auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafrechtswidrigkeit nach dem europäischen Auslieferungsübereinkommen gelte dem Grundsatz, dass keine Auslieferung wegen Fiskalstraftaten Betracht kommt (Art. 5 EuAus-ÜbK). Das 2. Zusatzprotokoll modifiziere diesen Grundsatz jedoch dahingehend, dass es genüge, wenn in Deutschland vergleichbares Handeln strafbar sei. Zum Auslieferungsverkehr nach Maßgabe des europäischen Haftbefehls erläuterte *Wegner* die Besonderheit unter anderem des nur eingeschränkten Erfordernisses der beiderseitigen Strafrechtswidrigkeit. So müsse erstens bei Fiskaldelikten in Deutschland keine vergleichbare Steuer existieren und zweitens keine Prüfung der beiderseitigen Strafrechtswidrigkeit bei Katalogdelikten erfolgen. Zum Schluss stellte er fest, dass es wertungswidersprüchlich sei, dass Deutschland umso mehr Vorbehalte bei der Auslieferung geltend mache, je enger die vertraglichen Beziehungen zu diesen Ländern seien.

Daran anschließend referierte *Rechtsanwalt Dr. Grözing* über die Anforderungen an die Individualverteidigung in staatenübergreifenden Ermittlungsverfahren am Beispiel USA und Deutschland. Er leitete seinen Vortrag damit ein, dass ihm im Rahmen der Verteidigung im Zusammenhang mit dem Dieselskandal immer wieder Fragestellungen begegneten, weil er als Strafverteidiger in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt an mehreren Fronten zu verteidigen habe. Dies stelle den Verteidiger vor große Herausforderungen. Die staatenübergreifende Strafverteidigung biete aber gleichzeitig auch Chancen. Zu Beginn einer staatenübergreifenden Strafverteidigung sei zu fragen, ob es überhaupt ein Strafverfahren im Ausland gebe, ob dieses Strafverfahren den eigenen Mandanten auch dann tangiere, wenn das Verfahren gegen ihn in Deutschland bereits rechtskräftig beendet wurde und welche Gefahren drohen könnten. In Bezug auf die USA sei zu bedenken, dass es ein allgemeines völkerrechtliches Doppelbestrafungsverbot nicht gebe. In diesem Zusammenhang sollte der Verteidiger stets die Möglichkeit der Anrechnung einer im Ausland

verbüßten Strafe gemäß § 51 Abs. 3 StGB und § 153c StPO im Blick haben, der die Möglichkeit der Einstellung im Falle einer Auslandsverurteilung vorsehe. Gerade im Verhältnis Deutschland – USA müsse darüber hinaus berücksichtigt werden, dass wegen der dort stark ausgeprägten Vergleichs- und Kooperationskultur Gefahren für den eigenen Mandanten auch von Seiten des Unternehmens drohen könnten. Unternehmen seien in den USA häufig darauf angewiesen, sich einen sog. Cooperation Credit zu erarbeiten, um in den Genuss eines „Deals“ mit der Staatsanwaltschaft zu kommen. Grundlage für den Erhalt eines solchen Cooperation Credits sei die vollumfängliche Kooperation des betroffenen Unternehmens. So könnte zum Beispiel alles, was der Mandant im Rahmen einer internen Untersuchung gegenüber den Unternehmensanwälten äußert, an das Department of Justice (DOJ) weitergeleitet und schlussendlich gegen sie verwendet werden. Sodann erklärte *Grözinger* das Non Prosecution Agreement (NPA), das Deferred Prosecution Agreement (DPA) und das Cooperation Agreement oder Plea Agreement. Das NPA sei mit den §§ 153, 153a StPO und das Cooperation Agreement mit der Kronzeugenregelung nach § 46b StGB vergleichbar.

Grözinger führte weiter aus, dass eine Kooperation in den USA über das sog. Proffering funktioniere, was bedeute, dass entweder der Verteidiger im Wege eines Attorney Proffers oder der Mandant im Wege eines Client Proffers dem DOJ Informationen anbiete. Wichtig sei zu wissen, dass in den USA – anders als in Deutschland – auch Beschuldigte im Rahmen ihrer Einlassungen gegenüber einer Bundesbehörde eine strafrechtlich abgesicherten Wahrheitspflicht haben. Falschaussagen würden wegen Obstruction of Justice oder konkreter Making of False Statement mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bestraft. Faktisch handele es sich hierbei um einen „Catch-all“, also einen Auffangstrafatbestand. *Grözinger* empfahl, dem Mandanten von Reisen außerhalb der Bundesrepublik strikt abzuraten, wenn er möglicherweise Target in einem US-Strafverfahren sei, weil andere EU-Staaten nach dem zwischen der USA und der EU geschlossenen Auslieferungsabkommen zur Auslieferung von Unionsbürgern verpflichtet seien.

Zum Schluss vertrat *Grözinger* die These, dass sämtliche Vernehmungen durch nationale Strafverfolgungsbehörden im Rahmen des sog. Diesel-Skandals unverwertbar seien, an denen US-amerikanische Ermittler teilnahmen. Der deutsch-amerikanische Rechtshilfevertrag lasse die Anwesenheit von Bundesagenten des DOJ in Zeugenvernehmungen zwar ausdrücklich zu. Problematisch sei aber, dass der Anwendungsbereich der Delikte der Obstruction of Justice und konkret der des Making of False Statement nach US-Recht extraterritorial ausgelegt werde. Dies führe dazu, dass sich Zeugen und Beschuldigte in einer deutschen Vernehmung, die unter Anwesenheit von Bundesagenten des DOJ durchgeführt wird, nach US-Recht strafbar machen können. So schaffe die deutsche Staatsanwaltschaft für die Betroffenen aufgrund des massiven Strafverfolgungsrisikos eine faktische Wahrheitspflicht, die mit dem deutschen Strafverfahren unvereinbar und die aufgrund des damit einhergehenden Geständnisdrucks als unzulässiger Zwang im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 2 StPO zu werten sei.

In dem dritten Vortrag des zweiten Panels berichtete *Rechtsanwalt Dr. Neuber* ebenfalls am Beispiel Deutschland und USA über die Anforderungen an die Unternehmensverteidigung in staatenübergreifenden Ermittlungsverfahren. Nach der Definition staatenübergreifender Ermittlungsverfahren stellte er die These auf, dass nicht das Ziel der Unternehmensverteidigung das staatenübergreifende Ermittlungsverfahren außergewöhnlich mache, sondern der Umstand, dass eine Vielzahl ungewohnter Faktoren den Weg dorthin erheblich erschweren können. So sei überhaupt zunächst ein potentiell staatenübergreifendes Ermittlungsverfahren zu identifizieren. Hierzu sei zu ergründen, ob es Anhaltspunkte für grenzüberschreitende „Tatorte“ gebe, ob der Mandant grenzüberschreitend operiere oder ob es Mutter-, Tochter- oder Partnerunternehmen gebe, welche im Ausland tätig seien und in den Vorgang involviert sein könnten. Weiter sei zu fragen, ob es personelle Verflechtungen zu ausländischen verbundenen Unternehmen oder Anhaltspunkte dafür gebe, dass Rechtshilfeersuchen gestellt worden seien. Im Rahmen einer Akutberatung und –verteidigung bei Zwangsmaßnahmen sei zu berücksichtigen, dass nach § 110 Abs. 3 StPO der Zugriff auf räumlich getrennte Server möglich sei und die Befugnisse an der deutschen Grenze nur dann enden würden, wenn der Server nicht in einem Staat der Cybercrime Convention belegen sei und der Berechtigte nicht zustimme. Deshalb sei zumindest im Rahmen der Akutberatung zunächst zu empfehlen, eine entsprechende Zustimmung nicht zu erteilen.

Sodann referierte *Neuber* zur Findung der Verteidigungsstrategie und der Grundfrage, ob kooperiert oder streitig verteidigt werden soll. Hierbei sei unter anderem zu berücksichtigen, dass eine Kooperation Risiken beinhalte und ausländische Beschlagnahmeregeln größeren Schutz böten als nationale. Beispielhaft sei das US-amerikanische Legal Privilege. Das darüber hinaus existierende Attorney Client Privilege schütze die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant im Zusammenhang mit einer rechtlichen Beratung. Die sog. Work Product Doctrine umfasse den Schutz der Dokumente, die der Anwalt in Erwartung eines Rechtsstreits erstelle. Es drohe allerdings der Verlust des Schutzes bei der freiwilligen Herausgabe zum Beispiel an Dritte. Die Folge könne dann die Heraus- bzw. Weitergabe an das DOJ (Subpoena) oder an die Gegenseite im US-amerikanischen Zivilverfahren (Pre Trial Discovery) sein. Sei die Herausgabe allerdings erzwungen worden, ginge der Beschlagnahmeschutz nicht verloren, weshalb der Angriff einer möglicherweise rechtswidrigen Beschlagnahmeanordnung geboten sei. Im Rahmen einer streitigen nationalen Verteidigung sei bei einer vorangegangenen Verfahrensbeendigung in den USA durch einen „strafprozessualen Vergleich“ (Deferred Prosecution Agreement / Non Prosecution Agreement) das Kernelement eines solchen Vergleichs zu berücksichtigen. Dieses bestehe darin, dass der so ausgehandelte Sachverhalt (Statement of Facts) auch über die amerikanische Grenze hinweg unantastbar sei. Ein In-Frage-Stellen dieses Sachverhalts könne zur Aufkündigung des Vergleichs durch das DOJ führen. Dies müsse der Verteidiger erkennen und akzeptieren. In einer solchen Konstellation bestehe eine Verteidigungsmöglichkeit darin, für die Einhaltung der deutschen Prozessregeln durch Staatsanwaltschaft – insbesondere hinsichtlich der Erhebung unmittelbarer Beweise – zu streiten. Im Stadium der Verfahrensbeendigung seien dann insbesondere „Verhandlungen“ zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft hinsichtlich Höhe der Unternehmensgeldbuße zu führen. Hierbei sei insbesondere die Anrechnung ausländischer vollstreckter Strafen nach § 51 Abs. 3 StPO analog zu diskutieren. Aufgrund der Separate Sovereign Doctrine würden derartige verfahrensbeendenden Gespräche in den USA keine Geltung beanspruchen.

Zuletzt stellte *Neuber* im Rahmen des Ausblicks auf den VerSanG-E dar, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs des VerSanG auf Auslandstaten (ausländischer Mitarbeiter des deutschen Unternehmens begeht Straftat im Ausland) zu noch mehr parallelen Ermittlungsverfahren führen könne. Darüber hinaus würden die erheblichen Kooperationsanreize für Unternehmen wie zum Beispiel die Sanktionsmilderung um bis zu 50 % die Ausrichtung der globalen Verteidigungsstrategie vor noch größere Herausforderungen stellen.

In der anschließenden Diskussion beantwortete *Grözinger* die Frage, warum die Aussagen im Dieselverfahren im Rahmen einer Vernehmung durch einen deutschen Staatsanwalt unverwertbar sein sollen, nur weil Ermittler des DOJ anwesend waren, mit dem massiven Geständnisdruck. Zwar nehme der Rechtshilfevertrag mit den USA hierzu nicht ausdrücklich Stellung, allerdings gelte in diesem Verhältnis die Grundregel, dass alles erlaubt sei, was nicht verboten ist. Aus dem Plenum wird in diesem Zusammenhang die Parallele zu den Aussagen des Beschuldigten in der Hauptverhandlung für den Fall gezogen, dass eine Adhäsionsklage anhängig sei. In dieser Konstellation könne der Beschuldigte auch in Deutschland wegen einer falschen Aussage wegen Prozessbetruges verfolgt werden.

Zum Vortrag von *Wegner* wurde sodann angemerkt, dass es sich nur um einen scheinbaren Wertungswiderspruch handle, wenn ausgeführt werde, dass der vertragslose Auslieferungsverkehr leichter funktioniere als der Innereuropäische. Hierdurch sei über den Einzelfall noch nichts gesagt und es ergäben sich eben engere Regeln, wenn lange und viel zusammengearbeitet werde. Diesem Einwand würde *Wegner* allerdings nur zustimmen, wenn Deutschland ein Wahlrecht hätte. Der BGH und die OLG würden allerdings immer wieder entscheiden, dass es ein Wahlrecht nicht gebe. Der Wertungswiderspruch beziehe sich auch nur auf solche Staaten, die die engeren Voraussetzungen haben. Auf die Auslieferungshindernisse mit der Schweiz angesprochen, führte *Wegner* weiter aus, dass von dem ordre public als Auslieferungshindernis zum Beispiel mit der Schweiz von Deutschland kein Gebrauch gemacht werde. Von der Schweiz hingegen schon. Deutschland mache das über die Haftbedingungen. Nach der Rechtsprechung der OLG sperre der Vertrag das IRG.

An *Grözinger* wurde sodann die Frage gerichtet, ob in transnationalen Verfahren der Arbeitgeber nicht immer der Feind des Mitarbeiters sei und der Mitarbeiter hierüber auch zu belehren sei. *Grözinger* antwortete, dass es auf die konkrete Unternehmenskultur und auf die Frage ankomme, wie lange ein Mitarbeiter im Unternehmen nach Maßgabe der Business Judgement Rule noch haltbar sei. Es komme aber auch vor, dass sich Unternehmen

schützend vor die Mitarbeiter stellen. Hingewiesen werden sollte auf den internationalen Bezug aber schon.

Sodann wurde an *Neuber* die Frage gerichtet, ob die mündliche Übermittlung von Informationen zum Verlust des Legal Privilege führe, was *Neuber* bejahte. Dies sei in den USA bereits gerichtlich entschieden.

Danach gefragt antwortete *Wegner*, dass ihm keine Statistik bekannt sei, dass es in Bezug auf die OLG-Bezirke verschiedene Praktiken hinsichtlich der internationalen Rechtshilfe gibt.

Nach den Folgen des VerSanG in Bezug auf die Individualverteidigung gefragt, antwortete *Grözinger*, dass sich bis auf einige Änderungen hinsichtlich der Beschlagnahme nicht viel ändern würde. Das VerSanG habe kaum Folgen und Wirkungen für die Individualverteidigung. *Neuber* ergänzte, dass die Verfolgung von Individuen wegen der verstärkten Möglichkeit von Einstellungen nach § 153a StPO zurückgehen könnten und sich vielleicht mehr auf die Unternehmen konzentriert werde. Möglicherweise verfolge das VerSanG maßgeblich fiskalische Interessen.

Aus dem Plenum wurde abschließend angemerkt, dass die Unterlassensstrafbarkeit durch das VerSanG immer weiter ausgebaut werde. Das VerSanG verschärfe die Haftung nicht nur für den Vorstand und die Aufsichtsebene, sondern auch für die Ebene darunter. Auf diese Weise ließe sich in einem Unternehmen immer und überall irgendeine Verantwortung begründen.

