

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Köln

**Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen – Anforderungen
an die strafrechtliche Unternehmensvertretung** 1

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf

Umgang mit Grenzen der Beratung in der Praxis 13

Entscheidungskommentare

**Die Verjährung bei § 266a StGB: BGH, Beschluss vom
13. November 2019 - 1 StR 58/19** 18

Rechtsanwalt Dr. Jörg Habetha, Freiburg i.Br.

**BGH-Urteil vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18;
Vorsatz und Irrtum bei § 266a Abs. 1 und 2 StGB** 24

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

**Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 17.09.2019S -
34 BA 58/18** 29

Internationales

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

**EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft
vor dem Start** 38

Editorial

Ob die seit mehr als zwei Jahren geltenden neuen Regeln zur strafrechtlichen Einziehung tatsächlich insgesamt der sprichwörtliche „große Wurf“ sind, sei hier dahingestellt. Augenscheinlich wird durch Staatsanwaltschaften und Gerichte durchaus fleißig abgeschöpft – in der Praxis regelmäßig im Bereich der mittleren und – vor allem – der Kleinkriminalität (Stichwort: Ebay-Betrug); einzelne Großverfahren (Stichwort: Clan-Kriminalität) ragen überdies medienwirksam heraus.

Was tatsächlich letztlich in allen diesen Bereich vollstreckt wird, bleibt indes vielfach unklar. Jedenfalls vermehren zahlreiche Gerichte einen rapiden Anstieg von Anträgen der bei den Ermittlungsbehörden zuständigen Rechtspfleger, nach § 459g Abs. 5 StPO zu verfahren, also von der Vollstreckung rechtskräftiger Einziehungsentscheidungen abzusehen. Eigentlich ist dieses Absehen an hohe Hürden gebunden: Neben den – praktisch wohl eher seltenen – Fällen der nachträglichen Entreichung des Betroffenen kommt hier allein der Fall in Frage, in dem die Vollstreckung „sonst unverhältnismäßig“ ist. Laut Köhler (in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 459g Rn. 13a m.w.N.) kann dies nur angenommen werden, wenn anderenfalls „das Übermaßverbot verletzt wäre“, sich etwa nachträglich eine schwere Krankheit oder Erwerbsunfähigkeit eingestellt hat, was zu unerträglichen Mehrbelastungen des Betroffenen führte, würde man die Einziehung weiter betreiben. In der Praxis mehren sich indes die Hinweise, dass schon einem vergeblichen Vollstreckungsversuch sehr schnell die Feststellung des Vollstreckungsrechtspflegers folgt, die Sache sei keiner weiteren Aktivitäten mehr wert. Die Gerichte setzen dem anschließenden Antrag nach § 459g Abs. 5 StPO keine Widerstände entgegen („Die Staatsanwaltschaft wird sich schon etwas dabei gedacht haben...“). Eine solche Handlungsweise ist sicher nicht im Sinne des Gesetzes, aber Folge einerseits der allgemeinen Unlust gegenüber der Vermögensabschöpfung, andererseits der hohen Fallzahlen: Die mit vielfältigen Vollstreckungsaufgaben beschäftigten Rechtspfleger sind mit den ihnen zusätzlich aufgebürdeten Aufgaben unzufrieden und fühlen sich sowieso nicht richtig gewürdigt, die Gerichte beschäftigen sich verständlicherweise lieber mit von ihnen noch nicht behandelten Verfahren. Dass die Vollstreckung, was nach § 459g Abs. 5 S. 2 StPO theoretisch möglich wäre, später irgendwann wieder aufgenommen wird, ist völlig unrealistisch: Einmal erledigte Akten wandern dauerhaft ins Archiv. Die mit hehren Zielen gestartete Vermögensabschöpfung droht hier mindestens partiell zu scheitern.

Gleiches gilt überdies für das mit viel öffentlichem Getöse geschaffene Recht der Staatsanwaltschaft, in geeigneten Fällen einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 111i StPO). Die hierzu existierende Literatur füllt Bände. Blickt man in die Rechtsprechung, findet der Interessierte aber zwei Jahre nach Inkrafttreten der Norm gerade zwei veröffentlichte Entscheidungen zu dieser Thematik: den – völlig falschen – Beschluss des LG Bad Kreuznach vom 12.04.2019 (1 T 29/19, ZWH 2019, 223 m. krit. Anm. Bittmann) zu den allgemeinen Anforderungen an einen solchen Antrag und den Beschluss des OLG Hamm vom 03.06.2019 (1 VAs 38/19, ZInsO 2019, 2111) zur bejahten Frage, ob derartige Anträge nach § 23 EGGVG angefochten werden können. Wohl zu Recht kann man unterstellen, dass tatsächlich vorgelegte Insolvenzanträge der Ermittlungsbehörden praktisch vielfach angefochten würden. Schon die ersichtlich fehlende Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit dieser Thematik belegt ihre reale Irrelevanz – auch dies sicher nicht im Sinn der eigentlichen gesetzgeberischen Intention.

Die neue Vermögensabschöpfung: Als Tiger gestartet, als Bettvorleger gelandet? Der Eindruck drängt sich auf.

OStA Raimund Weyand, Saarbrücken

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche

Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.

Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Dr. Mayeul Hièramente, Antje Klötzer-Assion, Hannah Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel; Kontakt: redaktion@wi-j.de.

Webmaster/Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: LOStA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Laura Blumhoff, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, LL.M., 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

Inhaltsverzeichnis

Editorial	I
Impressum	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Köln Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen – Anforderungen an die strafrechtliche Unternehmensvertretung	1
Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf Umgang mit Grenzen der Beratung in der Praxis	13
Entscheidungskommentare	18
Die Verjährung bei § 266a StGB: BGH, Beschluss vom 13. November 2019 - 1 StR 58/19	18
Rechtsanwalt Dr. Jörg Habetha, Freiburg i.Br. BGH-Urteil vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18; Vorsatz und Irrtum bei § 266a Abs. 1 und 2 StGB	24
Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M. Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 17.09.2019S - 34 BA 58/18	29
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	34
Internationales	38
LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft vor dem Start	38
Rezensionen	43
Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln Gerhard Dannecker/Thomas Knierim, Insolvenzstrafrecht	43
Rechtsanwältin Valerie Banse, Bonn Elisa Frank: Der Irrtumsnachweis beim Massenbetrug - Anforderungen an die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bei einer Vielzahl von Zeugen	45
Rechtsanwalt Marcus Traut, Wiesbaden Otte – Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung	50

Aufsätze und Kurzbeiträge

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Köln

Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen – Anforderungen an die strafrechtliche Unternehmensvertretung

Einleitung

Kein Unternehmen ist vor Arbeitsunfällen gefeit. Meist kommt es nur zu Bagatelverletzungen, die der Mitarbeiter womöglich nicht einmal meldet. Nicht selten verletzen sich Mitarbeiter aber schwer. Allein im Jahr 2018 endeten 420 von 877.198 gemeldeten Arbeitsunfällen sogar tödlich.¹

Mittlerweile verfügen zahlreiche Unternehmen über mehr oder weniger umfangreiche Arbeitsschutzmaßnahmen, die Unfällen im Betrieb effektiv vorbeugen sollen. In diesem Bereich sind große Unternehmen im Vergleich zu kleinen und mittelständischen Unternehmen meist sehr viel besser aufgestellt. Doch auch in großen Unternehmen kommt es immer wieder zu Arbeitsunfällen und nicht nur dort, wo schweres Gerät eingesetzt oder der Umgang mit Gefahrgütern zum Alltag gehört, drohen schwerste Verletzungen. Die Erfahrung zeigt, dass selbst auf vermeintlich ungefährlichem Terrain schwere Arbeitsunfälle irgendwann bittere Realität werden können.

Unternehmen und deren Leitungspersonen müssen im Nachgang von Arbeitsunfällen häufig nicht nur mit verwaltungsrechtlichen Konsequenzen rechnen, sondern geraten in vielen Fällen auch in den Fokus staatsanwaltlicher Ermittlungen. Diese können mit unangenehmen strafprozessualen Maßnahmen einhergehen und es droht eine reputationschädigende Hauptverhandlung. Strafrechtliche Verurteilungen von Unternehmensleitung und weiteren Mitarbeitern sowie die Verhängung eines Bußgelds gegen das Unternehmen sind möglich. Das Unternehmen ist in dieser Phase auf kompetente strafrechtliche Beratung und Vertretung angewiesen. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über wesentliche Aufgaben der strafrechtlichen Unternehmensvertretung in Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen.

I. Ursachen von Arbeitsunfällen

Die Ursachen für Arbeitsunfälle sind so verschieden wie die Arbeitsbereiche, in denen sie eintreten. Menschliche Faktoren spielen bei Arbeitsunfällen nach wie vor eine große Rolle. Oftmals ist es das Fehlverhalten des Geschädigten, das zum Unfall geführt hat.² Allerdings sind nur die wenigsten Arbeitsunfälle allein auf eine Ursache zurückzuführen. Zumeist spielen weitere Faktoren, wie z.B. fehlerhafte Arbeitsmittel, zeitlicher Druck, mangelnde oder fehlende persönliche Sicherheitsausrüstung, ebenfalls eine wesentliche Rolle. Besondere Gefahren resultieren auch aus der gemeinsamen Tätigkeit einer Vielzahl von Mitarbeitern aus unterschiedlichen Unternehmen – z.B. Subunternehmer, Leiharbeiter, Lieferanten etc. – an derselben Betriebsstätte. Viele Arbeitsunfälle sind daher auf eine unzureichende Koordination zurückzuführen. Und schließlich gibt es eine große Zahl von Arbeitsunfällen, die schlicht auf unglückliche und ex ante für kaum jemanden vorhersehbare Umstände zurückzuführen sind.

¹ Vgl. Statistik des Spitzenverbands Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung e. V. für die Jahre 2017 und 2018 (<https://www.dguv.de/de/zahlen-fakten/au-wu-geschehen/arbeitsunfaelle/index.jsp>, letzter Abruf: 27.12.2019).

² Vgl. auch die Auswertung der Berufsgenossenschaft Rohstoffe und chemische Industrie, BG RCI, Magazin 5/6 2017, S. 5 und die Auswertung der Mitarbeiterbefragungen im Rahmen des DEKRA Arbeitssicherheitsbarometers 2015/2016, S. 13.

Kommt es zum Unfall, werden zwangsläufig Qualität und Umfang der Arbeitsschutzcompliance in den Blick genommen. Dabei wird nicht selten festgestellt, dass diese lediglich „auf dem Papier“ existiert oder völlig veraltet ist. Nach wie vor gibt es Unternehmen, deren Arbeitsschutzsysteme entweder völlig unzureichend sind oder die überhaupt kein Schutzsystem etabliert haben. Häufig kommt es gerade dort zu Unfällen, die ohne größeren Aufwand vermeidbar gewesen wären.

II. Sozial-, verwaltungs- und strafrechtliche Relevanz von Arbeitsunfällen

Arbeitsunfälle können sozialversicherungs-, verwaltungs-, ordnungswidrigkeiten- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Innerhalb dieser Bereiche ergeben sich gerade im Bereich der Arbeitsunfälle erhebliche Interdependenzen, die der Unternehmensvertreter kennen und bei seiner Beratung berücksichtigen muss.

1. Sozialversicherungsrecht

Führt der Arbeitsunfall zu einem Personenschaden, gehen hiermit auch sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen einher. Der Arbeitsunfall stellt einen klassischen Versicherungsfall im Sozialversicherungsrecht dar (§ 8 SGB VII). Die Unfallversicherung ist daher dazu verpflichtet, den Sachverhalt zur Bewertung der sozialversicherungsrechtlichen Einstandspflicht selbst zu prüfen.

Der strafrechtliche Berater wird sich sicherlich nur am Rande mit sozialversicherungsrechtlichen Aspekten befassen müssen. Gleichwohl dürfen einige wichtige Faktoren nicht unberücksichtigt bleiben, da ansonsten schwerwiegende Nachteile für das Unternehmen drohen. Zu nennen ist hierbei vor allem die Anzeigepflicht, § 193 Abs. 1 S. 1 SGB VII. Kommt es zu einem Unfall eines Arbeitnehmers und ist dieser infolge des Unfalls mehr als drei Tage arbeitsunfähig oder wird er gar getötet, ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Unfall dem Unfallversicherungsträger zu melden. Diese Anzeige ist gem. § 193 Abs. 4 S. 1 SGB VII binnen drei Tagen zu erstatten, nachdem der Unternehmer vom Unfall Kenntnis erlangt hat.³ Unterliegt das Unternehmen der Arbeitsschutzaufsicht – dies ist bei nahezu allen Unternehmen der Fall – ist die an die Unfallversicherungsträger übermittelte Unfallanzeige in Kopie auch der zuständigen Arbeitsschutzbehörde zur Kenntnis zu bringen, § 193 Abs. 7 S. 1 SGB VII. Häufig erfährt die Arbeitsschutzbehörde durch diese Mitteilung erstmalig von einem Arbeitsunfall. Eine Nichtanzeige sowie eine nicht richtige oder nicht rechtzeitige Anzeige kann gem. § 209 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Unfallanzeigen führen aber oft zu einer ersten, für das Unternehmen – auch hinsichtlich der strafrechtlichen Bewertung – unvorteilhaften Festschreibung des Sachverhalts. Auf den Webseiten der Unfallversicherungsträger stehen für die Anzeige Formulare zum Download bereit. Zum Teil besteht auch die Möglichkeit der Abgabe einer Online-Anzeige. In den Formularen ist regelmäßig nach einer „ausführlichen Schilderung des Unfallhergangs“ unter der Nennung von „beteiligten Maschinen, Anlagen, Gefahrstoffen“ sowie weiteren für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung relevanten Angaben gefragt. Da diese Auskünfte binnen drei Tagen erteilt werden müssen, ist das Risiko groß, dass voreilige Angaben zum Unfallhergang ohne Rücksicht auf außerhalb des Sozialversicherungsrechts liegende Konsequenzen an die Unfallversicherungsträger übersandt werden.

Zudem können die Unfallversicherungsträger einzelne Mitarbeiter des Unternehmens unmittelbar kontaktieren, um weitere Informationen zum Sachverhalt zu erhalten. Die Anfrage erfolgt häufig schriftlich und erst einige Zeit nach dem Unfall. Es kommt aber auch – gerade bei schweren Unfällen – vor, dass die Mitarbeiter der Unfallversicherungsträger unmittelbar nach einem Unfall, z.B. im Rahmen eines Krankenhausbesuchs beim Verunfallten, Angestellten des Unternehmens persönlich zum Unfallhergang befragen.

³ Darüber hinaus ist das Unternehmen gem. § 192 Abs. 3 SGB VII auf Verlangen des zuständigen Unfallversicherungsträgers dazu verpflichtet, diesem weitere Auskünfte zu erteilen und auch Beweisurkunden vorzulegen. Aus § 10 DGUV Vorschrift 1 (Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger) ergeben sich weitere Konkretisierungen hinsichtlich der Auskunftspflicht von Unternehmen.

Voreilige oder missverständliche Angaben gegenüber den Unfallversicherungsträgern können früher oder später im Strafverfahren zur bösen Überraschung für das Unternehmen und die beschuldigten Personen werden. Die Unfallversicherungsträger stehen nämlich nicht nur mit der Arbeitsschutzbehörde in einem engen Austausch (vgl. § 21 Abs. 3 ArbSchG), sondern stellen ihre gewonnenen Erkenntnisse – z. B. in Form von Protokollen oder Vermerken – gerne auch der Staatsanwaltschaft zur Verfügung.

2. Verwaltungsrecht

a) Überblick über einschlägige verwaltungsrechtliche Normen

Arbeitsunfälle weisen eine hohe verwaltungsrechtliche Relevanz auf. Das Verwaltungsrecht enthält auf allen Ebenen, d. h. in Gesetzen, Verordnungen, technischen Regeln und Verwaltungsvorschriften, zahlreiche Normen, die im Kontext von Arbeitsunfällen relevant werden können.

Besondere Bedeutung kommt dem Arbeitsschutzrecht zu, dessen Normen einen unterschiedlichen Rang haben. Ausgangspunkt ist das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), das die für den Arbeitsschutz wesentlichen Pflichten regelt. Verstöße gegen das ArbSchG können bereits für sich genommen – ohne Unfalleintritt – gem. § 25 ArbSchG eine Ordnungswidrigkeit darstellen und unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 26 ArbSchG – insbesondere bei konkreten Gefährdungen und beharrlichen Verstößen gegen vollziehbare Anordnungen der Arbeitsschutzbehörde – strafbares Verhalten darstellen.

Die relativ unbestimmten Regelungen des ArbSchG werden durch Verordnungen konkretisiert. Von besonderer praktischer Relevanz sind vor allem die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) und die Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV). Daneben gibt es aber eine Vielzahl weiterer Verordnungen, die es branchenabhängig zu berücksichtigen gilt.⁴ Die Verordnungen werden wiederum durch bereichsspezifische technische Regeln konkretisiert, die von Ausschüssen entwickelt und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im gemeinsamen Ministerialblatt bekannt gegeben werden. Zu nennen sind hierbei vor allem die Technischen Regeln für Arbeitsstätten (ASR), die Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS) und die Technischen Regeln für Betriebssicherheit (TRBS). Diese verweisen wiederum auf einzelne DIN-Normen. Technische Regeln haben keine formale Bindungswirkung, sind aber, da der Arbeitgeber bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes gem. § 4 Nr. 3 ArbSchG den „Stand der Technik“ zu berücksichtigen hat, ausgesprochen bedeutsam. Werden die technischen Regeln eingehalten, darf der Arbeitgeber in der Regel davon ausgehen, dass die entsprechenden Anforderungen in der korrespondierenden Verordnung erfüllt sind. Andernfalls trifft den Arbeitgeber jedoch die Pflicht, darzulegen, dass die von ihm gewählte Lösung mindestens das gleiche Sicherheitsniveau erreicht – nach einem bereits eingetretenen Arbeitsunfall keine leichte Aufgabe.

Daneben gibt es weitere Gesetze und Vorschriften, die den Bereich der Arbeitssicherheit regeln. Hohe Relevanz kommt dabei vor allem dem Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) zu. Zu beachten sind auch die zahlreichen europarechtlichen Richtlinien und Verordnungen, die zum Arbeitsschutz existieren.⁵ Neben den spezifisch den Arbeitsschutz betreffenden Regelungen gibt es bereichsspezifische Normen, die im Kontext von Arbeitsunfällen relevant werden können. In bestimmten Branchen, wie z.B. der Chemieindustrie, existieren Normen, die sowohl zum Schutz der Mitarbeiter als auch zum Schutz der Umwelt zu befolgen sind. Schließlich können auch die Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger (DGUV - Vorschriften) zu berücksichtigen sein.⁶

⁴ Weitere relevante Verordnungen sind z.B. die Baustellenverordnung (BaustellV), Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) und die Biostoffverordnung (BioStoffV).

⁵ Eine Übersicht über die Rechtstexte und technischen Regeln findet sich auf der Webseite der Bundesanstalt für Arbeitsschutz (https://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Rechtstexte-und-Technische-Regeln_node.html, letzter Abruf: 27.12.2019).

⁶ Bei den DGUV - Vorschriften handelt es sich um Unfallverhütungsvorschriften, die die Unfallversicherungsträger gem. § 15 SGB VII erlassen, um ihrem Präventionsauftrag gem. § 14 SGB VII nachzukommen. Sie zählen zwar formal nicht zum Verwaltungsrecht, werden aber dennoch zur Konkretisierung der arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen herangezogen.

b) Aktivierung der Arbeitsschutzbehörde

Spätestens nach einer gem. § 193 Abs. 7 SGB VII an die Arbeitsschutzbehörde weiterzuleitenden Unfallanzeige wird diese tätig, um den Unfall unter gefahrpräventiven Gesichtspunkten zu untersuchen. Bei öffentlichkeitswirksamen Arbeitsunfällen oder solchen mit schweren Folgen erscheinen die Beamten der Arbeitsschutzbehörde in der Regel kurze Zeit nach dem Unfall an der Unfallstelle.

Die Kernaufgabe der Arbeitsschutzbehörde⁷ besteht darin, die Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu sichern. Zugleich schützt sie die Öffentlichkeit vor gefährlichen Anlagen und Produkten. In Abhängigkeit vom jeweils geltenden Landesrecht sind die Arbeitsschutzbehörden für ein bestimmtes Gebiet des Bundeslandes zuständig. Sie überwachen die Einhaltung des Arbeitsschutzrechts und beraten die Unternehmen bei der Erfüllung ihrer Pflichten (§ 21 Abs. 1 ArbSchG). Die Arbeitsschutzbehörde verfügt über weitreichende Befugnisse (§ 22 ArbSchG). Kommen Unternehmen ihren Pflichten nicht nach, sind die Arbeitsschutzbehörden befugt, Verwaltungszwang – bis hin zur vorübergehenden Stilllegung des Betriebs – einzusetzen (§ 22 Abs. 3 ArbSchG).⁸

Nach einem Arbeitsunfall prüft die Arbeitsschutzbehörde primär, ob weiterhin eine Gefahr für Mitarbeiter des Unternehmens oder die Öffentlichkeit besteht. Ihr Blick ist, anders als bei den Strafverfolgungsbehörden, in die Zukunft gerichtet. Kommt es beispielsweise zu einem Unfall, der einen Austritt von Gefahrenstoffen zur Folge hat, werden die Beamten der Arbeitsschutzbehörde nach ihrem Eintreffen am Unfallort untersuchen, ob eine Eindämmung der Gefahr stattgefunden hat oder weiterhin Gefahren für Beschäftigte und die Umwelt drohen. Häufig beauftragt die Arbeitsschutzbehörde Sachverständige damit, die Unfallursache zu untersuchen. Die Arbeitsschutzbehörde gibt die Betriebsfläche erst dann wieder frei, wenn die Unfallursache untersucht, nachweislich Sicherungsmaßnahmen durchgeführt und Gefahrstoffe fachgerecht entsorgt wurden.

In der Regel fordert die Arbeitsschutzbehörde unmittelbar nach dem Unfall zugleich das Unternehmen dazu auf, sämtliche Informationen zum Unfallgeschehen, zu den beteiligten Arbeitsbereichen, Anlagen, Maschinen und Personen an sie zu übermitteln. Dazu zählen auch die den Bereich des Arbeitsschutzes betreffenden Unterlagen des Unternehmens, wie die Gefährdungsbeurteilung (§§ 5, 6 ArbSchG), Unterlagen zu Qualifikationen und Unterweisungen (§ 12 ArbSchG) der Mitarbeiter, aber auch Informationen zu Verantwortlichkeiten, v. a. zur Übertragung von Aufgaben und Delegation von Pflichten (§§ 7, 13 ArbSchG). Das Unternehmen ist gem. § 22 Abs. 1 ArbSchG grundsätzlich zur Erteilung der geforderten Auskünfte verpflichtet.

3. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen

a) Relevante Straftatbestände

Es gibt eine Vielzahl von Straftatbeständen, die im Kontext von Betriebsunfällen verwirklicht sein können. Am häufigsten werden nach Arbeitsunfällen Ermittlungen wegen des Verdachts der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) oder fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) eingeleitet. Daneben existieren weitere Delikte, die entweder neben den Körperverletzungsdelikten oder hiervon losgelöst Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen sind. Zur Bekämpfung der insbesondere in der Baubranche existierenden Gefahren existiert der Tatbestand der Baugefährdung gem. § 319 StGB. Es handelt sich hierbei um ein konkretes Gefährdungsdelikt, das einen Schadenseintritt nicht erfordert, sondern bereits die konkrete Gefährdung mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ahndet. In der Schwerindustrie spielen neben den §§ 222, 229 StGB vor allem Umweltdelikte eine herausragende Rolle. Führt etwa der Austritt einer Chemikalie zu einer Verunreinigung eines Gewässers, des Bodens oder der Luft, werden in aller Regel Ermittlungen wegen des Verdachts der im 29. Abschnitt des StGB enthaltenen Umweltdelikte aufgenommen. Für besonders schwere Fälle von Umweltstraftaten (§ 330 StGB) sieht das Gesetz Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren

⁷ Die für den Arbeitsschutz zuständigen Dienststellen der Länder sind auf der Webseite des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) abrufbar (<http://lasi-info.com/ueberuns/organisationen/dienststellen-der-asy-der-laender>, letzter Abruf: 27.12.2019)

⁸ Ausf. Kollmer/Klindt/Schucht/Kunz, 3. Aufl. 2016, ArbSchG § 22 Rn. 53 ff.

vor. Darüber hinaus existieren diverse Strafvorschriften des Nebenstrafrechts, die – wie z.B. § 26 ArbSchG und § 27 ChemG – besonders gravierende Verstöße gegen die außerstrafrechtlichen Verpflichtungen ahnden sollen. In der Praxis kommt diesen Tatbeständen aber geringere Bedeutung zu.

b) Relevante Ordnungswidrigkeitentatbestände

Nach einem Arbeitsunfall kann auch die Verhängung eines Bußgeldes gegen das Unternehmen drohen, wenn strafbares oder ordnungswidriges Verhalten von Leitungspersonen oder ein dem Unternehmensinhaber zuzurechnendes Organisationsverschulden in Rede steht.⁹ Begeht eine Leitungsperson des Unternehmens eine Straftat, durch die eine betriebsbezogene Pflicht verletzt wird, kann gem. § 30 OWiG eine Geldbuße gegen das Unternehmen verhängt werden.¹⁰ Selbst wenn der Nachweis einer konkreten Straftat einer der in § 30 Abs. 1 OWiG aufgeführten Leitungspersonen nicht gelingt, kann gem. §§ 30, 130 OWiG eine Bebußung des Unternehmens erfolgen, sofern dem Unternehmensinhaber eine Aufsichtspflichtverletzung nachgewiesen werden kann. Darüber hinaus kann zur Verhängung eines Bußgeldes gegen das Unternehmen entweder über § 30 OWiG direkt oder über §§ 30, 130 OWiG auch an Ordnungswidrigkeiten, die Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten sanktionieren, angeknüpft werden.¹¹ Speziell für den Bereich des Arbeitsschutzes existiert der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 25 ArbSchG.¹² Hierbei handelt es sich um einen Blanketttatbestand, der auf zahlreiche arbeitsschutzrechtliche Verordnungen verweist.¹³ Daneben gibt es weitere Ordnungswidrigkeitentatbestände, die bei bestimmten Arten von Unfällen – z.B. § 26 Chemiegesetz (ChemG) bei Unfällen im Zusammenhang mit Gefahrstoffen – relevant werden können.

c) Suche nach Verantwortung

Ein großer Teil der Ermittlungsverfahren nach Betriebsunfällen wird von Amts wegen – vor allem durch die Polizei oder Arbeitsschutzbehörde – eingeleitet. Oftmals erfolgen die Ermittlungen zunächst nur als sog. „Vorermittlungen“¹⁴ oder „gegen Unbekannt“. Im Laufe der Ermittlungen wechseln nicht selten vormalige Zeugen in den Status von Beschuldigten. Ergeben die Ermittlungen keinen Anfangsverdacht gegen unmittelbar am Unfall Beteiligte, wandert der Blick der Staatsanwaltschaft meist auf höhere Hierarchieebenen, um dort nach einem strafbewehrten Organisationsverschulden zu suchen.¹⁵ Immer wieder lässt sich den Ermittlungsakten entnehmen, dass die Staatsanwaltschaft im Anschluss an einen Blick in das Handelsregister – auch ohne konkreten Verdacht und damit § 152 StPO zuwider – die dort eingetragenen Mitglieder der Geschäftsführung zu Beschuldigten macht.

Ermittlungen gegen das Unternehmen in einem parallel bzw. im Anschluss geführten Verfahren wegen des Verdachts einer Ordnungswidrigkeit gem. § 30 OWiG oder §§ 30, 130 OWiG im Kontext von Arbeitsunfällen führten lange Zeit ein Schattendasein. Die Verhängung eines Bußgeldes gegen das Unternehmen am Ende der Ermittlungen war die absolute Ausnahme. Diese Zurückhaltung gehört der Vergangenheit an: Ordnungswidrigkeitenverfahren nach Betriebsunfällen kommen inzwischen vor. Wie auch in anderen Deliktsbereichen wächst der Druck auf das Unternehmen im Ordnungswidrigkeitenverfahren, je schwerer sich ein Individualverschulden nachweisen lässt.¹⁶

⁹ Das Unternehmen kann auch Adressat von Maßnahmen zur Vermögensabschöpfung werden. Da dies im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen allerdings eher die Ausnahme darstellt, soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

¹⁰ Graf/Jäger/Wittig/Niesler, *Wirtsch. u. SteuerStrR*, 2. Aufl. 2017, § 30 Rn. 1 ff.

¹¹ Zu § 130 OWiG im Bereich des Arbeitsschutzes s. *Wiebauer*, *ArbRAktuell* 2017, 534, 535 f.

¹² S. *Wiebauer*, *ArbRAktuell* 2017, 534 ff.

¹³ Z.B. § 9 I ArbStättV, § 22 I BetrSichV, § 10 I ArbMedVV, § 7 I BaustellV u. § 20 I BioStoffV.

¹⁴ BeckOK-StPO/Beukelmann, 35. Ed. Std. 01.10.2019, § 152 Rn. 6.

¹⁵ Ausf. z. straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Verantwortlichkeit im Arbeitsschutzrecht *Schorn*, BB 2010, 1345.

¹⁶ Spätestens mit der Einführung des Verbandssanktionengesetzes dürften Ermittlungen gegen das Unternehmen im Nachgang von Arbeitsunfällen nicht zur erheblich zunehmen, sondern zur Regel avancieren, vgl. *Schmitz*, *WiJ* 2019, 154.

d) Relevanz des Verwaltungs- und Sozialversicherungsrechts für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Straftaten sowie Ordnungswidrigkeiten im Kontext von Arbeitsunfällen knüpfen in aller Regel an fahrlässiges Verhalten an. Dreh- und Angelpunkt der meisten Strafverfahren ist die Suche nach relevanten Sorgfaltspflichtverletzungen. Zwar setzt die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit darüber hinaus weitere Tatbestandsmerkmale voraus, so dass nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung zugleich strafbares Verhalten darstellt.¹⁷ Die Sorgfaltspflichtverletzung ist aber notwendige Bedingung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

Das Maß der Sorgfalt richtet sich nach den Anforderungen, die ein besonnener und gewissenhafter Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters bei der Betrachtung der Gefahr ex-ante zu erfüllen hat.¹⁸ Zwar sind die für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit maßgeblichen Sorgfaltspflichten strafrechtsautonom zu bestimmen.¹⁹ Zur Ermittlung eines konkreten Sorgfaltspflichtverstoßes finden aber auch außerstrafrechtliche Normen Berücksichtigung.²⁰ Die Einhaltung von arbeitsschutzrechtlichen Gesetzen, Normen und technischen Regeln sowie Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger ist daher nicht nur im Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, sondern auch für die Frage einer straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung von hoher Relevanz.

