

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Dr. Mayeul Hièramente
Antje Klötzer-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

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Simon M. Weißbeck, beide Frankfurt a.M.

**Zur Einziehung in den Cum/Ex-Fällen –
zugleich Anmerkung zu LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020
– 62 KLS – 213 Js 41/19 – 1/199**

90

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M.

**Die Unternehmenskrise während der
COVID-19-Pandemie aus strafrechtlicher Sicht**

104

Rechtsprechung

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

**Urteilsanmerkung: VG Augsburg, Beschluss v. 20.11.2019
Au 1 S 19.1849**

108

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

112

Veranstaltungen und politische Diskussion

**Stellungnahme zum Regierungsentwurf des
Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur
Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“**

117

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

Editorial

Auch in Corona-Zeiten hat das Arbeitsstrafrecht nach wie vor Hochkonjunktur. Der Anfragebeschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 13.11.2019 (1 StR 58/19), mit welchem dieser bekundet hat, seine Rechtsprechung zur Verjährung von Taten nach § 266a Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 2 StGB ändern zu wollen, hat (u.a. auch in der WiJ) ein großes Echo hervorgerufen. Die Verjährungsfrist soll danach – was die Kritiker der bisherigen Rechtsprechung schon lange Zeit zu Recht gefordert haben – „mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes“ zu laufen beginnen. Inzwischen haben die übrigen Strafsenate des Bundesgerichtshofs (mit Ausnahme des erst später neu eingerichteten 6. Strafsenats) erklärt, sich der Rechtsauffassung des 1. Strafsenats anzuschließen und an ihrer teilweise entgegenstehenden Rechtsprechung nicht festzuhalten (2 ARs 9/20 v. 15.07.2020; 3 ARs 1/20 v. 04.02.2020; 4 ARs 1/20 v. 02.07.2020; 5 ARs 1/20 v. 06.02.2020). Damit sollte die Linie der Rechtsprechung für die Zukunft klar sein. Auch bei den Staatsanwaltschaften scheint die Botschaft – so zumindest der Eindruck des Verfassers – bereits angekommen zu sein.

Nicht aus den Augen verloren werden darf bei der strafrechtlichen Beratung aber, dass die nach § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV geltende dreißigjährige Verjährung der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht im Fall der vorsätzlichen Beitragsvorenthaltung hiervon nicht berührt wird. Der „Kampf um den Vorsatz“ darf also (in aussichtsreichen Fällen) nicht leichtfertig aufgegeben werden, wenn zwar auf strafrechtlicher Ebene – z.B. wegen weitestgehender Verjährung – „nur“ eine für den Mandanten akzeptabel erscheinende Sanktionierung zu erwarten scheint, zugleich aber deutlich weiter reichende Nachforderungen seitens der Rentenversicherung drohen. In diesem Zusammenhang sollte von einem versierten strafrechtlichen Berater auch der im Jahr 2019 neu eingeführte § 8 Abs. 3 SchwarzArbG in die Überlegungen mit einbezogen werden (soweit eine Anwendbarkeit in zeitlicher Hinsicht schon in Betracht kommt). Denn er eröffnet gegebenenfalls einen „Mittelweg“, der es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, eine Ahndung vorzunehmen, ohne zwingend von einem vorsätzlichen Fehlverhalten ausgehen zu müssen. Die Vorschrift bringt also nicht nur den Nachteil einer neu statuierten Möglichkeit zur Sanktionierung (grob) fahrlässigen Fehlverhaltens („leichtfertig“) als Ordnungswidrigkeit mit sich, sondern kann je nach Fallkonstellation auch neue Optionen für den betroffenen Arbeitgeber und seine Verteidigung bieten.

Der Straftatbestand des § 266a StGB ist – neben einer Vielzahl weiterer Delikte aus dem Bereich des Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrechts – auch Gegenstand der von *Ricarda Schelzke* in der vorliegenden Ausgabe der WiJ angestellten Überlegungen zur Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie aus strafrechtlicher Sicht. *Markus Rübenstahl* und *Simon M. Weißbeck* widmen sich zudem ausführlich der Thematik der Vermögensabschöpfung in den Cum/Ex-Fällen. Neben einer instruktiven Urteilsanmerkung von *Katie Schröder* auf dem Gebiet des Medizinstrafrechts und der bewährten Rechtsprechungsübersicht von *Raymund Weyand* greift das vorliegende Heft mit der Stellungnahme der *WisteV* zum Regierungsentwurf (des BMJV) eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ ein weiteres hochaktuelles und heiß diskutiertes Thema auf, welches für alle im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts Tätigen in der Zukunft von großer praktischer Relevanz sein wird. Die Stellungnahme zum Entwurf einer „Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien“ und eine Reihe informativer Rezensionen komplettieren die aktuelle, gewohnt vielseitige und lesenswerte Ausgabe der WiJ.

Ich wünsche viel Vergnügen bei der Lektüre!

Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

Inhaltsverzeichnis

Editorial	I
Impressum	I
Inhaltsverzeichnis	II
Aufsätze und Kurzbeiträge	91
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. Iur., Simon M. Weißbeck, beide Frankfurt a.M. Zur Einziehung in den Cum/Ex-Fällen – zugleich Anmerkung zu LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 – 62 Kls – 213 Js 41/19 – 1/19	91
Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M. Die Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie aus strafrechtlicher Sicht	104
Entscheidungskommentare	108
Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M. Urteilsanmerkung: VG Augsburg, Beschluss v. 20.11.2019 – Au 1 S 19.1849	108
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht	112
Veranstaltungen und politische Diskussion	117
Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“	117
Stellungnahme zum Verordnungsentwurf eines „Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien“	166
Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“	170
Rezensionen	180
Rechtsanwalt Pieter Wiepjes, Dortmund Ahmad Chmeis: Kartellsanktionsrecht - Verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts	180
Rechtsanwalt Daniel Sandmann, E.-M.B.L (HSG), München Jan-Philipp Redder „Der verfassungsrechtliche Schutz von Whistleblowern“	185
Rechtsanwalt Maximilian Klefenz, Köln Fabian Stam: Strafverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz	187
Rechtsanwältin Dr. Janika Sievert, LL.M. Eur., Landshut Detleff Burhoff, Peter Kotz (Hrsg.): Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge	192
Rechtsanwalt Dr. Momme Buchholz, Gubitz-Partner, Kiel Gabriele L. Stark: Die strafbefreiende Selbstanzeige gem. § 371 Abs. 1 AO im Rahmen von Mehrpersonenverhältnissen	195
Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München Nadine Borutta: Der Pflichtverletzungstatbestand des § 299 StGB	197
Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln Maja Serafin: Vermögensabschöpfung – zwischen Effektivität und Rechtsstaatlichkeit. Ein deutsch-polnischer Rechtsvergleich	199

Aufsätze und Kurzbeiträge

Einziehung

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. Iur., Simon M. Weißbeck, beide Frankfurt a.M.

Zur Einziehung in den Cum/Ex-Fällen – zugleich Anmerkung zu LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 – 62 KLS – 213 Js 41/19 – 1/19

I. Einleitung

Am Bonner Landgericht wurde am 18. März 2020 nach neunmonatiger Verhandlung das erste Strafurteil zum Cum/Ex-Komplex verkündet.¹ Dies war gewissermaßen nur der Startschuss für eine Reihe von Hauptverhandlungen, die in den nächsten Jahren die Gerichte beschäftigen werden. Für den Fiskus ist in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse, von wem und in welcher Höhe er unrechtmäßige Erstattungen von Kapitalertragssteuern zurückerlangen kann. Jedenfalls seit der Reform zur Vermögensabschöpfung 2017 können hinterzogene Steuern als Tatfrüchte eingezogen werden. Im Mittelpunkt stehen hier nicht so sehr die Täter, wie die meist drittbeteiligten Finanzinstitute, die sich zwar als juristische Personen nicht strafbar machen können, aber – in ganz unterschiedlichen funktionalen Rollen – mehr oder weniger erheblich an den Cum/Ex-Geschäften verdient haben sollen.² Neben zahlreichen Einzelproblemen, die bzgl. der Anwendung der neuen Dritteinziehungsvorschriften (§§ 73, 73b StGB) im konkreten Fall erkennbar geworden sind, stellt sich bei Cum/Ex-Fällen aber auch allgemein aufgrund der komplexen Strukturen und damit einhergehenden hohen Zahl von Akteuren die Frage, wann in solchen Vielpersonenkonstellationen eine zur Einziehung berechtigende Drittbeteiligung angenommen werden kann.

II. Sachverhalt

1. Struktur sog. Cum/Ex-Geschäfte

Hinter den verallgemeinernd als Cum/Ex-Geschäfte bezeichneten Vorgängen verbirgt sich eine Vielzahl unterschiedlicher Transaktionsmuster,³ die als solche jeweils im Einzelfall zu würdigen sind und hier auch unter dem o.g. Aspekt nicht abschließend besprochen werden können. Grundsätzlich geht es um den Verkauf von Aktien mit (cum) und deren Lieferung ohne (ex) Dividende kurz vor bzw. nach dem Dividendenstichtag. Die Aktien sollen dabei zwischen zahlreichen Beteiligten – angeblich zur Verwirrung der Behörden – gehandelt werden, mitunter auch in einer Dividendensaison mehrfach zirkulär unter denselben Beteiligten, mit dem Ziel, eine nur einmal abgeführte Kapitalertragssteuer zweimal (oder sogar mehrfach) erstattet zu bekommen.⁴

¹ Die anonymisierten schriftlichen Urteilsgründe liegen seit Ende Juni 2020 auf der Webseite „Justiz-Online“ der NRW-Justiz vor.