III. Panel III: Rechtsgutachten und Strafbarkeit von Berater und Beratenem im Wirtschaftsstrafrecht

Das dritte Panel zu Rechtsgutachten und der Strafbarkeit von Berater und Beratenem im Wirtschaftsstrafrecht wurde von *Rechtsanwalt Lepper, LL.M.* moderiert. Zunächst referierte *Prof. Dr. Paul Krell* zu der Strafbarkeit des Gutachters und Rechtsberaters im Wirtschaftsstrafrecht. *Krell* führte zunächst als mögliche Auskunftspersonen den Rechtsanwalt, Syndikus und Hochschullehrer an und erläuterte den Begriff des Rechtsrats als Oberbegriff für die Rechtsauskunft und Rechtsberatung einschließlich dem erstellen von Gutachten. In der bisherigen Diskussion stehe eindeutig der Fokus auf der Beihilfestrafbarkeit mit der Folge, dass die Erscheinungsformen der Anstiftung und mittelbaren Täterschaft weitgehend ausgeblendet würden. Als Ausgangsthese formulierte er, dass die Berufsfreiheit nach einer restriktiven Lösung verlange, die ein unangemessenes Strafbarkeitsrisiko verhindere und die strenge Rechtsprechung zu vermeidbaren Verbotsirrtümern ein entsprechendes Bedürfnis schaffe. Weiter formulierte er, dass die rechtsberatenden Berufe grundsätzlich alle Beteiligungsformen verwirklichen könnten und das Restriktionsbedürfnis unabhängig von der Beteiligungsform bestehe. Schließlich hänge die Frage, welche Beteiligungsformen in Betracht kommen, maßgeblich von der Art des Irrtums ab, der bei der auskunftersuchenden Person entstehe. Auch hiervon solle aber das Strafbarkeitsrisiko nicht abhängen. Was die Strafbarkeit des Gutachters und Rechtsberaters im Wirtschaftsstrafrecht anbelangt, so sei die Berufsfreiheit auch durch die Rechtsprechung zur Strafverteidigung und § 258 StGB sowie durch die Rechtsprechung zum Verteidigerhonorar und § 261 StGB betroffen. Die Berufsfreiheit sei auch einschlägig bei der jüngeren Rechtsprechung zu Abmahnschreiben. Der BGH habe hier allerdings zum Teil kein hinreichendes Problembewusstsein. In Bezug auf die Bejahung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums sei der BGH sehr zurückhaltend. Insofern gelte der Grundsatz, dass im Zweifel Rechtsrat einzuholen sei. Dann dürfte allerdings der Zugang hierzu nicht durch ein unangemessenes Strafbarkeitsrisiko verengt werden.

Am Fallbeispiel Putz (BGHSt 55, 191) erklärte *Krell*, dass die angenommene Mittäterschaft des Gutachters zweifelhaft und wegen des Verbotsirrtums auch mittelbare Täterschaft denkbar sei. Jedenfalls sei aber wegen der limitierten Akzessorietät auch Anstiftung oder Beihilfe möglich. Die objektiven Ansätze der Teilnahmedogmatik (Theorie der Sozialadäquanz, Theorie der professionellen Adäquanz und deliktischer Sinnbezug) zeigten insoweit keine großen Unterschiede. Der subjektive Ansatz, der einen Talentförderungswillen fordere, sei zwar strafrechtsdogmatisch unterlegen. Allerdings werde sich eine Theorie der Sozial-/professionellen Adäquanz ohne Berücksichtigung der subjektiven Seite kaum entwickeln lassen. In Bezug auf die Bewertung des Rechtsrats stellte *Krell* fest, dass die allgemei-

nen Lehren nicht ohne weiteres passen würden. So gehe es bei den subjektiven Ansätzen um das subjektive Verhältnis zum Sachverhalt und die Auskunftspersonen wisse bei Rechtsrat immer genau, was die auskunftersuchende Person tun werde. Insofern wäre eine eigenständige Theorie der Adäquanz erforderlich, die andere Schwerpunkte setze. Bei der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe sei jedenfalls zweifelhaft, dass in der Regel nur Beihilfe erwogen werde. Dies sei nur überzeugend, wenn die auskunftersuchende Person ohnehin fest zur Tat entschlossen sei, was wohl nicht dem Regelfall entsprechen dürfte. Sei der Ratsuchende allerdings nur zur Tat geneigt, könne er durch den Rechtsrat durchaus zur Tat bestimmt werden. Zur Einordnung des Gutachters in die Kategorie der mittelbaren Täterschaft führte *Krell* aus, dass in der Regel ein Strafbarkeitsdefizit gegeben sei, wenn beim Tatmittler z.B. nur ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliege. An der dann in Betracht kommenden Irrtumsherrschaft fehle es nur, wenn die auskunftersuchende Person unabhängig von der Auskunft sowieso handeln werde. Mache die auskunftersuchende Person die Entscheidung dagegen tatsächlich von der Auskunft abhängig, liege Tatherrschaft nahe. Dies gelte nach *Krells* Auffassung auch dann, wenn man mit *Roxin* auf die Hervorberufung des Tatentschlusses und nicht des Irrtums abstelle. Hier schlage die Abgrenzungsfrage zwischen Anstiftung und Beihilfe auf die mittelbare Täterschaft durch. In der Regel werde die Auskunftsperson auch um die Tatherrschaft wissen.

Daran anschließend skizzierte *Krell* die Lösung, dass zum einen ein Restriktionsbedürfnis nur bei Bezug zu einer rechtsberatenden Tätigkeit bestehe und es grundsätzlich an einer Täuschung über Tatsachen fehle. Zum anderen könne Rechtsrat nur eingeschränkt unrichtig sein. In den primär interessierenden Grenzfällen geht es in der Regel um normative Aussagen über das Recht, bei denen Letztbegründungen nicht möglich seien und daher Rechtsrat in dieser Konstellation – anders als bei deskriptiven Aussagen über das Recht – grundsätzlich auch nicht unrichtig sein könne. *Krell* schloss seinen Vortrag mit dem Fazit, dass eine Strafbarkeit auf dieser Grundlage allenfalls in Extremfällen in Betracht komme und hierdurch eine angemessene Restriktion erreicht werde. Die Lösung stünde auch im Einklang mit der Berufsfreiheit. In solchen Extremfällen läge in der Regel ein Irrtum der auskunftersuchenden Person und damit Tatherrschaft der Auskunftspersonen vor, was zu einem Gleichlauf der Beteiligungsformen führe.

Im Anschluss daran beleuchtete *Akad. Rätin a. Zt. Dr. Andrea Busch* die Strafbarkeit des Beratenen trotz entlastendem Rechtsrat. Dabei differenzierte sie nach Fällen echter Fehlberatung und solchen der Beratung über ein sogenanntes Regelungsdefizit. Bei den Fällen der echten Fehlberatung sei zunächst auf erster Stufe das Vorliegen eines Irrtums zu prüfen. Die Fehlvorstellung des Ratsuchenden sei je nach Bezugspunkt bei einem rechtlichen Irrtum als Tatumstands- bzw. Verbotsirrtum und bei einem tatsächlichen Irrtum als Tatumstands-, Erlaubnistatumstands- und Entschuldigungstatumstandsirrtum zu klassifizieren. Die Abgrenzung der Irrtumsvorschriften sei z. B. bei Fehlvorstellung über die Reichweite von Blankettnormen teilweise streitig. Problematisch sei die Frage, ob ein Irrtum auch dann vorliege, wenn der Beratene nach Auskunftseinholung noch Zweifel habe. Der BGH verneine einen Verbotsirrtum, wenn die Rechtswidrigkeit für möglich erachtet und billigend in Kauf genommen worden sei (sogenannte bedingte Unrechtseinsicht). Dies werde aus verschiedenen Richtungen kritisiert. So sei zum einen das voluntative Element der Unrechtseinsicht an sich zweifelhaft und zum anderen würden die Anforderungen an das kognitive Element zum Teil für zu niedrig erachtet. Als eigene Lösung schlug *Busch* vor, einen Irrtum dann zu bejahen, wenn und solange der Ratsuchende dem Ratgeber und dessen fachlicher Auskunft noch grundsätzlich Vertrauen schenke (sogenannter Beratungsvertrauensirrtum). Auf diese Weise würden identische Grundsätze für Verbots-, Tatumstands- und Entschuldigungstatumstandsirrtümer gelten und die informationelle Abhängigkeit des Ratsuchenden berücksichtigt. Problematisch sei ferner die Annahme eines Irrtums, wenn der Beratene die außerstrafrechtliche Rechtswidrigkeit kenne. Diese Frage sei sehr streitig. Der BGH verneine einen Irrtum, wohingegen die andere Ansicht gut vertretbar sei, weil der Beratene schon dann eine Privilegierung verdient habe, wenn er sich jedenfalls vergewissert habe, dass sein Vorhaben nicht strafbar sei.

Auf zweiter Stufe prüfte *Busch* sodann die Rechtsfahrlässigkeit bzw. Vermeidbarkeit des Irrtums. Diese 2. Stufe werde dogmatisch unterschiedlich eingebunden. Einerseits als sekundäre selbstständige Fahrlässigkeitsprüfung, sofern die Fahrlässigkeit strafbar sei und andererseits sollen die Irrtümer nur beachtlich sein, wenn diese unvermeidbar seien. Trotz dieser unterschiedlichen Dogmatik bestünden im Wesentlichen übereinstimmende Kriterien

bzw. Maßstäbe. Der BGH arbeite beim Verbotsirrtum mit einem Textbaustein. Ein berechtigtes Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft bestehe jedenfalls dann, wenn es sich aus Tätersicht um eine verlässliche Auskunftsperson und eine verlässliche Auskunft handele. Der Ratsuchende habe den Ratgeber hingegen auf äußere Anhaltspunkte bzw. Warnsignale auf Basis der allgemeinen Lebenserfahrung hin zu überprüfen. In der Regel werde die inhaltliche Unrichtigkeit der Auskunft für den Ratsuchenden nicht erkennbar sein. Im Zivilrecht verlange der BGH eine Plausibilitätsprüfung, was auf das Strafrecht übertragen werden könne. Grundsätzlich gelte aber die Regel, dass die gebotene Prüfungsintensität hinsichtlich der Plausibilität der Auskunft umso geringer sein könne je höher der Verlässlichkeitsgrad der Auskunftspersonen sei. Insofern gelte ein objektiviert-subjektiver Maßstab der Sorgfalt des Ratsuchenden in der Form, dass zu der Erkennbarkeit für jedermann oder für Angehörige des jeweiligen Verkehrskreises die individuellen Möglichkeiten des Ratsuchenden berücksichtigt werden müssen. Insofern bestünde eine Parallele zum Maßstab in § 9 Abs. 2 öStGB und der Rechtsprechung des OGH.

Sodann stellte *Busch* die Definition der Plausibilitätskontrolle des BGH dar. Einleitend zu den Fällen der Beratung über ein sogenanntes Regelungsdefizit definierte sie zunächst den Begriff des Regelungsdefizits, wonach ein unklarer Gesetzestext und eine fehlende oder uneinheitliche Präzisierung in der Rechtsprechung erforderlich sei. Insofern sei in Bezug auf die Schutzwürdigkeit des Ratsuchenden zu berücksichtigen, dass der Staat zwar einerseits die unklare Rechtslage verursacht habe, andererseits aber ein genereller Freibrief rücksichtsloses Austesten rechtlicher Grenzbereiche auf Kosten der jeweils geschützten Rechtsgüter fördern würde. Die Behandlung einer unklaren Rechtslage unabhängig von einer Beratung sei in der Rechtsprechung uneinheitlich. *Busch* schlug eine Lösung über die Schutzwürdigkeit vor, die in Prognosefällen, d. h. wenn der Ratgeber eine bestimmte zukünftige Rechtsprechungslinie prognostiziere, zu bejahen sei. In Fällen ergebnisoffener Beratung sei die Schutzwürdigkeit hingegen nur dann nicht abzulehnen, wenn ein Abwarten unzumutbar wäre.

Zum Schluss ihres Vortrages schilderte *Busch* den dogmatischen Anknüpfungspunkt des Verantwortungsausschlusses. Der Ansatz der Rechtsprechung und Teilen der Literatur, über die strafrechtlichen Irrtumsvorschriften zu gehen, werde kritisiert, weil aus einem an sich objektiven Problem ein subjektives gemacht werde. Eine andere Ansicht wolle das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG heranziehen. Dieser Ansatz sehe sich allerdings der Kritik einer pauschalen Entlastung des Ratsuchenden ausgesetzt, die keine Differenzierung ermöglichen. Dies führe *Busch* zu dem Ergebnis, dass *de lege ferenda* ein spezieller Schuldausschlussgrund geschaffen werden müsse.

Das dritte Panel endete mit dem Vortrag von *Rechtsanwalt Sven Diener* zu dem Umgang mit Grenzen der Beratung in der Praxis. Nach einer kurzen Einleitung in die Thematik skizzierte *Diener* die möglichen Ziele einer Beratung. So könne der Mandant eine umfassende rechtliche bzw. strafrechtliche Bewertung eines Sachverhalts oder auch nur eine punktuelle (straf-) rechtliche Bewertung von Einzelfragen wünschen, die Bestandteil eines umfassenderen Sachverhalts sind. Dem Mandanten könne es aber auch nur um die Bestätigung der Zulässigkeit eines bestimmten Handelns oder Vorhabens gehen. Hinsichtlich des Umfangs der anwaltlichen Beratungspflichten werde in einer Reihe von zivilgerichtlichen Entscheidungen zur Frage der Anwaltshaftung hinsichtlich des Umfangs der anwaltlichen Beratungspflichten auf das jeweilige Mandatsverhältnis abgestellt. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 2485) gelte, dass der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet sei, soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gebe, dass er Rat nur in einer bestimmten Richtung bedarf. Der Rechtsanwalt habe den Mandanten in den Grenzen des Mandats diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet seien, und Nachteile für den Auftraggeber verhindern, soweit solche vorhersehbar und vermeidbar sind. Dazu habe er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist. Damit treffe den Rechtsanwalt zwar grundsätzlich eine Pflicht zur umfassenden – d.h. rechtsgebietsübergreifenden – Beratung. Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richte sich allerdings gleichwohl nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls. Das von der Rechtsprechung definierte Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung bestehe deshalb darin, dem Mandanten eigenverantwortliche sachgerechte Entscheidungen in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen.