Zur Bewertung der einschlägigen Sorgfaltspflichten nehmen die Arbeitsschutzbehörden auch im Strafverfahren eine wesentliche Rolle ein. Ihr Aufgabenbereich erstreckt sich zwar nur auf die Gefahrenprävention. Die Staatsanwaltschaften binden die zuständige Arbeitsschutzbehörden aber regelmäßig auch in ihre repressiven Ermittlungen ein, indem sie diese um die Abgabe von Stellungnahmen bitten. Oftmals beeinflussen diese Eingaben den Fortgang des Strafverfahrens maßgeblich. Die Einschätzung der Arbeitsschutzbehörde verhält sich in der Regel zu mehreren Aspekten. Neben einer Darstellung des Sachverhalts enthalten die Stellungnahmen Ausführungen darüber, ob das Unternehmen seinen die Arbeitssicherheit betreffenden Pflichten – hinsichtlich Gefährdungsbeurteilung, Unterweisungen, Arbeitsmittel etc. – nachgekommen ist. Dort werden auch Mängel angesprochen, die keine Relevanz für den späteren Unfalleintritt hatten und daher mangels Pflichtwidrigkeitszusammenhangs²¹ im Ergebnis eine Strafbarkeit nicht zu begründen vermögen. Gleichwohl kann die Feststellung mehrerer bzw. gravierender – wenn auch im Ergebnis strafrechtlich irrelevanter – Normverstöße einen negativen Eindruck hinterlassen, der letztlich einer Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO im Weg stehen kann.

Schließlich haben die Stellungnahmen der Arbeitsschutzbehörden einen enormen Einfluss auf das Strafverfahren, weil diese sich in der Regel auch zu Verantwortlichkeiten, die sich aus dem Arbeitsschutzrecht – v. a. §§ 3, 7 und 13 ArbSchG – ergeben, verhalten. Nicht selten erfolgt die Wandlung vom Zeugen zum Beschuldigten daher unmittelbar im Anschluss an die Stellungnahme der Arbeitsschutzbehörde.

III. Aufgaben des Unternehmensvertreters

1. Unmittelbar nach dem Unfall

Wird der strafrechtliche Berater des Unternehmens bereits unmittelbar nach dem Unfall informiert, gleichen die Anforderungen denen einer Durchsuchung. Der Unternehmensvertreter sollte sich schnellstmöglich zum Unfallort begeben und sich vor Ort um eine koordinierte Abwicklung der ad hoc erforderlichen Maßnahmen bemühen.²² Zugleich sollte er aber bereits in den ersten Minuten verwaltungs-, haftungs-, ordnungswidrigkeiten- und

¹⁷ Zu den Voraussetzungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Kontext von Arbeitsunfällen s. *Noltenius*, in: Bross, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 1. Aufl. 2016, Kap. 64 Rn. 62 ff.; *Schorn*, BB 2010, 1345; *Wiebauer*, ArbRAktuell 2017, 562, 563 f.

¹⁸ BGH NSTZ 2003, 657, 658; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 222 Rn. 5 f.; BeckOK StGB/*Eschelbach*, 41. Ed. 1.2.2019, § 222 Rn. 16; *Graf/Jäger/Witti/Allgayer*, § 15 Rn. 28.

¹⁹ BeckOK StGB/*Eschelbach*, 41. Ed. 1.2.2019, § 222 Rn. 16.

²⁰ Zum Einfluss von technischen Regeln auf die Sorgfaltspflichtverletzung s. OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2000, 141; *Esser/Keuting*, NSTZ 2011, 314, 318; *GJW/Allgayer*, § 15 Rn. 28; BeckOK StGB/*Eschelbach*, § 222 Rn. 15; *Noltenius*, in: Bross, Handbuch Arbeitsstrafrecht, Kap. 64 Rn. 66 f.

²¹ Die Rechtsprechung spricht insoweit vom „rechtlichen Ursachenzusammenhang“, vgl. MüKoStGB/*Duttge*, 3. Aufl. 2017, StGB § 15 Rn. 164.

²² Zum Verhalten bei Durchsuchungen *Michalke*, NJW 2008, 1490; *Püschel*, Praxis Steuerstrafrecht 2006, 89 ff.

strafrechtliche Folgen für das Unternehmen im Blick behalten und bei seinen Entscheidungen berücksichtigen. Er hat daher sorgfältig zu erwägen, ob Zeugen bereits am Unfallort Angaben machen und das Unternehmen bereits zu diesem frühen Zeitpunkt Stellungnahmen zum Unfallhergang abgeben sollten.

Diese Aufgabe kann mitunter schwieriger sein, als die klassische Situation einer Durchsuchung. Besteht nämlich noch eine fortdauernde Gefahrenlage und ist die Arbeitsschutzbehörde zum Zwecke der Gefahrenprävention bereits vor Ort, wird es in vielen Fällen nicht angezeigt sein, jegliche Mitwirkung unter Hinweis auf ein zu erwartendes Strafverfahren abzulehnen. Die Arbeitsschutzbehörde ist immerhin dazu befugt, erforderlichenfalls den ganzen Betrieb einzustellen, sollte sich eine Gefahrenlage nicht anders beseitigen lassen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen auf einen konstruktiven Umgang mit der zuständigen Arbeitsschutzbehörde langfristig angewiesen sind – ein Aspekt, der in reinen Strafverfahren selten ins Kalkül zu ziehen ist.

Ist das Unternehmen zur Mitwirkung an der Aufklärung des Unfalls unmittelbar nach dessen Eintritt bereit, kann der Unternehmensvertreter an vielen Stellen konstruktiv Einfluss nehmen. So kann er bereits unmittelbar nach einem Unfall Mitarbeiter, die als Zeugen in Betracht kommen, dabei unterstützen, einen geeigneten Zeugenbeistand zu finden. In Bereichen, in denen das Unternehmen zur Erteilung von Auskünften verpflichtet ist – hierzu gehören vor allem die Angaben gegenüber der Arbeitsschutzbehörde und die Unfallmitteilung an den Unfallversicherungsträger –, kann der Unternehmensvertreter dazu beitragen, dass Angaben zum Sachverhalt keine voreiligen Feststellungen enthalten oder missverständlich formuliert sind. Vor allem kann er dem häufig zu beobachtendem Bedürfnis, unnötige Spekulationen über die Unfallursachen zu äußern, entgegenwirken.

2. Weitere zentrale Aufgaben der Unternehmensvertretung

In den meisten Fällen erfolgt die Mandatierung eines strafrechtlichen Unternehmensvertreters einige Tage oder Wochen nach dem Arbeitsunfall. Viele Unternehmen unterschätzen die Anforderungen und Risiken, die sich im Zusammenhang mit der Aufarbeitung eines Arbeitsunfalles ergeben können. Häufig versuchen die Verantwortlichen zunächst selbst, die sich an den Unfall anschließenden Aufgaben zu bewältigen. Dies ändert sich meist, wenn sich Mitarbeiter bei ihren Vorgesetzten melden, weil sie eine Ladung zur Beschuldigten- oder Zeugenvernehmung erhalten haben.

Der Rechtsanwalt vertritt in seiner Funktion als strafrechtlicher Unternehmensvertreter – bzw. „Unternehmensverteidiger“²³ – die Interessen des Unternehmens im Kontext (drohender) straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Ermittlungen. Primäres Interesse des Unternehmens ist es daher, nicht zum Adressat von Sanktionen zu werden und nach Möglichkeit bereits von – häufig für sich genommen schon hinreichend reputationschädigenden²⁴ – strafprozessualen Zwangsmaßnahmen verschont zu bleiben. Es entspricht aber in vielen Fällen auch dem Interesse des Unternehmens, dass das Verfahren auch für die Leitungspersonen und übrigen Mitarbeiter ein gutes Ende nimmt.²⁵ Dies ist nicht nur bei Unternehmen der Fall, in denen die beschuldigten Leitungspersonen zugleich Gesellschafter des Unternehmens sind. Zu einer guten Unternehmenskultur kann es gerade im Kontext von Fahrlässigkeitsvorwürfen gehören, die Mitarbeiter bei der Verteidigung gegen strafrechtliche Vorwürfe bestmöglich zu unterstützen.²⁶ Der Unternehmensvertreter hat die anspruchsvolle

²³ Die Begriffe „Unternehmensvertreter“ und „Unternehmensverteidiger“ sind gesetzlich nicht definiert und auch nicht trennscharf voneinander abgrenzbar. Gegen ein Auftreten gegenüber Behörden nach einem Arbeitsunfall als Unternehmensverteidiger spricht, dass häufig noch gar kein strafrechtlicher Fokus auf das Unternehmen gerichtet ist. Zudem könnte die Verwendung dieses Terminus u. U. zu einer Abwehrhaltung bei Arbeitsschutzbehörde und Unfallversicherungsträger führen. In anderen Konstellationen dürfte der Begriff des Unternehmensverteidigers sehr viel näher liegen, z.B. wenn das Unternehmen ab Anklageerhebung die formale Stellung eines Nebenbeteiligten (§ 444 StPO) erhält oder zum Adressat vorläufiger Maßnahmen zur Sicherung einer Einziehung wird. Zu Definitionsansätzen s. *Berndt/Theile*, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 1. Aufl. 2016, 435 ff., 466 ff.; *Minoggio*, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 135 ff.; *Wessing*, WiJ 2012, 1; *ders.* in: Volk, MAH Verteidigung i. Wirtsch. u. SteuerstrafS, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 192 ff.

²⁴ Handelt es sich um einen öffentlichkeitswirksamen Arbeitsunfall, sollte erwogen werden, einen medienrechtlichen Beistand hinzuzuziehen.

²⁵ *Berndt/Theile*, Rn. 474; *Wessing*, WiJ 2012, 1, 6; *ders.* in: FS Mehle, 2009, 665, 666 ff.

²⁶ Gerade schwere Arbeitsunfälle von Mitarbeitern gehen für deren Kollegen meist mit erheblichen psychischen Belastungen einher. Diese werden umso stärker, wenn sich die Mitarbeiter im Anschluss auch noch strafrechtlichen Ermittlungen ausgesetzt sehen. In dieser Phase sind Mitarbeiter besonders auf die Unterstützung ihres Ar-

Aufgabe, sämtliche Interessen zu analysieren und im Rahmen der Vertretung des Unternehmens optimal miteinander in Einklang zu bringen.

a) Korrespondenz mit den Behörden

In der Phase unmittelbar nach der Mandatierung muss sich der Unternehmensvertreter einen schnellen Überblick über den Sachverhalt verschaffen. Er sollte insbesondere sämtliche – ggf. bereits erfolgte – Korrespondenz mit der Arbeitsschutzbehörde, den Sozialversicherungsträgern und den Strafverfolgungsbehörden einsehen.

Sofern weitere Kommunikation mit Unfallversicherungsträgern und der Arbeitsschutzbehörde erforderlich ist, sollte diese jedenfalls mit dem Unternehmensvertreter abgestimmt werden. Der Unternehmensvertreter ist in der Lage, den Einfluss, den die außerstrafrechtliche Korrespondenz auf das Strafverfahren haben kann, einzuschätzen. Er kann dabei behilflich sein, die Angaben inhaltlich zu konkretisieren und um voreilige Wertungen zu bereinigen. Dabei ist es nicht immer angezeigt, als Unternehmensvertreter nach außen aufzutreten. Teilweise ist eine gewisse Skepsis aufseiten der Arbeitsschutzbehörden zu verzeichnen, wenn ein strafrechtlicher Unternehmensvertreter unmittelbar in die Kommunikation eingebunden ist. Dies kann mitunter auch für die Anwesenheit des Unternehmensvertreters bei Besprechungsterminen mit der Arbeitsschutzbehörde gelten. Vorteile der offiziellen Einbindung des Unternehmensvertreters sind daher gegen möglicherweise hieraus resultierende atmosphärische Nachteile abzuwägen.

Der Unternehmensvertreter sollte schnellstmöglich den fernmündlichen oder persönlichen Kontakt zur Staatsanwaltschaft suchen, sobald diese mit dem Ermittlungsverfahren befasst ist. Auf diese Weise lassen sich in der Regel wichtige Informationen hinsichtlich des Fortgangs des Ermittlungsverfahrens und der anstehenden Aufgaben der Unternehmensvertretung in Erfahrung bringen. Informelle Gespräche mit der Staatsanwaltschaft können vor allem dabei helfen, besser einzuschätzen, an welchen Informationen und Unterlagen diese interessiert ist. Unterstützt das Unternehmen aktiv das Aufklärungsbedürfnis der Staatsanwaltschaft z.B. durch die Benennung bisher unbekannter Zeugen oder die Übergabe relevanter Unterlagen, lassen sich auch ansonsten denkbare Durchsuchungsmaßnahmen vermeiden.

Der Kontakt zur Staatsanwaltschaft ist auch gegen Ende der Ermittlungen von ausschlaggebender Bedeutung. In diesem Stadium kann der Unternehmensvertreter in Erfahrung bringen, ob eine (weitere) Stellungnahme des Unternehmens sinnvoll ist, um zu einer Einstellung des Verfahrens zu gelangen. Zudem kann der Unternehmensvertreter in dieser Phase konkrete Erledigungsszenarien mit der Staatsanwaltschaft besprechen.²⁷

Sofern eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 Abs. 2 StPO (i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG) in Betracht kommt, sollte diese grundsätzlich das Ziel der strafrechtlichen Unternehmensvertretung sein. Es gibt aber Konstellationen, in denen eine zeitnahe Einstellung aus Opportunitätsgründen einer ungewissen Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO bzw. einem Freispruch nach kostenintensiver und öffentlichwirksamer Hauptverhandlung vorzuziehen sein kann. Gerade in Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen, in denen sich der Tatverdacht zwar nicht gänzlich ausräumen lässt, aber eine Verurteilung in der Hauptverhandlung ebenfalls alles andere als sicher ist, bestehen – selbst bei schweren Unfallfolgen – vergleichsweise gute Aussichten für eine Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO.

Die Erfahrung zeigt, dass mit der Staatsanwaltschaft abgestimmte Kompensationszahlungen – z.B. als Auflage i. S. d. § 153a StPO – an durch den Arbeitsunfall verletzte Personen oder Angehörige den Ausschlag für eine Gesamterledigung ohne Schuldspruch und bußgeldrechtliche Ahndung geben können. In manchen Fällen kann es auch ein gangbarer Weg sein, ein mit der Staatsanwaltschaft abgestimmtes Bußgeld gegen das Unternehmen zu akzeptieren, wenn hierdurch eine Einstellung gegen die Beschuldigten erzielt und ein

beitgebers angewiesen. Erforderlichenfalls sollte der Unternehmensvertreter bei der Suche nach einer professionellen psychologischen Betreuung für den Mitarbeiter behilflich sein.

²⁷ Ausf. Wessing in: Volk, MAH Verteidigung i. Wirtsch. U. Steuerstrafs, § 12 Rn. 200 ff.

kostenintensiver und mitunter reputationsschädigender Fortgang des Strafverfahrens vermieden werden kann.²⁸

b) Anwaltlicher Beistand für Mitarbeiter und Sockelverteidigung

Mitarbeiter, bei denen die Rolle als Zeuge oder Beschuldigter feststeht, sollten schnellstmöglich Gelegenheit erhalten, einen Zeugenbeistand bzw. Verteidiger zu konsultieren. Dies kann auch bei Mitarbeitern sinnvoll sein, die die Strafverfolgungsbehörde zwar noch nicht im Blick hat, Kenntnisse im Unternehmen aber die Annahme rechtfertigen, dass sich dies im Laufe des Ermittlungsverfahrens ändern kann. Im Rahmen einer kooperativen Unternehmensvertretung kann es angezeigt sein, solche potentiellen Zeugen sowohl gegenüber der Arbeitsschutzbehörde als auch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu benennen.

Im Kontext von Arbeitsunfällen, bei denen von vornherein nur ein allenfalls fahrlässiges Verhalten in Rede steht, kann eine Übernahme der Kosten durch das Unternehmen nicht nur für Zeugenbeistände, sondern auch für die Verteidiger – gegebenenfalls unter Vereinbarung von Rückforderungsvorbehalten – für alle Seiten sinnvoll sein.²⁹ Unternehmensvertreter sollten sich zudem nicht davor scheuen, den Mitarbeitern qualifizierte Kollegen vorzuschlagen. Zwar muss es den Mitarbeitern überlassen bleiben, welchen Anwalt sie mandantieren. Häufig werden diese das Angebot aber dankend annehmen – mit positivem Effekt für beide Seiten: Der Mitarbeiter erhält einen Rechtsanwalt, der über ausreichend Expertise verfügt und bei dem die grundsätzliche Bereitschaft für eine sog. „Sockelverteidigung“³⁰ besteht. Gerade im Zusammenhang mit der Verteidigung nach Betriebsunfällen ist die Auslotung gemeinsamer Interessen im Rahmen einer Sockelverteidigung von unschätzbarem Wert. Die Unternehmensvertretung kann dem Verteidiger für die Verteidigung essentielle Unterlagen, auf die der Mitarbeiter womöglich keinen Zugriff hat, zur Verfügung stellen. Umgekehrt kann der Individualverteidiger in Absprache mit seinem Mandanten den Unternehmensvertreter bei der Aufklärung von Unfallverlauf und -ursachen effektiv unterstützen.³¹ Vor allem in Bezug auf die Abgabe von Stellungnahmen bringt die Abstimmung innerhalb eines Verteidigungssockels enorme Vorteile mit sich. So reizvoll die Verteidigung im Sockel damit auch ist: Sie unterliegt Grenzen,³² die der Unternehmensvertreter kennen muss. Stellt sich heraus, dass die Interessen von Unternehmens- und Individualverteidigung zu weit auseinander liegen oder gar gegenläufig sind, muss der Unternehmensvertreter den Austritt aus dem Sockel erwägen.

Auch im Verhältnis zwischen Unternehmensvertreter und Zeugenbeistand ist gegen einen wechselseitigen Austausch von Informationen nichts einzuwenden, solange es hierdurch nicht zur Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung in etwaigen Zeugenvernehmungen kommt.³³ Der Austausch ist zumeist für beide Seiten gewinnbringend. Der Zeugenbeistand kann in Erfahrung bringen, ob sein Mandant gefährdeter Zeuge ist und ggf. von einem Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO Gebrauch machen sollte. Umgekehrt kann der Unternehmensvertreter bereits in einem frühen Stadium für die Sachverhaltsaufklärung wichtige Informationen erhalten, die er ansonsten gegebenenfalls gar nicht oder erst zu einem viel späteren Zeitpunkt aus der Ermittlungsakte erführe.

Schließlich können durch eine Sockelverteidigung unnötige gegenseitige Beschuldigungen zwischen Mitarbeitern und Unternehmen, die im Ergebnis zumeist für beide Seiten nachteilig sind, vermieden werden.

c) Akteneinsicht

Auch für die strafrechtliche Unternehmensvertretung ist die Einsicht in die Ermittlungsakte essenziell. Je früher der Unternehmensvertreter Einsicht in die Ermittlungsakte erhält, desto

²⁸ Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Rn. 475.

²⁹ Das Unternehmen sollte in diesem Zusammenhang auf mögliche steuerliche Auswirkungen hingewiesen werden. Zur Übernahme von Verteidigungskosten s. Brockhaus, StraFo 2019, 133; Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Rn. 520 ff.

³⁰ Grundlegend zur Sockelverteidigung Richter II, NJW 1993, 2452; s. auch Wessing, WiJ 2012, 1, 6; ders. in: Volk, MAH Verteidigung i. Wirtsch. U. SteuerstrafS, § 12 Rn. 194.

³¹ Zur Auskunft ist der Mitarbeiter arbeitsrechtlich nach h. M. (vgl. Fn. 40) ohnehin verpflichtet. Gleichwohl dürfte der Erkenntnisgewinn bei einer einvernehmlichen Informationsweitergabe größer sein.

³² Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Rn. 512 f.

³³ Taschke, StV 2007, 495, 499.

besser kann er seine Aufgaben wahrnehmen. Wird bereits ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen geführt, erhält der Unternehmensvertreter einem Verteidiger³⁴ entsprechend Akteneinsicht gem. § 147 StPO i. V. m. 46 Abs. 1 OWiG, sofern die Einsicht nicht mit Verweis auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO i. V. m. 46 Abs. 1 OWiG versagt wird.

Wird das Ermittlungsverfahren ausschließlich gegen beschuldigte Personen geführt, stellt sich die Frage, auf welchem Wege das zu diesem Zeitpunkt formal noch nicht am Verfahren beteiligte Unternehmen zeitnah Akteneinsicht erhält. Erscheint es möglich,³⁵ dass das Unternehmen zum Adressat einer Bußgeldentscheidung gemacht werden und daher nach Anklageerhebung die formale Stellung eines Nebenbeteiligten gem. § 444 StPO erhalten kann, steht dem Unternehmensvertreter bereits im Ermittlungsverfahren ein Recht auf Akteneinsicht gem. §§ 444 Abs. 2 S. 1, 428 Abs. 1 S. 1, 147 StPO zu.³⁶

Kommt das Unternehmen selbst als Verletzter des Arbeitsunfalls in Betracht, kann ein Akteneinsichtsanspruch gem. § 406e StPO unter der Darlegung eines berechtigten Interesses gestellt werden. Das Unternehmen kann unter der Darlegung eines berechtigten Interesses auch gem. § 475 Abs. 1 StPO Akteneinsicht verlangen. Das berechtigte Interesse kann sich gerade im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen daraus ergeben, dass das Unternehmen die Akteneinsicht zur Prüfung etwaiger arbeitsrechtlicher Maßnahmen gegen beschuldigte Mitarbeiter benötigt.³⁷

Freilich dauert es in vielen Ermittlungsverfahren eine ganze Weile, bis der Unternehmensvertreter über die oben genannten Vorschriften Akteneinsicht erhält. Vorrang vor den Akteneinsichtsrechten nach § 406e und § 475 StPO hat das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung gem. § 147 StPO. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich Individualverteidigung und Unternehmensvertretung wechselseitig über den Inhalt der Ermittlungsakte informieren dürfen. Eine Übersendung einer (digitalen) Kopie der gesamten Ermittlungsakte durch den Individualverteidiger an den Unternehmensvertreter dürfte nur ausnahmsweise zulässig sein. Gegen die Akteneinsicht für das Unternehmen sprechende Versagungsgründe der §§ 147 Abs. 2 S. 1, 406e Abs. 2 S. 1, 475 Abs. 1 S. 2 StPO wegen einer Gefährdung des Untersuchungszwecks oder schutzwürdiger Interessen der Beschuldigten oder anderer Betroffener dürfen auf diese Weise nicht umgangen werden. Im Übrigen ist § 32f Abs. 5 StPO zu beachten, wonach Akten, Dokumente, Ausdrücke oder Abschriften, die dem Anwalt im Wege der Akteneinsicht überlassen wurden, nicht zu verfahrensfremden Zwecken weitergegeben werden dürfen. Allerdings darf dem beschuldigten Mitarbeiter und seinem Verteidiger nicht verwehrt werden, Teile der Ermittlungsakte mit dem Arbeitgeber (bzw. seinem strafrechtlichen Vertreter) zu besprechen, wenn dies für eine effektive Verteidigung erforderlich ist. Daher muss es grundsätzlich zulässig sein, dass sich Unternehmensvertreter und Individualverteidiger wechselseitig über Erkenntnisse aus der Ermittlungsakte mündlich informieren und untereinander Kopien von Akteilen austauschen, sofern dies im Interesse der Mandanten liegt und für eine effektive Verteidigung erforderlich ist.³⁸

d) Compliance und interne Ermittlungen

aa) Verbesserung der Arbeitsschutzcompliance

Die Aufgabe des strafrechtlichen Unternehmensvertreters besteht vor allem darin, für das Unternehmen zu einem positiven Ausgang des Strafverfahrens ohne bußgeldrechtliche Ahndung und bestenfalls einschließlich der Einstellung der Verfahren gegen sämtliche beschuldigte Mitarbeiter zu gelangen. Nicht nur zur Erreichung dieses Ziels, sondern auch mit

³⁴ In dieser Rolle liegt die Verwendung des Begriffs des „Unternehmensverteidigers“ nahe.

³⁵ Ab welchem Zeitpunkt dem Unternehmen eine beschuldigtenähnliche Stellung zukommt, wird primär im Zusammenhang mit der Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen (§§ 97, 148 StPO) diskutiert. Zum Diskussionsstand siehe *Knauer*, NStZ 2019, 164, 167. Diese Diskussion hat aber auch Auswirkung auf die Frage, ab welchem Zeitpunkt dem Unternehmensvertreter ein Recht auf Akteneinsicht gem. §§ 444 Abs. 2 S. 1, 428 Abs. 1 S. 1, 147 StPO zusteht. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG (NStZ 2019, 159, 163 unter Verweis auf LG München I) zum Beschlagnahmeschutz ist dem Unternehmensvertreter Akteneinsicht nach der Maßgabe des § 147 StPO jedenfalls zu gewähren, wenn eine Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommt.

³⁶ *Leitner*, in: FS Wessing, 147, 156; *Minoggio*, Unternehmensverteidigung, § 6 Rn. 392; *Wessing*, WiJ 2012, 1, 6.

³⁷ BAG NJW 2009, 1897, 1898.

³⁸ Vgl. Auch BeckOK-StPO/Wessing, § 147 Rn. 30.

Blick auf zukünftige Unfälle kann es sinnvoll sein, das Unternehmen bereits kurze Zeit nach dem Unfall bei der Verbesserung der Arbeitsschutzcompliance zu unterstützen. Während dem Fahrlässigkeitsvorwurf beim erstmaligen Eintritt eines bestimmten Unfallverlaufs häufig auch mit dem Verweis auf die mangelnde Vorhersehbarkeit entgegengetreten werden kann, wird dies im Wiederholungsfall – jedenfalls bei einer ähnlich gelagerten Situation – mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr gelingen. Darüber hinaus ist mittlerweile anerkannt,³⁹ dass sich die Verbesserung der Compliance auch noch im Anschluss an die Tatbestandsverwirklichung strafmildernd auswirken bzw. den Weg hin zu einer Einstellung im Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren ebnen kann. Die Sorge, dass mit der Verbesserung der Arbeitsschutzcompliance zugleich ein Eingeständnis des strafrechtlichen Vorwurfs verbunden ist, ist zwar berechtigt. Allerdings kann dieser Gefahr dadurch entgegengewirkt werden, dass der Unternehmensvertreter auf geeignetem Wege klarstellt, dass die Verbesserungen überobligatorisch sind und zum bestmöglichen Schutz der Mitarbeiter eingeführt werden, das Unternehmen aber bereits vor dem Unfall die rechtlichen Arbeitsschutzstandards erfüllt hat.

Sowohl die Arbeitsschutzbehörden als auch die Staatsanwaltschaften reagieren erfahrungsgemäß sehr positiv auf eine nachweisbare Verbesserung der Arbeitsschutzmaßnahmen. Dies kann letztlich den Ausschlag für die Erreichung einer Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO geben. Die Einschätzung der Arbeitsschutzbehörde kann in diesem Zusammenhang sehr wichtig sein, da sie vor einer Einstellung durch die Staatsanwaltschaft gem. RiStBV Nr. 90 regelmäßig Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Ob die Arbeitsschutzbehörde einer Einstellung beipflichtet, hängt oftmals maßgeblich davon ab, ob die von ihr vorgeschlagenen Verbesserungen des Arbeitsschutzes umgesetzt wurden.

bb) Interne Ermittlungen

Sowohl auf dem Weg zu einer verbesserten Arbeitsschutzcompliance als auch zur Vorbereitung einer Stellungnahme für das Unternehmen kann es im Nachgang zu einem Arbeitsunfall angezeigt sein, interne Ermittlungen durchzuführen. Ob und in welchem Umfang interne Erhebungen im Unternehmen sinnvoll sind, hängt auch von der Größe des Unternehmens, der Art und Schwere des Unfalls und nicht zuletzt auch von der Finanzierbarkeit ab.

Durch interne Erhebungen lassen sich die Unfallursachen meist sehr viel besser aufklären als nur durch eine Einsicht in die Ermittlungsakte. Auf diese Weise kann auch ein etwaiges Fehlverhalten von Mitarbeitern lokalisiert werden. Eine arbeitsrechtliche Ahndung muss damit nicht zwingend verbunden sein. Die Ermittlung von Fehlverhalten einzelner Mitarbeiter kann auch ausschließlich dem Ziel dienen, solches in Zukunft effektiv zu vermeiden. Der zusätzliche Erkenntnisgewinn der internen Ermittlungen resultiert oftmals daraus, dass der Mitarbeiter – als Beschuldigter oder gefährdeter Zeuge – im Ermittlungsverfahren schweigt. Gegenüber dem Arbeitgeber sind hingegen nach h. M. Fragen, die die Arbeit betreffen, wahrheitsgemäß und vollständig zu beantworten.⁴⁰ Der Unternehmensvertreter sollte dem Mitarbeiter die Möglichkeit einräumen, für die Befragung einen anwaltlichen Beistand hinzuzuziehen.⁴¹ Auch die Übernahme der Kosten für den anwaltlichen Beistand durch das Unternehmen kann im Rahmen einer internen Befragung sinnvoll und geboten sein.⁴²

Sowohl zur Vorbereitung einer Unternehmensstellungnahme als auch zur Verbesserung des Arbeitsschutzes können die im Rahmen der internen Ermittlungen gewonnenen Erkenntnisse zu einem Bericht zusammengefasst werden. In diesem Bericht können zur Verhinderung zukünftiger Unfälle notwendige – unter Einsatz angemessenen Aufwands umsetzbare – Handlungsempfehlungen festgehalten werden. Die Umsetzung der erarbeiteten Empfehlungen führt nicht nur zu einer tatsächlichen Verbesserung des Arbeitsschutzes, sie dient auch als Nachweis einer die Unfallverhütung ernst nehmenden Unternehmenskultur. Für den Fall eines – v. a. ähnlich gelagerten – Unfalls in der Zukunft können gut dokumentierte interne Erhebungen mit anschließender Umsetzung der Handlungsempfehlung ausschlag-

³⁹ In der Rspr. seit BGH NZWiSt 2018, 379 m. Anm. Adick/Pasewaldt. Zudem stellt die sanktionsmildernde Wirkung von Compliancemaßnahmen eine wesentliche Neuerung des geplanten Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) dar. Zum (inoffiziellen) Referentenentwurf vom 15.8.2019 vgl. Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166; Rübenstahl, ZHW 2019, 265; Schmitz, WiJ 2019, 154.

⁴⁰ BGH NJW 1964, 1469; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 376; Krog/Skoupil, NJW 2017, 2374 m. w. N.

⁴¹ BRAK Thesen zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, 2010, Nr. 4 z. These 3.

⁴² BRAK Thesen zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, 2010, Nr. 4 z. These 3; Grimm, NZA 2019, 1534.

gebend sein, um das Unternehmen gegen den Vorwurf eines Organisationsverschuldens effektiv zu verteidigen.

Bei einer internen Ermittlung sind die sich aus dem Gesetz und den übergeordneten rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards einzuhalten.⁴³ Ferner muss sich der Unternehmensvertreter vor der Durchführung einer internen Ermittlung im Klaren darüber sein, ob und unter welchen Umständen eine Beschlagnahme der – ggf. auf dem Server digital gespeicherten – Unterlagen über die internen Ermittlungen auch in der Anwaltskanzlei möglich ist.⁴⁴ Im Kontext von Arbeitsunfällen dürften Durchsuchungen in der Anwaltskanzlei zwar bis dato Neuland sein. Hierauf sollte sich der Unternehmensvertreter allerdings nicht verlassen, wenn eine Durchsuchung in den Kanzleiräumlichkeiten rechtlich vertretbar wäre. Der Unternehmensvertreter muss das Unternehmen vor einer internen Untersuchung auch über dieses Risiko aufklären.

e) Sachverständigengutachten

Ist die Aufarbeitung des Arbeitsunfalls mit komplexen technischen Fragestellungen verbunden, ziehen die Staatsanwaltschaften und Arbeitsschutzbehörden oftmals Sachverständige zu Rate, die eine Einschätzung zu den Unfallursachen vornehmen sollen. Häufig verhalten sich die Sachverständigen – gefragt oder ungefragt – auch zu den Verantwortlichkeiten einzelner Personen, obwohl derartige Rechtsfragen dem Sachverständigenbeweis grundsätzlich nicht zugänglich sind.⁴⁵ Die Qualität dieser Gutachten lässt ohnehin in vielen Fällen sehr zu wünschen übrig und die darin enthaltenen Schlussfolgerungen lassen sich oftmals bereits mithilfe gewissenhafter Sachverhaltsanalyse falsifizieren. Gleichwohl ziehen die Staatsanwaltschaften die Validität von Sachverständigengutachten erfahrungsgemäß nur ungern in Zweifel, selbst wenn der Rechtsanwalt fundierte Argumente gegen die Schlussfolgerungen vorbringt. Daher sollte die Unternehmensvertretung gerade bei komplexen naturwissenschaftlichen Sachverhaltsfragen erwägen, ein eigenes Sachverständigengutachten – u. U. bereits zu einem frühen Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren – in Auftrag zu geben, um die Ermittlungshypothese bestenfalls mit einer fachkundige Gegenhypothese konfrontieren zu können.

f) Unternehmensstellungnahme

Gerade in Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen kann das Strafverfahren mithilfe einer Unternehmensstellungnahme in für alle Beteiligte vorteilhafte Bahnen gelenkt werden.⁴⁶ Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei tappen gerade zu Beginn solcher Ermittlungsverfahren oft im Dunkeln, da von außen kaum erkennbar ist, welche Betriebsabläufe, Arbeitsmittel und Personen Einfluss auf den Arbeitsunfall gehabt haben könnten. Die Folge können unnötig ausschweifende Ermittlungen mit unangenehmen strafprozessualen Maßnahmen, v. a. Durchsuchung und Beschlagnahme, sein. Eine fundierte Unternehmensstellungnahme, die möglichst relevante Beweismittel enthält, kann dem effektiv entgegenwirken. Insbesondere in Ermittlungsverfahren nach Betriebsunfällen kommt fundierten rechtlichen Ausführungen große Bedeutung zu. Sie können einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, die Strafverfolgungsbehörden im Dickicht von Gesetzen, Verordnungen und technischen Regeln vor Irrtümern zu Lasten des Unternehmens und der Beschuldigten zu bewahren. Im Vergleich zu Stellungnahmen der Individualverteidigung haben Unternehmensstellungennahmen den Vorteil, aus umfassenderer Perspektive erfolgen zu können, wodurch auch die Rolle der Individualbeschuldigten in den Hintergrund treten kann.⁴⁷ Die Individualverteidiger können erforderlichenfalls mit eigenen Stellungnahmen die Unternehmensstellungnahme flankieren und um spezifisch den eigenen Mandanten betreffende Aspekte ergänzen. In bestimmten Konstellationen kann es auch angezeigt sein, dass ausschließlich die Individualverteidiger Stellungnahmen abgeben. Die Choreografie von Stellungnahmen und

⁴³ BRAK Thesen zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, 2010, These 3 Abs. 2 u. Nr. 4 z. These 3.

⁴⁴ Ausf. *Lilie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349; *Mommssen/Grützner*, CCZ 2017, 242.

⁴⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, Vor § 72 Rn. 6; *Eisenberg*, Beweisrecht d. StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1501; a. A. *LR/Krause*, 27. Aufl. 2017, Vor § 72 Rn. 12.

⁴⁶ Vgl. hierzu Vgl. *Minoggio*, Unternehmensverteidigung, § 6 Rn. 48 ff.; *Taschke*, StV 2007, 495, 500; *Wessing*, in: Volk, MAH Verteidigung i. Wirtsch. U. SteuerstrafS, § 12 Rn. 195.

⁴⁷ *Taschke*, StV 2007, 495, 500; *Wessing*, in: Volk, MAH Verteidigung i. Wirtsch. U. SteuerstrafS., § 12 Rn. 195.

Einlassungen ist vom Einzelfall abhängig und sollte möglichst zum Gegenstand von Abstimmungsgesprächen innerhalb eines Verteidigungssockels gemacht werden.

Schließlich ist auch bei der Abfassung einer Unternehmensstellungnahme zu berücksichtigen, dass die Arbeitsschutzbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, wenn die Staatsanwaltschaft beabsichtigt, das Ermittlungsverfahren einzustellen. Die Stellungnahme des Unternehmensvertreters sollte daher zwar nicht davor zurückschrecken, Fehleinschätzungen der Arbeitsschutzbehörde herauszuarbeiten. Sie sollte aber unnötige Schärfe vermeiden, um die langfristig konstruktive Zusammenarbeit mit der Arbeitsschutzbehörde nicht zu gefährden.

3. Fazit

Arbeitsunfälle im Unternehmen sind keine Seltenheit und können nicht nur verwaltungs- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen, sondern auch umfangreiche strafrechtliche Ermittlungen nach sich ziehen. Dem strafrechtlichen Unternehmensvertreter kommt zur Vermeidung straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sanktionen für das Unternehmen und seine Mitarbeiter eine Schlüsselrolle zu. Er muss sich nicht nur im Strafrecht und Strafprozessrecht, sondern auch in einem komplexen Geflecht der im Arbeitsschutzrecht einschlägigen Normen zurechtfinden. Daneben zählen die Koordination der Verteidigung und die Kommunikation mit den Behörden zu seinen zentralen Aufgaben. Überdies kann er einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Arbeitsschutzcompliance und damit zur Vermeidung zukünftiger Unfälle leisten. Die Praxis zeigt, dass gerade in Ermittlungsverfahren nach Arbeitsunfällen engagierte strafrechtliche Unternehmensvertretung wesentlich zu einem positiven Ausgang des Ermittlungsverfahrens für alle Beteiligten beitragen kann.

Haftungsrecht

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf

Umgang mit Grenzen der Beratung in der Praxis

I. Einleitung¹

In der anwaltlichen Praxis nehmen die Anfragen für Rechtsgutachten kontinuierlich zu. Es wird immer mehr zur Regel, unternehmerische Entscheidungen rechtlich absichern zu lassen. Zu groß ist inzwischen die Angst der Verantwortlichen, sich zu irgendeinem Zeitpunkt dem Vorwurf pflichtwidrigen Handelns ausgesetzt zu sehen, sei es strafrechtlich oder zivilrechtlich.

Diese Situation führt jedoch auch dazu, dass die Risiken für die mit der Erstellung entsprechender Rechtsgutachten beauftragten Berater in den letzten Jahren deutlich angestiegen sind. Im schlimmsten Fall sehen sich diese selbst dem Vorwurf einer (Beihilfe-) Strafbarkeit ausgesetzt.

Dies führt zu erheblichen Unsicherheiten auf der Beraterseite im Umgang mit Gutachtenanfragen und im Hinblick auf Art und Weise der Erstattung eines Gutachtens. Fälle, in denen der Mandant eine eindeutige Antwort im Sinne der Bestätigung der (straf-) rechtlichen Unbedenklichkeit des beabsichtigten Vorhabens erhält, sind eher die Ausnahme als die Regel und aufseiten des Beraters oftmals mit einem unguuten Bauchgefühl verbunden.

Selbst wenn im Ergebnis mit gut vertretbaren rechtlichen Argumenten die Unbedenklichkeit des Handelns festgestellt wird, finden sich daher in Gutachten oftmals Passagen, wonach „unter Risikogesichtspunkten“ jedenfalls die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens

¹ Das Thema war Gegenstand eines Vortrags des Verfassers auf der WisteV-Tagung „Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0“ am 11.10.2019 in Frankfurt. Der Vortragsstil wurde daher weitestgehend beibehalten.

nicht ausgeschlossen werden könne oder das „Ergebnis zwar gut vertretbar, aber in der Praxis mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden“ sei. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die zu begutachtende Konstellation in dieser Form noch nicht (höchstrichterlich) entschieden ist.

Zwar entspricht das besagte Einleitungsrisiko gerade bei inhaltlich oder rechtlich komplexen Sachverhalten *leider* der Realität. Unternehmerisches Handeln wird hierdurch jedoch gelähmt, da bereits das Bestehen eines Einleitungsrisikos – ungeachtet tragfähiger Argumente, die im Ergebnis für eine Rechtmäßigkeit des Handelns sprechen – die Verantwortlichen oftmals dazu veranlassen wird, von dem Vorhaben Abstand zu nehmen.

II. Anforderungen an die anwaltliche Beratungstätigkeit

Es stellt sich daher die Frage, welchen formalen und inhaltlichen Anforderungen ein Gutachten genügen muss, damit sich weder Berater noch Ratsuchender im Falle abweichender Bewertung des Sachverhalts durch die Ermittlungsbehörden nicht plötzlich selbst in der Situation eines Beschuldigten wiederfinden. Hierzu lohnt es sich, einen Blick auf die allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung an anwaltliche Beratungstätigkeiten zu werfen.

1. Gebotener Beratungsumfang

In einer Reihe von zivilgerichtlichen Entscheidungen zur Frage der Anwaltshaftung wird hinsichtlich des Umfangs der anwaltlichen Beratungspflichten auf das jeweilige Mandatsverhältnis abgestellt. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt insoweit Folgendes:

„Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rats nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche vorhersehbar und vermeidbar sind. Dazu hat 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 [...]“²

So trifft den Rechtsanwalt als Ausfluss aus § 3 BRAO zwar grundsätzlich eine Pflicht zur umfassenden – d.h. rechtsgebietsübergreifenden – Beratung.³ Allerdings richtet sich der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten regelmäßig nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls.⁴ Das von der Rechtsprechung definierte Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es,

„[...] dem Mandanten eigenverantwortliche sachgerechte (Grund-) Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen [...]. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen.“⁵

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die im zivilrechtlichen Bereich mögliche Beschränkung der Beratung auf ausdrücklichen Wunsch des Mandanten auf nur bestimmte Aspekte eines Sachverhalts, d.h. „in eine bestimmte Richtung“, auch im strafrechtlichen Bereich erfolgen kann.

Denn Anknüpfungspunkt dieser Entscheidungen war nicht die Prüfung von Sachverhalten, die potentiell strafrechtliche Implikationen aufwiesen, sondern in aller Regel zivilrechtliche Fragestellungen, wie Verjährungsproblematiken oder der Umfang der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Im Falle der Erstattung strafrechtlicher Gutachten – insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts – kann die Lage hingegen meist nicht eindimensional betrachtet werden. Einem Sachverhalt kann hier möglicherweise unter mehreren tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten strafrechtliche Relevanz zukommen.

² BGH NJW 2007, 2485 Rn. 9; siehe auch BGH NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14.

³ BGH NJW 2006, 501, 502.

⁴ BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10; siehe auch BGH NJW 1996, 2648 sowie BGH NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14.

⁵ BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10.

Eine Beschränkung der Beratung auf einzelne Fragestellungen oder Tatbestände kann daher sowohl für den Ratsuchenden als auch für den Berater problematisch sein:

Der Ratsuchende wird sich regelmäßig nur dann auf einen strafbarkeitsausschließenden Irrtum berufen können, wenn er seinem Berater den Sachverhalt umfassend mitgeteilt und zum Gegenstand umfassender rechtlicher Prüfung gemacht hat.⁶ Werden dem Berater wesentliche Teile des Sachverhalts nicht oder nur unzureichend mitgeteilt, wird sich der Ratsuchende nur dann auf eine Unvermeidbarkeit des Irrtums berufen können, wenn er nicht wissen konnte, dass weitere Informationen erforderlich gewesen wären.⁷

Die Rechtsprechung geht insoweit davon aus, dass von einem nicht rechtskundigen Auftraggeber grundsätzlich nicht erwartet werden könne, stets die relevanten Rechtsfragen zu formulieren.⁸ Demgegenüber könne von dem Berater sehr wohl verlangt werden, dass dieser auch im Falle eingeschränkter Auftragserteilung, darüber hinausgehende zweifelhafte Fragen in den Blick nimmt.⁹ Hierauf dürfe sich der Ratsuchende regelmäßig verlassen:

„Ob eine Prüfung der Abschlusskompetenz des Vorstands nach § 112 AktG ausdrücklich Gegenstand des Prüfauftrags war, ist nicht von Bedeutung.

Eine Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums verlangt nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst. Selbst wenn sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, kann es das Organ entlasten, wenn es sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, die Fachperson habe im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die zweifelhafte Frage geprüft [...].“¹⁰

So darf zwar auch der Anwalt aufgrund des zwischen ihm und dem Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses¹¹ grundsätzlich

„[...] auf die Richtigkeit und die Vollständigkeit der tatsächlichen Angaben seines Auftraggebers vertrauen, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen.“¹²

Allerdings muss sich der Anwalt immer dann um zusätzliche Aufklärung bemühen, wenn für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich ist und deren Bedeutung für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist.¹³

Erforderlich ist stets eine gewissenhafte Prüfung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte, d.h. auch solcher Spezialmaterien die außerhalb des Kernstrafrechts liegen.¹⁴ Dies kann unter zweierlei Aspekten von Relevanz sein:

- Werden sich aufdrängende Nachfragen bezüglich des Sachverhalts nicht gestellt oder wird sich aufdrängenden Rechtsfragen außerhalb des definierten Gutachtenauftrags nicht nachgegangen, könnte dies einerseits als „Solidarisierung“ des Beraters mit einem möglichen strafbaren Verhalten des Ratsuchenden, jedenfalls im Sinne eines „Angelegen seins“, gewertet werden.¹⁵
- Andererseits ergeben sich möglicherweise zivilrechtliche Haftungsrisiken, wenn solche Umstände kommentarlos und ohne ergänzenden Hinweis ausgeblendet werden.

Ungeachtet dieser Risiken wird hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Erweiterung des inhaltlichen und/oder Prüfungsumfangs in strafrechtlichen Gutachten in der Praxis trotzdem zu differenzieren sein:

⁶ Vgl. BGH GWR 2011, 518; ebenso: BGH ZWH 2015, 243; BGH NZG 2013, 1028.

⁷ Vgl. OLG Zweibrücken, StV 1992, 119; so auch Kirch-Heim/Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81.

⁸ BGH ZWH 2015, 243, 245.

⁹ BGH ZWH 2015, 243, 245.

¹⁰ BGH ZWH 2015, 243, 245.

¹¹ Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 5. Auflage 2014, § 17 Rn. 11.

¹² BGH NJW 2006, 501, 502.

¹³ BGH NJW 2006, 501, 502.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2006, 501; BGH NJW 2002, 292.

¹⁵ Vgl. BGH NStZ 2017, 284, 289; LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2019, 16288.

- Führt die Berücksichtigung weiterer Aspekte möglicherweise zur Veränderung der (straf-)rechtlichen Bewertung des Sachverhalts, sind diese dem Gutachten stets zugrunde zu legen und in die Prüfung einzubeziehen.

In diesen Fällen sollte der Anwalt selbst auf weitere Sachverhaltsaufklärung sowie eine Erweiterung des Gutachtauftrags hinwirken. Anderenfalls wird ein solches Gutachten den Anforderungen der Rechtsprechung an eine ordnungsgemäße Gutachtenerstattung unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Grundsätze¹⁶ möglicherweise nicht gerecht.

- Bestehen auf Grundlage des bekannten Sachverhalts hingegen Anhaltspunkte für weitere Risiken im außerstrafrechtlichen Bereich oder in nebenstrafrechtlichen Spezialmaterien (z.B. Steuerrecht, Kartellrecht¹⁷), ist eine umfassende Prüfung dieser rechtlichen Fragestellungen durch einen strafrechtlichen Berater hingegen nicht zwingend angezeigt.

Mit Blick auf die vorstehend dargestellte Rechtsprechung, wonach der Anwalt selbst bei beschränkter Auftragserteilung durch den Mandanten auch außerhalb des Beratungsauftrags liegende Rechtsfragen in den Blick zu nehmen hat soweit dies für eine sachgerechte Beratung erforderlich ist, muss das Gutachten jedoch stets einen ausdrücklichen und nicht lediglich floskelhaften Hinweis auf die anderweitig bestehenden Risiken enthalten.¹⁸ Dies einerseits um dem Mandanten anderweitig bestehende Risiken vor Augen zu führen und andererseits um ihm die Einholung ergänzenden Rechtsrats zu ermöglichen.

2. Anforderungen an ein Gutachten bei unklarer Rechtslage

Neben der Frage des erforderlichen Beratungsumfangs im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Rechtsgebiete, stellt sich die Frage der formalen und inhaltlichen Anforderungen an ein Gutachten, in dem die strafrechtliche Unbedenklichkeit eines Verhaltens festgestellt wird. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Rechtslage unklar und der zu begutachtende Sachverhalt in dieser Form (jedenfalls höchstrichterlich) noch nicht entschieden ist, d.h. die Bewertung des Sachverhalts mit nicht eindeutig absehbaren Rechtsunsicherheiten verbunden ist.

In diesem Fall steht der Berater regelmäßig vor der Frage, ob eine im *Zeitpunkt der Begutachtung* (ex ante) bestehende rechtliche Unsicherheit im Nachgang (ex post) auch zur Begründung einer eigenen Strafbarkeit oder der des Ratsuchenden herangezogen werden kann.

Oder anders gefragt: Muss eine bestehende rechtliche Unsicherheit dazu führen, dass von der Durchführung des Vorhabens Abstand genommen wird, um nicht Gefahr zu laufen sich einer Strafbarkeit auszusetzen? Lässt sich der Berater anderenfalls bereits „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“¹⁹?

Denn insbesondere in den Fällen, in denen es später zu gegenläufigen Entwicklungen in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung kommt, sieht man sich oftmals mit Aussagen nach dem Motto: „*War doch klar, dass das nicht zulässig ist*“ konfrontiert. Der klassische Rückschaufehler.²⁰

Genau dieses Verhalten all derer, die es dann „*schon immer gewusst*“ haben wollen, führt jedoch zu eingangs erwähnter Entwicklung einer immer restriktiveren Begutachtung mit der Folge der Lähmung unternehmerischen Handelns. Es erscheint daher zweifelhaft bei unklarer Rechtslage stets das rechtlich denkbare worst-case-Szenario zum Maßstab des Handels zu erklären.

Zwar hat sich der Berater bei der rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts grundsätzlich – und soweit vorhanden – an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren.²¹ Er muss auch mögliche oder gar wahrscheinliche Einwände eines Dritten – im Falle der Erstat-

¹⁶ Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 101; siehe auch Kirch-Heim/Samson, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81 ff.

¹⁷ Vgl. Lepper, White-Collar Housekeeping, IWW – AK Anwalt und Kanzlei vom 01.03.2017, abrufbar unter iwv.de. Lepper, a.a.O.

¹⁸ BGH NSTZ 2017, 337, 338.

²⁰ Siehe auch Knauer/Schomburg, Cum/Ex-Geschäfte – kommen Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis an ihre Grenzen?, NSTZ 2019, 305.

²¹ OLG Hamm Urt. v. 29.8.2017 – 28 U 3/16, BeckRS 2017, 147518, Rn. 17.

tion eines strafrechtlichen Gutachtens z.B. der Staatsanwaltschaft – bereits im Vorfeld in den Blick nehmen.²²

Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt jedoch, dass eine in Gutachten ex ante geäußerte abweichende oder im Ergebnis gar unzutreffende rechtliche Bewertungen durchaus akzeptiert wird. Eine Beihilfestrafbarkeit des Beraters ist in solchen Fällen jedenfalls dann abgelehnt worden, wenn der Wille des Anwalts darauf gerichtet war, den Rat pflichtgemäß zu erteilen und nicht darauf, eine Straftat zu fördern.²³

„Damit fehlt es an einem wesentlichen Element des Vorsatzes; [...] Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Rechtsstandpunkt des Verteidigers derart abwegig wäre, dass er schlechterdings nicht mehr ernsthaft vertreten werden könnte.“²⁴

Die Begutachtung darf jedoch nicht lediglich eine „Feigenblatfunktion“ im Sinne eines Gefälligkeitsgutachtens erfüllen.²⁵ Erforderlich ist nach der Rechtsprechung vielmehr, dass die Begutachtung *„objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage“* erfolgt²⁶ und – wie dargestellt – nicht zu einem unvertretbaren Ergebnis gelangt.²⁷ Im Falle eines entlastenden Ergebnisses setzt dies voraus, dass der Anwalt unter Berücksichtigung aller für und wider sprechenden Betrachtungsweisen nach bestem Wissen und Gewissen die Überzeugung gewonnen hat, dass ein bestimmter Sachverhalt straflos ist, etwaige Restrisiken jedoch nicht verschweigt.²⁸

Selbst wenn das Handeln des Ratsuchenden ex post von dritter Seite als strafbar bewertet werden sollte, wird sich der Berater in diesem Fall die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters regelmäßig nicht angelegen sein lassen. In einem solchen Fall wird bereits ein bedingt vorsätzliches Handeln des Beraters nicht festgestellt werden können, da dieser regelmäßig von der Richtigkeit seiner Rechtsauskunft überzeugt gewesen sein dürfte.

Wird jedoch nicht nur eine *„reine Rechtsauskunft“* erteilt, sondern diese darüber hinaus noch mit einer Handlungsempfehlung verknüpft, die neben der rechtlichen Bewertung auch noch mögliche Handlungsoptionen aufzeigt, besteht das Risiko, dass diese nicht mehr in den Bereich der *„neutralen Handlung“* fällt.²⁹

Folge ist, dass allein ein bedingt vorsätzliches Handeln des Beraters für eine Begründung der Beihilfestrafbarkeit ausreicht. Eine Einschränkung über das zusätzliche Erfordernis der erkennbaren Tatgeneigtheit besteht nicht. Die Rechtsprechung ist hiervon jedenfalls ausgegangen, wenn unter Relativierung der tatsächlichen Risiken eine ausdrückliche Empfehlung für die risikoreichere Alternative zwecks Abwendung wirtschaftlicher Nachteile aufseiten des Mandanten erfolgte.³⁰

III. Fazit

Es stellt sich daher die Frage, wie ein Gutachten konkret ausgestaltet sein sollte, um die Erstattung des Gutachtens als *„berufsneutrale Handlung“* zu qualifizieren?

1. Das Gutachten muss dokumentieren, dass sich der Berater gegenüber seinem Auftraggeber – losgelöst von eigenen wirtschaftlichen Überlegungen – eine innere Unabhängigkeit und Objektivität bewahrt,³¹ um jeglichen Anschein einer *„Solidarisierung“* zu vermeiden.³²

2. Es sind die **Anforderungen an Wissenschaftlichkeit** zu beachten. Dies erfordert eine **objektive Auseinandersetzung** mit der Rechtslage unter Einbeziehung sämtlicher Streit- und

²² OLG Hamm Urt. v. 29.8.2017 – 28 U 3/16, BeckRS 2017, 147518, Rn. 17.

²³ BGH NJW 1992, 3047.

²⁴ OLG Stuttgart NJW 1987, 2883.

²⁵ BGH NStZ 2017, 284, 289.

²⁶ BGH NStZ 2017, 284, 289.

²⁷ OLG Stuttgart NJW 1987, 2883.

²⁸ BGH NJW 1992, 3047; OLG Stuttgart NJW 1987, 2883; siehe auch Kudlich, Anm. zu BGH NStZ 2017, 337, 339.

²⁹ Kudlich, Anm. zu BGH NStZ 2017, 337, 339; BGH NJW 1992, 3047.

³⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 12.01.2000 – 1 Ausschl. 3/99, BeckRS 2000, 30090268.

³¹ Vgl. Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 34.

³² Vgl. hierzu OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251, 252.

Meinungsstände in Rechtsprechung und Literatur.³³ Erforderlich ist es, die Herleitung des Ergebnisses für den Auftraggeber und Dritte nachvollziehbar zu machen.³⁴

3. Die Prüfung hat auf **Grundlage eines vollständigen Sachverhalts** zu erfolgen.³⁵ Soweit Teile des Sachverhalts oder bestimmte Rechtsfragen bzw. Rechtsgebiete von der Begutachtung ausgeklammert wurden, ist hierauf ausdrücklich hinzuweisen, um dem Mandanten **Gelegenheit zur Einholung ergänzenden Rechtsrats** zu geben. Dies gilt insbesondere in solchen Fällen, in denen Risiken im außerstrafrechtlichen Bereich nahe liegen. Ebenfalls hingewiesen werden sollte auf eine sich möglicherweise verändernde rechtliche Bewertung bei Hinzutreten oder Wegfallen einzelner Sachverhaltsparameter.

4. Um die **Vertrauenswürdigkeit des Gutachtens** zu gewährleisten, sollte die Begutachtung auf solche Rechtsfragen beschränkt werden, die von der Expertise des tätigen Beraters auch tatsächlich umfasst sind.³⁶ Für die Begutachtung von darüber hinausgehenden Rechtsfragen sollte auf die Notwendigkeit der Einholung ergänzenden Rechtsrats hingewiesen werden.

5. Wird bei unklarer Rechtslage die Rechtsmäßigkeit eines bestimmten Sachverhalts festgestellt bzw. eine Handlungsempfehlung abgegeben, so haben hierbei Zweckmäßigkeitsüberlegungen außer Betracht zu bleiben. Dies gilt insbesondere für solche Erwägungen, die dem Ratsuchenden eine Handlungsoption unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten „schmackhaft machen“.³⁷ Die Empfehlung hat vielmehr allein auf Grundlage rechtlicher Erwägungen zu erfolgen, wobei auch gegenläufige Rechtsauffassungen im Rahmen der Risikobewertung stets in den Blick zu nehmen sind.

Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass die seinerzeit erteilte Rechtsauskunft ex post anders zu bewerten ist, wird bei Beachtung dieser Grundsätze eine Strafbarkeit des Beraters abzulehnen sein.

³³ Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 101.

³⁴ Vgl. Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 99.

³⁵ Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81, 85.

³⁶ Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81, 84.

³⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 12.01.2000 – 1 Ausschl. 3/99, BeckRS 2000, 30090268.

Entscheidungskommentare

Arbeitsstrafrecht: Aktuelle Entscheidung des BGH

Die Verjährung bei § 266a StGB: BGH, Beschluss vom 13. November 2019 - 1 StR 58/19

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. November 2019 nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitzeitpunktes zu laufen.

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an – gegebenenfalls – entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe:

Das Landgericht Kiel hat den Angeklagten wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 67 Fällen und wegen Steuerhinterziehung in 36 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und von der Strafe zwei Monate für vollstreckt erklärt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision.

I.

Das Landgericht hat – soweit für das Anfrageverfahren von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Der Angeklagte setzte als Geschäftsführer der H. GmbH in den Jahren 2007 bis 2012 zur Erbringung von Bauleistungen illegal beschäftigte Mitarbeiter ein und verschleierte dies durch Abdeckrechnungen. Die „schwarz“ beschäftigten Arbeitnehmer meldete er nicht bei der jeweils zuständigen Einzugsstelle zur Sozialversicherung, obwohl er seine entsprechende Verpflichtung kannte. Er enthielt dadurch Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung vor (Fälle 1. bis 62. der Urteilsgründe). Ebenso ließ der Angeklagte in Kenntnis seiner entsprechenden Verpflichtung die durch die Scheinrechnungen verdeckten Schwarzlöhne nicht an die BG Bau melden und führte infolgedessen auch die Beiträge zur berufsgenossenschaftlichen Unfallversicherung nicht vollständig ab (Fälle 63. bis 67. der Urteilsgründe). Schließlich machte er in Bezug auf die Abdeckrechnungen gegenüber dem zuständigen Finanzamt unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen und verkürzte dadurch Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag (Fälle 68. bis 103. der Urteilsgründe).