Zu den Problemen einer Beschränkung der Beratung auf einzelne Fragestellungen führte *Diener* aus, dass eine Berufung des Ratsuchenden auf einen Irrtum nur möglich sei, wenn dieser den Berater umfassend über den Sachverhalt in Kenntnis gesetzt und einen Auftrag zur umfassenden Begutachtung erteilt habe. Nach Maßgabe der Rechtsprechung (BGH ZWH 2015, 243, 245) könne von einem juristischem Laien hingegen regelmäßig nicht erwartet werden, dass er die relevanten Rechtsfragen korrekt formuliere. Deshalb habe der Berater auch außerhalb des Auftrags liegende Rechtsfragen in den Blick zu nehmen, soweit diese für Begutachtung von Relevanz seien. In Bezug auf eine mögliche Pflicht des Beraters zur Erweiterung des Prüfungsumfanges sprach sich *Diener* dafür aus, eine solche Erweiterungspflicht nur dann anzunehmen, wenn die Berücksichtigung weiterer Aspekte möglicherweise zu einer Veränderung der kernstrafrechtlichen Bewertung führe. Eine Erweiterungspflicht lehne er allerdings dann ab, wenn es sich lediglich um eine Erweiterung der Haftungsrisiken im außerstrafrechtlichen Bereich handle. Im Rahmen der Beratung seien jene Fälle problematisch, in denen eine klare Aussage über eine potentielle strafrechtliche Relevanz des geplanten Handelns mangels gesicherter Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Begutachtung nicht möglich sei. Hier besteht insbesondere die Gefahr von Rückschaufehlern bei einer nachträglichen anderen Bewertung durch die Ermittlungsbehörden. Dies dürfe aber nicht dazu führen, bei unklarer Rechtslage stets das rechtlich denkbare worst-case-Szenario zum Maßstab des Handelns zu erklären.

Zum Inhalt des Gutachtens erklärte *Diener*, dass sich die Würdigung grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren habe. Eine abweichende oder im Ergebnis unzutreffende rechtliche Bewertungen bei Erteilung einer reinen Rechtsauskunft werde von der Rechtsprechung jedoch akzeptiert, wenn dem Rat nicht nur eine „Feigenblattfunktion“ im Sinne eines Gefälligkeitsgutachtens zukomme, die Begutachtung objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgte sowie der Anwalt von der Straflosigkeit des Verhaltens nach umfassender Abwägung nach bestem Wissen und Gewissen überzeugt sei. Problematisch seien zudem die Fälle, in denen die Rechtsauskunft um eine Handlungsempfehlung erweitert werde. Hier bestehe mit Blick auf die Rechtsprechung das Risiko, dass die Handlungsempfehlung nicht mehr in den Bereich der sogenannten neutralen Handlung falle. Insbesondere dann nicht, wenn die Empfehlung für eine risikoreichere Alternative auf einer wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägung beruhe und hierdurch tatsächliche Risiken relativiert würden.

Zum Schluss seines Vortrages gab *Diener* eine Empfehlung für die Ausgestaltung eines neutralen Gutachtens. Hierzu sei die innere Unabhängigkeit und Objektivität des Beraters ebenso wichtig wie die Berücksichtigung der Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit. Die Begutachtung habe darüber hinaus auf der Grundlage eines vollständigen Sachverhalts zu erfolgen und die Vertrauenswürdigkeit des Gutachtens zu gewährleisten. Schließlich seien keine Handlungsempfehlungen aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen abzugeben. Eine Strafbarkeit des Beraters werde bei Berücksichtigung dieser Grundsätze auch dann regelmäßig abzulehnen sein, wenn sich im Nachgang herausstellen sollte, dass die seinerzeit erteilte Rechtsauskunft ex post anders zu bewerten sei.

In der abschließenden Diskussion wurde *Krell* gefragt, ob es einen unvermeidbaren Verbotssirrtum beim Gutachter gebe. *Krell* beantwortete die Frage dahingehend, dass entsprechende Fälle jedenfalls sehr selten sein dürften. Vorstellbar wäre dies jedenfalls, wenn der Gutachter trotz gründlichster Recherche eine Gerichtsentscheidung übersehen habe. Nach einer Strafbarkeit des Gutachters wegen Mittäterschaft gefragt antwortete er, dass grundsätzlich alle Beteiligungsformen verwirklicht werden könnten. Die Fälle der mittelbaren Tätigkeit seien allerdings auf Extremfälle beschränkt. *Busch* ergänzte, dass ein Irrtum auch dann bejaht werden müsse, wenn der Beratene trotz Vertrauen auf den Berater „Bauchgrummeln“ habe. Es dürfe nicht per se schädlich sein, sich Gedanken zu machen. Aus dem Plenum wurde der Vorschlag geäußert, zur Auflösung der Problematik ein sog. Rechtsklärungsverfahren einzuführen. Es bestünde allerdings heute schon das Problem, dass Behörden in vielen Fällen die Auskunft verweigern würden. Problematisch sei weiter, dass es in Deutschland kein Case Law gebe. Möglicherweise sei eine größere Bindungswirkung von Gerichtsurteilen wünschenswert.

Ende der Veranstaltung

Die Rechtsanwälte *Dr. Alexander Paradissis* und *Dr. Max Schwerdtfeger* bedankten sich bei allen Referenten, Moderatoren und Teilnehmern. Sie fassten zusammen, dass alle viel praktisch Relevantes und zugleich wissenschaftlich Fundiertes haben lernen und mitnehmen können. Damit sei nahtlos an die vergangene Veranstaltung angeknüpft worden.

Internationales Strafrecht

Rechtsreferendar Peter-Jan Solka, Hamburg

9. Herbsttagung WisteV/Bucerius Law School -Tagungsbericht

Die neunte Herbsttagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und der Bucerius Law School fand am 18. Oktober 2015 unter der Überschrift „Grenzenlose Strafverfolgung? Wirtschaftsstrafrecht mit internationalen Bezügen“ statt.

Redner waren in diesem Jahr Oberstaatsanwalt Carsten Boddin (Wirtschafts- und Steuerabteilung, Staatsanwaltschaft Hamburg), Oberstaatsanwalt Ingo Plewka (Vermögensabschöpfung u.a., Staatsanwaltschaft Kiel), Lloyd Firth (Senior Associate, WilmerHale, London, GB) sowie Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale) (Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts, Universität Zürich).

Der Vortrag von Oberstaatsanwalt Boddin mit dem Titel „Up, Up and Away... – Schwierigkeiten der Strafverfolgung bei Auslandssachverhalten insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren“ thematisierte die Probleme, die sich bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden ergeben, anhand von anschaulichen Fällen aus der staatsanwaltlichen Praxis. Sollte eine internationale Zusammenarbeit notwendig werden, sei entscheidend, einen persönlichen Kontakt mit einem direkten Ansprechpartner bei der ausländischen Behörde herzustellen. Ansonsten käme es immer wieder zu Koordinationsschwierigkeiten oder Fehleinschätzungen, wie er am Beispiel eines großen Biersteuerverfahrens festmachte, in dem die britischen Behörden zunächst den deutschen Haftbefehl gegen den Hauptverdächtigen vollstreckten, diesen dann aber wieder auf freien Fuß setzten. Fazit: Der Hauptverdächtige flüchtete, angeklagt wurden nur die drei deutschen Beteiligten. Darüber hinaus sprach sich Oberstaatsanwalt Boddin eindringlich dafür aus, trotz der im öffentlichen Dienst herrschenden Personalknappheit in Fällen mit internationalem Bezug stets eine Person als „Koordinator“ abzustellen. Dieser solle mit dem „Tagesgeschäft“ möglichst wenig in Berührung kommen, da sonst oft eine Eigendynamik entstehe, die allen Beteiligten den Überblick raube. Diese Dynamik führe zu Fehlern, die den Erfolg der Ermittlungen oftmals vereitelten.

Der Vortrag von Oberstaatsanwalt Plewka mit dem Titel „Wenn die Beute erst einmal in Luxemburg ist... – Internationale Vermögensabschöpfung“ befasste sich mit der Frage, wie deutsche Behörden Zugriff auf im Ausland befindliche Vermögen erhalten könnten. Dabei stellte er seinem Vortrag folgende Prämisse voran: „Wenn es nicht gerade Europa ist, wird's verdammt schwer.“ Insbesondere bei Verfahren im Bereich der organisierten Kriminalität blieben Rechtshilfeersuchen an außereuropäische Staaten oftmals unbeantwortet oder eine Antwort käme, wenn die Ermittlungen bereits lange abgeschlossen seien. Oberstaatsanwalt Plewka stellte weiter die Grundlagen der Rechtshilfe innerhalb der EU und die verschiedenen Geschäftswege dar. Vor dem Hintergrund des geringen erforderlichen Prüfungsstandards innerhalb der EU appellierte er an die Anwaltschaft, aus rechtsstaatlichen Gründen darauf hinzuwirken, dass von den deutschen Behörden vor Gewährung von Rechtshilfe immer auch alle dem Ersuchen zugrundeliegenden Unterlagen angefordert würden. Probleme bei der internationalen Vermögensabschöpfung sah er insbesondere im besonderen Eilbedarf, Zuständigkeitskonflikten und den Schwierigkeiten, Vermögensverschiebungen in Echtzeit nachzuvollziehen. Auch er unterstrich, wie wichtig es sei, mit den ausländischen Behörden Hand in Hand und auf persönlicher Ebene zusammenzuarbeiten. Ansonsten käme es oft zu teilweise absurden Ergebnissen, wie er am Beispiel eines grenzüberschreitenden illegalen Arzneimittelhandels verdeutlichte. Dort hatten die deutschen Behörden über Jahre mit Unterstützung der niederländischen Behörden ermittelt und auch

diverse Arreste erwirkt, über die allerdings von niederländischer Seite kaum Auskunft erteilt wurde. Den deutschen Behörden übergeben wurde lediglich etwas beschlagnahmter „Elektroschrott“. Für große Verwunderung sorgte daher die Anfrage der niederländischen Behörden – 5 Jahre nach Vollstreckung der ersten Arreste und nach Ergehen der ersten deutschen Urteile – was denn nun eigentlich mit den arrestierten Immobilien und den umfangreichen Gehaltspfändungen geschehen solle.

In seinem Vortrag mit dem Titel „It should in principle be kept confidential... – International effects of internal investigations – an exterior view“ ging Lloyd Firth in englischer Sprache auf den Problembereich Interne Ermittlungen ein. Besonderes Augenmerk legte er dabei auf die Interviews der Beschäftigten, diese seien in der britischen Diskussion aktuell das „lightning rod problem“. Hier müsse sich der Anwalt stets klarmachen: „We do not represent them!“. Die erhaltenen Informationen seien zwar „privileged“, allerdings bestehe dieser Schutz nur im Verhältnis zwischen Anwalt und dem Unternehmen als Mandant, weswegen auch allein das Unternehmen entscheiden könne, auf diesen Schutz zu verzichten und die gesammelten Unterlagen und Erkenntnisse den Behörden zu übergeben. Es sei daher angezeigt, den befragten Mitarbeiter auf diesen Umstand hinzuweisen und ihn auch über mögliche strafrechtliche Konsequenzen seiner Aussage gegenüber dem internen Ermittler aufzuklären. Dies sei allerdings von den Behörden oft nicht gern gesehen, die natürlich an einer möglichst offenen und unbeschwertem Aussage des Mitarbeiters gegenüber den internen Ermittlern interessiert seien. Besonders wichtig sei daher die Planung, wie und wann die Behörden ins Boot zu holen seien, oder, wie Mr. Firth es ausdrückte „Here is where my boss earns his money.“

Den abschließenden Vortrag im von ihm selbst als „graveyard slot“ bezeichneten letzten Zeitraum vor Feierabend hielt Prof. Dr. Meyer von der Universität Zürich. Unter der Überschrift „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser! – Verteidigung gegen einen EU-Haftbefehl – Europäische Grundrechte und Richtervorbehalt“ beschäftigte er sich mit den praktischen und vor allem rechtsstaatlichen Problemen in der Handhabung des europäischen Haftbefehls. Diesem liege ganz essentiell das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zugrunde. Der Rechtsschutz erfolgte geteilt zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat. Dieses gegenseitige Vertrauen werde aber dadurch strapaziert, dass kein europaweit harmonisierter Verhältnismäßigkeitsbegriff existiere. Auch der Begriff der Justizbehörde sorgte immer wieder für Probleme, wie die Entscheidung des EuGH zur deutschen Staatsanwaltschaft, die mangels Unabhängigkeit keine Justizbehörde sei, gezeigt habe. Erfolgreiche Rechtsbehelfe seien meist entweder auf den gesetzlichen Richter des Art. 101 GG, oder aber auf Art. 19 Abs. 4 GG gestützt. Inhaltlich appellierte Prof. Meyer an die Anwaltschaft, diese solle dem europäischen „ordre public“ im Verfahren zur Geltung verhelfen: „Da können Sie ran, da müssen Sie ran!“. Insbesondere vor dem aktuellen Hintergrund der katalonischen Unabhängigkeitsbestrebungen liege besonderes Augenmerk auf der politischen Verfolgung, aber auch Haftbedingungen oder unerträglich harte Strafen könnten Gründe für eine Weigerung der deutschen Behörden sein, den europäischen Haftbefehl zu vollstrecken. Diese Gründe müsse aber die Anwaltschaft gegenüber den Behörden deutlich machen. Dies sei beim Blick über den Tellerrand insbesondere auch bei Auslieferungsersuchen von Staaten außerhalb der EU erforderlich, bei denen vielfach das gegenseitige Vertrauen viel zu weit gehe, obwohl eindeutige vertrauenserschütternde Tatsachen vorliegen.

EDV, IT

Wiss. Mit. Johannes Kührt, Halle (Saale)

Legal-Tech als Herausforderung und Chance im Wirtschaftsstrafrecht

Bericht zur WisteV-Veranstaltung „Legal Tech und Künstliche Intelligenz in Wirtschaftsstrafverfahren“ am 22.10.2019 in der Humboldt-Universität Berlin

Legal Tech und *Künstliche Intelligenz* – zwei Themen, die längst den Alltag von (Wirtschafts-) Strafverteidigern erreicht haben und gegenwärtig unter vielen Gesichtspunkten diskutiert werden. Umso wichtiger ist es, mit der Zeit zu gehen und sich über neue Entwicklungen in diesem Bereich zu informieren. Dies ermöglichte die Regionalgruppe Osten der WisteV un-

ter der Leitung von RA Alexander Sättele und RA Dr. med. Mathias Priewer durch die Ausrichtung einer kurzweiligen und gut besuchten Veranstaltung in Kooperation mit der Humboldt-Universität zu Berlin.

Eröffnet wurde die Veranstaltung vom Hausherrn und Dekan der Juristischen Fakultät, Prof. Dr. Martin Heger. In seiner Begrüßung betonte er die zunehmende Bedeutung von *Legal Tech*. Anhand von Beispielen entwickelte er die These, dass die fortschreitende Digitalisierung nicht nur die juristische Tätigkeit als solche revolutionieren wird, sondern auch den Strafprozess. Um hier nicht überrascht zu werden und um sich frühzeitig in die Diskussion einzubringen, seien Veranstaltungen wie die vorliegende unabdingbar. In seinem Geleitwort schloss sich RA Alexander Sättele dieser Überlegung an und hob die Notwendigkeit hervor, *Legal Tech* auch aus einem „strafrechtlichen Blickwinkel“ zu betrachten.

Den ersten Vortrag des Abends hielt RA Dr. Pierre G. Zickert zum Thema „Legal Tech – Was ist das und wo setzt man es sein?“. Zickert stellte sich zunächst dem Versuch, den Begriff *Legal Tech* zu definieren, und ordnete dann verschiedene Anwendungen systematisch in prozess- und dokumentbezogene Software-Klassen ein, wobei er seine Erfahrungen als Manager des *Legal Tech Centers* von Hengeler Mueller überzeugend einbrachte. Es wurde deutlich, dass es im Kern darum geht, interne wie externe Prozesse mithilfe von Programmen zu erleichtern, Dokumente zu generieren oder Texte zu analysieren. Für Anwender sei es besonders wichtig, zunächst genau zu analysieren, welche Handlungsabläufe in Frage kommen, bevor überhaupt eine Vereinfachung durch *Legal Tech* und damit auch eine Effizienzsteigerung stattfinden kann. Im weiteren Verlauf seines Vortrags widmete sich Zickert dem Teilbereich *Künstliche Intelligenz* (KI) und ihrem Einsatz bei *Due Diligences*. Mit einem unterhaltsamen „KI-Bingo“ und dem Resümee, dass nicht Technologie an sich disruptiv ist, sondern vielmehr ihre Effekte, schloss Zickert seinen Vortrag ab.

Im Anschluss referierte RA Dr. Lukas Ritzenhoff zur Anwendung von *Legal Tech* bei internen Untersuchungen vor wirtschaftsstrafrechtlichem oder kartellrechtlichem Hintergrund. Ritzenhoff machte dabei unter anderem auf Entwicklungen in den USA aufmerksam, von denen er durch seine Tätigkeit in einer Rechtsanwaltskanzlei in New York in diesem Jahr aus erster Hand berichten konnte. Er zeigte auf, dass die Sachverhaltsaufklärung bei internen Untersuchungen einem hohen Zeitdruck unterliegt. Um die große Menge an Daten beherrschbar zu machen, hätte sich die Anwendung von *Legal Tech* bewährt. In verschiedenen Stadien der internen Untersuchung wie der Datenauswertung, der Vorbereitung von Mitarbeiterbefragungen und der Anfertigung von Untersuchungsberichten könnten auf diese Weise die wesentlichen Informationen schnell zusammengestellt und rechtlich eingeordnet werden. Im Ergebnis werde so ein Effizienzgewinn erzielt, der sich beispielsweise in einem „Windhundrennen“ um den Kooperationsbonus – man denke an das Kartellrecht oder an FCPA-Fälle – auszahlen kann. Dann ging Ritzenhoff auf neue Entwicklungen im Bereich der KI ein. So zeigte er auf, dass es möglich ist, Daten mittels TAR intelligent zu priorisieren und sie mithilfe von *Case Management Systemen* zu kategorisieren – je nachdem, welchem Verfahrensbeteiligten sie zugänglich gemacht werden sollen. Allerdings stehe der Einsatz von KI auch datenschutzrechtlichen Herausforderungen gegenüber. Zudem sei der eingesetzte Algorithmus zum Teil nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, was für eine Transparenz gegenüber Ermittlungsbehörden aber erforderlich sei. In seinem Fazit unterstrich Ritzenhoff, dass es keine interne Untersuchung ohne den intelligenten und maßgeschneiderten Einsatz von *Legal Tech* mehr geben werde. Ein gezielter Einsatz könne Unternehmen auch dabei helfen, verdachtsbasiert untersuchen zu lassen, ohne „den Ozean zum Kochen zu bringen“ (*Don't boil the ocean!*).

Den dritten Vortrag des Abends hielt RiLG Dr. Ulf Buermeyer. Seine Stimme war den knapp 60 Teilnehmern der Veranstaltung aus dem Podcast „Die Lage der Nation“ bestens bekannt. Er befasste sich mit den Herausforderungen und Chancen von *Legal Tech* für effektive Strafverteidigung und gerichtliche Sachverhaltsaufklärung. *Legal Tech*, insbesondere die Erfassung und Aufbereitung von originären Daten, könne potentiell zur Effektivierung des Akteneinsichtsrechts beitragen. Dies stellte er am Beispiel von Verkehrsdaten vor. Für *Legal Tech* in der Justiz gäbe es allerdings Grenzen: Buermeyer warnte vor einer Entwicklung in Richtung *E-Judge*. Er wies auf die Bedeutung von Einzelfallgerechtigkeit hin, die durch eine Algorithmierung gefährdet sei. In diesem Zusammenhang machte er auf eine U.S.-amerikanische Risikosoftware aufmerksam, mit deren Hilfe bereits heute in einigen Bundesstaaten Bewährungsentscheidungen getroffen werden. Buermeyer konstatierte, dass

die richterliche Unabhängigkeit gefährdet sei, wenn technische Systeme einen Rechtfertigungsdruck auf Richter entfalten.

Im Anschluss lud RA Dr. med. Mathias Prierer die Referenten zur Podiumsdiskussion ein. Routiniert resümierte Prierer die Vortragsinhalte und konstatierte eine Entmystifizierung von *Legal Tech*. Er leitete auf Zickert über, der weitere Hinweise für die Nutzung von *Legal Tech* in der wirtschaftsstrafrechtlichen Anwaltskanzlei gab und auf Zuhörerfragen einging. Zickert betonte die Bedeutung einer Bedarfsanalyse, da die Implementierung von *Legal Tech* „von innen nach außen“ erfolgen müsse. Ritzenhoff wies auf die Anwendungspraxis in den USA hin, wo bestimmte KI-Anwendungen auch von Ermittlungsbehörden genutzt werden, um so die Sachverhaltsaufklärung effektiver zu gestalten. Auch deutsche Behörden setzten *Legal Tech* zur Datenstrukturierung ein; beim Einsatz von KI sei man dort bislang aber noch zurückhaltender. Buermeyer betonte, dass es wichtig sei, die verwendeten Algorithmen und Entscheidungsstandards nachvollziehen zu können. Die Referenten gingen in diesem Zusammenhang der Frage nach, welche Elemente für richterliche Entscheidungsfindung konstitutiv sind und sie damit von KI-Anwendungen abgrenzen, wobei Prierer in die Kognitionspsychologie einführte. Nach Hinweisen aus dem Publikum wurde herausgestellt, dass *Legal Tech* stärker in den Blickpunkt der juristischen Ausbildung rücken sollte, damit sich die Rechtswissenschaft fachbereichsübergreifend auf die zukünftigen Veränderungen – auch der juristischen Berufsbilder – einstellen kann.

Die Veranstaltung der Regionalgruppe Osten der WisteV bot insgesamt einen hervorragenden Einblick in den derzeitigen Diskussionsstand um *Legal Tech* und lieferte einen noch besseren Ausblick auf zukünftige Herausforderungen. Sehr zur Freude der Teilnehmer kündigte Sättele einen Fortsetzungstermin im kommenden Jahr an.

Rezensionen

Internationales Strafrecht, EU

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ., Düsseldorf

Meike Schönemeyer: Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV

Duncker & Humblot, Berlin 2014, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 1269, 172 Seiten, 64,90 Euro

Dem Wunsch der Schriftleitung entsprechend im Jahr 2019 eine Dissertation zu rezensieren, die ausweislich ihres Vorwortes bereits sieben Jahre zuvor, nämlich 2012 angenommen und (erst) 2014 veröffentlicht wurde, ist schon im Allgemeinen eine Herausforderung: Dissertationen, juristische zumal, sind häufig nur Momentaufnahmen der Wissenschaft, und eher selten werden sie mehr als nur ephemeren Nachhall erzeugen und die Diskussion in Wissenschaft oder gar die Entwicklung der Rechtsprechung nachhaltig beeinflussen. Zu einer solchen Ausnahmeentscheidung ist die hier anzuzeigende, von Christian Hillgruber betreute Bonner Dissertation von Meike Schönemeyer seit ihrem Erscheinen nicht geworden (dasselbe dürfte freilich, wie es Bescheidenheit dem Rezensenten zu erwähnen gebietet, für dessen eigene Dissertation gelten).

Im Besonderen sind Lektüre und Rezension der Studie von Schönemeyer mit dem Risiko einer anachronistischen Perspektive verbunden: Die Autorin konnte weder den ersten Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2014 (2 BvR 2728/13 u.a.) zur Ver-

einbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen durch die Europäische Zentralbank (EZB)¹, die dazu ergangene Entscheidung des EuGH vom 16.6.2015² und das auf dieser Grundlage ergangene Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 21.6.2016³ noch den zweiten Vorlagebeschluss des BVerfG vom 18.7.2017 zum Anleihenkaufprogramm der EZB (2 BvR 859/15 u.a.)⁴ und die reichhaltige Literatur im Umfeld dieser Entscheidungen kennen und einbeziehen. Die Autorin, die eine Vorlagepflicht des BVerfG in bestimmten Konstellationen bejaht, kann sich durch die spätere Rechtsprechungsentwicklung dem Grunde nach bestätigt sehen.

Trotz aller Vorsicht beim Blick auf den „status quo ante“ rechtfertigt die spätere Bestätigung der Grundlinie der Dissertation keinen vorschnellen Applaus. Um mit einer formalen Kritik zu beginnen: Der Arbeit hätte ein gründliches Lektorat gutgetan. Ein spröder, mitunter überbordender Nominalstil, der sich durch gelegentliche syntaktische und idiomatische Fehlkonstruktionen (so etwa auf S. 17 f.) rächt, lassen die Lektüre der eher kurzen Studie (der eigentliche Abhandlungsteil umfasst rund 150 Seiten) zu einer Übung in Langmut geraten.

Der selbstgesetzte wissenschaftliche Anspruch der Arbeit ist – durchaus überraschend – niedrig. In ihrer Einführung bescheidet die Autorin den Leser, die Untersuchung werde – soweit es um verfassungsrechtliche Fragen gehe – „die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt“, auf „abweichende Ansichten in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird – soweit für die Arbeit erforderlich (sic!) – in den Fußnoten verwiesen. Bei europarechtlichen Fragen ist für diese Arbeit die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union maßgeblich.“ (S. 17). Das nicht einmal 100 Einträge umfassende Literaturverzeichnis ist insoweit, zumal wenn man davon die Standard-Kommentar- und Lehrbuchliteratur abzieht, konsequenter Ausweis dieses gleich zu Beginn der Arbeit den am Thema Interessierten beunruhigenden beschränkten Erkenntnisinteresses. Wer sich angesichts der vielfältigen und umfangreichen wissenschaftlichen Diskussion (auch und gerade bis 2012) zum Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht eine etwas gründlichere und anspruchsvollere Bestandserhebung gewünscht hätte, um so den Grund gelegt zu sehen für eine weiterführende Untersuchung der ja nicht eben trivialen Frage einer Vorlagepflicht des BVerfG, sieht sich etwas enttäuscht und wird beispielsweise zur neun Jahre zuvor erschienenen Arbeit von *Büdenbender*⁵ greifen müssen.

Die Verf. nähert sich ihrem Untersuchungsgegenstand mit einem als „Grundlagen der Arbeit“ überschriebenen, rund zwanzigseitigen Kapitel, das einen dreiteiligen Überblick zum „Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht“, „zu Aufgabe und Stellung des BVerfG“ und zur „Vorlagepflicht der Fachgerichte“ vermitteln will. Die Darstellung des Verhältnisses von unio-nalem und nationalem Recht „orientiert sich an den Beiträgen von Streinz, Europarecht, (...) und der übersichtlichen Aufarbeitung bei Herrmann, Examens-Repetitorium Europarecht, Staatsrecht III (...)“, wie die Verf. in einer Fußnote lapidar kundtut. Da *Schöne-meyer* dann konsequent auch nur diese Studien-, gängige Kommentarliteratur und einige Leitentscheidungen referenziert, bietet dieses Grundlagenkapitel keinen Erkenntnis-Fortschritt.

Das folgende Kapitel ist der Vorlagepflicht des BVerfG gewidmet. In grundsätzlich angemessener Kürze arbeitet die Verf. heraus, dass das BVerfG ein mitgliedstaatliches Gericht i.S.d. Art. 267 Abs. 2 AEUV und damit vorlageberechtigt ist (S. 42-47). Die Darstellung ist aber insoweit nicht ganz ausgereift, als sich die Verf. der Frage ausschließlich aus der Perspektive des Art. 267 AEUV nähert und es im Übrigen bei einer knappen Erwähnung des Art. 93 GG und des § 13 BVerfGG belässt. Das BVerfG selbst hat indes nie einen Zweifel daran gelassen, dass es Teil der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 Satz 2 GG) und damit verfassungsrechtlich, wie § 1 Abs. 1 BVerfGG einfachgesetzlich bestätigt, ein „Gerichtshof des Bundes“ ist (s. etwa BVerfGE 65, 152, 154). Sodann widmet sich die Verf. den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV mit Blick darauf, ob und unter welchen Voraussetzungen das BVerfG ein einzelstaatliches Gericht ist, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Sie verneint diese Voraussetzungen für solche Verfahren, bei denen der „bundesverfassungsgerichtlichen Entschei-

¹ BVerfGE 134, 366.

² EuGH, Urteil vom 16.6.2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400.

³ BVerfGE 142, 123.

⁴ BVerfGE 146, 216.

⁵ *Martin Büdenbender*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005.

„Vorausgehen bzw.“ bleibt begrifflich zwar etwas dunkel, die Verf. bezieht sich dabei aber vermutlich auf ihre These, im Fall der Urteilsverfassungsbeschwerde entscheide immer das Fachgericht und nicht das BVerfG letztinstanzlich i.S.d. Art. 267 Abs. 3 AEUV, und zwar auch dann, wenn das BVerfG die Sachentscheidung selbst und abschließend trifft (etwa die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts nebst aller ihn bestätigenden instanzgerichtlichen Entscheidungen), weil es dann regelmäßig noch einer fachgerichtlichen Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits bedürfe (S. 52). Eine Ausnahme davon gelte, wenn das BVerfGG unter den Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG vor Erschöpfung des Rechtswegs abschließend entscheide und es keiner Zurückverweisung an das Fachgericht wegen der Kosten bedürfe.