In den Fällen 1. bis 17. der Urteilsgründe lag der Fälligkeitszeitpunkt für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge zwischen dem 29. Januar 2007 und dem 29. Mai 2008. Im Fall 63. der Urteilsgründe erfolgte die – unvollständige – Meldung an die Berufsgenossenschaft am 6. Februar 2008. Die unrichtigen Steuererklärungen in den Fällen 68. bis 72. der Urteilsgründe gab der Angeklagte zwischen dem 5. April 2007 und dem 9. April 2008 ab.

2. Die Strafverfolgungsverjährung wurde durch einen Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts K. vom 25. Januar 2012 im Hinblick auf sämtliche Taten unterbrochen. Die Anklage ging am 28. Oktober 2016 beim Landgericht ein und das Hauptverfahren wurde mit Beschluss vom 30. Mai 2018 eröffnet.

3. Der Generalbundesanwalt hat beantragt, das Verfahren in den Fällen 68. bis 72. der Urteilsgründe (Steuerhinterziehungstaten) wegen Verjährung einzustellen und die Revision im Übrigen als unbegründet zu verwerfen. Lediglich die Schadensberechnung sei jeweils fehlerhaft, was sich aber nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt habe.

4. Der Senat beabsichtigt – im Übrigen dem Beschlussantrag des Generalbundesanwalts folgend – das Verfahren auch im Hinblick auf die Fälle 1. bis 17. sowie 63. der Urteilsgründe wegen Verjährung dieser Taten (vgl. § 78c Abs. 3 Satz 2 StGB) einzustellen und infolgedessen den Gesamtstrafenausspruch aufzuheben, kann dies aber nicht ohne Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG entscheiden. Denn nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beginnt die Verjährungsfrist bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB wie in den Fällen 1. bis 17. der Urteilsgründe erst mit dem Erlöschen der Beitragspflicht, so dass Verjährung vorliegend nicht eingetreten wäre.

II.

Der Senat ist – unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung – der Auffassung, dass die Verjährungsfrist bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 sowie Abs. 2 Nr. 2 StGB bereits mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes zu laufen beginnt.

1. Gemäß § 78a Satz 1 StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Die Tatbeendigung ist dabei von der ihr normalerweise vorgelagerten Vollendung der Tat abzugrenzen (NK/Saliger, StGB, 5. Aufl., § 78a Rn. 5). Die Tat ist vollendet, sobald sämtliche Merkmale des Tatbestandes vollständig verwirklicht wurden (Fischer, StGB, 66. Aufl., § 22 Rn. 4). Die Tatbeendigung tritt dagegen erst ein, wenn der Täter sein „rechtsverneinendes Tun“ insgesamt abschließt und das Tatumrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht wurde (BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – 3 StR 90/08, BGHSt 52, 300 Rn. 6).

2. a) Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt bei Taten nach § 266a Abs. 1 StGB Beendigung erst ein, wenn die Beitragspflicht erloschen ist (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 1 StR 444/18 Rn. 11; Beschlüsse vom 17. Dezember 2013 – 4 StR 374/13 Rn. 17; vom 7. März 2012 – 1 StR 662/11 Rn. 4; vom 18. Mai 2010 – 1 StR 111/10 Rn. 19; vom 28. Oktober 2008 – 5 StR 166/08 Rn. 41 und vom 27. September 1991 – 2 StR 315/91 Rn. 6; vgl. auch BGH, Beschluss vom 1. September 2016 – 4 StR 341/16 Rn. 5). Gleiches soll für das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen gemäß § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB gelten (BGH, Beschluss vom 7. März 2012 – 1 StR 662/11 Rn. 4). Der Auffassung des Bundesgerichtshofs folgt die obergerichtliche Rechtsprechung (KG, Beschluss vom 8. Januar 2013 – (4) 121 Ss 210/12 (333/12) Rn. 14; OLG Dresden, NSTz 2011, 163; OLG Jena, NSTz-RR 2006, 170) und die wohl überwiegende Meinung in der Literatur, die vielfach die Tatbeendigung und damit den Verjährungsbeginn in sämtlichen Tatbestandsvarianten der § 266a Abs. 1, § 266a Abs. 2 StGB an das Erlöschen der Beitragspflicht koppelt (für § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB etwa Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl., § 266a Rn. 31; MK/Radtke, StGB, 3. Aufl., § 266a Rn. 116; BeckOK/Wittig, StGB, 44. Ed., § 266a Rn. 34; Graf/Jäger/Wittig/Wiedner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 266a Rn. 84; Bittmann/Weiß, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., § 21 Rn. 138; Metz, NSTz-RR 2013, 297, 298; Müller-Gugenberger/Thul, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., § 38 Rn. 277 ff.; LK/Schmid, StGB, 12. Aufl., § 78a Rn. 12; allgemein im Hinblick auf § 266a StGB etwa Schönke/Schröder/Bosch aaO § 78a Rn. 6; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., § 78a Rn. 8; nur bzgl. § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB NK/Tag aaO § 266a Rn. 142).

Zur Begründung der Anknüpfung an das Erlöschen der Beitragspflicht verweist der Bundesgerichtshof auf den Charakter von § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB als echte Unterlassungsdelikte (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 1 StR 444/18 Rn. 11; Beschlüsse vom 7. März 2012 – 1 StR 662/11 Rn. 4; vom 28. Oktober 2008 – 5 StR 166/08 Rn. 41 und vom 27. September 1991 – 2 StR 315/91 Rn. 6), was bedeutet, dass sich das tatbestandsmäßige Verhalten in der bloßen Nichterfüllung eines Handlungsgebots erschöpft, ohne dass ein darüberhinausgehender Erfolg eintreten muss (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2011 – 1 StR 233/11, BGHSt 57, 28 Rn. 13 mwN). Bei den echten Unterlassungsdelikten wird Tatvollendung regelmäßig bejaht, wenn die strafbewehrte Handlungspflicht erstmals hätte erfüllt werden müssen, aber nicht erfüllt worden ist (BGH, Urteil vom 4. April 1979 – 3 StR 488/78, BGHSt 28, 371, 379 f.). Die Tatbeendigung sieht die herrschende Meinung in dem Zeitpunkt, in dem die Pflicht zum Handeln entfällt, also die Strafbarkeit des Täterverhaltens endet (etwa Schönke/Schröder/Bosch aaO § 78a Rn. 6; LK/Schmid aaO § 78a Rn. 12). Wann dies der Fall ist, richtet sich nach der Auslegung des einzelnen Tatbestandes. Bei § 266a StGB besteht der tatbestandsmäßige Unrechtskern im Vorenthalten der Beiträge zur Sozialversicherung (vgl. Krug/Skoupil, wistra 2016, 137, 138). Tatvollendung soll daher eintreten, sobald die versäumte Zahlungsfrist abläuft, d.h. mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts (§ 23 SGB IV), ohne dass die entsprechenden Beiträge abgeführt worden sind (MK/Radtke aaO § 266a Rn. 115). Die für die Tatbeendigung maßgebliche Handlungspflicht entfällt nach dem derzeitigen Verständnis der Rechtsprechung dagegen erst mit dem Erlöschen der Beitragspflicht.

b) Im Hinblick auf § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB beginnt die Verjährungsfrist dagegen bereits nach der bisherigen Rechtsprechung mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts zu laufen. Der Bundesgerichtshof hat dessen Einordnung als echtes Unterlassungsdelikt stets ausdrücklich abgelehnt (BGH, Beschlüsse vom 15. März 2012 – 5 StR 288/11, BGHSt 57, 175 Rn. 22 und vom 11. August 2011 – 1 StR 295/11, BGHR StGB § 266a Abs. 2 Leistungsfähigkeit 1) und den Charakter als Erfolgsdelikt betont (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 11. August 2011 – 1 StR 295/11 aaO und vom 18. Mai 2010 – 1 StR 111/10 Rn. 19). Das tatbestandliche Verhalten dieses Delikts erschöpft sich nicht im schlichten Nichtzahlen der fälligen Sozialversicherungsbeiträge; das Vorenthalten ist vielmehr Folge der vorausgegangenen tatbestandsmäßigen Handlungen (so zuletzt insbesondere BGH, Beschluss vom 11. August 2011 – 1 StR 295/11, BGHR StGB § 266a Abs. 2 Leistungsfähigkeit 1). Es handelt sich mithin um ein an aktives Tun anknüpfendes Erfolgsdelikt (BGH aaO; ebenso etwa Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, 2017, 86; Graf/Jäger/Wittig/Wiedner aaO Rn. 2, 56 und 64). An dieser Einordnung hält der Senat fest; eine diesbezügliche Änderung sollte mit dem Beschluss vom 26. Juli 2017 (1 StR 180/17 Rn. 6; vgl. dazu Loose, wistra 2018, 207) nicht verbunden sein. Demgemäß tritt in Bezug auf § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB Beendigung mit vollständigem Eintritt des angestrebten Er-

folges, d.h. im Fälligkeitszeitpunkt der Beiträge ein, so dass die Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Auch wenn vor Fälligkeit unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber dem Sozialversicherungsträger gemacht werden, ist nicht von einer Vorverlegung des Verjährungsbeginns auszugehen, da die Fälligkeit nicht von einer Beitragsfestsetzung abhängig ist und für den Bereich der Sozialabgaben eine § 168 Satz 1 AO entsprechende Regelung nicht besteht (vgl. LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 114).

3. An seiner bisherigen Auffassung, den Verjährungsbeginn bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB an das Erlöschen der Beitragspflicht anzuknüpfen, hält der Senat nicht länger fest; nach seiner Ansicht ist es vielmehr richtig, die Verjährung auch bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts der Sozialversicherungsbeiträge beginnen zu lassen (ebenso eine im Vordringen befindliche Auffassung in der Literatur: BeckOK/Dallmeyer aaO § 78a Rn. 7; Loose aaO 165 ff.; ders. aaO 207 f.; Krug/Skoupil aaO 137 ff.; Gercke in Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 12. Teil 2. Kap. Rn. 92; Reichling/Winsel, JR 2014, 331 ff.; LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 113 f.; Hüls, ZHW 2012, 233 f.; Hüls/Reichling, StraFo 2011, 305 ff.; Bachmann, FS-Samson 2010, 233, 237 ff.; LK/Gribbohm, StGB, 11. Aufl., § 266a Rn. 67; ferner LG Baden-Baden, Urteil vom 12. November 2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16).

a) Dogmatisch ergibt sich ein entsprechender Beginn der Verjährungsfrist aus folgenden Erwägungen:

Die Rechtsgutsverletzung ist mit Nichtzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit irreversibel eingetreten und wird durch weiteres Untätigbleiben nicht mehr vertieft (Gercke aaO Rn. 92). Die Strafbewehrung eines weiteren Unterlassens nach Vollendung des Tatbestandes ist daher nicht gerechtfertigt (Bachmann aaO 237 f.; so auch LG Baden-Baden aaO Rn. 84 ff.). Sie würde voraussetzen, dass für das jeweils geschützte Rechtsgut eine spezifische Gefahrenlage aufgrund der Unterlassung über den Zeitpunkt der Vollendung der Tat hinaus fortbesteht, was bei § 266a StGB aber nicht der Fall ist (LG Baden-Baden aaO Rn. 98 ff.). Allein eine Erhöhung des Verspätungsschadens (vgl. Schmitz, Unrecht und Zeit, 2001, Fn. 186; Krack, wistra 2015, 121, 122) ist insofern unbeachtlich und wird auch bei anderen Vermögensdelikten in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt. Dementsprechend entfällt mit der Vollendung des Straftatbestandes die strafbewehrte Pflicht zum Entrichten der Beiträge, so dass die Tat gleichzeitig beendet ist (so auch Gercke aaO Rn. 92; Bachmann aaO 237 ff. zu § 266a Abs. 1).

Dass die sozialversicherungsrechtliche Verpflichtung zur Abführung der Beiträge und damit die Rechtsgutsbeeinträchtigung grundsätzlich bis zum Erlöschen der Beitragspflicht fortbesteht, steht der Annahme einer früheren Tatbeendigung nicht zwingend entgegen (kritisch insofern aber MK/Radtke aaO § 266a Rn. 117). Dies zeigt die Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei Taten nach § 370 AO; auch der staatliche Steueranspruch besteht nach den insofern angenommenen Beendigungszeitpunkten fort.

b) Die folgenden ergänzenden Gesichtspunkte bestätigen diese Sicht:

Erstens gewährleistet die vorgesehene Lösung einen weitgehenden Gleichlauf zwischen § 266a Abs. 2 StGB und § 370 Abs. 1 AO; dies erscheint angesichts des Umstands, dass § 266a Abs. 2 StGB bewusst an § 370 Abs. 1 AO angelehnt wurde – beide Delikte stimmen in der tatbestandlichen Struktur überein und treffen häufig zusammen (vgl. näher unten II.3.c)aa)(2)) – angemessen (LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 114; Krug/Skoupil aaO 140 ff.). Zweitens hat die Lösung den Vorteil einer einheitlichen Verjährung von Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB (vgl. Loose aaO 188 f.; Krug/Skoupil aaO 141). Dies erscheint im Hinblick auf die beiden Tatbestandsvarianten von § 266a Abs. 2 StGB auch deswegen sachgerecht, da es in Bezug auf den Unrechtsgehalt keinen wesentlichen Unterschied macht, ob die zum Vorenthalten der Beiträge führende Verletzung der sozialrechtlichen Meldepflicht im Wege unrichtiger oder unvollständiger Angaben oder durch ein pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen erfolgt (Loose aaO 182). Drittens fügt sie sich friktionslos in die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Deliktsnatur des § 266a StGB ein und ist nicht mit Rechtsanwendungsproblemen – etwa im Hinblick auf die Rechtsfigur der *omissio libera in causa* – verbunden (vgl. etwa Loose aaO 154 f.). Schließlich sprechen für sie kriminalpolitische Gründe, ins-besondere die „ultima-ratio“-Funktion des Strafrechts (vgl. Reichling/Winsel aaO 341; Hüls aaO 233 f.; Hüls/Reichling aaO 308).

c) Gegen die bisherige Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB sprechen zudem vornehmlich folgende von der Literatur angeführte Gründe, die der Senat für durchgreifend erachtet (vgl. zu weiteren Einwänden Loose aaO 182; Krug/Skoupil aaO 142; Bachmann aaO 238):

aa) Die bisherige Rechtsprechung führt zu Verwerfungen im Bereich des Verjährungssystems. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge verjähren erst 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Da dies auf gemäß § 266a StGB vorenthaltene Sozialbeiträge stets zutrifft, wären die entsprechenden Taten – sofern kein anderer Erlöschensgrund eingreift – nach der bisherigen Ansicht der Rechtsprechung erst nach Ablauf dieser Zeit gemäß § 78a Satz 1 StGB beendet. Die fünfjährige strafrechtliche Verjährungsfrist (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) würde erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnen. In der Summe wären dies mithin 35 bis 36 Jahre. Diese Dauer könnte sich im Falle der Hemmung oder des Neubeginns der sozialversicherungsrechtlichen Verjährung sowie des Ruhens oder der Unterbrechung der strafrechtlichen Verjährung weiter verlängern (vgl. Loose aaO 170; LG Baden-Baden aaO Rn. 59).

Eine derart lange „Gesamtverjährungszeit“ (Hüls/Reichling aaO 307) ist unangemessen (Loose aaO 171; Krug/Skoupil aaO 139 f.; LK/Möhrenschlager aaO Rn. 114; Gercke aaO Rn. 92; Reichling/Winsel aaO 341; Hüls aaO 233; Hüls/Reichling aaO 307 f.; Bachmann aaO 239). Sie steht in keinem Verhältnis zur Schwere der Taten gemäß § 266a StGB (Loose aaO 171; Reichling/Winsel aaO 341). Die Entscheidung des Gesetzgebers, dass bei diesen Taten die gleiche Verjährungsfrist wie bei Taten gemäß § 242 Abs. 1, § 263 Abs. 1 oder § 223 Abs. 1 StGB greift, läuft durch die Anknüpfung der Tatbeendigung an das Erlöschen der Beitragspflicht ins Leere (Loose aaO 171; vgl. auch Krug/Skoupil aaO 139). Die tatsächliche Verjährungsfrist bewegt sich stattdessen im Bereich der „Schwerstkriminalität“ (Krug/Skoupil aaO 139; vgl. auch Hüls/Reichling aaO 308).

(1) Dies läuft dem Sinn und Zweck der Verfolgungsverjährung zuwider (Loose aaO 174 f.; Krug/Skoupil aaO 140; Gercke aaO Rn. 92; Reichling/Winsel aaO 341; Hüls aaO 233; Hüls/Reichling aaO 307 f.):

Die Verjährung soll nach allgemeiner Meinung einerseits dem Rechtsfrieden und andererseits verfahrenspraktischen Erwägungen dienen (vgl. Schönke/Schröder/Bosch aaO Vor §§ 78 ff. Rn. 3; MK/Mitsch aaO § 78 Rn. 3 f.). Zu letzteren zählen eine Disziplinierungsfunktion gegenüber den Organen der Strafrechtspflege, die vor dem Hintergrund der drohenden Verjährung von Anfang an zu einer ökonomischen und effizienten Verfahrensgestaltung angehalten werden sollen, eine Entlastung der Justiz durch die Nichtverfolgbarkeit verjährter Taten sowie der mit der Zeit voranschreitende Beweismittelschwund (Schönke/Schröder/Bosch aaO Vor §§ 78 Rn. 3; MK/Mitsch aaO § 78 Rn. 4). Mit Verstreichen der Verjährungsfrist wird das Spannungsverhältnis zwischen Zeit und Recht dahingehend aufgelöst, dass dem eingetretenen Rechtsfrieden der Vorrang vor der Verfolgung der Straftat gewährt wird (Krug/Skoupil aaO 140); hierfür sieht das Gesetz in § 78a Abs. 3 StGB ein je nach Strafordrohung bzw. Rechtsgutsverletzung abgestuftes System vor (vgl. Krug/Skoupil aaO 137; Hüls/Reichling aaO 305).

Für die Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen, deren Vollendung schon mehrere Jahrzehnte zurückliegt, ist angesichts des mit fortschreitender Zeit abnehmenden Strafbefürnisses in der Regel auch ohne die Durchführung eines Strafverfahrens bereits Rechtsfrieden eingeleitet (Hüls/Reichling aaO 307). Denn bei § 266a StGB geht mit der fortschreitenden Untätigkeit nicht wie bei anderen Dauerdelikten eine Intensivierung der Rechtsgutsverletzung einher. Der bereits eingetretene Rechtsfrieden kann durch die Durchführung eines Strafverfahrens wieder gestört werden (Loose aaO 174 f.; Gercke aaO Rn. 92; Hüls/Reichling aaO 307). Zudem gefährdet eine übermäßig lange Verjährungsdauer die genannten, hinter der Verjährung stehenden verfahrenspraktischen Erwägungen (vgl. Loose aaO 175; Schmitz aaO 224, 229).

(2) Diese Unwucht im Verjährungssystem wird auch bei einem Vergleich mit der Verjährung der Lohnsteuerhinterziehung deutlich (Loose aaO 171 ff.; Krug/Skoupil aaO 140 f.; LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 113 f.; vgl. auch Reichling/Winsel aaO 341). Der Vergleich bietet sich an, da § 370 Abs. 1 AO und § 266a Abs. 2 StGB sich nicht nur – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt (BT-Drucks. 15/2573, 28 und BR-Drucks. 155/04, 75) – in der Tatbestands-

struktur ähneln (vgl. Loose aaO 171; Krug/Skoupil aaO 140 f.; LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 114), sondern auch den gleichen Strafrahmen aufweisen (Loose aaO 171). Zudem fallen das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und die Lohnsteuerhinterziehung in der Praxis häufig zusammen (Loose aaO 171). Schließlich ist die Lohnsteuer als Anmelde- bzw. Fälligkeitssteuer ausgestaltet, so dass zwischen Lohnsteuer- und Beitragserhebungsverfahren deutliche Parallelen bestehen (Loose aaO 172).

Wird die Lohnsteuerhinterziehung durch unrichtige oder unvollständige Angaben gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO verwirklicht, ist diese nach allgemeiner Meinung, wenn die Steueranmeldung ein Soll aufweist, bereits mit dem Eingang der Lohnsteueranmeldung beim Finanzamt vollendet und gleichzeitig beendet; andernfalls – bei einem Guthaben des Steuerpflichtigen – ist dies erst mit Zustimmung der Finanzbehörde der Fall (§ 168 AO; vgl. etwa MK/Wulf aaO § 376 AO Rn. 29; Klein/Jäger, AO, 14. Aufl., § 376 AO Rn. 35; vgl. zur Umsatzsteuer BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2017 – 1 StR 279/17 Rn. 9). Die Lohnsteuerhinterziehung durch ein pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist nach herrschender Meinung mit Ablauf der gesetzlichen Anmeldefrist vollendet und beendet (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 1982 – 3 StR 421/82 Rn. 4; Klein/Jäger aaO § 370 AO Rn. 202, 204; zur Umsatzsteuer vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2011 – 1 StR 640/10 Rn. 6 f.); dann steht die „Nicht-Festsetzung“ im Sinne von § 370 Abs. 4 AO als Verkürzungserfolg fest, da bei ordnungsgemäßigem Verhalten spätestens zu diesem Zeitpunkt eine Steuerfestsetzung entstanden wäre (Krug/Skoupil aaO 141). Tatvollendung und -beendigung fallen somit jeweils zusammen, so dass entsprechende Taten bereits fünf Jahre nach der Tatvollendung verjähren. Die erhebliche Diskrepanz im Hinblick auf die Verjährungszeit ist insbesondere dann befremdlich, wenn ein Täter beide Delikte zugleich verwirklicht (Loose aaO 173). Ein Grund für die unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich (Krug/Skoupil aaO 141; LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 113 f.); vielmehr ist es aufgrund der genannten Parallelen zwischen den Tatbeständen geboten, dass die Taten zu annähernd gleichen Zeitpunkten verjähren (Loose aaO 174; Krug/Skoupil aaO 140 f.; LK/Möhrenschlager aaO § 266a Rn. 113 f.; LK/Gribbohm aaO § 266a Rn. 66).

bb) Des Weiteren spricht gegen die Anknüpfung der Tatbeendigung und des Verjährungsbeginns an das Erlöschen der Beitragspflicht, dass dies zu einer Benachteiligung einerseits von Einzelunternehmern gegenüber Vertretungsorganen und andererseits von Teilnehmern gegenüber Tätern führt (Loose aaO 175 ff.; ders. aaO 208; Hüls/Reichling aaO 306 f.; Bachmann aaO 239).

(1) Bei § 266a StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt, das nur von einem Arbeitgeber verwirklicht werden kann. Arbeitgeber können neben Einzelunternehmern auch juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften sein. Bei diesen wird die Arbeitgeberberei-genschaft gemäß § 14 Abs. 1 StGB auf die vertretungsberechtigten Organe bzw. deren Mitglieder (Nr. 1) oder auf deren vertretungsberechtigte Gesellschafter (Nr. 2) übertragen. Für diese Vertreter bestehen aber mit dem Erlöschen der Gesellschaft und dem Ausscheiden aus der Vertreterfunktion im Vergleich zu Einzelunternehmern weiterreichende Möglichkeiten, die Beitragsabführungspflicht entfallen zu lassen, so dass die Verjährung zu laufen beginnt (vgl. Loose aaO 176 f.; ders. aaO 208; Bachmann aaO 239; LG Baden-Baden aaO Rn. 68). Die damit einhergehende Benachteiligung von Einzelunternehmern ist sachlich nicht gerechtfertigt (Loose aaO 177; ders. aaO 208; Bachmann aaO 239) und wird auch nicht dadurch kompensiert, dass ihnen die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) zur Verfügung steht, da diese strengen Voraussetzungen unterliegt (Loose aaO 177).

(2) Die Verjährung von Teilnahmehandlungen beginnt grundsätzlich erst mit der Beendigung der Haupttat (vgl. Fischer aaO § 78a Rn. 4). Während aber derjenige Täter, der Vertretungsorgan einer juristischen Person, Mitglied eines solchen Organs oder vertretungsbe-rechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist, es selbst in der Hand hat, durch sein Ausscheiden aus dieser Position seine Vertreterstellung zu beseitigen und damit seine Beitragspflicht zum Erlöschen zu bringen, ist einem Teilnehmer diese Möglich-keit verwehrt (Loose aaO 178). Dies hat die paradoxe Konsequenz, dass es in Grenzfällen von Täterschaft und Teilnahme für den Beteiligten günstiger sein kann, als Täter statt als Teilnehmer eingestuft zu werden (Loose aaO 179 f.; Hüls/Reichling aaO 306 f. mit Beispielsfall).

cc) Wegen der erst spät eintretenden Tatbeendigung besteht schließlich die Gefahr, dass § 55 Abs. 1 StGB bei später abzuurteilenden Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB in großen Teilen leerläuft (Loose, wistra 2018, 207, 208). Da dies insbesondere Taten von Einzelunternehmern betrifft, werden diese auch bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung gegenüber den in § 14 Abs. 1 StGB genannten Vertretungsorganen von juristischen Personen und vertretungsberechtigten Gesellschaftern von rechtsfähigen Personengesellschaften benachteiligt (Loose aaO 208).

III.

Der beabsichtigten Änderung vornehmlich der eigenen Rechtsprechung stehen aber auch jedenfalls folgende Entscheidungen der anderen Strafsenate – jeweils zu § 266a Abs. 1 StGB – entgegen: - 2. Strafsenat: Beschluss vom 27. September 1991 – 2 StR 315/91 Rn. 6 (tragend);

- 4. Strafsenat: Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 4 StR 374/13 Rn. 17 (tragend); vgl. zudem Beschluss vom 1. September 2016 – 4 StR 341/16 Rn. 5 (nicht tragend);

- 5. Strafsenat: Beschluss vom 28. Oktober 2008 – 5 StR 166/08 Rn. 41 (nicht tragend).

Der Senat sieht sich durch diese Beschlüsse an der beabsichtigten Entscheidung gehindert. Es ist zudem davon auszugehen, dass weitere Beschlüsse gemäß § 349 Abs. 2 StPO auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung von den anderen Strafsenaten getroffen wurden. Der Senat fragt daher im Hinblick auf die obigen Ausführungen bei den anderen Senaten an, ob an gegebenenfalls entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Jörg Habetha, Freiburg i.Br.

BGH-Urteil vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18; Vorsatz und Irrtum bei § 266a Abs. 1 und 2 StGB

I. Inhalt der Entscheidung

Die Entscheidung des 1. Strafsenats¹ zur subjektiven Tatseite von § 266a StGB ist zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung (BGHSt) vorgesehen. Die amtlichen Leitsätze lauten:

1. Vorsätzliches Handeln ist bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Abs.1 und 2 StGB) nur dann anzunehmen, wenn der Täter auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat, er also seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen hat.

2. Irrt der Täter über seine Arbeitgeberstellung oder die daraus resultierende Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, liegt ein Tatbestandsirrtum vor; an seiner entgegenstehenden, von einem Verbotsirrtum ausgehenden Rechtsprechung hält der Senat nicht fest.

Der Senat hat diese durchaus fundamentale Änderung seiner ständigen Rechtsprechung bereits Anfang 2018 obiter dictu angedeutet.² Nun macht der Senat „Nägel mit Köpfen“ und

¹ BGH, Beschl. v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18 = NJW 2019, 3532 m. Anm. Brand; vgl. auch Ziegelmeier NZS 2020, 38.

² BGH, Beschl. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 = NSTZ 2019, 146 m. Anm. von Galen/Dawidowicz = StV 2019, 38 m. Anm. Habetha = wistra 2018, 339 m. Anm. Rode/Hinderer.

gibt seine bisherige, gegenläufige Rechtsprechung ausdrücklich und tragend auf. Die Entscheidung betrifft unmittelbar *den* zentralen Tatbestand des Arbeitsstrafrechts (§ 266a StGB). Die rechtlichen Anforderungen an die subjektive Tatseite beim Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, damit zugleich an den Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) einerseits sowie an den Verbotsirrtum (§ 17 StGB) andererseits, werden durch den Senat grundlegend neu justiert. Die Bedeutung dieser Entscheidung ist schon vor diesem Hintergrund kaum zu überschätzen. Und mehr noch: Die Entscheidung besitzt auch darüber hinaus, d.h. auf einer eher übergeordneten Ebene, das Potenzial, den subjektiven Tatbestand (Vorsatz) in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen aus seinem Schattendasein heraus eine angemessene Bedeutung zu verschaffen.

Zunächst: Noch Anfang 2018 hat der Senat seine Bedenken gegen die bisherige Spruchpraxis in erster Linie aus einem Vergleich mit der subjektiven Tatseite bei Steuerhinterziehung (§ 370 AO), namentlich der „Steueranspruchstheorie“, abgeleitet.³ Vorsatz bei Steuerhinterziehung erfordert danach, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennen (oder zumindest für möglich halten) muss und ihn auch verkürzen will.⁴ Nunmehr leitet der Senat sein in den Leitsätzen dokumentiertes – zutreffendes – Ergebnis aus einer konsistenten Anwendung der allgemeinen Vorsatzdogmatik im Fall normativer Tatbestandsmerkmale ab: § 266a StGB setze, so der Senat im Ausgangspunkt, in allen Varianten Vorsatz voraus, wobei jeweils bedingter Vorsatz genüge. Ein bedingt vorsätzliches Verhalten erfordere, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkenne (Wissenselement) *sowie*, dass er diesen billige oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfinde (Willenselement).⁵ Dementsprechend sei für den bedingten Vorsatz mit Blick auf die Arbeitgebereneigenschaft in § 266a StGB entscheidend, „ob der Arbeitgeber erkannt und billigend in Kauf genommen hat, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalls möglicherweise von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist und daraus gegebenenfalls für ihn eine Abführungspflicht folgt“.⁶ Der Betroffene müsse dementsprechend, so der Senat, „in einer zumindest laienhaften Bewertung erkannt haben, dass er selbst möglicherweise Arbeitgeber ist, dass eine Abführungspflicht existieren und er durch die fehlende Anmeldung oder unvollständige oder unrichtige Angaben die Heranziehung zum Abführen von Sozialabgaben ganz oder zum Teil vermeiden könnte“.⁷

Im Anschluss an diese grundlegenden Ausführungen überträgt der Senat diese Grundsätze auf die subjektive Tatseite von § 266a StGB, was zugleich zur Aufgabe der bisherigen, abweichenden Sichtweise führt (bzw. geradezu führen muss): Nach bisheriger – nunmehr aufgegebener – Rechtsprechung musste sich der Vorsatz (mit Blick auf die Eigenschaft als Arbeitgeber und die hieraus resultierenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten) „nur auf die hierfür maßgeblichen *tatsächlichen* Umstände beziehen, während es keiner zutreffenden rechtlichen Einordnung und damit auch keines Fürmöglichhaltens und keiner Billigung einer möglichen Verletzung der etwa in eigener Person bestehenden Verpflichtung zur Beitragsabführung bedurfte“.⁸ Lag diese Kenntnis der tatsächlichen Umstände vor, „unterlag der Täter, wenn er glaubte, nicht Arbeitgeber zu sein oder für die Abführung der Beiträge nicht Sorge tragen zu müssen, [...] keinem Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum, sondern (allenfalls) einem – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum“.⁹

Nach neuer – und zutreffender – Sichtweise des Senats ist nunmehr im Rahmen von § 266a StGB „vorsätzliches Handeln nur dann anzunehmen, wenn der Täter über die Kenntnis der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände hinaus auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat [...]“.¹⁰ Hieraus folge, so der Senat, dass der Täter „seine Stellung als Arbeitgeber und die hieraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht

³ BGH NStZ 2019, 146, 147 f. (Tz. 13 bis 15); hierzu Habetha StV 2019, 39, 40.