Jenseits der Urteilsverfassungsbeschwerde bejaht *Schönemeyer* eine Vorlagepflicht des BVerfG damit für Rechtssatzverfassungsbeschwerden gegen formelle Gesetze, in Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, im Bund-Länder-Streit und in Organstreitverfahren. In dem sich anschließenden, deutlich stärker geratenen Hauptteil der Arbeit durchmustert die Verf. nun einige vorlagepflichtige Konstellationen. Weil (primäres wie sekundäres) Unionsrecht als unmittelbarer Prüfungsgegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren nicht in Betracht komme (S. 72-84), fokussiert die Verf. das Unionsrecht als über das Zustimmungsgesetz zu den Unionsverträgen möglichen mittelbaren Prüfungsgegenstand (S. 84 ff.). Auf der Linie der *Honeywell*-Entscheidung vom 6.7.2010⁶ können Fragen des primären Unionsrechts entscheidungserheblich sein, wenn von deren Beantwortung die Annahme eines ultra-vires-Aktes abhängt; dem EuGH ist vor der Annahme eines solchen Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen zu geben.⁷

Auf dieser Grundlage widmet sich *Schönemeyer* sodann den Konstellationen der Prüfung eines deutschen Umsetzungsgesetzes zu einer EU-Richtlinie im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde oder abstrakten Normenkontrolle (Vorlagepflicht bejahend bei entscheidungserheblichen Fragen der Gültigkeit oder Auslegung der Richtlinie, S. 108-121), der Nichtumsetzung einer Richtlinie (Vorlagepflicht im Bund-Länder-Streit bejaht, soweit Gültigkeit und Auslegung der Richtlinie entscheidungserheblich für Frage der Verletzung des Bundes in seinem Recht auf bundesfreundliches Verhalten der Länder, S. 122-131), Nichtausführung oder nicht vollständige Ausführung von unmittelbar wirkendem Unionsrecht durch die Länder im Rahmen eines Bund-Länder-Streits (bejaht für den Fall des Nichteinschreitens einer Landesregierung gegenüber unzulänglich vollziehenden Landes- oder Kommunalbehörden, S. 131-143) sowie der Nichtausfertigung eines Richtlinien-Umsetzungsgesetzes durch den Bundespräsidenten im Rahmen eines Organstreitverfahrens (Vorlagepflicht, sofern Auslegung der Richtlinie für die formelle Verfassungsmäßigkeit oder die Beachtung eines gesetzgeberischen Umsetzungsspielraums maßgeblich, S. 143-149). Schließlich beleuchtet die Verf. die Konstellation einer Verfassungsbeschwerde vor Erschöpfung des Rechtswegs, die sich gegen einen behördlichen Vollzugsakt zu einer unmittelbar wirkenden Bestimmung einer nicht fristgerecht in deutsches Recht umgesetzten Richtlinie richtet (Vorlagepflicht aufgrund des Vorrangs fachgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 149-159).

Die konkrete Konstellation des ersten Vorlagebeschlusses des BVerfG konnte und musste die Verf. nicht antizipieren: Vier Verfassungsbeschwerdeführer und eine Fraktion des Deutschen Bundestags im Wege des Organstreitverfahrens wandten sich u.a. gegen die Mitwirkung der Deutschen Bundesbank an der Umsetzung des Beschlusses des Rates der EZB über „Technical Features of Outright Monetary Transactions“ sowie dagegen, dass die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag mit Blick auf diesen OMT-Beschluss untätig geblieben waren. Man wüsste gleichwohl gerne, wie *Schönemeyer* diese Konstellation in verfassungsverfahren und materiell-rechtlicher Hinsicht beurteilt hätte.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren und zugleich ein Resümee zu ziehen: *Schönemeyers* Arbeit hinterlässt in der Rückschau nach fünf Jahren einen etwas ambivalenten Eindruck: Einer frappierenden Verengung des selbstgesetzten Erkenntnisinteresses und einem sehr oberflächlichen Ansatz der Darstellung der Grundlagen ihrer Dissertation folgen systematisch sorgfältige, konzentrierte Überlegungen zu einigen vorlagepflichtigen Konstellationen.

⁶ BVerfGE 126, 286, insbes. 304 ff.

⁷ Siehe dazu zusammenfassend jetzt *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 83e ff.

tionen, in denen der eigentliche Wert der Abhandlung zu sehen ist. Zu den untersuchten Konstellationen hat die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung seit 2014 indes weitere – und teilweise praktisch bedeutendere und dogmatisch anspruchsvollere – hinzutreten lassen. Die Kooperation von BVerfG und EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV wird deshalb noch manche Momentaufnahmen der rechtswissenschaftlichen Forschung erlauben.

Strafprozessrecht

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

Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019

C. F. Müller, Heidelberg u.a. 2019, 2510 Seiten, 199 EUR.

I. Einleitung

Die Aufgabe des Rezensenten ist eine der dankbarsten schriftlichen juristischen Tätigkeiten. Vorrangig steht der Rezensent im Dienste von Berufskollegen aus Anwaltschaft und Justiz, die sich über den Gegenstand der Rezension – hier den 2019 in der bereits 6. Auflage erschienenen Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung – informieren möchten, bevor sie ihn erwerben. Für den Rezensenten ist dieser Dienst verantwortungs- und anspruchsvoll, da zum einen objektive Kriterien zu finden sind, um die Güte eines in Wissenschaft und Praxis gleichermaßen anerkannten Kommentars im fairen Verhältnis zu anderen am Markt erhältlichen Werken zu bewerten. Zum anderen ist es eine notgedrungen unerschöpfliche Aufgabe, in angemessener Zeit das 2510 Seiten und Kommentierungen von 17 Autoren umfassende Werk zu durchdringen und sich eine abschließende Meinung zu bilden. Der beste Dienst, der dabei zu leisten ist, besteht (wohl) darin, das eigene Vorgehen zu explizieren und damit transparent zu machen, wo die Schwerpunkte bei der Arbeit mit dem Heidelberger Kommentar in Vorbereitung dieser Rezension lagen.

II. Vorgehen

Dies schließt unmittelbar an die Vorzüge der Rezensententätigkeit an. Diese gibt – bei der Besprechung eines Kommentars, der mit der Strafprozessordnung den Schwerpunkt der beruflichen Tätigkeit des Rezensenten abbildet – willkommenen Anlass, aus der sich im Tagesgeschäft unweigerlich einschleifenden Routine auszubrechen. Da typischerweise die Zeit für Recherchen knapp ist, sei es am Schreibtisch oder in der Pause der Hauptverhandlung, besitzen die meisten Berufspraktiker einen Lieblingskommentar, der in Layout, den gewählten Abkürzungen, in der Ausführlichkeit und dem Sprachduktus an den entscheidenden Stellen vertraut ist und daher einen Effizienzgewinn beschert. Die Rezension des Heidelberger Kommentars gab dabei Gelegenheit, mit dieser Routine zu brechen und den Lieblingskommentar für die Zeit der Vorbereitung der Rezension gegen das hier besprochene Werk zu tauschen.

Bei diesem Vorgehen liegt das Augenmerk auf den Besonderheiten und den Unterschieden zu anderen verfügbaren Kommentaren, denn durch den Wechsel fällt der Blick eher auf ungewohnte Aspekte und die Frage, ob der Heidelberger Kommentar einen Mehrwert gegenüber anderen Praxiskommentaren bietet, scheint leichter zu beantworten.

III. Vom Allgemeinen zum Besonderen

Im Vorwort führen die Autoren unter Bezugnahme auf die vor 20 Jahren erschienene Erstauflage Folgendes aus: „Mit zwanzig Jahren ist ein Mensch noch jung und so gerade erwachsen. Ein ordentlicher Wein sollte langsam auf seine Trinktauglichkeit geprüft werden, ein sehr guter Wein kann, aber muss (noch) nicht getrunken werden. Und ein Kommentar beginnt, so langsam zum ‚Klassiker‘ zu werden“. Dass der „HK“ wie er gerne abgekürzt wird, zum Klassiker der StPO-Kommentare zählt, darf mit Fug und Recht behauptet werden. Besonders erfreulich ist dabei, dass der „Wein“ seit Erscheinen der (5.) Voraufgabe des Heidel-

berger Kommentars sechs Jahre reifen durfte und dabei – als hätte man darauf gewartet – u.A. die für die wirtschaftsstrafrechtliche Praxis prägende Reform der Vermögensabschöpfung (StrVermAbRefG v. 13.04.2017, BGBl I 2017, 872) als auch die „Jones Day“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17; 2 BvR 1780/17; 2 BvR 1562/17; 2 BvR 1287/17; 2 BvR 1583/17, StV 2018, 554) Berücksichtigung gefunden haben. Dadurch, dass u.A. sogar die erst am 01.01.2020 in Kraft tretende durch das Gesetz zu effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (BGBl. I 2017, 3202) eingeführte Regelung des § 136 Abs. 4 StPO in der Kommentierung durch *Ahlbrecht* erschöpfende Berücksichtigung gefunden hat, wird die Aktualität auch in Ansehung der weiteren gesetzgeberischen „Modernisierungsbestrebungen“ des Gesetzgebers längere Zeit erhalten.

Der Heidelberger Kommentar darf sich damit zugleich an den Brennpunkten der aktuellen wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis messen lassen. Was den Heidelberger Kommentar dabei auszeichnet, ist, um es auf einen Begriff zu bringen: Ausgewogenheit. Der „HK“ ist umfangreich genug, um etwa auf Bezüge zur EMRK und zu den RiStBV einzugehen. Zugleich ist er kompakt genug, um den schnellen Zugriff auf Einzelfragen zu ermöglichen, die in der gebotenen Geschwindigkeit und mit pragmatischen Ergebnissen recherchiert werden wollen. Hiermit ist zugleich der Mehrwert des Heidelberger Kommentars gegenüber anderen verfügbaren Kommentaren angesprochen, der im Folgenden unter ausgewählten wirtschaftsstrafrechtlichen Gesichtspunkten beleuchtet werden soll.

IV. Ausgewählte Sachgebiete

In Vorbereitung dieser Rezension wurde ausführlich insbesondere in den Rechtsgebieten der Vermögensabschöpfung, der Kostenentscheidung (§§ 464ff. StPO) und in diversen Verfahrensfragen (§§ 153a, 201ff., 244, 257c, 260f. StPO) mit dem „HK“ gearbeitet, auf die sich die Rezension daher vor allem konzentriert. Es wäre aus Sicht des Rezensenten unredlich, nicht wirklich durchdrungene und vollumfänglich durchgelesene Kommentierungen zu besprechen. Die Besprechung des Gesamteindrucks erfolgt (unter diesem Vorbehalt) unter Ziff. III.4.

1. Reform der Vermögensabschöpfung

Wegen der praktischen Bedeutung der Reform der Vermögensabschöpfung für die berufliche Tätigkeit in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen unterlag die Kommentierung der §§ 108-111q StPO durch *Gercke* dem ersten Zugriff. Die Kommentierung insbesondere der §§ 111b ff. StPO, die Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung und Vermögensarrest regeln, sticht dabei im besten Sinne durch Reduktion aufs Wesentliche hervor. Der Einstieg dürfte auch Praktikern, die weniger regelmäßig Fragen der Vermögensabschöpfung zu bearbeiten haben, dadurch leichtfallen, dass die Vorschriften in ausgewogenem Verhältnis zwischen Überblick und Detail dargestellt und kommentiert werden. Dies bedarf deshalb der gesonderten Erwähnung, weil die judikative Prägung der tiefgreifend neukonzipierten Regelungen der Vermögensabschöpfung naturgemäß erst noch ansteht.

Aus Sicht des Rezensenten zeichnet die anwaltliche Kommentierung der Vorschriften zudem aus, von der Geltung des neuen Rechts heraus konzipiert zu sein, anstatt Änderungen gegenüber dem alten Recht verhaftet zu sein. Es wird sich wie selbstverständlich auf das neue Recht konzentriert und nicht der Unterschied zum alten Recht gesucht. Wer etwa den Begriff der Rückgewinnungshilfe sucht wird ihn nicht einmal mehr im Stichwortverzeichnis finden. Die Konzeption einer „Stunde Null“ erleichtert den praktischen Zugriff ebenso wie die Ausführlichkeit an den Stellen, wo das richtige juristische Argument besonders über den Ausgang eines Falles entscheidet.

Erhebliche Unsicherheit bereitet etwa in der Praxis die Bestimmung des Sicherungsgrundes gem. § 111e Abs. 1 StPO („Zur Sicherung der Vollstreckung“). Gegen die „Indizwirkung konnexer Straftaten“, d.h. im Wesentlichen das Heranziehen der Straftat selbst als Arrestgrund, werden etwa überzeugende Argumente benannt und damit Orientierung für die Praxis geboten (§ 111e Rn. 12). Gerade weil das neue Recht erst nach und nach durch die Rechtsprechung geprägt wird war der Bezug der Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht auf die neuen Bestimmungen geboten (etwa §§ 111e Rn. 11f.; 111f. Rn. 2, 6; 111k Rn. 12). Nur vereinzelt sind in dem dynamischen Regelungsbereich Neuerungen unberücksichtigt geblieben, so etwa die Berichtigung des Gesetzgebers (BGBl I 2018, 1094), mit der die

Frage eines redaktionellen Versehens bei § 111n Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 StPO (Rn. 10) erledigt ist.

In der Kommentierung der vollstreckungsrechtlichen Seite durch *Pollähne* (§§459g ff.) wäre zudem aus Sicht des steuerstrafrechtlichen Praktikers wünschenswert, den Verfahrensablauf in Arrest- bzw. Einziehungskonstellationen noch genauer zu fassen. Da in zahlreichen Konstellationen (noch) erhebliche Unsicherheit bei den Behörden über die Handhabung der neuen Regelungen besteht, etwa wenn streitige Steueransprüche durch Auskehr von arrestierten Beträgen durch die Justizkasse befriedigt werden sollen und Steuerforderungen im einzelnen noch streitig sind. Hier hätte eine in die praktischen Abläufe vordringende Kommentierung der jungen Praxis auf Seiten von Justiz und Anwaltschaft einen noch größeren Dienst erweisen können.

Für den Rezensenten hat sich der HK in Fragen der Vermögensabschöpfung bewährt und ist zum geschätzten Recherchewerkzeug geworden. Dies hängt u.A. auch damit zusammen, dass die Kommentierung im *Meyer-Goßner/Schmitt* durch den federführend an dem Gesetzentwurf zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung beteiligten jetzigen Richter am 5. Strafsenat des Bundesgerichtshof *Marcus Köhler* verantwortet wird und es ein Gebot der Klugheit ist, sich neben dem Kommentar des „Schöpfers“ – nicht aus falscher Skepsis, sondern zur Vertiefung des Verständnisses – eine Zweitmeinung einzuholen.

2. Kostenrecht

Für den schwerpunktmäßig im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht tätigen Praktiker besteht nicht häufig das Erfordernis der rechtlichen Prüfung von Kostenentscheidungen. Wenn das Erfordernis indes entsteht, sind die zu treffenden Entscheidungen und damit verbundenen Rechtsfragen umso exakter zu prüfen, da die Konsequenz einer Kostentragungspflicht, etwa bei einer Einstellungsentscheidung, ohne Weiteres den wirtschaftlichen Ruin auch in Ansehung eines (vermeintlich) guten Verfahrensabschlusses bedeuten kann.

In einer umfangreichen Prüfung hat dem Rezensenten die Kommentierung der §§ 464ff. StPO im „HK“ durch *Temming/Schmidt* gute Dienste geleistet. Ausgewogen ist insbesondere das Maß von Grundsätzen zu Detail. Dies führt dazu, dass sowohl der Praktiker, der nur einen Überblick bekommen möchte, fündig wird, als auch derjenige, der eine komplexe Rechtsfrage zu erarbeiten hat. Die Vorbemerkungen zu den §§ 464ff. StPO mögen auf nicht einmal zwei Druckseiten knapp erscheinen, sind indes von einer Prägnanz, die den Zweck ideal erfüllt: in kürzester Zeit die maßgeblichen Strukturen des Kostenrechts zu rekapitulieren. Durch Bezüge zu Kostenvorschriften außerhalb der StPO und rechtspolitischen Erwägungen (Vorb. zu §§464ff. Rn. 6) geht dies nicht auf Kosten des Grundverständnisses und der Einordnung in die gesetzliche Systematik. Das Kostenrecht ist in einzelnen Rechtsfragen insbesondere wegen der Durchbrechung des bestimmenden Veranlassungsprinzip durch Verschuldens- und Billigkeitserwägungen nicht ohne Anspruch.