⁴ St. Rspr., vgl. BGH NStZ 2019, 146, 148, Tz. 14 m.w.N.; vgl. auch Klein-AO/Jäger, 13. Aufl. 2016, § 370 Rn. 171; HK-Steuerstrafrecht/Schott, 2016, § 370 Rn. 263.

⁵ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 17).

⁶ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 18).

⁷ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 18).

⁸ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 19).

⁹ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 19) mit Hinweis auf BGH NStZ 2010, 337 und BGH NStZ 2014, 321; m.w.N. zur bisherigen Rspr.

¹⁰ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 20).

zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen“ hat.¹¹ Dementsprechend sei, so die Konsequenz, „eine Fehlvorstellung über die Arbeitgeberbereitschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht als Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB einzuordnen“.¹²

Eher ergänzend weist der Senat, wie bereits Anfang 2018, weiter darauf hin, dass diese grundlegende Neujustierung zugleich die bisherige und wenig sachgerechte Divergenz der Rechtsprechung zum Vorsatz bei Steuerhinterziehung (Steueranspruchstheorie) und bei § 266a StGB auflöse.¹³

II. Bewertung

Schon die Anfang 2018, allerdings „nur“ im Rahmen eines obiter dictum geäußerte Erwägung des Senats, seine Spruchpraxis zu ändern, wurde im Schrifttum soweit ersichtlich ohne Ausnahme begrüßt.¹⁴ Nunmehr hat der Senat seine rechtliche Neubewertung der subjektiven Tatseite von § 266a StGB umfassend und mit einer stringenten (geradezu zwingenden), erschöpfenden und überzeugenden rechtlichen Argumentation begründet. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Klarzustellen ist nur, dass die Überwindung der Divergenz zwischen den Anforderungen an die subjektive Tatseite bei Steuerhinterziehung (§ 370 AO) einerseits und bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) andererseits *nicht Grund, sondern Folge* der vom Senat vorgenommenen rechtlichen Neujustierung ist. Zwar besteht für eine, in den Worten des Senats, „vorsatz- und irrtumsdogmatische Ungleichbehandlung von Arbeitgeberstellung im Sinne von § 266a StGB und Pflichtenstellung im Sinne des § 370 Abs. 1 Nummer 2 AO [...] kein sachlicher Grund“.¹⁵ Andeutungen des 1. Strafsenats in nicht allzu ferner Vergangenheit zu einer möglichen Aufgabe der Steueranspruchstheorie haben allerdings gezeigt, dass eine Beseitigung dieser (nicht sachgerechten) Divergenz unter umgekehrten Vorzeichen, d. h. in einer der heutigen Sichtweise geradezu entgegengesetzter Weise, ebenfalls möglich gewesen wäre.¹⁶ Ausschlaggebend ist vor diesem Hintergrund, dass der Senat seiner Entscheidung eine fundierte rechtliche Bewertung zugrunde legt, die an der allgemeinen Vorsatz-Dogmatik bei normativen Tatbestandsmerkmalen anknüpft und eben zu dem (einheitlichen) Ergebnis führt, wonach es sich *in beiden Fällen* um normative Tatbestandsmerkmale handelt, „hinsichtlich derer“, so der Senat, „die bloße Kenntnis der ihnen zugrundeliegenden Tatsachen nicht genügt, um vorsätzliches Verhalten zu begründen“.¹⁷ Vielmehr müsse der Täter danach „die für die Unrechtsbegründung wesentliche Bedeutung der maßgeblichen Tatumstände zutreffend erfasst und die rechtliche Wertung nachvollzogen haben [...]. Hat er dies nicht, unterliegt er einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, da ihn der spezifische strafrechtliche Normenappell nicht erreicht“.¹⁸

Die Lektüre dieser stringenten Entscheidung und ihres klaren (beinahe zwingenden) Ergebnisses machen es umso schwerer, den Senat für die vorherige – nunmehr überwundene – Spruchpraxis nicht zu kritisieren; ebenso für den eher späten Zeitpunkt der Korrektur. Möglicherweise – dies ist allerdings nur Spekulation – sah sich der Senat zuvor vor allem auf Grund kriminalpolitischer Bedenken an der nunmehr vollzogenen Rechtsprechungskorrektur gehindert. Die Sorge, Betroffene könnten sich andernfalls allzu leicht auf einen fehlenden (bedingten) Vorsatz bzw. Tatbestandsirrtum berufen, könnte hier ausschlaggebend gewesen sein. Dies auch deshalb, weil die, vom Senat ebenfalls angesprochene – objektive – Feststellung der Arbeitgeberbereitschaft (und der Pflicht Sozialversicherungsbeiträge abzuführen) am Maßstab des Sozialversicherungsrechts im Einzelfall weniger in tatsächlicher, jedoch vor allem in rechtlicher Hinsicht durchaus Probleme bereiten kann. Der Senat spricht insoweit zutreffend von „einer Vielzahl von Kriterien“, die dieser sodann exemplarisch aus-

¹¹ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 20).

¹² BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 20).

¹³ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 21 f.).

¹⁴ Etwa von Galen/Dawidowicz NSTZ 2019, 148; Habetha StV 2019, 39, 40 f.; Schneider/Rieks HRRS 2019, 62; Floeth NSTZ-RR 2018, 182; Rode/Hinderer, wistra 2018, 341 f.

¹⁵ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 22).

¹⁶ So noch der 1. Strafsenat in BGH NSTZ 2012, 160, 161 (Tz. 21).

¹⁷ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 22).

¹⁸ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 22); vgl. zur Vorsatzfrage im Einzelnen etwa Klötzer-Assion in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, 4. Teil, 4. Kap. Rn. 15 ff.

führt, von einer „komplexen Wertung“, bei der „die Kriterien im Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben können“, sowie von dem Umstand, dass sich das Ergebnis der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten der gelebten Beziehung nicht immer sicher vorhersehen lasse.¹⁹ Dieser Befund erweist sich aus Sicht eines Obergerichts wohl auch deshalb als eher ambivalent, weil er zwar einerseits die Einstufung von Arbeitgeberbereitschaft und Sozialversicherungspflicht als normative Tatbestandsmerkmale (mit den vom Senat inzwischen gezogenen Konsequenzen an den subjektiven Tatbestand) geradezu aufdrängt, andererseits jedoch „in der Instanz“ durchaus zu Problemen bei der Vorsatzfeststellung (dem Ausschluss eines Tatbestandsirrtums) führen kann.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Anwendung des vergleichbaren Vorsatzmaßstabs im Steuerstrafrecht (Steueranspruchstheorie) nicht zu signifikanten Nachweisproblemen oder gar Strafbarkeitslücken geführt hat. Bereits im Anschluss an das vom Senat geäußerte obiter dictum Anfang 2018 wurde im Schrifttum überdies darauf hingewiesen, dass die mögliche Rechtsprechungsänderung weder eine Art Freibrief bewirke, noch allein die Behauptung eines Tatbestandsirrtums zur Straffreiheit führe.²⁰ Vor dem Hintergrund einer möglichen Nachweisproblematik sind offenbar die Ausführungen zur Beweiswürdigung zu sehen,²¹ mit denen der Senat klarstellt:

- Die Feststellung vorsätzlichen Verhaltens, d. h. nunmehr, ob ein Arbeitgeber seine entsprechende Stellung und das Bestehen hieraus folgender sozialversicherungsrechtlicher Abführungspflicht für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, muss vom Tatgericht im Rahmen der Beweiswürdigung im Einzelfall anhand der konkreten Tatumstände geklärt werden.
- Hierbei könne zunächst von Bedeutung sein, so der Senat, „wie eindeutig die Indizien sind, die – im Rahmen der außerstrafrechtlichen Wertungen – für das Vorliegen einer Arbeitgeberstellung sprechen.“
- Bedeutung hat ferner, „ob und inwiefern der Arbeitgeber im Geschäftsverkehr erfahren ist“.
- Und weiter, „ob das Thema illegaler Beschäftigung in der jeweiligen Branche im gegebenen zeitlichen Kontext gegebenenfalls vermehrt Gegenstand des öffentlichen Diskurses war“.
- Ein gewichtiges Indiz könne sein, „ob das gewählte Geschäftsmodell von vornherein auf Verschleierung oder eine Umgehung von sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen ausgerichtet ist“.
- Insbesondere bei Kaufleuten seien „auch die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in Bezug auf die arbeits- und sozialrechtliche Situation in den Blick zu nehmen, weil eine Verletzung dieser Erkundigungspflichten auf die Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht hindeuten“ könne.

Die Annahme eines Tatbestandsirrtums wird auch nach der Rechtsprechungsänderung zur subjektiven Tatseite von § 266a StGB – auch in Abhängigkeit der Person des Betroffenen – eher (sozialversicherungsrechtlichen) Grenzfällen vorbehalten bleiben. Die Entscheidung ist aber auch deshalb uneingeschränkt zu begrüßen, weil sie eine angemessene Entkriminalisierung von Unternehmen und Unternehmern bewirken wird, die (moderne) Beschäftigungskonzepte wählen, die wiederum in die Grenzbereiche der erforderlichen sozialversicherungsrechtlichen Gesamtabwägung (mit vielfach ungewissem Ausgang) führen.

III. Ausblick

Die Entscheidung des 1. Strafsenats betraf den Pflegesektor, in dem – wie auch vorliegend – pflegebedürftige Menschen auf Pflegekräfte aus dem osteuropäischen Raum zurückgreifen

¹⁹ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 24) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BSG, namentlich BSG NJW 2018, 2662.

²⁰ Etwa Habetha StV 2019, 39, 41; Floeth NStZ-RR 2018, 180, 184; Rode/Hinderer, wistra 2018, 341, 342.

²¹ Die nachfolgend aufgezählten Kriterien aus BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 25 f.).

wollten (etwa aus finanziellen Gründen auch zurückgreifen mussten). Da in dieser Konstellation einzelne Pflegekräfte typischerweise nur einzelne Personen (und diese über einen längeren Zeitraum hinweg) betreuen, scheidet eine selbstständige Tätigkeit häufig aus, sodass vorliegend eine Sozialversicherungspflicht bestand.²² Die Entscheidung des 1. Strafsenats wird allerdings vor allem in denjenigen Bereichen erhebliche Bedeutung erlangen, in denen Unternehmen – wie in der heutigen, modernen Wirtschaft vielfach – mit externen (Fremd-) Dienstleistern zusammenarbeiten. Nicht selten schwierige Abgrenzungsfragen, deren Ergebnis vielfach kaum absehbar ist, ergeben sich hier nicht nur, aber vor allem dann, wenn diese auf dem Firmengelände bzw. „im Betrieb“ des Auftraggebers tätig werden (müssen).²³

Vergleichbares gilt im Bereich des sog. crowdworkings, d.h. wenn die Vergabe bzw. Auslagerung von bestimmten Arbeiten durch einen Auftraggeber (crowdsourcer) an eine regelmäßig unbestimmte Menge von Menschen (crowd) erfolgt.²⁴ Die Aufgaben (Aufträge) werden bei dieser Form des Fremdpersonaleinsatzes (außerhalb des Unternehmens) „auf eine Internetplattform gestellt“, d.h. hier veröffentlicht und inhaltlich näher definiert. In einer aktuellen Pressemitteilung des LAG München vom 4.12.2019²⁵ teilt das Gericht mit, es habe entschieden, dass in einem Fall des crowdworkings jedenfalls zwischen dem dortigen Kläger (crowdworker) und der Beklagten (der Betreiberin der Internetplattform) kein Arbeitsverhältnis bestehe. Die Beklagte, ein Unternehmen, das als Dienstleister für Markenhersteller Kontrollen der Warenpräsentation im Einzelhandel durchführt, hat diese Aufträge über eine „crowd“ vergeben, wobei die Mitglieder der „crowd“ über eine „Basisvereinbarung“ zur Teilnahme berechtigt waren. Nicht entschieden hat das LAG München allerdings die weitergehende Frage, ob durch das Anklicken eines (einzelnen) Auftrages auf der Internetplattform ein (befristetes) Arbeitsverhältnis begründet wurde. Überdies wurde gegen die bereits zweitinstanzliche Entscheidung die Revision zum BAG ausdrücklich zugelassen.

Das letztgenannte Beispiel etwa unterstreicht – mit Blick auf § 266a StGB und seine subjektive Tatseite – die auch vom Senat erwähnte Schwierigkeit und Ungewissheit der Abgrenzung, ob gerade bestimmte Formen des Einsatzes von Fremdpersonal eine Sozialversicherungspflicht begründen (oder nicht). Selbst den zuständigen Fachgerichten fällt die zutreffende rechtliche Einordnung (im Rahmen der Gesamtbewertung in derartigen Fällen häufig schwer). Die Entscheidung des 1. Strafsenats betrifft nun in erster Linie das *Wissenselement* des bedingten Vorsatzes. Allerdings wird „die Möglichkeit“ einer Sozialversicherungspflicht im Sinne dieses (kognitiven) Vorsatzelements häufig nur der Anlass sein, insoweit eine – fundierte – rechtliche Überprüfung zu veranlassen, die, wie der Senat einräumt, nicht immer zu zwingenden Ergebnissen führen kann oder muss; jedenfalls vielfach nicht zu Ergebnissen, die eine Sozialversicherungspflicht mit letzter Sicherheit ausschließen, so dass ein „Restrisiko“ bzw. eine „Restmöglichkeit“ der Sozialversicherungspflicht verbleibt.

Auch wenn der subjektive Tatbestand von § 266a StGB (wie § 370 AO) keine Absicht im Sinne eines direkt vorsätzlichen Verhaltens erfordert, ist auch dem bedingten Vorsatz ein voluntatives Element immanent. Dies gilt sowohl für die Steueranspruchstheorie als auch für den Vorsatz im Rahmen von § 266a StGB. In derartigen Konstellationen gewinnt das voluntative Vorsatzelement („billigend in Kauf nehmen“ bzw. „auch verkürzen will“) besondere Bedeutung. Entscheidend ist die Frage, ob auch bestimmte Handlungssituationen bzw. die den Entscheidungsprozess im Einzelfall prägenden Umstände (hierzu gehören auch Compliance-Maßnahmen) allein geeignet sind, den (bedingten) Vorsatz auszuschließen, selbst wenn der Unternehmer einen Steuer- bzw. Sozialversicherungsanspruch noch für möglich hält.²⁶ Der Senat führt etwa aus, dass für die Vorsatzfeststellung im Einzelfall auch relevant sei, ob der Betroffene „Erkundigungspflichten“ verletzt habe, weil dies auf eine „Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht hindeuten“ könne.²⁷ Mit dieser Formulierung ist jedenfalls nicht allein das *Wissenselement*, sondern auch – und vielleicht in erster Linie – das *Willenselement* (bedingten) Vorsatzes angesprochen.

²² Hierzu Brand NJW 2019, 3535, 3536.

²³ Vgl. zur Entscheidung des Senats Pelz, jurisPR-Compl 6/2019 Anm. 3.

²⁴ Im Einzelnen hierzu (crowdwork als Beispiel von „work on demand in Zeiten des Arbeitens 4.0“) Mahnhold in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, 7. Teil, Rn. 4 f.

²⁵ Pressemitteilung des LAG München vom 4.12.2019 zur Entscheidung LAG München, 4.12.2019 – 8 Sa 146/19.

²⁶ Hierzu Habetha StV 2019, 39, 41.

²⁷ BGH NJW 2019, 3532, 3533 (Tz. 26 a.E.) mit Hinweis auf BGH NStZ 2012, 160 (Tz. 27).

Es ist zu wünschen, dass die Rechtsprechung auch insoweit Richtlinien formuliert, die – vergleichbar anderen Bereichen der Strafrechts, etwa des Kapitalstrafrechts – die Anforderungen an dieses (voluntative) Vorsatzelement auch für Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, etwa für § 266a StGB, näher konturieren. Es erscheint auch in derartigen Fällen jedenfalls nicht durchweg angemessen, Sachverhalte, in denen Unternehmer zwar geeignete Maßnahmen rechtlicher Prüfung ergreifen, ohne aber im Ergebnis etwa das Risiko („die Möglichkeit“) einer Sozialversicherungspflicht endgültig ausschließen zu können, ausschließlich auf Ebene der Schuld (§ 17 StGB) zu behandeln. Hinzu kommt: Die Gefahr einer (im Ergebnis) rechtlich unzutreffenden Subsumtion (oder anders gewendet, die Schwierigkeit das Ergebnis der Gesamtbewertung aller im Einzelfall maßgeblichen hinreichend sicher absehen zu können) begründet in erster Linie die im Sozialrecht verankerte Vorgabe mit generalklauselartiger Weite, die eine umfassende Gesamtabwägung (im Einzelfall unterschiedlich zu gewichtender Kriterien) erforderlich macht.²⁸ Es ist also mit in den Blick zu nehmen, dass nicht zuletzt die wenig konkreten gesetzlichen Vorgaben, eine hinreichend sichere Abgrenzung vielfach stark erschweren.

Über die vorliegende Entscheidung hinaus besteht weiter Grund zur Zuversicht: In einem kürzlich veröffentlichten Vorlagebeschluss an die übrigen Strafsenate hat der 1. Strafsenat dargelegt, dass er beabsichtigt, die bisherige Rechtsprechung zur Verjährung von Fällen des § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB zu korrigieren.²⁹ Nach bisher ständiger Rechtsprechung trat in diesen Fällen die Tatbeendigung (und damit der Verjährungsbeginn – § 78a S. 1 StGB) erst ein, wenn die Beitragspflicht erloschen ist. Letzteres erfolge (durch Verjährung) erst 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Ansprüche entstanden sind (§ 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV), was zu einer strafrechtlichen Frist für die Verfolgungsverjährung von 35 bis 36 Jahren führte. Der Senat beabsichtigt nunmehr, den Zeitpunkt der Tatbeendigung (auch in den Tatbestandsvarianten echter Unterlassung – § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB) wie im Fall des § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB (damit für § 266a StGB einheitlich) bereits mit dem „Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts“ anzunehmen,³⁰ so dass die Verjährungsfrist (5 Jahre – § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) bereits zu diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Der Senat strebt damit an, in seinen Worten, eine „Unwucht“ im Rahmen von § 266a StGB, namentlich im „Verjährungssystem“ zu beseitigen.³¹ Die Fortsetzung einer insgesamt erfreulichen Entwicklung im Arbeitsstrafrecht, speziell der zentralen Vorschrift – § 266a StGB.

²⁸ Hierzu und zu den Konsequenzen einer „Statusverfehlung“ durch den Rechtsanwender Klötzer-Assion in: Klötzel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, 4. Teil, 4. Kap.

²⁹ BGH, Beschl. v. 13.11.2019 – 1 StR 58/19, BeckRS 2019, 34412.

³⁰ BGH, Beschl. v. 13.11.2019 – 1 StR 58/19 (etwa Tz. 8).

³¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 13.11.2019 – 1 StR 58/19 (Tz. 25).

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 17.09.2019, S - 34 BA 58/18

In diesem Urteil bewertet die 34. Kammer des Sozialgerichtes Dortmund das Argument eines Rettungsdienstes, dass die Einbindung von Honorarärzten in die Einsatzorganisation ausschließlich auf Sachzwängen beruht, nicht als ein solches, das für eine Selbständigkeit eines Notarztes spricht. Vielmehr soll daraus deutlich werden, dass die Hinzuziehung von Honorarärzten mit den Notwendigkeiten eines sachgemäß organisierten Rettungsdienstes nicht zu vereinbaren ist und insofern regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

I. Sachverhalt

Dem Urteil liegt eine kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage zugrunde, in der sich der Kläger (Rettungsdienst) gegen einen Bescheid der Beklagten richtete, nach dem der Beigeladene Notarzt als abhängig Beschäftigter bei dem Kläger tätig geworden sein soll.

Ursprünglich beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Notarztes. Ausweislich des vorgelegten Honorarvertrages zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen sollte der Beigeladene als freiberufliche notärztliche Honorarkraft beschäftigt werden. Als Rentner übt er keine weitere Beschäftigung aus. Seine Aufgaben umfassen alle notärztlichen Tätigkeiten im Rettungsdienstbereich des Klägers. Ort der Leistungserbringung sind die Rettungswachenbereiche des Hochsauerlandkreises. Der Beigeladene muss sich in einer vom Auftraggeber bereitgestellten Unterkunft aufhalten, erhält einen Funkmelder und muss sich spätestens nach 120 Sekunden für die Abholung durch ein Notarzteinsatzfahrzeug bereitstellen. Die Buchung seiner Schichten erfolgt über das System "Notarztpool HSK" und ist verbindlich. Die Vergütung erfolgt stundenweise. Der Kläger schließt für den Beigeladenen zusätzlich eine private Unfallversicherung und eine Haftpflichtversicherung ab. Der Beigeladene muss eine Einweisung durch den Medizinproduktebeauftragten des Hochsauerlandkreises absolvieren und nimmt an Teambesprechungen teil. Zudem ist der Notarzt verpflichtet, geeignete Einsatzkleidung, insbesondere die vom Hochsauerlandkreis gestellte einheitliche Rettungsdienstjacke zu tragen. Die Dokumentation der Einsätze erfolgt über ein standardisiertes Notarzteinsatzprotokoll.

Die Beklagte stellte in dem Bescheid fest, dass der Beigeladene die Tätigkeit als Notarzt bei dem Kläger im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt und Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. In der gesetzlichen Rentenversicherung ist der Beigeladene versicherungsfrei.

Gegen den Bescheid richtet sich die Klage. Zur Klagebegründung trägt der Kläger ergänzend vor, dass der Beigeladene völlig frei darin ist, ob er einzelne Angebote auf Abschluss eines Auftragsverhältnisses unterbreitet. Keinesfalls ist in der vereinbarten und auch nicht in der tatsächlichen Rechtsbeziehung zwischen den Parteien des Honorarvertrages das Gepräge eines Dauerschuldverhältnisses, auch nicht das eines solchen mit Arbeit auf Abruf feststellbar. Weder besteht für den Beigeladenen ein Anspruch auf Beschäftigung, noch seitens des Klägers ein irgendwie geartetes Direktionsrecht hinsichtlich des Abrufes von Leistungen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes. Die Parteien haben ausdrücklich vereinbart, dass die Dienste freiberuflich erbracht werden. Mit der Zahlung des monatlich abgerechneten, sich nach dem zeitlichen Umfang des Einsatzes bemessenden Honorars sind sämtliche Ansprüche des Beigeladenen erfüllt. Vorgaben zu Zeit und Ort der Dienstleistungen ergeben sich aus rettungsdienstlichen Notwendigkeiten. In dem Honorarvertrag werden keine Weisungsrechte begründet, sondern vielmehr werden die sich aus gesetzlichen Anforderungen ergebenden Notwendigkeiten deklaratorisch aufgeführt. Der Kläger hat auch aus § 7 des Honorarvertrages kein Weisungsrecht in fachlicher Hinsicht gegenüber dem Beigeladenen. Die Inanspruchnahme sächlicher und personeller Mittel des Klägers durch den Beigeladenen ist den tatsächlichen Notwendigkeiten und den gesetzlichen Anforderungen des Rettungsdienstes geschuldet und bedingt deshalb keine Einbindung in die Organisationsstrukturen des Klägers. Anderenfalls ist dies mit dem Recht auf eine privatautonome Entscheidung für oder gegen eine Selbständigkeit kaum zu vereinbaren. Auch stellt die Vergütung der Dienste durch feste Stundensätze kein Indiz dar. Das unternehmerische Risiko des Beigeladenen liegt darin, dass er das Risiko trägt, Aufträge nicht oder nicht in auskömmlichen Umfang zu erhalten. Die im Jahre 2017 eingeführte Regelung des § 23 c Abs. 2 SGB IV und die dazugehörige Übergangsregelung in § 118 SGB IV schafften keinen Sondertatbestand einer gesetzlichen Qualifizierung der Notarztätigkeit als Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV. Vielmehr soll mit dieser Regelung Klarheit dahingehend geschaffen werden, dass unabhängig davon, ob die Notarztätigkeit auf selbständiger Basis oder im Rahmen einer Beschäftigung ausgeübt wird, jedenfalls die Einnahmen aus dieser Tätigkeit unter bestimmten Voraussetzungen von der Beitragspflicht freigestellt sind.

II. Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet, da sich der angefochtene Bescheid der Beklagten sich als rechtmäßig erweist. Der Beigeladene übt seine notärztliche Tätigkeit als abhängig Beschäftigter für den Kläger aus und ist daher entsprechend Sozialversicherungspflichtig.

1.

Nach § 7 a Abs. 2 SGB IV entscheidet die Beklagte im Rahmen eines Anfrageverfahrens aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts findet hierbei keine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung, sondern zugleich eine Entscheidung über die Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung statt.

Gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte sind versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI und in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III.

2.

Dabei ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV unter dem Begriff „Beschäftigung“ die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, zu verstehen. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Die Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, in den Betrieb eingegliedert wird und einem (ggfls. nach den Erfordernissen des konkreten Tätigkeitsfeldes eingeschränkten) umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch eine eigene Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, das eigene Unternehmerrisiko und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Nach diesen Maßstäben liegt bei dem Beigeladenen in seiner notärztlichen Tätigkeit für den Kläger eine Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV vor.

a)

Die Kammer wertet es als maßgebliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen, dass er sich in die vorgegebenen Strukturen und Abläufe des Rettungsdienstes des Klägers einzufügen hat, ohne darauf eigenen, unternehmerischen Einfluss zu haben. Größeren Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum als ein sogenannter Honorararzt im Krankenhaus, den das Bundessozialgericht mit Urteilen vom 04.06.2019 (Az. des Leitfalles: B 12 R 11/18 R) als regelmäßig abhängig beschäftigt ansieht, besitzt der Beigeladene in seiner notärztlichen Tätigkeit nicht. Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Klägers zeigt sich insbesondere darin, dass Ort und Zeit der Dienstleistung vorgegeben sind, Einsätze nach Vorgaben des Klägers zu dokumentieren sind und die Buchung der Schichten nach Maßgabe eines von einer Mitarbeiterin der Verwaltung des Klägers geführten Einbuchungssystems vorzunehmen ist.

b)

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass bei dem Kläger auch festangestellte Notärzte beschäftigt sind. Diese Notärzte sind unmittelbar nach ihrer honorarärztlichen Tätigkeit von dem Kläger festangestellt worden. Sie haben in der mündlichen Verhandlung der erkennenden Kammer bekundet, dass ihre Arbeitsleistungen sich durch den veränderten Status nicht geändert hätten. Die inhaltlichen und organisatorischen Vorgaben seien die gleichen gewesen. Die Einbuchung der Schichten sei weiterhin über das vorgenutzte Buchungssystem erfolgt. Es habe sogar mehr Freiheit bei den Buchungen als festangestellter Mitarbeiter bestanden, weil diese ihre Dienste früher fixieren könnten. Es bestünden weiterhin keine Vorgaben, wann Schichten zu buchen seien. So könnten sie auch als festangestellte Notärzte des Klägers weiterhin für sich längere Freizeitphasen vorsehen. Insgesamt sind für die Kammer vor diesem Hintergrund keine wesentlichen Unterschiede in den Arbeitsabläufen

von Mitarbeitern des Klägers mit Honorarvertrag und solchen mit Arbeitsvertrag zu erkennen. Da die Notärzte immer im Team mit Fahrer und Rettungssanitätern unter Nutzung einheitlicher Rettungsdienstjacken des Klägers auftreten, ist für Patienten und andere Geschehensbeteiligte nicht ersichtlich, ob es sich bei dem jeweiligen Notarzt um eine freiberufliche Kraft oder einen festangestellten Mitarbeiter des Klägers handelt.

c)

Der Beigeladene hat kein eigenes, über das Gehaltsausfallrisiko hinausgehendes Unternehmerrisiko in seiner Tätigkeit für den Kläger. Er setzt bei kostenloser Bereitstellung aller wesentlichen Arbeitsmittel und zusätzlicher Versicherungen durch den Kläger nur seine Arbeitskraft, aber kein eigenes Kapital ein und läuft auch nicht Gefahr, dass seine Arbeit nicht vergütet wird. Vielmehr sind ihm feste Pauschalen je nach zeitlicher Dauer seiner Tätigkeit zugesichert. Unbeachtlich ist demgegenüber, dass der Kläger und der Beigeladene kein Anstellungsverhältnis begründen wollten. Das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV unterliegt nicht der Disposition der Beteiligten, sondern ist nach den Umständen der praktischen Durchführung des Vertragsverhältnisses zu beurteilen.

d)

Schließlich ist es nicht entscheidend, dass der Beigeladene in seiner notärztlichen Einzelfalltätigkeit weitgehend weisungsfrei arbeiten kann. Fehlende Einzelweisungen und die Möglichkeit, die Arbeitszeit im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse frei zu gestalten, sind bei höher qualifizierten Tätigkeiten üblich, ohne Anhaltspunkte für eine Selbständigkeit zu bieten. Soweit das LSG NRW (Urteil vom 08.02.2017, Az.: L 8 R 162/15, Juris) darauf abstellt, dass allein aus der Bindung an die Vorschriften des Rettungsdienstgesetzes NRW keine Weisungsabhängigkeit des Notarztes gegenüber seinem Auftraggeber folge, ist vorliegend zu beachten, dass sich aus § 7 Abs. 1 des Honorarvertrages eine eindeutige vertragliche Weisungsgebundenheit des Beigeladenen gegenüber medizinischen Vorgaben durch den ärztlichen Leiter des Rettungsdienstes ergibt.

e)

Soweit der Kläger geltend macht, die Einbindung des Beigeladenen in die Einsatzorganisation des Rettungsdienstes beruhe auf Sachzwängen, erschließt sich nicht, warum dies ein Argument für die Selbständigkeit des Notarztes sein soll. Vielmehr macht es deutlich, dass die Hinzuziehung von Honorärärzten mit den Notwendigkeiten eines sachgemäß organisierten Rettungsdienstes ebenso wenig wie mit denen eines Klinikalltages zu vereinbaren ist und deshalb regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

f)

Soweit der Gesetzgeber als Reaktion auf berufsgerichtliche Entscheidungen zur Sozialversicherungspflicht von Notärzten mit dem Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz vom 04.04.2017 (BGBl. I S. 778) die Beitragsfreiheit von Notärzten im Rettungsdienst unter bestimmten Bedingungen angeordnet hat, bewirkt diese Neuregelung keine grundsätzlich sozialversicherungsfreie Notarztstätigkeit. Vielmehr ist diese Regelung so zu verstehen, dass der Gesetzgeber die regelmäßige abhängige Beschäftigung und damit Sozialversicherungspflicht von Notärzten zur Kenntnis nimmt und daran anknüpfend ihr Arbeitsentgelt lediglich unter bestimmten Voraussetzungen von der Beitragserhebung ausnimmt.

g)

Schließlich sind die angefochtenen Bescheide der Beklagten nicht dahingehend auszulegen, dass die Beklagte das Vorliegen eines Dauerrechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen für seine Tätigkeit als Notarzt festgestellt hätte. Vielmehr hat die Beklagte zutreffend nach Auswertung der von dem Kläger vorgelegten Abrechnungsunterlagen und Stundennachweisen die einzelnen, in der Regel vierundzwanzigstündigen Dienste des Beigeladenen der Statusbeurteilung nach § 7 a SGB IV unterzogen.