Im Einzelfall können dadurch, etwa bei Einstellungen wegen eines Verfahrenshindernisses (§ 467 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO), erhebliche Unsicherheiten in der Praxis bestehen, welche Umstände durch das Gericht in welcher Weise abgewogen und gewichtet werden müssen. Hierbei gibt die Kommentierung des „HK“ schnellen Zugriff auf verlässliche Kriterien (Rn. 10ff.). Die Arbeit wird durch auffallend zahlreiche Querverweise erleichtert (§ 464 StPO Rn. 7, 11, 19, 26; § 464a StPO Rn. 5, § 464d StPO Rn. 2, § 466 Rn. 2 usw.), die zügig dabei helfen, den eigenen Fall einzuordnen und alle maßgeblichen Vorschriften auch außerhalb der StPO zu erfassen. Nur vereinzelt sind die Verweise nicht mit den Bearbeitungen anderer Vorschriften synchronisiert (§ 467 Rn. 5 StPO zu § 153a Rn. 40 statt 42), was indes bei einer Bearbeitung dieses Umfangs in Substanz und Summe verzeihlich ist.

Es mag trivial erscheinen, sollte aber nicht unerwähnt bleiben, dass die Qualität der zitierten Literatur besonders hoch ist. Statt zahlreichen Verweisen findet der mit dem „HK“ arbeitende Jurist nicht viele, dafür aber gute Fundstellen, in denen die jeweiligen Rechtsprobleme nicht nur Randnotizen sind (so etwa bei § 464 StPO Rn. 6, 467 StPO Rn. 3). Dies ist besonders erfreulich, weil es einem erspart, aus etwa zehn Verweisen – wie man es aus zahlreichen juristischen Werken kennt – erst einmal die brauchbaren und für den bearbeiteten Fall maßgeblichen Fundstellen recherchieren zu müssen.

3. Sonstige ausgewählte Verfahrensfragen

Weitere Rechtsfragen, in denen der HK verlässlich konsultiert wurde, betrafen die Vorschriften der §§ 153a, 201ff., 244, 257c, 260f. StPO, mithin „klassische“ Verfahrensvorschriften, mit denen der Strafrechtspraktiker vertraut ist und die nur in Sonderkonstellationen recherchiert werden. Die bei § 153a StPO angesichts der praktischen Bedeutung der Vorschrift sehr knappe der Kommentierung vorangestellte Übersicht täuscht, da die Kommentierung umfangreich ist. Das Eingehen auf Ablauf- und Verfahrensfragen (etwa § 153a: Rn. 32, 33, 40, 42) wird Zweifelsfragen in Sonderkonstellationen gerecht und dürfte auch den nicht im Strafprozessrecht „beheimateten“ Praktikern gerecht werden. Der Steuer- und Wirtschaftsstrafrechtler findet auf Spezialfragen Antworten, etwa wie sich die Opportunitätsvorschrift des § 153a StPO zu den abgabenrechtlichen Einstellungsmöglichkeiten verhält. Der Bearbeiter wird hierzu in zufriedenstellender Weise fündig (§ 153a StPO Rn. 10, 34). Auch bei der Kommentierung des § 153a StPO ist die gute Literaturlauswahl auffällig, die den gesamten „HK“ prägt und geradezu eine Wohltat ist. Wenn das Auge mitten im Satz regelmäßig mehrere Zeilen Fundstellen überspringen muss – wie es bei Kommentierungen nicht unüblich ist –, schadet dies dem Lesefluss. Im „HK“ sind indes durchgängig angemessen wenige und dafür gute Verweise zu finden (zu § 153a StPO bspw. Rn. 13, 33). Auch in Recherchen bzw. Bearbeitungen zu den weiteren genannten Vorschriften überzeugte den Rezensenten die Griffbarkeit und die maßvolle Reduktion aufs Wesentliche.

V. Zusammenfassung

Den „HK“ prägt die Ausgewogenheit zwischen akademischer Breite und Tiefe einerseits und dem praktischen Bedürfnis nach zügiger Recherche von belastbaren Antworten für die Praxis andererseits. Der Heidelberger Kommentar ist dabei aus Sicht des Rezensenten knapperen Praxiskommentaren überlegen, da er diesen Spagat meistert. Durch die konzise Literaturlauswahl ist es uneingeschränkt möglich, zu Spezialproblemen nach dem „Schneeballprinzip“ die gesamte Breite eines Problems abzurufen. Das Vorstellen von Grundsätzen und Prägnanz in der Sprache erleichtern es zudem, schnell auch auf außerordentliche Fragestellungen Zugriff zu bekommen. Schließlich ist besonders erfreulich, dass der „HK“ in der 6. Auflage aktueller kaum sein könnte und daher in der Auswahl der Kommentare aus diesem zusätzlichen Grund unverzichtbar ist.

Korruption

Rechtsanwalt Dr. Frédéric Schneider, Hamburg

Korruption und Strafrecht (Kuhlen/Kudlich/Gómez Martin/ Ortiz de Urbina Gimeno [Hrsg.]

C. F. Müller, Heidelberg u.a. 2018, 200 Seiten, 69,99 EUR.

I. Einleitung

Korruption im Gesundheitswesen, im Sport, in der Privatwirtschaft, bei Amtsträgern, im Prozess und im Zusammenhang mit Compliance - zu allem Überfluss aus deutscher, spanischer und lateinamerikanischer Sicht. Das alles auf gerade einmal 185 Seiten. Es dürfte nicht wenige geben, die ein solches Unterfangen für unmöglich halten. Und doch beweist das vorliegende Buch eindrucksvoll das Gegenteil. Ganz nebenbei zeugt es auch noch von dem großen Wert, den wissenschaftliche Beiträge für die Verteidigungspraxis haben können. Ein genauerer Blick auf das Werk lohnt sich folglich ganz sicher.

II. Inhalt

Das Buch „Korruption und Strafrecht“ ist 2018 in der Schriftenreihe „Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht“ des C.F. Müller Verlags erschienen. Es umfasst zwölf Einzelbeiträge namhafter Autoren der deutschen, spanischen und lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaft, die unter dem Namen Crimint einen regelmäßigen Austausch deutsch- und spa-

nischsprachiger Strafrechtslehrer organisieren. Nachdem 2013 Compliance und Strafrecht sowie in 2015 das Medizinstrafrecht im Fokus dieses Austausches standen, folgte nunmehr im Jahr 2017 das Thema Korruption und Strafrecht. Die Erkenntnisse dieser Zusammenkunft finden sich gesammelt in der vorliegenden Publikation. Sie ist damit Ausdruck der zunehmenden Internationalisierung auch des Strafrechts und der vielen Gemeinsamkeiten in rechtsdogmatischen Fragen zwischen den genannten Jurisdiktionen.

1. Beiträge zur Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Den Anfang macht ein Beitrag zu „Korruption im privaten Sektor und das sogenannte „Geschäftsherrenmodell“ von Prof. Dr. Jens Bülte. Er fasst mit der Änderung des § 299 StGB ein Thema auf, das wie kaum ein anderes in den letzten Jahren im deutsche Korruptionsstrafrecht die Diskussion geprägt hat. Nachdem Prof. Bülte zunächst einige Ausführungen zum ursprünglichen Tatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr voranstellt, betrachtet er anschließend die Hintergründe der Gesetzesänderung und skizziert deren internationale Grundlagen. Er befasst sich sodann mit einem ursprünglichen Entwurf des deutschen Gesetzgebers, im Hinblick auf den er überzeugend kritisiert, dass im Mittelpunkt eine nicht hinreichend konkretisierte Pflichtverletzung steht. Die daraus folgenden Friktionen im Hinblick auf das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot werden noch erschwert durch eine unklare Rechtsgutsbestimmung. Weiter schildert er die verschiedenen systematischen Brüche, welche sich durch die Aufnahme des Geschäftsherrenmodells in den Tatbestand, vor allen Dingen im Hinblick auf die Untreue aus § 266 StGB, ergeben. Das unter anderem zur Korrektur tatbestandlicher Mängel im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingeführte Erfordernis eines Handelns ohne Einwilligung des Geschäftsherrn löst die Probleme dabei aus Sicht von Prof. Bülte nicht. Erforderlich sei mithin eine restriktive Bestimmung des Tatbestandes. Bülte schildert schließlich zwei diesbezügliche Ansätze von Gaede und Kubiciel, wobei Ersterer die Einschränkung durch Rückgriff auf die Untreueähnlichkeit und Letzterer durch Rückgriff auf den Wettbewerbsbezug der Norm erreichen möchte. Der Beitrag von Bülte verdeutlicht eindrücklich die – teilweise international bedingte – strausweitende Tendenz der Gesetzgebung im Korruptionskontext und zeigt auf, dass hieraus die Notwendigkeit teleologischer Reduktionen folgt. Für die Praxis wiederum bietet jede Konkretisierung des Tatbestandes den Segen der steigenden Vorhersehbarkeit möglicher strafrechtlicher Folgen einer Handlung, während die verschiedenen fundierten Ansätze zur teleologischen Reduktion neues Verteidigungspotential bieten.

In dem darauffolgenden Beitrag „Die Privatkorruption nach der Reform des spanischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz 1/105 vom 30. März“ beleuchtet Prof. Dr. Carolina Bolea Bardon das hinter der spanischen Regelung stehende Wettbewerbsmodell und zeigt auf, wie sich dieses auf die Auslegung des Tatbestandes auswirkt und teilweise zu Friktionen im Marktgeschehen führt.

„Die Auslandsbestechung im deutschen Strafrecht“ ist Gegenstand der Ausführungen von Prof. Dr. Dr. h.c. Kuhlen. Er beschreibt darin die Expansion des deutschen Strafrechts, indem er zunächst die diesbezüglich ursprünglich geltenden Regelungen des EUBestG und IntBestG präsentiert und anschließend deren Übergang in § 335a StGB skizziert. Dabei betont er insbesondere die erfolgte Gleichstellung ausländischer mit deutschen Amtsträgern in allen Fällen der Bestechlichkeit. Auch wenn diese Gleichstellung über das Strafanwendungsrecht wieder eingeschränkt wird, folge hieraus faktisch, dass als Rechtsgut die Integrität des öffentlichen Dienstes weltweit geschützt werde. Prof. Kuhlen kritisiert in diesem Zusammenhang neben der daraus folgenden Unbestimmtheit vor allen Dingen die fehlende Erforderlichkeit und den nicht erkennbaren legitimen Zweck. Vielmehr seien gerade nicht alle staatlichen Strukturen weltweit schützenswert. Aus diesen erheblichen Mängeln leitet Prof. Kuhlen die Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes. Auch dieser Beitrag zeugt von der außerordentlichen Tendenz zur Strausweiterung auch über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus und bietet dem Verteidiger starke Argumente für eine gebotene Einschränkung des Straftatbestandes.

In dieselbe Kerbe schlagen die Ausführungen des Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez mit dem Titel „Zwölf Thesen zur Straftat der Bestechung ausländischer Amtsträger nach Art. 286^{ter} des spanischen Strafgesetzbuches“. Danach sei der entsprechende spanische Straftatbestand wegen unrechtmäßiger Vorverlagerung der Strafbarkeit, eines unzureichenden Rechtsguts und fehlender Bestimmtheit aus seiner Sicht unerträglich.

2. Beiträge zur Korruption im Gesundheitswesen

Die Korruption im Gesundheitswesen beleuchten Prof. Dr. Henning Rosenau, Henning Lorenz und Lisa Wendrich in ihrem gleichnamigen Beitrag. Sie skizzieren dabei zunächst die historische Entwicklung bis zur Einführung der relativ neuen Straftatbestände § 299a f. StGB, deren Inhalt sie anschließend präsentieren. Dabei konzentrieren sie sich insbesondere auf die Fragen, welches Rechtsgut von den Regelungen geschützt wird und wie dessen Beziehung zum Standesrecht ausgeprägt ist. Im Hinblick auf die erste Frage konstatieren sie, dass – entgegen der gesetzgeberischen Intention und der Ausgestaltung als Officialdelikt – allein der Wettbewerb und nicht das Vertrauen in Lauterkeit heilberuflicher Entscheidungen geschützt wird. Bezüglich der zweiten Frage stellen sie fest, dass eine Konkretisierung der Unrechtsvereinbarung in Anlehnung an sozial- und berufsrechtliche Regelungen erfolgen muss, was etwa dazu führe, dass Zuwendungen bis zu einer Höhe 50,- € im gegenständlichen Kontext jedenfalls sozialadäquat wären. Weiter weist der Beitrag auf das Spannungsfeld hin, wonach mögliche Verstöße gegen die §§ 299a f. StGB Anknüpfungspunkt von TKÜ-Maßnahmen seien könnten, obwohl das Patienten-Arzt-Verhältnis einem besonderen Schutz unterstehe. Auch die Straftatbestände betreffend Korruption im Gesundheitswesen seien unbestimmt und verlangten nach restriktiver Behandlung. Neben diesem für die Verteidigungspraxis interessanten Anknüpfungspunkt gewinnt insbesondere die hier betonte faktische Akzessorität an berufs- und sozialrechtliche Regelungen Bedeutung. Die dort bereits über mehrere Jahre entwickelten Leitlinien in Praxis und Wissenschaft bieten eine große Anzahl über die Bestimmung der Unrechtsvereinbarung ins Strafrecht übertragbare Verteidigungsaspekte.

Im gleichnamigen Beitrag betreffend die spanische Regelung zur Korruption im Gesundheitswesen beschreibt Prof. Dr. Víctor Gómez Martín eindringlich deren außergewöhnliche Komplexität und kasuistische Prägung.

3. Beiträge zur Korruption im Sport

Mit Fragen der Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Sport befasst sich der Beitrag „Korruption und Strafrecht“ von Prof. Dr. Helmut Satzger. Der Fokus liegt hier auf den jüngst in das Strafgesetzbuch eingeführten §§ 265a f. StGB. Diese entsprächen dem klassischen Aufbau von Korruptionsnormen und hätten in ihrem Zentrum eine sportsspezifische Unrechtsvereinbarung, die an das Vorliegen einer Wettsituation oder an berufssportliches Verhalten anknüpften. Prof. Satzger zeigt auf, dass die Neuregelungen ihren Hintergrund maßgeblich darin haben, dass Wettbetrug bislang schwer verfolgbar war. Die Integrität des Sports sei gleichwohl ein ungeeignetes Rechtsgut zur Rechtfertigung der Strafnormen. Dies folge einerseits daraus, dass hier tatsächlich mittelbar Vermögensschutz betrieben würde und andererseits der Schutz von Vertrauen ohnehin nicht überzeugen könne. Letztlich handele es sich um gesetzgeberischen Aktionismus, der nicht zu rechtfertigen sei.

Ähnlich schildert Prof. Dr. Ínigo Ortiz de Urbina Gimeno im Beitrag „Korruption im Sport im Lichte des spanischen Strafrechts: Ungeschick, Unmoral oder Kalkül des Gesetzgebers“ die Situation in Spanien. Zwar sei die Korruption im Sport hier schon länger unter Strafe gestellt und zuletzt 2015 reformiert worden, doch leider auch diese Regelung ganz maßgeblich an der Unklarheit des geschützten Rechtsguts und erheblichen Zweifeln an der Strafwürdigkeit des dort beschriebenen Verhaltens.

4. Beiträge zur Korruption im Strafprozess

Mit der Korruption im Strafprozess wiederum befassen sich die so überschriebenen Ausführungen von Prof. Dr. Hans Kudlich. Jener beschreibt eingangs, dass es zu korruptivem Verhalten im Strafprozess, das unter §§ 331 ff. StGB viele, kaum praktische Fälle gebe. Anders sei es demgegenüber mit Prozessen wegen korruptiven Verhaltens. Letztere gingen nach den Ausführungen von Prof. Kudlich häufig von Betriebsprüfungen aus, während Konkurrenten und Mitarbeiter selten Interesse an der Anzeige entsprechender Straftaten hätten. Weiter führt er aus, dass viele Korruptionsverfahren – angesichts der Schwierigkeit des Nachweises einer Unrechtsvereinbarung – häufig als Untreuefälle weitergeführt würden. Daneben gebe es – gerade aufgrund zunächst breit gefächelter Ermittlungen – viele Einstellungen nach § 153a StPO oder auch § 170 Abs. 2 StPO. Schließlich befasst sich Prof. Kudlich noch kurz mit der Möglichkeit von Verbandssanktionen im Zusammenhang mit Korruptionstaten. Sein Beitrag bietet angesichts dessen eine Vielzahl wichtiger Hinweise

für die Praxis. Die Erkenntnis einer Aufdeckung vieler Fälle über Betriebsprüfungen kann nicht nur zu geeigneten Compliance-Maßnahmen, sondern auch zu Verteidigungsansätzen über die Prüfung der Rechtmäßigkeit solcher Prüfungen führen. Der häufige Übergang in Untreueverfahren sollte bei der Verteidigung mutmaßlicher Korruptionsdelikte immer mitgedacht und die große Anzahl an Verfahrenseinstellungen als Chance für die Verteidigung gesehen werden. Die möglichen Verbandssanktionen wiederum sind – ebenso wie die Notwendigkeit steuerlicher Korrekturen in Fällen korruptiver Verhaltensweisen – maßgebliche Grund vieler interner Untersuchungen in Unternehmen und könnten sich im Falle der Einführung eines Verbandssanktionengesetzes noch verschärfen.

Im Beitrag „Grenzen von Verjährung und Rechtskraft bei Korruptionsdelikten“ von Prof. Dr. Juan Pablo Montiel beschreibt dieser verschiedene Ansätze zur Korruptionsbekämpfung in Südamerika. Jene umfassten etwa eine Unverjährbarkeit und Einschränkungen des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Fällen unlauter erworbener Vorteile. Er zieht in diesem Zusammenhang Parallelen zur Rechtsprechung im Fall „Schreiber“ und begrüßt die Ansätze grundsätzlich. An dieser Stelle wäre sicher spannend gewesen, ob und inwieweit auch die weiteren Teilnehmer des Symposiums diese – auf den ersten Blick überraschende – Ansicht geteilt haben.

5. Beiträge zur Korruption und Compliance

Der letzte Block des Buches befasst sich mit Fragen von Korruption und Compliance. Den Anfang machen hier Ausführungen von Prof. Dr. Thomas Rotsch. Er beschreibt zunächst, dass Korruptionsbekämpfung schon immer ein Schwerpunkt von Compliance-Maßnahmen war und setzt sich anschließend damit auseinander, welche Inhalte mit den Begriffen Compliance und Korruption beschrieben würden. Jene seien jedenfalls noch nicht abschließend bestimmt. Besonders spannend sind aus Praktikersicht die Ausführungen Prof. Rotschs zu dem Risiko einer strafbarkeitskonstituierenden Wirkung von Compliance-Maßnahmen. Dies könne insbesondere daraus folgen, wenn die Bestimmung einer Unrechtsvereinbarung aufgrund von Compliance-Maßnahmen nicht mehr an der Idee der ultima-ratio sondern an best-practices orientiert würde.

Im abschließenden Beitrag „Kriminalpolitische Probleme der Wirtschaftskorruption und Compliance“ von Prof. Dr. M. Luisa C. Corcoy Bidasolo befasst jene sich zunächst mit der Frage inwieweit Wettbewerb überhaupt schützenswert sei, um sich anschließend für außerstrafrechtliche Lösungen in Form von Compliance – gerade auch für öffentliche Institutionen – als Lösung von Korruptionsproblemen auszusprechen.

III. Fazit

Das vorliegende Werk ist nicht nur beeindruckend, weil dies gesamte Bandbreite des Themas Korruption – zudem aus Sicht mehrerer Jurisdiktionen – abdeckt, sondern weil es auch für den Strafverteidiger viele spannende Ansätze bietet. Die Beiträge verdeutlichen eindrücklich die verfassungsrechtlichen Bedenken, die sich angesichts der Unbestimmtheit und der Unklarheit hinsichtlich geschützter Rechtsgüter bei allen Korruptionsstrafnormen ergeben. Augenscheinlich bedarf es vor diesem Hintergrund teleologischer Reduktionen, für die die verschiedenen Beiträge eine Vielzahl spannender Ansätze liefern. Da sich die Ausführungen dabei jeweils auf den Kern der Regelungen konzentrieren und sich darauf beschränken Probleme und Denkansätze zur Lösung aufzuzeigen, bleiben sie stets gut lesbar und erlauben einen Fokus auf das Wesentliche. Das Buch ist damit ein gutes Beispiel dafür, wie die Strafrechtswissenschaft praktische Ansätze für den Bereich der Strafverteidigung liefern kann und dass ein Diskurs der verschiedenen Bereiche des Strafrechts immer fruchtbar bleiben wird. Es bleibt spannend, welchen Themenkomplex die Mitglieder von Crimint als nächstes beleuchten werden.

Insolvenzstrafrecht

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

Alexandra Windsberger: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht

C. F. Müller, Heidelberg u.a. 2017, 255 Seiten, 89,99 EUR

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertationsschrift angenommen und für das Erscheinen in der Reihe „Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht“ aktualisiert, so dass der Stand der Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Dezember 2016 berücksichtigt werden konnte. Sie wurde 2017 mit dem Dr.-Eduard-Martin-Preis der Universitätsgesellschaft des Saarlandes ausgezeichnet.

Und es handelt sich zweifelsohne um eine ausgezeichnete Arbeit, die sich dem ungeschriebenen Erfordernis eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ zwischen den Bankrott-handlungen und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Rahmen der Bankrottdelikte historisch und dogmatisch annähert, um unter Entwicklung eigener Instrumente eigene Vorschläge für einen Umgang mit diesem zu machen.

Wie bekannt und dem geneigten Leser stets präsent fordert die Rechtsprechung seit jeher zwischen der tatbestandlichen Bankrotthandlung und der objektiven Strafbarkeitsbedingung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs in § 283 Abs. 6 StGB einen irgendwie gearteten, noch näher zu bestimmenden tatsächlichen Zusammenhang. In der Praxis wird dieser stets problemlos angenommen. Aber was genau ist dieses Erfordernis eigentlich?

Die Arbeit geht dieser Frage auf den Grund und fördert eine komplexe Thematik zutage, die so hell bisher kaum ausgeleuchtet worden sein dürfte.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist, dass der „tatsächliche Zusammenhang“ von der Rechtsprechung zwar wie selbstverständlich gefordert wird, jedoch auch nach 130 Jahren Rechtspraxis letztlich die näheren Konturen dieses „Unikums im gesamten Strafrecht“ nicht geklärt zu sein scheinen. *Windsberger* macht es sich daher zur Aufgabe, sowohl die Herkunft dieses Erfordernisses zu beleuchten als auch eine dogmatische Einordnung vorzunehmen.

Die Arbeit gliedert sich in vier große Teile, wobei der erste Teil mit der dogmengeschichtlichen Entwicklung den einen Löwenanteil beisteuert und der dritte Teil mit der Anwendung auf das Bankrottsstrafrecht den anderen. Der zweite Teil beleuchtet kurz die Frage der materiellrechtlichen Erforderlichkeit eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ als übergesetzliches Korrektiv, der vierte und letzte Teil enthält die Zusammenfassung.

Nach einer kurzen Einleitung wirft *Windsberger* im 1. Kapitel zunächst einen Blick auf die Herkunft des „tatsächlichen Zusammenhangs“, um seine „Primärquellen“ aufzuspüren. Sie wird bei einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1881 fündig. In der Analyse weiterer Entscheidungen kann eine erste Zusammenfassung festhalten, dass das Reichsgericht zunächst einen tatsächlichen Zusammenhang im Sinne eines zeitlichen Zusammentreffens forderte, um den Anwendungsbereich der Norm insoweit zu begrenzen. Denn zunächst lag rein aus dem Gesetzeswortlaut eine Strafbarkeit vor, wenn eine beschriebene Bankrotthandlung vorgenommen worden war und die Bedingung des Zusammenbruchs erfüllt war. *Windsberger* geht auf die relevanten Entscheidungen ein, stellt diese vor und sortiert sie ein. Dennoch muss die Autorin feststellen, dass der „tatsächliche Zusammenhang“ in der Interpretation des Reichsgerichts nur schwer einer einheitlichen Definition zugeführt werden kann. So mache das Reichsgericht die Strafbarkeit wegen Bankrotts davon abhängig, ob die vorgenommene Handlung im Einzelfall geeignet war, die Interessen oder Positionen der Konkursgläubiger (irgendwie) negativ zu beeinflussen. Dabei sei festzustellen, dass das Reichsgericht im Rahmen informationsbezogener Bankrotthandlungen vermehrt auf ein zeitliches Element und im Rahmen bestandsbezogener Handlungen auf ein sachliches Element abgestellt habe.

Bereits in Teil A des 1. Kapitels weist *Windsberger* auf ihrer Ansicht nach bestehende dogmatische Inkonsistenzen hin, so beispielsweise auf den Widerspruch, dass einerseits die Zahlungseinstellung zwar Unrechtsrelevanz habe, jedoch dennoch aus dem Schuldzusammenhang ausgeklammert werde. Und das obwohl zwischen Handlung und Rechtsverletzung ein Zusammenhang gefordert wird, ein schuldindifferenter Zusammenhang. *Windsberger* weist darauf hin, dass alle Strafe Schuld voraussetzt und daher keine Umstände außerhalb der Schuld stehen könnten, die das Unrecht der Tat mitbegründen.

Zusammenfassend kommt *Windsberger* zu dem Schluss, dass vor dem Hintergrund der reichsgerichtlichen Entscheidungen der „tatsächliche Zusammenhang“ als schuldindifferenter Zusammenhang dogmatisch nicht abgesichert werden könne und er letztlich einem Kausalzusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Benachteiligung bzw. Gefährdung der Konkursgläubiger entspreche.

In Teil B des 1. Kapitels skizziert *Windsberger* eine Perspektivenverschiebung zu Beginn des 20. Jahrhunderts dahingehend, dass das Unrechtszentrum des Bankrotts nicht im Konkurs, sondern in den Bankrotthandlungen zu sehen sei.

Windsberger beschreibt weiter historisch versuchte Reformen und sieht erst in der Integration des Konkursstrafrechts in das StGB im Rahmen des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG) vom 29.07.1976 eine Versöhnung mit dem Schuldprinzip. Sie attestiert der Reform, dass der Tatbestand des Bankrotts in mehrfacher Hinsicht konzeptionellen Änderungen unterzogen wurde. Die Notwendigkeit einer übergesetzlichen Korrektur mit Hilfe eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ sei damit faktisch beseitigt worden. Der Bundesgerichtshof hat dennoch das Erfordernis des „tatsächlichen Zusammenhangs“ auf sämtliche Fälle der §§ 283 ff. StGB übertragen, so dass *Windsberger* in Teil C des 1. Kapitels die Frage eines „Rückschritts durch Rechtsanwendung?“ aufwirft. Im Fortgang der Arbeit beleuchtet sie einzelne Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und oberlandesgerichtliche Entscheidungen, aus deren Verfehltheit die Autorin insgesamt keinen Hehl macht. Im Anschluss stellt sie die Meinung des bankrottstrafrechtlichen Schrifttums dar.

Im 2. Kapitel wirft *Windsberger* die Frage nach einem Korrekturbedürfnis auf und stellt die Bankrottstatbestände zunächst als bedingte Gefährdungsdelikte dar. Ihrer Auffassung nach gibt es nur zwei kohärente Interpretationsmöglichkeiten des bedingten Gefährdungsdelikts, die den Anforderungen an das Schuldprinzip genügen. Für die Frage des Verhältnisses zwischen objektiver Strafbarkeitsbedingung und Unrechtstatbestand definiert die Autorin zwei sich ausschließende Deutungsmöglichkeiten, die sie „Trennungs- und Verbindungsthese“ nennt.

Die Verbindungsthese erfasst die herrschende Meinung, die irgendeine Beziehung zwischen Strafbarkeitsbedingung und Unrechtstatbestand fordert. Dabei stelle sich aber das Problem, dass die objektive Bedingung mit einem Schuldprinzip in Einklang gebracht werden muss, also zugleich unrechtsneutral sein muss.

Die Trennungsthese erfasst die Variante, dass es sich bei der objektiven Bedingung um eine Zusatzvoraussetzung handelt, die nichts mit dem tatbestandlichen Unrecht, dem Rechtsgut oder dem Strafgrund zu tun hat. Die Autorin wirft diesbezüglich die Fragen auf, ob dann aber die strafwürdigen Handlungen alleine geeignet sind, die angedrohte Rechtsfolge zu tragen und wenn ja, worin dann das Bedürfnis besteht, das Delikt an eine zusätzliche Bedingung zu knüpfen.

Im sich anschließenden 3. Kapitel wendet *Windsberger* ihre Ergebnisse auf das Bankrottstrafrecht an und liefert zunächst zwei Interpretationsvorschläge des § 283 Abs. 1 StGB nach ihren beiden Thesen, wobei sie zu dem Ergebnis kommt, dass die Verbindungsthese abzulehnen ist. Im Fortgang der Untersuchung wendet *Windsberger* daher die Trennungsthese zunächst auf § 283 Abs. 1 StGB an und beleuchtet die Auswirkungen eingehend. Auch dabei kommt die Autorin zu einem klaren Ergebnis und beantwortet sämtliche selbst aufgeworfenen Fragen. Das Endergebnis ihrer Untersuchung soll an dieser Stelle nicht veratet, vielmehr zu eigener Lektüre angehalten werden.