III. Anmerkung

Das Urteil der 34. Kammer des Sozialgerichts Dortmund orientiert sich ausdrücklich an dem kurz zuvor ergangenen Urteil des 12. Senats des Bundessozialgerichtes vom 04.06.2019 zu Honorärärzten in Krankenhäusern (https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/2019_06_04_B_12_R_20_18_R.html). Die Kammer geht in der Begründung inhaltlich noch etwas darüber hinaus, indem sie postuliert, dass nach ihrer Ansicht die „Hinzuziehung von Honorärärzten mit den Notwendigkeiten eines sachgemäß organisierten Rettungsdienstes ebenso wenig wie mit denen eines Klinikalltages zu vereinbaren ist und deshalb regelmäßig eine abhängige Beschäftigung vorliegt“. Mit dieser Feststellung negiert die Kammer quasi, dass es in einem ordnungsgemäß geführten Rettungsdienst bzw. Krankenhaus überhaupt eine selbständige Beschäftigung eines (Not-)Arztes geben kann.

In der Urteilsbegründung des Senates des Bundessozialgerichtes in einer solchen Absolutheit keine derartige Feststellung getroffen worden, sondern er ging davon aus, dass Ärzte auch auf selbständiger Basis in Kliniken tätig sein können. Der Senat legt in den Entscheidungsgründen dar, dass eine Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder erfolgen kann und es insofern auch möglich ist, dass ein und derselbe Beruf - je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis - entweder in Form der Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird. Maßgebend sind die konkreten Umstände des individuellen Einzelfalls.

In den weiteren Urteilsgründen des Senats des Bundessozialgerichtes wird ausführlich ausgeführt, dass bei Ärzten die Zuordnung einer Tätigkeit als selbständig oder abhängig nach dem Gesamtbild geschehen muss, indem alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden. Nach ständiger Rechtsprechung setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist, was bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb dann der Fall ist, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Bei der Gewichtung der Indizien ist nach dem bundessozialgerichtlichen Urteil zu berücksichtigen, dass die ärztliche Tätigkeit im Krankenhaus Besonderheiten aufweist. Deshalb können einzelne Gesichtspunkte, die sonst eine Tätigkeit als abhängig oder selbstständig kennzeichnen, von vornherein nicht als ausschlaggebende Abgrenzungsmerkmale herangezogen werden. Ärzte handeln bei medizinischen Heilbehandlungen und Therapien grundsätzlich frei und eigenverantwortlich. Hieraus kann aber nicht ohne Weiteres auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach ganz herrschender Meinung selbst Chefärzte als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Umgekehrt kann nicht allein wegen der Benutzung von Einrichtungen und Betriebsmitteln des Krankenhauses zwingend eine abhängige Beschäftigung angenommen werden.

Zudem unterliegen Krankenhäuser regulatorischen Vorgaben, die ebenfalls bei der Statusbeurteilung ärztlicher Tätigkeit zu beachten sind. Der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses sowie die Regelungen über die Erbringung und Vergütung von Krankenhausleistungen, zur Qualitätssicherung im Krankenhaus und zum Patientenschutz haben keine zwingende, übergeordnete und determinierende Wirkung, aber die regulatorischen Vorgaben sind bei der Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung zu berücksichtigen.

Ferner hat ein Krankenhaus nach § 2 Abs 3 KHEntgG sicherzustellen, dass die nicht fest angestellten Ärzte die gleichen Anforderungen wie die fest im Krankenhaus angestellten Ärzte erfüllen. Dies setzt einen maßgeblichen Einfluss des Krankenhauses auf ihre Tätigkeit voraus. Neben dem Erfordernis und Nachweis entsprechender fachlicher Qualifikationen bestehen umfassende Sicherstellungspflichten des Krankenhauses, die zu einer weitreichenden Einbindung der Ärzte in die Qualitätssicherungs- und Kontrollmechanismen führen. Insofern erkennt der Senat des Bundessozialgerichtes, dass diese regulatorischen Rahmenbedingungen im Regelfall die Eingliederung ärztlichen Krankenhauspersonals in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses bedingen.

Es ist nach den Ausführungen der Urteilsbegründung nicht zu verkennen, dass der Senat des Bundessozialgerichtes eine selbständige Tätigkeit eines Honorararztes in einem Klinikum als eine Ausnahme ansieht, aber er geht nicht soweit, dass allein aus den Notwendigkeiten eines sachgemäß organisierten Klinikalltages bzw. Rettungsdienstes eine abhängige Beschäftigung folgen muss.

Die in den letzten Jahren aufkommende Tendenz, dass die Gerichtsbarkeiten einen Honorar(Not-)Arzt in Kliniken oder Rettungsdiensten eher als abhängig beschäftigt als selbständig tätig bewerten, muss auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten der Scheinselbständigkeit und des damit verbundenen Nichtabführens von Sozialversicherungsabgaben nach § 266a StGB gesehen werden und in der Beratung entsprechende Berücksichtigung finden.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Zeugnisverweigerungsrecht von Bankmitarbeitern bei Führung von Anderkonten von Berufsheimnisträgern – § 53 StPO

Bankmitarbeiter, die mit der Führung von Notar- bzw. Rechtsanwaltsanderkonten betraut sind, gehören zu dem Personenkreis, auf den § 53a StPO das Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsheimnisträgers ausdehnt.

LG Kiel, Beschluss vom 19.12.2018 – 3 Qs 22-24/18, wistra 2019, 303.

Zu der Entscheidung s. Lampe, jurisPR-StrafR 17/2019 Anm. 1.

2. Vermögensarrest zur Sicherung künftiger Verfahrenskosten – § 111e StPO

Besteht ein Sicherungsbedürfnis – etwa bei drohender Vermögensverschiebung ins Ausland – kann auch ein Vermögensarrest zur Sicherung künftiger Verfahrenskosten angeordnet werden, wenn hierbei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird.

OLG Köln, Beschluss vom 13.06.2019 – 2 Ws 244 – 245/19, wistra 2019, 431.

Zu der Entscheidung s. den Beitrag von Niemann, wistra 2019, 396.

3. Zulässigkeit eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft – § 111i StPO

Stellt die Staatsanwaltschaft einen Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit, muss sie den Bestand des diesem Eröffnungsgrund zugrundeliegenden staatlichen Einziehungsanspruchs in vollem Umfang nachweisen. Ist das Strafverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, ist ein solcher Nachweis regelmäßig nur bei einem vollumfänglich geständigen Täter anzunehmen.

LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 12.04.2019 – 1 T 29/19, ZWH 2019, 223.

Zu der fehlerhaften Entscheidung s. die zu Recht ablehnenden Anm. von Bittmann, ZWH 2019, 226, Hellfeld, EWIR 2019, 563, und von Tschakert, ZInsO 2019, 2148. Das LG hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Es bleibt abzuwarten, wie sich der BGH im konkreten Fall und gegebenenfalls grundsätzlich zur Anforderung an die Glaubhaftmachung im Rahmen des § 111i Abs. 2 StPO äußert.

4. Anfechtung eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft – § 111i StPO, § 23 EGGVG

Stellt die Staatsanwaltschaft nach § 111i StPO einen Insolvenzantrag, kann dies als Justizverwaltungsakte i.S.d. 23 EGGVG angefochten werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 03.06.2019 – 1 VAs 38/19, ZInsO 2019, 2111.

5. Akteneinsichtsrecht des Zeugen – § 147 StPO

Ist ein Zeuge nicht Verletzter i.S.d. § 172 StPO, richtet sich dessen Akteneinsichtsrecht ausschließlich nach § 475 StPO. Dies gilt auch dann, wenn ein Zeugenbeistand gewählt worden ist.

LG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2019 – 620 Qs 9/19, StraFo 2019, 335.

Zu der Entscheidung s. die – weitgehend zust. – Anm. von Krug, FD-StrafR 2019, 421182.

6. Verletzteneigenschaft der Gesellschafter juristischer Personen – § 172 StPO

Gesellschafter juristischer Personen (hier: GmbH) sind bei deren wirtschaftlicher Schädigung grundsätzlich keine Verletzten i.S.d. § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.07.2019 – 2 Ws 23/19, ZInsO 2019, 2063.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Brand, GmbHR 2019, 952.

7. Entreicherungsabwehr bei Vermögensabschöpfung – § 459h StPO

Auch wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Einziehungsadressaten eröffnet wird, ist nicht automatisch von einer Entreichung i.S.d. § 459g Abs. 5 StPO auszugehen. Eine solche Beurteilung kann im konkreten Einzelfall abschließend erst am Ende des Insolvenzverfahrens getroffen werden.

OLG München, Beschluss vom 12.02.2019 – 3 Ws 939/18, ZInsO 2019, 2065.

II. Materielles Strafrecht

1. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit – § 15a InsO

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nach der betriebswirtschaftlichen Methode erfordert eine aussagekräftige stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig zu beschaffenden Mittel.

BGH, Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 204/19, ZInsO 2019, 210.

In gleicher Weise hat der BGH auch durch Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 205/19, n.v., entschieden. Zur Frage der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit vgl. Harz/Comtesse/Conrad, ZInsO 2019, 2241.

2. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung – § 15a InsO

In die im Rahmen der Prüfung auf eine etwaige strafbegründende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO aufzustellende stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mittel ist eine ernsthaft bestrittene Forderung, die insolvenz begründend bestehen soll, in aller Regel erst nach einer rechtskräftigen oder in sonstiger Weise die Par-

teien bindenden Klärung aufzunehmen. Abzustellen ist dabei auf die Sach- und Rechtslage bezogen auf den Zeitpunkt, zu dem nach dem strafrechtlich relevanten Vorwurf der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen.

Um eine strafrechtlich relevante Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO zu ermitteln, bedarf es unter anderem eines Überschuldungsstatus in Form einer Vermögensbilanz, die über die tatsächlichen Werte des Gesellschaftsvermögens Auskunft gibt. In diesem Zusammenhang ist bei der Bewertung unsicherer Verbindlichkeiten, etwa im Fall der Prozessrückstellungen für streitige Verbindlichkeiten, ein Ansatz zum Nennwert keineswegs zwingend und die bestehende rechtliche Unklarheit in der Behandlung streitiger Verbindlichkeiten eröffnet großzügige Bewertungsspielräume für die Geschäftsführung beim Ansatz derartiger Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus, die nach strafrechtlichen Grundsätzen kaum einzuengen sind.

AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 23.05.2019 – 412 Cs 237 Js 16150/17 (147/18), ZInsO 2019, 2124.

3. Unrichtige Darstellung bei Wertabschreibung – § 331 HGB

Verhältnisse eines Unternehmens in einem Jahresabschluss sind i.S.d. § 331 HGB unrichtig wiedergegeben, wenn die Darstellung mit den objektiven Gegebenheiten am Maßstab konkreter Rechnungslegungsnormen und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht übereinstimmt; dabei setzt eine mögliche aus § 253 Abs. 3 HGB resultierende Pflicht zur Wertabschreibung bei Gegenständen des Umlaufvermögens voraus, dass deren Teilwert am Abschlussstichtag unter dem Buchwert liegt.

BGH, Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 204/19, ZInsO 2019, 210.

4. Gesamtsaldierung und Schaden bei Leasingverträgen – § 263 StGB

Bei der Feststellung eines Betrugs im Zusammenhang mit Kfz-Leasingverträgen ist bei der für eine Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des vom Leasinggeber erworbenen Anspruchs auf die Leasingraten unter Berücksichtigung des jeweiligen Ausfallrisikos zu bewerten und mit dem Geldwert der eingegangenen Verpflichtung zu vergleichen; dabei ist das verbleibende Eigentum an dem Leasingfahrzeug regelmäßig in die Berechnung einzubeziehen.

BGH, Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 204/19, ZInsO 2019, 210.

5. Beitragsvorenthaltung und *omissio libera in causa* – § 266a StGB

In der wirtschaftlichen Krise gehen die sich aus § 266a Abs. 1 StGB ergebenden Zahlungspflichten anderen Zahlungspflichten vor; diese begründen daher keine Unzumutbarkeit oder rechtliche Unmöglichkeit der Zahlung. Im Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit wegen nicht mehr vorhandener Mittel ist zu prüfen, ob der Angeklagte zu einem früheren Zeitpunkt vorsätzlich die erforderliche und noch mögliche Vorratsbildung unterlassen hat.

LG Freiburg, Urteil vom 07.05.2019 – 4/17 8 Ns 81 Js 1825/13, ZInsO 2019, 1903.

Zu der Entscheidung s. die krit. Anm. von Pauka, NZI 2019, 730. 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. Zur Frage der Anwendung dieses Prinzips bei Buchführungsdelikten (§ 283b StGB) s. jüngst OLG Braunschweig, Beschluss vom 08.04.2019 – 1 Ss 5/19, ZInsO 2019, 1423 m. abl. Anm. Brand, GmbHR 2019, 776.

6. Beitragsvorenthaltung und Irrtum über die Arbeitgeberstellung – § 266a StGB

Vorsätzliches Handeln ist bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen nur dann anzunehmen, wenn der Täter auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat, er also seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten

ten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen hat. Irrt der Täter über seine Arbeitgeberstellung oder die daraus resultierende Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, liegt ein Tatbestandsirrtum vor.

BGH, Beschluss vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18, n.v.

Der Senat gibt mit der Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung (s. etwa BGH, Beschluss vom 04.09.2013 – 1 StR 94/13, wistra 2014, 23; vgl. auch BGH, Beschluss vom 24.06.2015 – 1 StR 76/15, wistra 2015, 393) explizit auf.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Verwirkung der Insolvenzverwaltervergütung – §§ 63, 64 InsO

Die Versagung der Vergütung des Insolvenzverwalters wegen Pflichtverletzungen in anderen Insolvenzverfahren kommt im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erst in Betracht, wenn gewichtige, vorsätzliche oder zumindest leichtfertige Pflichtverstöße festgestellt sind, deren unterlassene Offenbarung gegenüber dem Insolvenzgericht eine schwere, subjektiv in hohem Maße vorwerfbare Verletzung der Treuepflicht darstellt.

BGH, Beschluss vom 12.09.2019 - IX ZB 76/18, ZInsO 2019, 2290.

Grundlegend zu der Problematik einer möglichen Verwirkung von Vergütungsansprüchen hat sich der BGH schon im Jahr 2018 geäußert, s. BGH, Beschluss vom 22.11.2018 – IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 91 m. Anm. Mock, EWiR 2019, 181. Vgl. ergänzend BGH, Beschluss vom 06.05.2004 – IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669; BGH, Beschluss vom 09.06.2011 – IX ZB 248/09, ZInsO 2011, 1520; BGH, Beschluss vom 14.07.2016 – IX ZB 52/15, ZInsO 2016, 1656.

2. Vertretung einer GmbH im Rechtsverkehr – § 164 BGB

Wird eine Person unter Verwendung falscher Personalien zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt, so ist für Willenserklärungen, die diese Person im Rechtsverkehr namens der GmbH angibt, wegen der Frage der Vertretungsmacht nicht auf den Inhaber der verwendeten Personendaten, sondern unabhängig von den verwendeten Daten darauf abzustellen, ob die im Rechtsverkehr auftretende Person mit derjenigen identisch ist, die zum Geschäftsführer bestellt worden ist.

OLG Köln, Urteil vom 22.11.2018 – 12 U 103/17, ZInsO 2019, 1907.

3. Verwendungsverbot bei Schuldnerauskünften – § 97 InsO

Auskünfte, die ein Schuldner oder in Fällen der Unternehmensinsolvenz das Vertretungsorgan einer Gesellschaft im Insolvenzeröffnungsverfahren einem vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen erteilt, unterliegen im Strafverfahren dem insolvenzrechtlich begründeten Verwertungsverbot jedenfalls dann, wenn das Insolvenzgericht den Schuldner oder das Vertretungsorgan mit Beweisbeschluss ausdrücklich als Auskunftsperson in die Pflicht genommen hat. Weitere Erkenntnisquellen zulässigerweise verwertbarer Art, die unabhängig von den unverwertbaren Auskünften der in Rede stehenden Art gegenüber dem Insolvenzgericht und dem vom Insolvenzgericht beauftragten Sachverständigen entstanden sind, können zum Tatnachweis herangezogen werden. Eine derartige Erkenntnisquelle kann die Strafanzeige eines Gläubiger einer Gesellschaft sein.

AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 26.11.2018 – 412 Ds 237 Js 13913/17 (2/18), ZInsO 2019, xxx.

Zu der Entscheidung s. Buchholz, jurisPR-InsR 6/2019 Anm. 3. Allg. zu der Problematik s. OLG Jena, Beschluss vom 12.08.2010 – 1 Ss 45/10, ZInsO 2011, 732, sowie OLG Celle, Beschluss vom 19.12.2012 – 32 Ss 164/12, ZInsO 2013, 731. Zu der Problematik s. weiter Lengert, NZI 2011, 383, sowie Kemperdick, ZInsO 2013, 1116. Ausführlich zum „Insolvenzgeheimnis“ des § 97 InsO s. Püschel, in: FS AG Strafrecht im DAV, S. 759, Weyand, ZInsO 2015, 1948, Haarmeyer, ZInsO 2016, 545; umfassend ferner Bittmann, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 16 ff.

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung – § 35 GewO

Eine strafrechtliche Verurteilung muss jedenfalls dann zum Widerruf einer Gewerbeerlaubnis führen, wenn nach der Lage des Einzelfalls keine besonderen Umstände gegen die Annahme der Unzuverlässigkeit sprechen.

Sächsisches OVG, Beschluss vom 05.09.2019 – 6 B 4/19, n.v.

2. Unzuverlässigkeit i.S.d. Luftsicherheitsgesetzes von Privatpilot und Flugausbilder bei Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung – § 7 Abs. 1 LuftSiG

Gem. § 7 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 LuftSiG fehlt es regelmäßig an der erforderlichen Zuverlässigkeit, wenn der Überprüfte in den letzten 5 Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Geldstrafe von mindestens 60 Tagessätzen verurteilt worden ist. Das Regelbeispiel greift unabhängig davon, gegen welche Schutzgüter sich die Straftat richtete.

VG Gelsenkirchen, Urteil vom 25.04.2019 – 8 K 11837/17, ZInsO 2019, 2174.

Internationales

Internationales Strafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft vor dem Start

I. Die Europäische Staatsanwaltschaft nach europäischem und nationalem Recht

Geschichtsschreibung in einem amtlichen Dokument als Basis für eine innovative Zukunftsperspektive: Am 22. Januar 2020 hat das Bundeskabinett einen Gesetzesentwurf verabschiedet, der das Einfügen der Europäischen Staatsanwaltschaft in das deutsche Recht ermöglichen und begleiten soll. Ihr Entstehen beruht auf der EUStA-VO 2017/1939 vom 12.10.2017. Sie ist gemäß ihrem Art. 120 Abs. 1 am 20.11.2017 in Kraft getreten und bestimmt in Art. 120 Abs. 2 Unterabs. 2, dass die Europäische Staatsanwaltschaft frühestens drei Jahre nach Inkrafttreten ihre operative Arbeit aufnehmen darf, also am 21.11.2020. Ihr Zuständigkeitsbereich wird allerdings nicht das Territorium der gesamten Europäischen Union umfassen, sondern sich lediglich auf 22 Mitgliedstaaten erstrecken, weil sich nicht sämtliche EU-Staaten auf ihre Einrichtung zu verständigen vermochten. Demgemäß ist die Verordnung im Wege der sog. „Verstärkten Zusammenarbeit“ gem. Art 86 des AEUV zustande gekommen.

Die einschlägige EU-Verordnung stellt zwar unmittelbar geltendes Recht dar, bedarf folglich als solche nicht der Transformation in das nationale deutsche Recht. Gleichwohl ist es erforderlich, aufgrund der im Entstehen befindlichen neuen EU-Behörde insbesondere einige strafprozessuale und gerichtsverfassungsrechtliche Regeln zu schaffen. Im deutschen Durchführungsgesetz werden zudem Anpassungen aufgrund europäischer Änderungen des Strafregisterinformationssystems (ECRIS) vorgenommen.

Wer sich kompakt über die Europäische Staatsanwaltschaft und die einschlägigen Regeln der ihr zugrunde liegenden EU-Verordnung informieren will, dem sei die Lektüre der Begründung des vorliegenden Entwurfs für das Durchführungsgesetz anempfohlen. Geschichtsschreibung seitens handelnder Akteure ist deren unvermeidlicher Befangenheit wegen zwar immer mit einer gewissen Vorsicht zur Kenntnis zu nehmen, vorliegend jedoch aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Gestaltung der ersten europäischen Strafverfolgungsbehörde durchaus hilfreich. Angesichts meist überbordender Begründungen europäischer Regelungsentwürfe dürfte es zudem kaum ein anderes amtliches Dokument geben, das es ermöglicht, sich in doch sehr kurzer Zeit mit den Rechtsgrundlagen für die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft vertraut zu machen.

II. Die Europäische Staatsanwaltschaft als Behörde

1. Aufbau

Die Europäische Staatsanwaltschaft wird eine unabhängige Einrichtung der Europäischen Union mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellen. Sie gliedert sich organisatorisch in zwei Ebenen. Die zentrale Dienststelle wird in Luxemburg ihren Sitz haben. Sie wird aus dem Kollegium bestehen, besetzt mit dem Europäischen Generalstaatsanwalt und den aus den Mitgliedstaaten entsandten und für jeweils sechs Jahre gewählten „Europäischen Staatsanwälten“. Das Kollegium wird ständige Kammern einrichten, bei denen das operative Geschäft angesiedelt sein wird. Die zweite Ebene wird dezentral in den beteiligten Mitgliedstaaten locieren. Sie wird gebildet werden von sog. „Delegierten europäischen Staatsanwälten“, welche in ihren Heimatsbehörden verbleiben, zusätzlich aber mit den Aufgaben der Europäischen Staatsanwaltschaft in ihrem Gerichtssprengel betraut werden. Dazu gehören nicht nur Ermittlungsmaßnahmen, sondern regelmäßig auch die Sitzungsververtretung in der Hauptverhandlung, denn der Europäischen Staatsanwaltschaft wird nicht zugleich ein Europäisches Strafgericht zugeordnet werden, so dass die Jurisdiktion weiterhin bei den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten liegen wird.

2. Interne Zuständigkeitsverteilung

Für die einzelnen Verfahren, welche die Europäische Staatsanwaltschaft führen wird, sind in der Luxemburger Zentrale die „Ständigen Kammern“ zuständig. Diese haben die Abschlussverfügungen zu treffen. Sie sind befugt dem „Europäischen Staatsanwalt“ bestimmte Entscheidungsbefugnisse zu übertragen. Den „Delegierten europäischen Staatsanwälten“ gegenüber sind die „Ständigen Kammern“ weisungsbefugt. Die einzelnen nationalen „Europäischen Staatsanwälte“ sollen im Auftrag ihrer „Ständigen Kammer“ die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der „Delegierten europäischen Staatsanwälte“ in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat beaufsichtigen. Letztere stellen damit die „Verbindungsstellen und Informationskanäle“ zwischen der zentralen und der dezentralen Ebene dar und sind ihrerseits gegenüber den nationalen Ermittlungsbehörden weisungsbefugt, jedoch nur im Rahmen des jeweiligen nationalen Rechts, z.B. der AO, einschließlich der Vorschriften über die örtliche und sachliche Zuständigkeit. Jenseits der Grenzen des Weisungsrechts bedarf es eines Amtshilfeersuchens des „Delegierten europäischen Staatsanwalts“ an eine andere Staatsanwaltschaft in seinem eigenen Land.

3. Aufsicht

Interne Fachaufsicht führt über die „Delegierten europäischen Staatsanwälte“ nicht deren nationaler Behördenleiter, sondern der für den Fall zuständige Europäische Staatsanwalt. Diesem dürfte damit insoweit eine Stellung zukommen wie einem Abteilungsleiter einer deutschen Staatsanwaltschaft. Da der „Delegierte europäische Staatsanwalt“ nicht selbst die Abschlussverfügung trifft, bezieht sich die Fachaufsicht schon deshalb nicht auf die einem Klageerzwingungsverfahren nach deutschem Recht vorangehende sog. Vorschaltbeschwerde, über die in nationalen Fällen die Generalstaatsanwaltschaft zu befinden hat.

III. Zuständigkeit

1. Territorial

a) Allgemein

Die Zuständigkeit der „Delegierten europäischen Staatsanwälte“ beschränkt sich auf die Befugnisse, welche ihm nach nationalem Recht zustehen. Sie decken sich mit denjenigen der nationalen Staatsanwälte. Das deutsche Durchführungsgesetz sieht allerdings vor, dass die deutschen „Delegierten europäischen Staatsanwälte“ jeweils eine bundesweite Zuständigkeit eingeräumt bekommen. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten werden den „Delegierten europäischen Staatsanwälten“ hingegen nicht eingeräumt.

b) Berührung des Territoriums mehrerer Mitgliedstaaten

Für den Fall in einem anderen Mitgliedstaat erforderlicher Ermittlungen „bedient“ sich der mit dem Fall „betraute Delegierte europäische Staatsanwalt“ eines dortigen Kollegen als „unterstützender Delegierter europäischer Staatsanwalt“. Die dafür maßgeblichen Regeln gehen im Ermittlungsverfahren dem IRG und sonstigen internationalen justitiellen Vereinbarungen vor. Der „unterstützende Delegierte europäische Staatsanwalt“ hat die ihm vom „betrauten Delegierten europäischen Staatsanwalt“ zugewiesenen Ermittlungen durchzuführen, allerdings nur im Rahmen des für ihn geltenden nationalen Rechts. Im Fall eines Streits zwischen beiden entscheidet die zuständige „Ständige Kammer“.

c) Richtervorbehalte

Erforderliche richterliche Entscheidungen sind lediglich in einem der betroffenen Mitgliedstaaten einzuholen. Wenn dies nach dem Recht des Landes des „unterstützenden Delegierten europäischen Staatsanwalts“ notwendig ist, ist der Richter dieses Staates zuständig, der allerdings auch zu prüfen hat, ob die Maßnahme nach dem für den „betrauten Delegierten europäischen Staatsanwalt“ geltenden nationalen Recht (ebenfalls) zulässig ist.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft erstreckt sich auf sämtliche Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union gemäß der sog. „PIF-Richtlinie“, deren Anforderungen in materiellrechtlicher Hinsicht in Deutschland bereits seit dem 18.6.2019 in Kraft sind. Umfasst ist auch die Verfolgung krimineller Vereinigungen, deren Schwerpunkt auf der Begehung von Straftaten liegt, welche unter die sog. „PIF-Richtlinie“ fallen. Sämtliche die Europäische Staatsanwaltschaft tragenden Mitgliedstaaten der EU haben eine Liste mit Bestimmungen ihres nationalen Rechts erstellen, welche unter die sog. „PIF-Richtlinie“ fallen. Ist für den identischen Sachverhalt i.S. des unionsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots (= zeitlich und räumlich untrennbar miteinander verbundene Taten) auch eine Strafvorschrift einschlägig, welche nicht unter die sog. „PIF-Richtlinie“ fällt, so wird sie gleichwohl von der Europäischen Staatsanwaltschaft mitverfolgt.

Für Mehrwertsteuerbetrügereien wird die Europäische Staatsanwaltschaft nur dann zuständig sein, wenn die Tat mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten verbunden ist und zusätzlich der Gesamtschaden mindestens 10 Millionen Euro umfasst. Für die Zuständigkeitsfrage kann es dabei nicht auf den tatsächlichen Gesamtschaden ankommen, sondern auf den seriös prognostizierten.