Und auch nach der Anwendung ihrer Trennungsthese auf § 283b StGB wartet *Windsberger* mit einem klaren Ergebnis sowie einem Vorschlag an den Gesetzgeber auf. Hier reiche das tatbestandliche Unrecht nicht aus, so dass die angedrohte Rechtsfolge überzogen sei. Ein

Verstoß gegen Buchführungspflichten müsse vielmehr im Ordnungswidrigkeitenrecht verortet werden.

Das kurze 4. Kapitel enthält noch einmal die auf den Punkt gebrachten Ergebnisse der gesamten Untersuchung.

Die Arbeit setzt sich beeindruckend vertieft mit dem lange gereiften, doch noch immer nicht klar gefassten Erfordernis eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ zwischen den Tatbestandshandlungen und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Rahmen der Bankrottstraftaten auseinander und liefert sowohl eigene Thesen als auch Ergebnisse zu den vorgenommenen Betrachtungen. Ob die durchaus deutliche Kritik an diesem Erfordernis auch in der Rechtsprechung oder beim Gesetzgeber für eine Reaktion sorgen wird, bleibt abzuwarten. Das Zeug dazu hat „Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht“ von Alexandra Windsberger auf jeden Fall.

Compliance

Rechtsanwältin Dr. Marlen Vesper-Gräske, LL.M. (NYU), Berlin

Tobias Günther: Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Maßnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung

Duncker&Humblot, Berlin 2019, 241 Seiten, 79,90 €

Die Publikation wurde im Februar 2017 von der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand Januar 2018.

I. Einleitung

Die Dissertation greift ein in der Strafrechtswissenschaft und in der Strafrechtspraxis besonders aktuelles Thema auf. Sie bietet daher nicht nur interessanten Lesestoff für die Wissenschaft, sondern auch für Praktiker.

Die Bedeutung von (Criminal-)Compliance-Maßnahmen für die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung hat für Unternehmen (und Individualpersonen) im letzten Jahrzehnt stetig an Relevanz gewonnen. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen sind in Deutschland jedoch viele Fragen noch ungeklärt. Hieran wird nach aktuellem Stand wohl auch das geplante Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität nicht viel ändern. Konkrete Vorgaben zu Compliance-Maßnahmen – ausgenommen einige existierende Regelwerke für regulierte Industrien – werden den Wirtschaftsakteuren derzeit nicht an die Hand gegeben.

Für Aufsehen hat in dieser Hinsicht die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2017 gesorgt (BGH, Urteil vom 9.5.2017 – 1 StR 265/16), welche (zumindest) eine Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung bestätigte. Die vorliegende Publikation geht über diese eine (mögliche) Auswirkung von Compliance-Maßnahmen – auf der Rechtsfolgenseite – deutlich hinaus.

II. Inhalt

Die Dissertation ist in fünf Teile gegliedert: *Einleitung und Problemaufriss* (A.), *Überblick über Sanktionen gegen Unternehmen bzw. Unternehmensträger de lege lata und de lege ferenda* (B.), *Compliance im Allgemeinen* (C.), *Die Bedeutung von Criminal-Compliance für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung* (D.), *Ergebnisse der Arbeit* (E.).

Die ersten drei Teile befassen sich überwiegend mit der Darstellung des aktuellen Meinungsstandes in der Strafrechtswissenschaft, wobei auch eigene Lösungsansätze aufgezeigt werden. So widmet sich der Autor im zweiten Teil dem aktuell heftig diskutierten Bereich der Sanktionierung von Unternehmen. Hier bietet der Autor eine wissenschaftlich fundierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien zu Sanktionsmöglichkeiten von Verbänden. Auch wenn die Überlegungen des Autors zur Ausgestaltung von Unternehmenssanktionen in Deutschland durch den kürzlich durchgedrungenen Referententwurf zum Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität eingeholt wurden, so sind die verschiedenen Begründungsmodelle und Kritikpunkte dennoch lesenswert. Der Autor spricht sich gegen eine Sanktionierung über ein sog. Identifikationsmodell aus. Er begründet dies mit der Benachteiligung unschuldiger Dritter, wie Arbeitnehmer und Anteilseigner, die mit einer Verbandssanktion einhergehen würde. Kritisiert wird also, dass bei dieser Variante der Sanktionierung Personengruppen „mitbestraft“ werden, die – im Gegensatz zur Leitungsebene des Unternehmens – keine sog. Vermeidemacht innehaben. Insofern plädiert der Verfasser für das Modell des Organisationsverschuldens bzw. der Ahndung von Organisationsdefiziten im Unternehmen. Vorzugswürdig sei hieran, so der Autor, dass unabhängig von Hierarchieebenen Zuwiderhandlungen aller Mitarbeiter erfasst werden können, wenn diese Ausdruck eines zentralen, organisatorischen Mangels waren. Zudem fordert der Autor im Rahmen eines solchen Modells die Berücksichtigung der Vermeidemacht von Arbeitnehmern und Anteilseignern bzgl. einer unternehmensinternen Desorganisation. Für diese Personengruppen seien somit entsprechende Informations- und Implementationsrechte bzgl. der Sicherstellung von organisatorischen Vorkehrungen im Unternehmen einzuführen. Nur in diesem Fall habe sich eine „rechtliche und wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft“ gebildet, deren Sanktionierung als Ganzes gerechtfertigt erscheint.

Im dritten Teil der Publikation bietet der Autor zunächst eine Begriffsbestimmung für Criminal Compliance, bevor er auf die Frage einer etwaigen Compliance-Verpflichtung sowie empirische Erkenntnisse zur Verbreitung von Criminal-Compliance-Maßnahmen eingeht. Criminal Compliance präzisiert der Verfasser als eine Form der „regulierten Selbstregulierung“ zur Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, einschließlich der Einhaltung aller Nebenstrafgesetze. Es sei im Bereich der Criminal Compliance allerdings nicht ausreichend, die Compliance-Bemühungen auf die Abwendung von Schäden für das eigene Unternehmen zu begrenzen. Notwendigerweise sei das Unternehmen selbst als „Gefahrenquelle“ zu sehen, welches Schäden bei Dritten herbeiführen könne. Um den aktuellen Haftungsrisiken aus den §§ 130, 30 OWiG entsprechend entgegenzutreten, müsse eine Criminal-Compliance-Organisation letztlich einen umfassenden Rechtsgüterschutz im Auge behalten.

Eine generelle, positiv-rechtliche Verpflichtung nach deutschem Recht zur Einführung von bestimmten Compliance-Systemen sieht der Verfasser im Einklang mit der herrschenden Meinung nicht. Dieser Aussage lässt er aktuelle Empirik folgen, welche verdeutlichen soll, dass in deutschen Großunternehmen bereits überwiegend ein „Compliance-Bewusstsein“ bzw. eine Selbstverpflichtung zu Compliance-Maßnahmen – insbesondere im Anti-Korruptionsbereich – vorherrschend ist.

Nachdem die Grundlagen dargelegt wurden, bildet der vierte Teil den Hauptteil der Arbeit (*Die Bedeutung von Criminal-Compliance für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*). Hier stellt der Verfasser zunächst die präventiven Auswirkungen von Criminal-Compliance-Maßnahmen zusammen. Diese seien im Idealfall vornehmlich darin zu sehen, dass Vorsatztaten frühestmöglich entdeckt und somit verhindert werden können sowie, dass potentielle Täter ein – auf Grund von etablierten Compliance-Systemen – erhöhtes Entdeckungsrisiko befürchten und scheuen würden. Aber auch Fahrlässigkeitstaten sollen durch regelmäßige Schulungs- und Kontrollmechanismen einer gut funktionierenden Compliance-Organisation zu verhindern sein, indem das Bewusstsein für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geschärft und zur Einhaltung dieser angehalten wird.

Sodann wendet sich der Autor den Auswirkungen von Criminal Compliance auf der Ebene des materiellen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zu. In einem ersten Schritt stellt er fest, dass auf Tatbestandsebene Criminal-Compliance-Maßnahmen im Grundsatz keine „Vorwurfsbeschränkung“ bei Vorsatztaten durch aktives Tun bewirken können. Konkret greift der Verfasser die Straftatbestände der Untreue (§ 266 StGB), Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) sowie den Verrat von Betriebs- und

Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UWG a.F.) heraus und untersucht den Einfluss von Criminal Compliance auf diese Straftaten. Im Ergebnis werden sowohl strafbarkeitsbegründende als auch -ausschließende Wirkungen herausgearbeitet. So wird z.B. für beide Varianten der Untreue eine mögliche strafbarkeitsbegründende Wirkung von Criminal-Compliance-Maßnahmen gesehen, indem solche Maßnahmen das erlaubte Risiko bzw. die Grenzen für untreuetaugliche Pflichtverletzungen abstecken können. Für den Bereich der Bestechungsdelikte wird attestiert, dass Criminal-Compliance-Maßnahmen sowohl strafbarkeitsbegründend als auch -ausschließend wirken können. Strafbarkeitsbegründung wird beispielsweise solchen Maßnahmen beigemessen, die Pflichten i.S.d. § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB statuieren, auf welche sich die in der Unrechtsvereinbarung erwartete Pflichtverletzung bezieht. Dies könne z.B. Compliance-Vorgaben in Unternehmen umfassen, mithilfe derer die eigenen Geschäftspartner ausgewählt und überprüft werden; mithin eine der wohl gängigsten internen Compliance-Regularien. Andererseits können konkrete Compliance-Vorgaben im Rahmen von § 299 StGB auch tatbestandsausschließende Einverständnisse des Geschäftsherrn darstellen und so zu einem Strafbarkeitsausschluss führen. Dies etwa – so der Autor – im Falle von Vorgaben des Geschäftsherrn, bis zu einem bestimmten Wert mit Vorteilsannahmen/-gewährungen und deren Verknüpfung mit einem pflichtwidrigen Verhalten der Mitarbeiter in einzelnen Fällen einverstanden zu sein.

Intensiv bespricht der Verfasser im Hauptteil die Wirkung von Criminal-Compliance-Maßnahmen auf den Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG. Die (tlw.) durch die Rechtsprechung formulierten Aufsichtspflichten des § 130 OWiG in Form von „Auswahl-, Einweisungs- und Überwachungspflichten“ werden vom Verfasser eingehend beleuchtet. Er arbeitet heraus, dass durch die deutsche Rechtsprechung insbesondere die Instruktions- und Schulungspflichten präzisiert wurden und insofern eine Eingrenzung des unternehmerischen Ermessens bei der Auswahl geeigneter Maßnahmen erfolgte. Ein reines „Abladen“ von Schulungsmaterialien, ohne eine Überprüfung der tatsächlichen Kenntnisnahme durch die Mitarbeiter soll laut Rechtsprechung beispielsweise nicht ausreichend sein. Insgesamt konstatiert der Verfasser allerdings, dass eine weitere Präzisierung der notwendigen Compliance-Maßnahmen erforderlich ist – sei es durch die Rechtsprechung oder durch den Gesetzgeber – wobei gleichzeitig vor einer Überregulierung gewarnt wird. Aus empirischer Sicht seien es v.a. börsennotierte Großunternehmen selbst, die die Compliance-Entwicklung in Deutschland vorantreiben, da sie zumeist strengeren Vorgaben ausländischer Jurisdiktionen unterliegen und dementsprechend ihre Organisation an dortige Vorgaben anpassen. Durch eine „Weitergabe“ von Compliance-Verpflichtungen an ihre Geschäftspartner komme es sodann auch zu einem sukzessiven, stetigen Ansteigen der Verbreitung von Compliance-Strukturen im deutschen Wirtschaftsleben.

Im Rahmen der Untersuchung zu Auswirkungen von Criminal-Compliance-Maßnahmen auf der Rechtsfolgenseite unterstreicht der Autor die Zweischneidigkeit von Compliance-Systemen. Abgesehen von der mittlerweile durch die Rechtsprechung bestätigten Berücksichtigung von Compliance-Systemen bei der Zumessung des Ahndungsteils der Verbandsgeldbuße als Milderungsfaktor betont der Verfasser auch eine potentielle „straf“-schärfende Wirkung. Als Beispiel werden Täuschungsversuche über Compliance-Systeme in Form von Schein-Maßnahmen benannt, welche allein dazu dienen mögen, Compliance-Vorfälle zu vertuschen. Generell wird festgehalten, dass im Fall wiederholter, vorsätzlicher Normverstöße über längere Zeiträume hinweg Indizien für ein Compliance-System in Form eines sog. „window-dressing“ vorliegen mögen, was zumindest den Ausschluss der (positiven) Berücksichtigung des Compliance-Systems auf Rechtsfolgenseite rechtfertigen könne. In diesem Kontext nimmt der Verfasser auch die Möglichkeit der Zertifizierung von Compliance-Systemen in den Blick, wie etwa durch den Prüfungsstandard „IDW PS 980“. In strafrechtlicher Hinsicht sollen derartige Zertifizierungen per se keinerlei Auswirkungen zeitigen. Es komme stets auf die konkrete Effektivität und Umsetzung des Compliance-Systems an, was durch die Attestierung eines Wirtschaftsprüfers zur Ausgestaltung eines solchen Systems nicht ersetzt werden könne.

Zum Ende der Arbeit stellt der Verfasser seinen Untersuchungsergebnissen zur Auswirkung von Criminal-Compliance-Maßnahmen auf das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht noch die ausdifferenzierte Berücksichtigung von unternehmensinternen Anti-Korruptions-Maßnahmen in Großbritannien und den USA gegenüber. Hiermit wird verdeutlicht, welchen Anforderungen deutsche Großunternehmen bei globaler Wirtschaftstätigkeit unterliegen und dass den stärksten Treiber der Compliance-Entwicklungen in

Deutschland letztlich ausländische Regelwerke darstellen, welche die Compliance-Organisation von Großunternehmen entscheidend (mit-)bestimmen.

III. Zusammenfassung

Die Dissertation ist insgesamt für Vertreter der Wissenschaft und Praxis lesenswert und kann durch einen stringenten Aufbau sowie eine konzise Darstellung überzeugen.

Die Darstellung der möglichen Auswirkungen von Criminal-Compliance-Maßnahmen auf der Tatbestandsebene über die Rechtfertigungs- und Schuldebene bis auf die Rechtsfolge-seite gewährt einen sehr guten Gesamtüberblick. Interessante Aspekte finden sich insbesondere bei der Herausarbeitung unerwünschter Auswirkungen von Criminal-Compliance-Bemühungen, indem diese auch strafbarkeitsbegründend wirken können. Ein Umstand, welcher durchaus nicht im Fokus der aktuellen Compliance-Diskussionen steht und der umso mehr die Beachtung höchster Sorgfalt bei der Ausarbeitung unternehmens-interner Criminal-Compliance-Maßnahmen verdient.