3. Zusammenarbeit mit nationalen Staatsanwaltschaften

a) Strafanzeigen

Von Privatpersonen wird eine Strafanzeige auch unmittelbar bei der Europäischen Staatsanwaltschaft erstattet werden dürfen. Diese wird verpflichtet sein, die Anzeigersteller nach der „Whistleblower-Richtlinie“ zu schützen. Die Anzeige von Straftaten, welche nicht in ihre eigene Zuständigkeit fallen, hat die Europäische Staatsanwaltschaft an die zuständige nationale Staatsanwaltschaft weiterzuleiten.

b) Informationspflichten

Sowohl nationale als auch EU-Behörden werden verpflichtet sein, Informationen an eine der Ebenen der Europäischen Staatsanwaltschaft zu übermitteln, wenn deren Zuständigkeit gegeben sein könnte. Diese sich an § 116 AO anlehnenen Mitteilungspflichten sind angesiedelt unterhalb der Ebene eines Anfangsverdachts, über welchen die Europäische Staatsanwaltschaft eigenständig zu entscheiden hat.

c) Zuständigkeitsabgrenzung

Ein „Delegierter europäischer Staatsanwalt“ darf für die Europäische Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren nur dann einleiten, wenn sein Mitgliedstaat auch nach dem eigenen nationalen Recht über eine Gerichtsbarkeit für die betreffende Tat verfügt. Im Hinblick auf bereits eingeleitete nationale Ermittlungsverfahren steht der Europäischen Staatsanwaltschaft ein Evokationsrecht zu. Zuständig dafür ist zunächst der nationale „Delegierte europäische Staatsanwalt“. Dessen Entscheidung kann jedoch die zuständige „Ständige Kammer“ dahingehend abändern, dass sie den Fall einem anderen Mitgliedstaat überträgt.

Obwohl der Europäischen Staatsanwaltschaft damit grundsätzlich der Vorrang vor den nationalen Ermittlungsbehörden zukommt, gibt es Ausnahmen bei Schäden unter 10.000 € und für Fälle schwerpunktmäßig geschädigter nationaler Rechtsgüter. Umgekehrt kann die Europäische Staatsanwaltschaft einen an sich in die Zuständigkeit einer nationalen Ermittlungsbehörde fallenden Sachverhalt übernehmen, wenn ihre Ermittlungsmöglichkeiten (insbesondere transnationaler Art) bessere Aufklärung versprechen. Die EU-Verordnung legt die Entscheidung über einen Zuständigkeitsstreit zwischen der Europäischen Staatsanwaltschaft und einer nationalen Ermittlungsbehörde in die Hände des beteiligten Mitgliedstaats. Das Durchführungsgesetz ordnet die Kompetenz dafür dem Generalbundesanwalt zu. Es sieht zudem vor, dass er gegen dessen Entscheidung der Bundesgerichtshof angerufen werden kann.

d) Bestimmung des Mitgliedslandes, in welchem die Ermittlungen geführt werden

Ist die Gerichtsbarkeit mehrerer der beteiligten Mitgliedstaaten für einen in die Zuständigkeit des Europäischen Staatsanwalts fallenden Sachverhalt begründet, so kann letzterer entscheiden, in welchem Staat die Ermittlungen geführt werden. Maßgeblich dafür ist grundsätzlich, aber nicht zwingend, der territoriale Schwerpunkt der in Rede stehenden Straftat.

Sowohl materiellrechtlich als auch verfahrensrechtlich ist das Recht des Mitgliedstaats maßgeblich, dessen „Delegierter europäischer Staatsanwalt“ die Ermittlungen führt. Es tritt nur dort zurück, wo die EU-Verordnung eine abweichende Regelung trifft. In Deutschland gelten demnach mit wenigen Ausnahmen auch für Verfahren des „Europäischen Staatsanwalts“ die Vorschriften der Strafprozessordnung und des Strafgesetzbuchs einschließlich strafrechtlicher Nebengesetze. Allerdings treten insoweit erweiterte Ermittlungsmöglichkeiten für grenzüberschreitende Vernehmungen und Überstellungen zum Zwecke der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen hinzu. Die Zuständigkeiten für Auslieferungs- und Übergabeverfahren auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls bleiben unberührt und fallen auch für Verfahren des „Europäischen Staatsanwalts“ in die Zuständigkeit der jeweiligen deutschen Generalstaatsanwaltschaft.

Für die Durchführung des gerichtlichen Hauptverfahrens ist das jeweilige nationale Recht einschlägig. Das gilt auch für die internationale, sachliche und örtliche Zuständigkeit. Demgegenüber sind auch sämtliche Beweismittel verwertbar, die in einem anderen Mitgliedstaat nur nach dessen Recht gewonnen wurden. Eine Grenze bildet insoweit allerdings der Grundsatz der Fairness des Verfahrens. Nach Einstellung der Ermittlungen seitens des „Europäischen Staatsanwalts“ gilt ein beschränkter Strafklageverbrauch dahingehend, dass weitere Ermittlungen nur auf der Basis neuer Tatsachen zulässig sind. Diese Regelung geht § 170 Abs. 2 StPO vor. Das Durchführungsgesetz wird ergänzend die Möglichkeit der Verweisung auf den Privatklageweg insoweit ausschließen. Die Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung nach dem Opportunitätsprinzip bleiben jedoch (mit Ausnahme des § 153c StPO) unberührt.

IV. Abrundende Bestimmungen

In Kapitel VI der EU-Verordnung sind grundlegende strafprozessuale Garantien niedergelegt. Sie modifizieren zum Teil das Verfahren nach den für rein innerstaatliche Verfahren einschlägigen Bestimmungen. Ergänzende Regelungen befassen sich mit dem Zugang zu Informationen und dem Datenschutz einschließlich des Fallbearbeitungssystems und der Aktenführung. Hinzu kommen innerorganisatorische Vorschriften und Haftungsregelungen.

V. Ausblick

Diese Grobübersicht über die EU-Verordnung zum „Europäischen Staatsanwalt“ vermag lediglich die Struktur der neuen Behörde und ihre Einbindung in das bestehende innerstaatliche Justizsystem aufzuzeigen. Wie insbesondere auch dem dokumentarischen Teil der Begründung für das Durchführungsgesetz zu entnehmen ist, sind allein schon in der EU-Verordnung etliche Detailregelungen zu finden und werden in den konkreten Fällen zahlreiche rechtliche Einzelfragen zu klären sein, für die nicht nur in sich bereits feinzisierte europäische und nationale Gesetze zu beachten sein werden, sondern hinsichtlich derer auch ihr Zusammenwirken noch zu gestalten sein wird. Das Ineinandergreifen europäischer und nationaler Strafverfolgung wird demnach nur dann sowohl rechtsstaatlich als auch effektiv funktionieren, wenn allseits guter Wille herrscht und nicht die Berufung auf durchaus vorhandene bürokratische Bestimmungen im Vordergrund steht. Inwieweit das deswegen anzunehmende pragmatische Vorgehen an rechtliche Grenzen stoßen wird, kann erst die Praxis zeigen.

VI. Der Entwurf für ein Durchführungsgesetz

So tiefgreifend das Implementieren einer länderübergreifenden Europäischen Staatsanwaltschaft in die bisher rein national organisierten Strafverfolgungssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten eingreift, so wenig spektakulär erscheinen die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs des Durchführungsgesetzes. Es soll für Strafverfahren gelten, in welchen das Amt der Staatsanwaltschaft gemäß § 142b Abs. 1 GVG-E von den deutschen „Delegierten europäischen Staatsanwälten“ oder dem „deutschen Europäischen Staatsanwalt“ ausgeübt werden wird. Ergänzend ändert es verschiedene bestehende Gesetze.

1. Modifikationen

Es regelt die grundsätzliche Anwendbarkeit nationalen Rechts auch für derartige Ermittlungsverfahren (einschließlich untrennbar mit einschlägigen strafbaren Handlungen verbundenen Ordnungswidrigkeiten, auch in den Fällen des § 30 Abs. 1 OWiG). Es nimmt von der grundsätzlichen Geltung jedoch die §§ 153c, 160 Abs. 1 und 170 Abs. 2 S. 1 StPO aus. Für besondere strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen nimmt es den nationalen Richtervorbehalt für den Fall zurück, dass eine richterliche Entscheidung im Ausführungsstaat erforderlich ist. Es modifiziert die Geltung des IRG, die Regelungen über den Europäischen Haftbefehl, die strafprozessualen Bestimmungen der Abgabenordnung sowie die Belehrungspflicht nach § 171 S. 2 StPO und regelt den Nachrang der §§ 172-177 StPO gegenüber dem Rechtsweg zum Europäischen Gerichtshof. Zugleich nimmt es einige datenschutzrechtliche Bestimmungen der Strafprozessordnung und des EGGVG von der Anwendung auf Verfahren des Europäischen Staatsanwalts aus oder modifiziert sie.

2. Ausnahmen

Die §§ 144-147 GVG erstrecken sich nicht auf den „Delegierten europäischen Staatsanwalt“, weil er in dieser Eigenschaft ausschließlich den Weisungen und der Aufsicht des „Europäischen Staatsanwalts“ unterliegt. Die Vorschriften der §§ 198-201 GVG gelten nicht, soweit die Verzögerungen auf das Verhalten der „Europäischen Staatsanwaltschaft“ zurückzuführen sind. Der Anwendungsbereich des StrEG bleibt auf nationale Verfahren beschränkt und wird nicht auf solche des „Europäischen Staatsanwalts“ erweitert. Die Zuständigkeit des Rechtspflegers gem. § 31 Abs. 1 RPfLG hängt von einer Übertragung seitens des „betrauten Delegierten europäischen Staatsanwalts“ im Einzelfall ab. Die Vollstreckung soll in den Händen der Staatsanwaltschaft am Sitz des Gerichts des ersten Rechtszuges liegen. Sie soll im Rahmen von Anhörungen dem „betrauten Delegierten europäischen Staatsanwalt“ Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

3. Gleichstellung

Das Durchführungsgesetz stellt „Delegierte europäische Staatsanwälte“ und den „deutschen Europäischen Staatsanwalt“ deutschen Amtsträgern gleich, sofern sie nicht bereits ohnehin unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 oder 2a StGB fallen. Es enthält zudem Bestimmungen über Mitteilungspflichten und Amtshilfe. Ferner trägt es der Zitierklausel des Grundgesetzes im Hinblick auf die Einschränkung von Grundrechten Rechnung.

4. Einzelne Bestimmungen

Ein neuer § 142b Abs. 1 GVG-E bildet die Rechtsgrundlage für die Aktivitäten der „Europäischen Staatsanwaltschaft“ im Inland und bestimmt die Doppelfunktion der nationalen und zugleich „Delegierten europäischen Staatsanwälte“. § 142b Absatz 2 GVG-E normiert die Zuständigkeit von Generalbundesanwalt und Bundesgerichtshof für streitige Gerichtsstandsbestimmungen. Die bundesweite Zuständigkeit der „Delegierten europäischen Staatsanwälte“ folgt aus § 143 Abs. 6 GVG-E. Gemäß dem neuen § 16 Abs. 2 StPO-E prüft das deutsche Gericht auf Einwand des Angeklagten die Befugnis des Europäischen Staatsanwalts zur Anklage im Geltungsbereich der Strafprozessordnung. § 30b BZRG-E führt ein neues „Europäisches Führungszeugnis“ ein. Dies zieht kleine Änderungen in den §§ 42 und 57a BZRG nach sich. §§ 203 und 353b StGB werden auf „Europäische Amtsträger“ erweitert. § 22a des Bundesstatistikgesetzes wird hingegen aufgehoben.

5. Supranationale Strafverfolgung als Herausforderung für die Praxis

Die meisten der angeführten, vom Durchführungsgesetz vorgesehenen Änderungen erscheinen nicht nur unspektakulär, sondern dürften auch unproblematisch sein. Inwieweit allerdings die modifizierten Regelungen insbesondere über das Zurücktreten nationaler Richtervorbehalte hinter ausländische gerichtliche Zuständigkeiten, aber auch Mitteilungspflichten und den Datenschutz betreffend, geeignet sind, zu Unzuträglichkeiten oder zumindest zu Streitigkeiten zu führen, lässt sich nicht pauschal beantworten. Hier wird man abwarten müssen, wie sich die Praxis auf die geänderten Bestimmungen einstellen wird.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln

Gerhard Dannecker/Thomas Knierim, Insolvenzstrafrecht

3. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2018, 69,99 Euro

Mit der vorliegenden 3. Auflage wurde das erstmals im Jahr 2009 in der „Gelben Reihe“ des Verlags C.F. Müller erschienene Werk „Insolvenzstrafrecht“ überarbeitet und aktualisiert. Insbesondere wurden die (Neu)Regelungen der zweiten und dritten Stufe der Insolvenzrechtsform berücksichtigt. Mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (KIG) trat am 21.04.2018 die dritte Stufe der insolvenzrechtlichen Reformen, betreffend das Feld der Konzerninsolvenzen, in Kraft.

Anhand der umfassenden Erfahrung und Expertise der Herausgeber/Autoren lässt sich bereits erahnen, wie praxisrelevant und zugleich tief wissenschaftlich fundiert vorliegende Abhandlung ist. Die der „Gelben Reihe“ immanente Ausrichtung an den Bedürfnissen der Praxis, vorliegend natürlich insbesondere gerichtet auf die im Insolvenzstrafrecht tätigen Rechtsanwälte und Verteidiger, ist mustergültig. Besondere Erwähnung sollte dabei auch die übergreifende Konzeption des Werks finden, dass durch die umfängliche Darstellung der wirtschaftlichen Bezüge und die materiell weit über die Insolvenzverschleppung hinausgehende Darstellung diverser kern- (u.a. §§ 266, 263, 266a StGB) und nebenstrafrechtli-

cher (§ 370 AO) Tatbestände, insbesondere des Vermögensstrafrechts im weiteren Sinne, letztlich eine das gesamte Wirtschaftsstrafrecht tangierende Ausarbeitung darstellt.

Das 571 Seiten starke Werk ist in 4 Teile untergliedert. Nach dem 1. Teil, welcher die komplexen Grundlagen und Spezifika des Insolvenz(straf)rechts umfangreich vermittelt, geben typische Beratungssituationen für die folgenden zwei Teile strukturelle Orientierung. Folglich ist der 2. Teil den im Zusammenhang mit der Krise stehenden Problemen gewidmet, während der 3. Teil das Stadium der Insolvenz selbst betrifft. Dabei wird im 4. Teil die strafrechtliche Verantwortung der Berater, z.B. eines in der Krise beratenden Rechtsanwalts, thematisch besonders hervorgehoben. Der eigene Teil zu den professionell an Insolvenz, Sanierung und Insolvenzfinanzierung Beteiligten, rechtfertigt sich ohne Weiteres angesichts deren besonderer Risikostellung, welche sich aus dem Sonderverhältnis insbesondere zum Unternehmen erklärt.

Wegen der offenkundigen Kompliziertheit und Fülle des dem Werk zugrundeliegenden Themenspektrums soll ergänzend zu der vorangegangenen Inhaltsübersicht lediglich auf einige ausgewählte Punkte der Darlegungen in dem Werk eingegangen werden.

Am Insolvenzverschleppungstatbestand des § 15 a InsO wird verdeutlicht, wie weitreichend mittlerweile auch hier die Auswirkungen der (rechtlichen) europäischen Integration sind. So wird ersichtlich, wie die Vorgaben der Neufassung der EU-InsVO aus dem Jahr 2015 mit dem am 26.06.2017 in Kraft getretenen Durchführungsgesetz zu der EU-Verordnung zu einer Beseitigung der Rechtsunsicherheiten im Anwendungsbereich des § 15 a Abs. 4 InsO führten. In § 15 a Abs. 4 InsO finden sich nun in Ziff. 1 („nicht oder nicht rechtzeitig“) und in Ziff. 2 („nicht richtig“) die verschiedenen Tatbestandsalternativen i.Z.m. dem Eröffnungsantrag.

Im Rahmen der Ausführungen zur Verzahnung von Insolvenzrecht und Insolvenzstrafrecht wird durch die Beleuchtung des Spannungsverhältnisses zwischen der insolvenzrechtlichen Auskunftspflicht des Gemeinschuldners gegenüber den Gläubigern und dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit („nemo tenetur se ipsum accusare“) die gesetzgeberische „Lösung“ über das Beweisverwertungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO umfassend vorgestellt. Hierbei werden die (umstrittenen) Probleme wie „Fernwirkung“, Durchsuchung und Beschlagnahme beim Insolvenzverwalter und Verwertungsverbot für Aufzeichnungen des Beschuldigten oder des Unternehmens über prozessrelevante Daten, erörtert. Die Vergleichbarkeit der Problemstellung zum Besteuerungs- und (Steuer)Strafverfahren ist offenkundig und bezeugt, wie sinnvoll es ist, nicht künstlich zwischen Steuer-, Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht zu differenzieren, sondern stets „das Ganze“ im Blick zu haben. Nicht zuletzt aus dieser Erkenntnis dürfte die begrüßenswerte umfassende Konzeption des vorliegenden Werks resultieren. Hier erfolgt auch der für die hohe (Verteidiger)Praxistauglichkeit des Werkes typische Hinweis, dass die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung im Zweifel die Unabhängigkeit einer Beweiskette von den insolvenzrechtlichen Auskünften des Schuldners nachweisen muss. Gelingt dieser Nachweis nicht, ist das Beweismittel unverwertbar. Insofern sei ergänzend auf die Wichtigkeit hingewiesen zu eruieren, woher genau die Informationen stammen, auf die sich eine Anklage wegen Insolvenzverschleppung gründet.

Dem Thema Compliance ist ein kleiner(er) Abschnitt gewidmet, in dem verdeutlicht wird, wie funktionierende Compliance-Maßnahmen insolvenzstrafrechtlich relevantem Verhalten vorbeugen können, also Kontrollmaßnahmen insbesondere im Buchführungsbereich nicht nur die Begehung von Buchführungs- und Bilanzdelikten erschweren, sondern zugleich auch fortlaufend Aufschluss über den Status des Unternehmens geben und damit eine rechtzeitige Aufdeckung von Krisenindikatoren ermöglichen. Aus Sicht strafpräventiver Rechtsberatung wäre es gewiss – und nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des herannahenden Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten – förderlich, zu diesem Thema gerade auch im weiteren Kontext des Insolvenzstrafrechts umfassendere Erkenntnisse vermittelt zu bekommen. Allerdings würde dies den Rahmen des Werks zugegebenermaßen wohl sprengen.

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Werk einerseits den fundierten Einstieg in die schwierige Materie des Insolvenzstrafrechts ermöglicht. Andererseits können es geübte Praktiker zum Wiederauffrischen ihres Wissens oder als Nachschlagewerk nutzen. Dabei werden die Themen weder übermäßig detailverliebt noch oberflächlich erörtert. Stets bleibt das Werk instruktiv und gibt durch den umfangreichen Fussnotenapparat wertvolle Hinweise, wo zu einzelnen Spezialproblemen weiter vertieft nachgeforscht werden kann. Es han-

delt sich kurzum um die „Referenz“ im Bereich des Insolvenzstrafrechts. Die Anschaffung ist jedem Praktiker wärmstens anzuempfehlen, der in seinem Berufsalltag mit Insolvenzstrafrechtlichen, aber auch darüberhinausgehenden wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen befasst ist.

Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Valerie Banse, Bonn

Elisa Frank: Der Irrtumsnachweis beim Massenbetrug - Anforderungen an die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bei einer Vielzahl von Zeugen

Duncker&Humboldt, Berlin 2017, 373 Seiten, 89,90 Euro

Die Publikation wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand April 2017.

I. Einleitung

Die Dissertation greift ein für die alltägliche Praxis immer noch nicht einheitlich gelöstes Thema auf: Wie glückt der Irrtumsnachweis im Massenbetrugsverfahren ohne sämtliche geschädigten Opfer im Rahmen der Hauptverhandlung vernehmen zu müssen und trotzdem der Wahrheitsfindung gerecht zu werden? Ist es möglich, dem Anspruch, gleichermaßen die Verfahrensprinzipien des Amtsaufklärungs- und Beweiswürdigungsgrundsatzes, der Prozessökonomie, dessen Effektivität und Effizienz und dem Beschleunigungsgrundsatz Genüge zu tun, ohne dabei die Rechte des Beschuldigten nach der Unschuldsvermutung und dem in der EMRK festgelegten Konfrontationsrechts zu verletzen und/oder zu beschneiden? Die Länge dieses Satzes verdeutlicht die Schwierigkeit der hier untersuchten Fragestellung.

Dabei analysiert *Frank* - unter Aufarbeitung der bis zur Publikation ergangenen Rechtsprechung und deren Entwicklung und unter Darstellung der wissenschaftlichen Beiträge der Literatur zu der Thematik - die aktuelle Handhabung und Lösungsansätze. Ihr Fazit: bei den bisherigen Lösungsansätzen fehlt es an einer umfassenden, allen Verfahrensprinzipien und -beteiligten gerecht werdenden Aufklärung des „Irrtums“ in der Hauptverhandlung. Dem stellt *Frank* am Ende ihrer Dissertation einen eigenen Lösungsvorschlag entgegen.

Die Dissertation ist in drei Hauptteile untergliedert. Im ersten Teil werden einführend der Begriff des Massenbetrugsverfahrens und die Verfahrensprinzipien im Rahmen der Beweisaufnahme erläutert.

Im zweiten Teil erläutert *Frank* den Betrugstatbestand als solchen, wobei sich *Frank* auf die für die Dissertation relevanten Tatbestandsmerkmale der Täuschung und des Irrtums beschränkt und die Problematik der Konkurrenzen und damit verbundenen Konsequenzen für die Strafzumessung thematisiert. Zudem erfolgt die Darstellung der verschiedenen Fälle des Massenbetrugs anhand der ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Spezifika des Massenbetrugs.

Der dritte Teil zeigt schlussendlich unter Analyse der im zweiten Kapitel dargestellten Urteile die verschiedenen Lösungsansätze der Rechtsprechung und Literatur auf, um dann aufgrund der Abwägung von Pro- und Contra-Punkten dieser Praktiken eine eigene „Kombinationslösung“ vorzustellen.

II. Erster Teil: Der Massenbetrug im Lichte der Verfahrensprinzipien

Zunächst stellt *Frank* im ersten von 2 Kapiteln klar, dass Massenbetrugsverfahren sich im Wesentlichen durch die Vielzahl der mutmaßlich Irrenden auszeichnen, deren „Masse“ an Vernehmungen den Strafprozess vor unüberwindbare Herausforderungen stellen kann. Dabei grenzt sie definierend das Massenbetrugsverfahren von dem Typus der „Serienstraftat“ ab. Die Serienstraftat zeichne sich im Gegensatz zum Massenbetrugsverfahren dadurch aus, dass die Serienstraftat nur bei mehrfacher Verwirklichung desselben Deliktstatbestandes einschließlich Qualifikationen und Privilegierungen vorliege. Ein Massenbetrug könne auch gegeben sein, wenn durch eine einzige Handlung im natürlichen Sinn eine Vielzahl von Irrenden geschädigt und damit betrogen würde.

Frank benennt und erläutert sodann unter Heranziehung der Definition des Hauptziels des Strafverfahrens – die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bei einem festgestellten Verstoß gegen das materielle Strafrecht – die Pfeiler für eine rechtsstaatliche Beweisaufnahme: Die Einhaltung der Amtsaufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO, den Unmittelbarkeitsgrundsatz gemäß § 250 Abs. 1 StPO und das Recht des Angeklagten, Fragen an die ihn belastenden Zeugen zu stellen gemäß Art. 6 Abs. 3 d EMRK (sog. Konfrontationsrecht).

Des Weiteren führt sie die Effektivität und Effizienz der Strafrechtspflege, die Prozessökonomie, den Beschleunigungsgrundsatz sowie die Interessen des Angeklagten als weitere Prinzipien auf, die jedoch zu einer Beschneidung der oben genannten Grundsätze führen können.

Diese Grundsätze und Prinzipien stellen im dritten Teil die wesentlichen Merkmale dar, an welchen sich die dort dargestellten Lösungsansätze zur Feststellung des Irrtumsnachweises beim Massenbetrug im Rahmen der Beweisaufnahme messen lassen müssen.

III. Zweiter Teil: Die Täuschungs-/Irrtumsfeststellung und die Streitstände

Im zweiten Teil beginnt *Frank* mit der Frage, wie normativ die Betrugstatbestandsmerkmale – die Täuschung und der Irrtum – sein dürfen und zeigt dies unter Heranziehung und Aufarbeitung der praktischen Fälle in der Rechtsprechung abschließend auf.

Frank definiert zunächst die ausdrückliche und sodann die konkludente Täuschung. Unter Wiedergabe des faktisch-normativen Mischansatzes der herrschenden Meinung ist danach eine konkludente Täuschung ein irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. In der Folge zitiert *Frank* einige Stimmen in der Literatur, die die herrschende Meinung befürworten, jedoch einen sparsameren Gebrauch der konkludenten Täuschung in der Praxis fordern, da sich die meisten Betrugs-sachverhalte aufgrund „schwarz auf weiß“ vorliegender Erklärungen unter den Begriff der ausdrücklichen Täuschung subsumieren ließen. Auf der anderen Seite stellt *Frank* auch Stimmen der Literatur vor, die die konkludente Täuschung uneingeschränkt normativ verstehen wollen. Dazu eruiert *Frank*, ob bei der Annahme einer konkludenten Täuschung auf den objektiven Empfängerhorizont abgestellt werden sollte oder aber auf tatsächliche, konkrete Erwartungen eines Verkehrsteilnehmers.

Frank kommt zu dem Ergebnis, dass der faktisch-normativen Betrachtungsweise nichts entgegenzuhalten sei, die bei einem normativ geprägten objektiven Empfängerhorizont bei dem irreführenden Täuschungsverhalten des Täters ansetzt. Dabei betont sie aber, dass die Abgrenzung zwischen einer konkludenten Täuschung – also einer Täuschung ohne ausdrückliche Erklärung – und der Täuschung durch Unterlassen oftmals schwierig sein wird. Bei einer Täuschung durch Unterlassen dürfte dem aktiven Verhalten des Täters keinerlei Erklärung zukommen. Die rein normativen Ansätze der Literatur, die keine Abgrenzung zwischen Tun durch konkludente Täuschung und Täuschung durch Unterlassen ermöglichen, lehnt sie dagegen ab.

Diesen Ausführungen schließt sich die Darstellung des Irrtums an. Außer dem „ignorantia facti“ – also dem Fehlen jeglicher Vorstellung – fasst *Frank* zusammen, dass letztendlich sowohl Zweifel an dem Täuschungsinhalt als auch Leichtgläubigkeit des Getäuschten einen Irrtum beim Verfügenden nicht auszuschließen vermögen. Auch hier konstatiert *Frank* die Tendenz

der Rechtsprechung und der Literatur, den Irrtum rein normativ auszulegen, die dazu führen könnte, dass zukünftig im Rahmen der Beweisaufnahme vollends auf die Feststellung eines tatsächlich vorliegenden Irrtums verzichtet wird. Dies stellt nach *Frank* einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG dar. Als ein Tatbestandsmerkmal, das eine innere Tatsache des Verfügenden sei, sei der Irrtum auch im Prozess tatsächlich festzustellen. Dabei schließt sich *Frank* jedoch dem faktischen Ansatz der herrschenden Meinung an, der für das Vorliegen eines tatsächlichen Irrtums das sog. sachgedankliche Mitbewusstsein des Irrenden ausreichen lässt und damit ebenfalls normative Tendenzen aufweist. Gehe das Opfer im Wege eines ständigen Begleitwissens von der Vorstellung aus, es sei „alles in Ordnung“, ohne sich konkrete Gedanken über den Inhalt der Täuschung zu machen, sei dies ausreichend, um einen Irrtum zu bejahen.

Im weiteren Verlauf beschäftigt sich *Frank* ausführlich mit der Handhabung der Konkurrenzen und der damit einhergehenden Vielzahl der Fallgestaltungen (besonders hervorgehoben dabei der sog. Pinganruf, der gleichzeitig mehrere hunderte Geschädigte erreichte) – dabei werden die Handlungseinheit im natürlichen Sinn und mehreren Handlungen im natürlichen Sinn unterschieden, darunter die mittlerweile durch die Rechtsprechung aufgegebene Lehre des Fortsetzungszusammenhangs, der natürlichen Handlungseinheit, des uneigentlichen Organisationsdelikts oder der Handlungsmehrheit. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Strafzumessung und die typischen Fallstricke bei den Regelbeispielen im Massenbetrugsverfahren behandelt *Frank* ebenfalls.

Gebündelt stellt *Frank* dann die für die Rechtsprechung im Massenbetrugsverfahren bis zur Publikation der Dissertation wesentlichen Fälle dar, auf die sie dann im Teil 3 bei der Erläuterung der wesentlichen Lösungsansätze Bezug nimmt. Sie unterscheidet jedoch zwischen zweierlei Arten von Massenbetrugsfällen. Zum einen zwischen dem kassenärztlichen Abrechnungs- und Apothekerbetrug, da dort das Massenbetrugsverfahren dadurch definiert werde, dass die Verfügungen – zumeist die Sachbearbeiter der Krankenkassen – die Abrechnungen in einem auf „Masse“ ausgelegten standardisierten Prüfungsverfahren vornehmen und die Verfügenden in diesen Fällen zumeist nicht die Geschädigten seien. Zum anderen zwischen solchen Betrugsarten, die aufgrund der neuen Telekommunikationsmittel bis zu über hunderttausende Irrende und meist auch Geschädigte zur Folge haben, die auf dieselbe Art und Weise getäuscht werden.

IV. Dritter Teil: Die bisherigen Lösungsansätze und der Vorschlag von *Frank*

Im dritten Teil (erstes Kapitel) beginnt *Frank* zunächst mit dem Lösungsansatz der Rechtsprechung, bei Massenbetrugsverfahren „Herr der Lage“ zu werden, indem sie sich der Vorschriften der §§ 154, 154a StPO bediene und den Verfahrensstoff entweder gemäß § 154 StPO wegen Absehens von der Strafverfolgung oder Beschränkung der Strafverfolgung gemäß § 154a StPO einschränke.

Frank kommt zu dem Schluss, dass sich eine Beschränkung nach diesen Vorschriften nur dann eignet, wenn in dem Massenbetrugsverfahren unterschiedliche Schadenshöhen im Raum stehen, so dass eine Beschränkung der Strafverfolgung hinsichtlich der „niedrigen“ Schadenshöhen dogmatisch korrekt sein könnte, weil die Strafen bzgl. der „niedrigen“ Schadenshöhen für die zu erwartende Strafe bei den hohen Schadenssummen nicht beträchtlich ins Gewicht fallen würden. Bei Massenbetrugsstraftaten, die gleichhohe Schadenssummen zum Gegenstand haben, könnte eine solche Einstellung jedoch konsequenterweise nicht vorgenommen werden. Auch betont *Frank*, dass aus generalpräventiven Gründen eine Einstellung gemäß §§ 154, 154a StPO nicht angezeigt sei, da ein gewährter „Mengenrabatt“ bei Taten, die besonders viele Geschädigte hervorgerufen haben, in der Öffentlichkeit zu Irritationen führen könnte. Daher meint *Frank*, dass die Einstellung gemäß §§ 154, 154a StPO in manchen Fällen angezeigt sein könnte, präferiert aber einen Lösungsansatz, der es ermöglicht, sämtliche Betrugsfälle zu ermitteln und abzuurteilen.

Um der Problematik der Feststellung des Irrtumsnachweises bei einer Vielzahl von Geschädigten zu umgehen, bedient sich die Rechtsprechung des Weiteren auch der Möglichkeit, prozessual einen Versuch des Betruges anzunehmen (zweites Kapitel), da die Feststellung der Vollendung des Betruges aus prozessökonomischen Gründen aufgrund der zahlreichen durchzuführenden Vernehmungen von Zeugen die Rechtsprechung an ihre Grenzen führt. Bei einer Verurteilung wegen versuchten Betruges sei der Vorteil gegeben, dass der Irrtum

nur im Rahmen der Tätervorstellung festgestellt werden müsse. Eine Verurteilung wegen Versuchs erfolge in der Rechtsprechung zum einen durch Anwendung des Zweifelsgrundsatzes. Zum anderen wendeten zwei Senate bei Vorliegen von Handlungsmehrheit § 154a StPO an, um wegen Versuchs statt vollendetem Betrug zu verurteilen. In der Literatur wird zum Teil die analoge Anwendung von § 154a StPO befürwortet. Diese Herangehensweisen hält *Frank* aus dogmatischen Gründen für falsch. Der Zweifelsatz sei keine Beweisregel und auf einzelne Elemente in der Beweiswürdigung nicht anwendbar. Nach sorgfältiger Subsumtion unter § 154a StPO kommt *Frank* zu dem Ergebnis, dass eine Verurteilung wegen Versuchs statt Vollendung nicht unter die Vorschrift fallen kann. Bei der analogen Anwendung von § 154a StPO fehle es auch an der planwidrigen Regelungslücke.

Des Weiteren stellt *Frank* die Figur des uneigentlichen Organisationsdeliktes vor (Kapitel 3), die zunehmend in der Rechtsprechung als prozessuale Beweiserleichterung Anwendung findet. Da die Figur des uneigentlichen Organisationsdeliktes dazu führe, dass die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale aufgeweicht werde und möglicherweise zu einer Bestrafung nicht nachweisbarer Delikte führe, lehnt *Frank* unter Hervorhebung zahlreicher kritischer Stimmen in der Literatur die Figur des uneigentlichen Organisationsdeliktes generell bereits ab. Aufgrund des geschützten Rechtsgutes des „Individualvermögens“ hält *Frank* die Anwendung von Beweiserleichterungen, wie das uneigentliche Organisationsdelikt es bei der Täterschaft vorsieht, bei der Feststellung des Irrtums für unmöglich. Die Rechtsfigur biete für den Irrtumsnachweis in der Hauptverhandlung keine Lösung. *Frank* macht zudem ausführliche Ausführungen dazu, inwieweit die Figur des uneigentlichen Organisationsdeliktes der durch die Rechtsprechung aufgegebenen Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung ähnele, und kommt zu dem Ergebnis, dass die Figur des uneigentlichen Organisationsdeliktes dem Konkurrenzsystem widerspreche.

Im vierten Kapitel stellt *Frank* die Rechtsprechung zum normativ geprägten Vorstellungsbild zum Irrtumsnachweis vor. Die Beweiserleichterung des Irrtumsnachweises durch Verzicht der Vernehmung sämtlicher Geschädigter soll nach der Rechtsprechung vor allem bei standardisierten, auf massenhafte Erledigung ausgerichteten Abrechnungsverfahren ermöglicht werden. Unter Darstellung der dazu ergangenen Rechtsprechung und Analyse erklärt *Frank*, dass die obergerichtliche Rechtsprechung damit den Indizienschluss von einem Irrtum auf den anderen zulasse, die Ziehung einer Irrtumsquote durch Vernehmung einiger weniger Zeugen für möglich halte sowie ebenfalls das Geständnis des Angeklagten als Indiz für einen vorliegenden Irrtum beim Geschädigten erlaube. Die negativen Aspekte bei der Anwendung des normativ geprägten Vorstellungsbildes sieht *Frank* bei einem Verstoß gegen das Analogieverbot gemäß Artikel 103 Absatz 2 GG und einer Verletzung der Amtsaufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO und dem Beweiswürdigungsgrundsatz gemäß § 261 StPO. Auch gebiete das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Verschleifungsverbot, welches im Falle des Betrages bei Anwendung der Figur zu einer Verschleifung der Tatbestände Täuschung und Irrtum führe, die Figur nicht anzuwenden. Lediglich bei massenhaften routinisierten Betrugshandlungen, bei denen die Vernehmung einiger weniger Zeugen erfolgt und von deren Irrtum auf den Irrtum der nicht vernommenen Zeugen geschlossen wird, hält *Frank* die Anwendung des normativ geprägten Vorstellungsbildes für vertretbar. Jedoch mangelt es ihrer Ansicht nach auch bei dieser Vorgehensweise an den vollumfänglichen Ermittlungen zur Feststellung des Irrtums.

Im nächsten Kapitel stellt *Frank* die Lösung vor, anhand bereits im Ermittlungs- oder Zwischenverfahren an die Geschädigten versendeten Fragebögen einen vollumfänglichen Irrtumsnachweis in der Hauptverhandlung festzustellen, indem die Fragebögen durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dabei problematisiert *Frank* noch die alte – nunmehr durch die Gesetzesänderung vom 17.08.2017 geänderte – Rechtslage, dass die Zeugen bei Versendung der Vernehmungsbögen durch die Polizei nicht gezwungen werden könnten, die Vernehmungsbögen auszufüllen und insoweit mitzuwirken, da eine Pflicht des Zeugen zur Aussage gegenüber der Polizei vormals auch mit Auftrag der Staatsanwaltschaft nicht bestand. Ebenfalls zeigt sie auf, dass nach den Stimmen in der Literatur die Vernehmungsbögen als Beweismittel in der Hauptverhandlung hinter der Zeugenvernehmung zurückstehen müssten. Auch verbiete das Konfrontationsrecht des Angeklagten, dass lediglich die Fragebögen in die Hauptverhandlung eingeführt würden, weil somit das Recht des Angeklagten, die Zeugen persönlich zu befragen, beschnitten werde. Außerdem bedürfe die Verlesung von solchen Fragebögen nach der jetzigen Gesetzeslage der Zustimmung des Angeklagten. Von daher dürfte dieser Lösungsansatz an der – mutmaßlich oft – fehlen-

den Zustimmung des Angeklagten zur Verlesung der Fragebögen scheitern. Jedoch begrüßt *Frank* ausdrücklich, dass durch diesen Lösungsansatz eine flächendeckende Ermittlung der individuellen Vorstellungsbilder der Geschädigten möglich sei und der ordnungsgemäße Irrtumsnachweis so gelingen könnte.

Im sechsten Kapitel informiert *Frank* über Vorschläge der Literatur, durch Gesetzesänderungen die Problematik der Feststellung des Irrtumsnachweises zu lösen, beispielsweise durch Schaffung eines neuen Straftatbestandes (ausgestaltet als Gefährdungsdelikt: ein Eigenschaftsdelikt) und durch Änderung/Erweiterung der Vorschrift des § 154a StPO.

Das siebte Kapitel befasst sich mit dem Beweisantragsrecht und mit der Möglichkeit des Verteidigers durch gezielte Beweisanträge die Aufklärung des Irrtums durch Vernehmung sämtlicher Zeugen zu bewirken.

Im achten Kapitel stellt *Frank* ihre eigene Kombinationslösung vor, die nach Herausarbeitung der Pro- und Contra-Aspekte der vorgestellten Ansätze eine vollumfassende Handhabung der Problematik bereitstellen soll.

Dabei greift sie die Einführung von Fragebögen wieder auf und schlägt vor, Fragebögen als Online-Fragebögen zur Feststellung des Irrtums bereits im Ermittlungsverfahren unter Mitwirkung des Angeklagten/Verteidigers zu erstellen und anzuwenden. Die Formulierung der Fragen und Antwortmöglichkeiten solle frei von Suggestion erfolgen. Auch stellt sie einen Alternativ-Entwurf des Arbeitskreises von deutschen, österreichischen und europäischen Strafrechtslehrern vor, der als Gesetzesänderung u.a. die Abschaffung des materiellen Unmittelbarkeitsprinzips vorschlägt und die Verlesung von Schriftstücken auch ohne die Zustimmung des Angeklagten ermöglichen soll. Mit dieser Gesetzesänderung wäre die Einführung der vorgenannten Fragebögen unproblematisch möglich. Eine Vernehmung des Sachbearbeiters, der die Fragebögen im Ermittlungsverfahren auswerten könnte, würde die in den Vernehmungsbögen festgestellten Vorstellungsbilder der geschädigten Zeugen in der Hauptverhandlung abrunden. Jedoch solle nach *Franks* Lösung nicht auf die Vernehmung von Zeugen zum Irrtumsnachweis verzichtet werden. Vielmehr sollten neben der Einführung der Fragebögen auch eine Anzahl weniger Zeugen stellvertretend für alle nicht vernommenen Zeugen vernommen werden, um so einen Rückschluss auf einen Irrtum der nicht vernommenen Zeugen schließen zu können. Dabei weicht *Frank* jedoch insoweit von der Figur des normativ geprägten Vorstellungsbildes ab, als dass sie nur hinsichtlich der exemplarisch vernommenen Zeugen Rückschlüsse auf einen Irrtum der nicht vernommenen Zeugen zulässt. Das Geständnis des Angeklagten oder andere äußere Umstände sollen nach ihrer Ansicht einen Rückschluss auf einen vorliegenden Irrtum der nicht vernommenen Zeugen nicht erlauben.

V. Fazit

Die vorliegende Dissertation besticht vor allem durch ihre sorgfältige Aufarbeitung der Rechtsprechung und Literatur. In ihrer Darstellung beschränkt sich *Frank* bei den Lösungsansätzen zum Irrtumsnachweis in der Hauptverhandlung nicht nur auf die Rechtsprechung und die herrschenden Stimmen in der Literatur, sondern beschäftigt sich auch eingehend mit Lösungsansätzen Einzelner. Aufgrund der ausführlichen Einführung und der gezielten Analyse im Lichte der hier betroffenen Verfahrensprinzipien gelingt es *Frank* auf strukturierte Weise die aktuelle Problematik des Streitstandes auf die wesentlichen Punkte herunterzubrechen. Die Lektüre eignet sich durch den Aufbau der Dissertation auch für die Verteidigung, um einen schnellen Überblick über den aktuellen Stand und die Schwachpunkte der jeweils praktizierten Lösungsansätze der Rechtsprechung zu erhalten. Für die alltägliche Praxis in Fällen von Massenbetrugsverfahren stellt die Lektüre also auch für den Bereich der Verteidigung eine Hilfe dar. Einen wesentlichen und interessanten Punkt nicht nur aus der Warte der Justiz, sondern auch aus der Warte der Verteidigung, thematisiert *Frank* aus Platzgründen jedoch leider nicht: Welche Anforderungen sind an die Darstellung/Feststellung des Irrtums in den Urteilsgründen zu stellen, damit dieser der revisionsgerichtlichen Überprüfung standhält? Die von *Frank* vorgestellte und favorisierte Kombinationslösung erscheint zwar auf den ersten Blick auch im Hinblick auf das Konfrontationsrecht des Angeklagten allen Verfahrensprinzipien gerecht werden zu können, jedoch würden sich für die Verteidigung in der Praxis folgende Fragen ergeben: Wie gestaltet sich die Mitwirkung an den Fragebögen durch die Verteidigung und möglicherweise durch den (unverteidigten) Angeklagten? Inwiefern würde eine erfolgte Anhörung des Beschuldigten oder der

Verteidigung Einfluss auf die Ausgestaltung des Fragebogens haben und inwiefern bestünden Rechte auf Nachbesserungsmöglichkeiten bei den Fragebögen, falls erkannt wird, dass die Fragen durch die befragten Zeugen nicht richtig erfasst werden? Die Gefahr besteht, dass aufgrund der – wie auch immer ausgestalteten – Möglichkeit zur Mitwirkung am Fragebogen durch den Verteidiger/Angeklagten im Ermittlungsverfahren, eine spätere erforderlich werdende Befragung der Zeugen zum Irrtumsnachweis in der Hauptverhandlung eben durch Verteidigung von der Justiz mit dem Argument „abgeschmettert“ würde, das Befragungsrecht des Angeklagten/der Verteidigung sei schon ausreichend berücksichtigt worden. Insoweit ist auch die von *Frank* favorisierte Abschaffung des Zustimmungserfordernis der Verteidigung zur Verlesung der in die Hauptverhandlung eingeführten Fragebögen gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 249 StPO abzulehnen.

Nach den in der hiesigen Dissertation aufgegriffenen Punkten und dem Lösungsvorschlag von *Frank* bleibt abzuwarten, wie sich die Gesetzgebung und Rechtsprechung bei dem noch nicht abschließend gelösten Problem des Irrtumsnachweises in der Hauptverhandlung entwickelt.

Korruption

Rechtsanwalt Marcus Traut, Wiesbaden

Otte – Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung

Schriften zum Strafrecht, Bd. 319, Duncker & Humblot, Berlin 2018, 304 S., 89,90 Euro

I. Einleitung

Am Ende der Hauptverhandlung steht die Feststellung der Schuld, welche gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die entscheidende Grundlage für die Strafzumessung darstellt.¹ Der Komplexität des Bemessungsvorgangs wird durch die von der obergerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur² favorisierten Spielraumtheorie Rechnung getragen, welche dem Richter einen Beurteilungsspielraum innerhalb eines Schuldrahmens zugesteht.³ Einen wesentlichen Beitrag zu der Frage nach der Feststellung der Schuld liefert *Otte* mit seiner 2015 an der Freien Universität Berlin angenommenen Dissertation, in der er der Frage nachgeht, ob und wie Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung statthaft und durchführbar sind. Kernelement des Werkes ist die titelgebende Schätzung. Nach einer umfangreichen Adressierung des begrifflichen Sinngehalts, wird dieser in Form von der gerichtlichen Schätzung mit Verfahrensgrundsätzen in Bezug gesetzt. Sodann erfolgt eine dezidierte Darstellung der im StGB vorhandenen, von *Otte* sogenannten, „Schätzklauseln“, bevor die Schätzung im Rahmen des Schuldumfangs besprochen wird. Neben der Maßgeblichkeit der Untersuchung für die Strafzumessung, ist eine Relevanz für eine etwaige, zukünftige Ökonomisierung des Strafprozesses denkbar.

II. Inhalt

Den Inhalt seines Werkes gliedert *Otte* inhaltlich im Wesentlichen in drei Teile, die durch eine Einleitung und eine Schlussbetrachtung eingerahmt werden. Anlass für seine Untersuchung war die Beobachtung, dass die Modalitäten von Schätzungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur in den letzten zehn Jahren „eher stiefmütterlich behandelt“ wurden. Insbesondere auf das Spannungsfeld zwischen Schätzungen und dem in § 261 StPO kodifizierten Grundsatz der richterlichen Überzeugung wird aufmerksam gemacht. Denn die damit vorausgesetzte Gewissheit des Richters hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsachen im Rahmen des Prinzips der Wahrheitsermittlung steht im Kontrast zu der notwendigen Ungewissheit bei Schätzungen. Es stellt sich folglich die Frage, ob zur Aufklärung des

¹ *Meier* Sanktionen, 166; BeckOK StGB – von *Heintschel-Heinegg*, § 46 Rn. 2; *Nickolaus* Ankereffekte im Strafprozess, 98 f.

² ständige Rechtsprechung des BGH, siehe etwa: BGH NStZ 1993, 584 oder BGH DStRE 2012, 508; *Kindhäuser/Neumann/Paefffgen* – *Franz Streng*, § 46 Rn. 97;

³ *Meier* Sanktionen, 167; *Kindhäuser/Neumann/Paefffgen* – *Franz Streng*, § 46 Rn. 97.

Sachverhalts Schätzungen geboten oder gar notwendig sein können, sofern keine andere Möglichkeit der Beweiserhebung besteht.

Als notwendige Grundlage wird sodann zunächst ausführlich auf den Begriff der Schätzung eingegangen. Diesen definiert *Otte* als „auf Erfahrung gestützte näherungsweise Bestimmen eines Wertes ohne exaktes Messen“, wobei das prägende Element im Regelfall das Abweichen des Schätzwertes von dem tatsächlichen Ergebnis sei. Der Natur des Schätzens sei daher der Fehler des Ergebnisses immanent. Um dies zu veranschaulichen, werden sodann verschiedene Schätzmethode aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen vorgestellt. Aus der Projektplanung werden die PERT-Schätzung, welche – im Wesentlichen – auf der Grundlage einer Wahrscheinlichkeitsverteilung der Bestimmung von Zeit und Aufwand im Bereich des Projektmanagements dienen sollte, und das Constructive Cost Model, welches als algorithmisches Modell für die Softwareentwicklung konzipiert wurde und den Zusammenhang zwischen der Softwareeigenschaft und den jeweiligen Kosten für die Softwareproduktentwicklung herstellt, präsentiert. Als eine Schätzung im Sinne einer mathematischen Vorgehensweise wird die Maximum-Likelihood-Methode dargestellt, welche vor allem in der Statistik Verwendung findet. Als Grundlage dieser Methode dienen Approximationen (genäherte Ermittlungen) von Zahlenwerten oder Parametern auf der Grundlage von vorhandenen Werten. Diese ergeben mithilfe von mathematischen Formeln das resultierende Schätzergebnis. Voraussetzung ist das Vorliegen einer hinreichend großen Stichprobe einer bestimmten Grundgesamtheit und die Bekanntheit um die Verteilungsform der untersuchten Merkmale. Zuletzt wird die Delphi-Methode vorgestellt, welche eingesetzt wird, um zukünftige Entwicklungen in Wissenschaft oder Technik möglichst genau zu extrapolieren. Das namensgebende Orakel von Delphi indiziert bereits die Ungenauigkeit dieser Methode, bei der in der geläufigsten Ausprägung die Grundlage für die Schätzung, die Befragung verschiedener Experten mithilfe von Fragebögen darstellt. Allen Methoden sei gemein, dass sie nicht zur Verbesserung der Genauigkeit beitragen. Vielmehr sei die Grundlage immer lediglich eine Stichprobe oder das Element der Erfahrung. Das einleitend dargelegte Ungenauigkeitselement wurde durch die Darstellung dieser Schätzmethode eindringlich unterstrichen.

Nach dieser fächerübergreifenden Darstellung konzentriert sich *Otte* auf die strafprozessualen Elemente der Schätzung. Insbesondere wird zunächst auf die Bedeutung der subjektiven Überzeugung des Gerichts im Rahmen der freien Beweiswürdigung und des § 261 StPO eingegangen. In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung des Grundsatzes „*in dubio pro reo*“ sowie die Spannung zwischen Wahrheitsermittlung, Überzeugung des Gerichts und der Schätzung aufgeführt und insbesondere auf das subjektive Element der richterlichen Überzeugung hingewiesen. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf der Darstellung der subjektiven, persönlichen Überzeugung des Richters sowie verschiedenen von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Theorien. Im Laufe der Darstellung werden die einseitig objektive Theorie, die einseitig subjektive Theorie und die objektivierende Theorie beleuchtet und in einer prägnanten Bewertung die Konsequenzen für die richterliche Rechtsprechung der Schätzung dargelegt. Hierbei erachtet *Otte* das allen vorgestellten Theorien immanente Leitmotiv der möglichst zuverlässigen Ermittlung der materiellen Wahrheit im Sinne der Korrespondenztheorie⁴ – welche er als Zielvorgabe des Strafprozesses ausmacht – für sinnvoll. Eine genaue Bewertung bei der Überzeugungsbildung müsse jedoch jedem Einzelfall vorbehalten bleiben.

Das sodann folgende Kapitel zeigt normierte Schätzklauseln auf. Diese im StGB und der StPO enthaltenen Normen eröffnen aufgrund der Kenntnis um die Schwierigkeit genauerer Ermittlungen von wirtschaftlichen Verhältnissen in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Schätzung zur Verfügung, um monetäre Sanktionierungen zu bemessen. Es werden hierbei die Kodifizierungen in § 40 Abs. 3 StGB, § 74c Abs. 3 StGB und § 73b StGB vorgestellt und es findet die Möglichkeit der Schätzung im Adhäsionsverfahren nach §§ 403 ff. StPO i.V.m. § 287 ZPO Behandlung. § 40 StGB hat die Verhängung der Geldstrafe in Form von Tagessätzen zum Gegenstand. Eine Schätzung kann gemäß § 40 Abs. 3 StGB für Einkünfte, das Vermögen des Täters oder andere Grundlagen erfolgen. Der Autor arbeitet heraus, dass in diesen Fällen eine Schätzung zwingend notwendig sei, sofern es Faktoren betreffe, die sich einer exakten Feststellung bereits prinzipiell entziehen. Bei der Möglichkeit von exakten Feststellungen, die sich einer unüberwindbaren praktischen Schwierigkeit gegenübersehen, sei

⁴ vgl. etwa MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 47.

eine Modifikation des § 261 StPO vorzunehmen. Der Richter kann dadurch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeitsüberzeugung entscheiden, sofern keine anderen Möglichkeiten der Beweiserhebung bestehen. Sofern theoretisch, als auch faktisch Möglichkeiten der Beweiserhebung bestehen, ist die ökonomisch motivierte Umgehung nicht statthaft. Ebenso erfolge eine Modifikation des § 261 StPO in den Fällen des § 74c Abs. 3 StPO und der Verfallsanordnung nach § 73b StPO. Auch hier betreffe dies Fälle nicht feststellbarer Faktoren. Bedenken äußert *Otte* auch hinsichtlich prozessökonomisch motivierter Schätzungen. Im Rahmen des Adhäsionsverfahrens werden Bedenken hinsichtlich des *nemo-tenetur*-Prinzips und des Schweigerechts aufgeworfen. Eine Lösung sei durch eine umsichtige Anwendung des Gesetzes möglich.

Der Schwerpunkt der inhaltlichen Fragestellung beginnt nach der Darstellung der kodifizierten „*Schätzklauseln*“. Einführend wird auf die Schwierigkeit und Komplexität des Themas eingegangen, da für die vorliegende Frage keine gesetzlichen Kodifizierungen und auch kein klarer gesetzgeberischer Wille hierzu vorläge. Zunächst werden ausgewählte Fälle der Rechtsprechung zu der Schätzung des Schuldumfanges behandelt. Die Betrachtung wird getrennt in Fälle zu Schätzungen, zur Fragestellung der Schadenshöhe bei Vermögensdelikten und Schätzungen bei Serienstraftaten. Im Anschluss hieran werden die erarbeiteten Grundsätze des BGH für eine ordnungsgemäße Schätzung des Schuldumfanges zusammengefasst und danach die Rechtsprechungspraxis anhand der Bildung von Fallkategorien bewertet. Vor der Bearbeitung dieser Fallkategorien wird zunächst das Grundproblem der Schätzung betrachtet, nämlich die grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der richterlichen Überzeugung. Nach der Gegenüberstellung der Ansichten in der Rechtsprechung und dem Schrifttum versucht sich der Verfasser an einer eigenen umfangreichen Bewertung der Fragestellung.

Die von *Otte* dargestellten Entscheidungen zu Schätzungen im Rahmen des Schuldumfanges zeigen, dass strenge Anforderungen an Schätzungen gestellt wurden, um eine möglichst hohe Genauigkeit zu erreichen. Eine exemplarische Darstellung einzelner Entscheidungen kann dies verdeutlichen. So bezieht sich der Bundesgerichtshof (BGH 36, 320) im Kassenarztfall bei der Durchführung einer Schätzung beispielsweise auf das typisierte Verhaltensmuster des Angeklagten. Denn dieses sei nicht Ausfluss einer singulären Willensbildung gewesen, wodurch dieses statistisch hochgerechnet werden könne. Zudem sei durch die Untersuchung von Stichproben gesichert, dass das Verhalten des Angeklagten ein gleichmäßiges gewesen sei. Zu Bezifferungsmodalitäten bezog das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 07.12.2011) im Rahmen des sogenannten Al-Quaida-Falles Stellung. Hier bestehe bei Unsicherheiten die Möglichkeit, den Mindestschaden anhand einer tragfähigen Schätzung zu ermitteln. So sei für die Darlegung und Bezifferung das Vorliegen eines Beispielfalles nötig, in dem bereits durch die Beschreibung der Gegebenheit die Darlegung des Mindestschadens sicher möglich war. Dieser rote Faden wird in den beispielhaft aufgeführten Urteilen zu den Schätzungen bei Serienstraftaten weitergesponnen. In diesen wird wiederholt das Verbot von pauschalen Feststellungen betont und hebt im Kontrast hierzu die Beachtung jeder individuellen Tat. Maßgeblich sei weiterhin ein strafbares Gesamtverhalten, welches Serientaten immanent sei. Bei einem solchen Gesamtverhalten sei es zulässig, einen rechnerisch bestimmten Teil des Gesamtgeschehens im Wege der Schätzung zuzuordnen. Jedoch dürfe dieses Vorgehen nur in dem Falle Verwendung finden, wenn sich die Feststellungen nicht auf andere Weise ermitteln ließen (BGHSt 40, 374). Die wesentlichen Grundsätze des Bundesgerichtshofs arbeitet der Verfasser sodann heraus. Diese entwickelt er insbesondere aus der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs BGHSt 36, 320. Aus diesem wird der erste elementare Grundsatz definiert, dass der Schätzung stets nur die Schadens- bzw. Schuldhöhe dem Grund nach zugänglich sei und nie jedoch das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen. Diesen bezeichnet er als Trennungsgrundsatz und hält ihn außerhalb der gesetzlich normierten Schätzklauseln des StGB für nicht haltbar. Begründet wird dies damit, dass außerhalb dieser Klauseln eine Differenzierung zwischen dem Bestehen des Tatbestandsmerkmals dem Grunde nach und der Schadens- bzw. Schuldhöhe nicht immer präzise ohne weiteres möglich sei. Logische Grenzen seien vor allem im Bereich von wirtschaftsstrafrechtlichen Fällen gegeben. Hier sei nämlich die Operationalisierung normativer Tatbestände notwendig von der Quantifizierung lebenswirklicher Tatsachen abhängig. So sei die Trennung beider Merkmale nicht selten künstlich herbeigeführt, bei Serienstraftaten gar beinahe offensichtlich untrennbar. Hieraus resultiere ein uneinheitliches Bild, das aus der Divergenz der einzubeziehenden Faktoren herrühre.

Dieses uneinheitliche Bild nutzt der Autor, um die Rechtsprechungspraxis anhand der Bildung von Fallkategorien zu bewerten. Einleitend adressiert er die Grundfrage, ob die Vornahme einer Schätzung mit dem Grundsatz der richterlichen Überzeugung gemäß § 261 StPO in Einklang zu bringen ist. Als erste Fallkategorie wird die „*Schätzung immensurabler Faktoren*“ identifiziert. Diesen Fällen sei eigen, dass die genaue Feststellbarkeit der jeweils betroffenen Größen schon grundsätzlich in Frage stehe und durch Volatilität und Flexibilität geprägt seien. In der zweiten Kategorie fasst *Otte* Schätzungen von theoretisch messbaren Faktoren zusammen, deren Messung jedoch unüberwindbare praktische Probleme entgegenstehen. Nachdem umfangreich die Probleme anhand der aufgeführten Entscheidungen umrissen wurden, wie das Fehlen der konkreten Individualisierung von Einzeltaten oder eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten, werden Lösungsvorschläge angeboten. Die dritte Kategorie stellt Schätzungen aus prozessökonomischen Gründen dar, welche sich durch den grundsätzlichen Verzicht einer möglichen Beweiserhebung hervorheben und die Wahrheitsermittlung zugunsten der Ermittlung einer bloßen Wahrscheinlichkeit ignorieren. Hoch problematisch sei dies insbesondere im Lichte der richterlichen Überzeugung und des Amtsermittlungsgrundsatzes. Eine Abweichung von den Grundsätzen des Strafprozesses aufgrund von prozessökonomischen Erwägungen hält *Otte* daher konsequent als eine Legitimation für nicht geeignet, wenn eine Schätzung zum Nachteil des Angeklagten durchgeführt wird. Schätzungen aufgrund von prozessökonomischen Erwägungen seien daher allenfalls einer konsensualen Verständigung gemäß § 257c StPO vorbehalten, auf keinem Fall dürften solche Erwägungen bei einem bestreitendem Angeklagten eine Rolle spielen.

III. Fazit

In seiner Dissertation gelingt es *Otte* durch die Untersuchung von Schlüsselentscheidungen die Grundlagen von Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung herauszuarbeiten. Insbesondere im Hinblick auf die Abwägung von Schätzungen und prozessualen Prinzipien kann die Dissertation überzeugen. Die in den Schlussausführungen aufgeworfene Betrachtung, dass in Zweifelsfällen der Unschuldsvermutung der Vorrang gebührt, ist überzeugend. Für den mit Schätzungen befassten Leser stellt die Dissertation von *Otte* eine ideale Lektüre dar, die neben der ausführlichen Darstellung der Rechtsprechung, aber auch der Meinungsstreitigkeiten eine sinnvolle Ergänzung darstellt.