² So wurden vom LG Bonn bei den Tätern „nur“ 14.000.000 € eingezogen, bei der einzigen Einziehungsbeteiligten hingegen 176.574.603 €, vgl. *LG Bonn* 62 KLS - 213 Js 41/19 - 1/19, Tenor, abrufbar unter: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bonn/lg_bonn/j2020/62_KLS_213_Js_41_19_1_19_Urteil_20200318.html abgerufen am 26.06.2020.

³ Ausführlich zu Genese und Struktur: *Knauer/Schomburg*, NStZ 2019, 305, 305-307.

⁴ *Jachmann-Michel*, in: Blümich, EStG, 151. EL März 2020, § 44 Rn. 23c f.; *Schott*, in: Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2020, § 370 Rn. 100.

Das Grundmodell – nach der Ermittlungshypothese der Strafverfolger und der in Bezug genommenen, nicht rechtskräftigen Entscheidung – kann etwa wie folgt⁵ skizziert werden: Im Ausgangspunkt verkaufte ein Beteiligter (Leerverkäufer) eine Aktie *cum* Dividende an einen Käufer (Leerkäufer), die er zu diesem Zeitpunkt noch nicht innehatte. Diese Aktie sollte erst nach dem Stichtag geliefert werden, nun also *ex* Dividende. Für die so entstandene Wertdifferenz erhielt der Leerkäufer eine Kompensationszahlung in Höhe der Netto-Dividende, d.h. ohne Steuern, vom Leerverkäufer. Währenddessen hielt der ursprüngliche Inhaber der Aktie diese am Stichtag und erhielt bei seiner Depotbank die Dividendengutschrift, nach damaliger Rechtslage gekürzt um die Kapitalertragssteuer. Der ursprüngliche Inhaber liefert (typischerweise in Form der Wertpapierleihe) diese Aktie nach dem Stichtag *ex* Dividende an den Leerverkäufer, der nun seiner Lieferverpflichtung bzgl. der Wertpapiere gegenüber dem Leerkäufer nachkommen kann. Der ursprüngliche Inhaber konnte sich seine – tatsächlich abgeführte – Kapitalertragsteuer erstatten lassen. Gleichzeitig stellte die Depotbank des Leerkäufers eine Bescheinigung über die scheinbar (von der Depotbank des Leerverkäufers) einbehaltene Kapitalertragsteuer aus, wobei die Depotbank des Leerkäufers regelmäßig geltend macht, die Kompensationszahlung nicht von der ursprünglichen Dividende unterscheiden zu können.⁶ Obwohl deutsche Depotbanken eines Leerverkäufers nach den Vorgaben des Jahressteuergesetzes 2007 ebenfalls die Kapitalertragsteuer einbehalten sollten, lief dies mangels Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers bei ausländischen Banken, die als Depotbanken von Leerverkäufern agierten, ins Leere.⁷ Im Ergebnis wären damit zwei Kapitalertragssteuerbescheinigungen bzgl. desselben Aktienpakets in der Welt, d.h. für dieselbe nur einmal, nämlich beim ursprünglichen Eigentümer, abgeführte KapEST. Konnte der Leerkäufer nun eine Steuererstattung geltend machen, etwa als steuerbefreiter Investmentfond,⁸ kam es nach der Ermittlungshypothese zu einer (bzgl. des Leerkäufers) rechtswidrigen Doppelerstattung.

Für die Frage nach der Einziehung ist an dieser Stelle festzuhalten, dass es selbst in der die realen Sachverhalte stark vereinfachenden, modellhaft verwandten Grundkonstellation (s.o.) wenigstens sechs an den Wertpapiertransaktionen Mitwirkende – typischerweise juristische Personen – gibt: Den ursprünglichen Inhaber, Leerverkäufer und -käufer, sowie deren Depotbanken. Daneben sind bei jedem dieser Akteure typischerweise mehrere Leitungspersonen bzw. Mitarbeiter beteiligt; nach der Ermittlungshypothese sollen diese vorsätzlich handeln. Freilich werden Aktien in Deutschland regelmäßig in einer Verwahrkette mehrerer Depotbanken für den Inhaber gehalten⁹ und typischerweise traten hier schon deshalb weitere (Unternehmens-)Akteure und Individuen auf den Plan. Zudem wurden – nach der Ermittlungshypothese der Strafverfolgungsbehörden und der bisher befassten Gerichte –, um den Cum/Ex-Charakter der Geschäfte zu verschleiern, in die Übertragung der Aktien und Gelder angeblich zahlreiche Banken und Finanzdienstleister (Broker etc.) zwischengeschaltet.

Eine Einziehung kann allen beteiligten Akteuren gegenüber wohl fast immer nur auf § 73b StGB gestützt werden, handelt es sich bei den unmittelbar Bereicherten doch fast nie um die tatbeteiligten natürlichen Personen, sondern um Dritte im strafrechtlichen Sinne, meist juristische Personen. Zwar haben auch einzelne potentielle Täter, Angestellte verschiedener Geldhäuser, Berater, Banker Broker, Trader, mitunter Vorteile aus den Taten gezogen, die weitaus größeren Gewinne dürften aber oft – zumindest unmittelbar - juristische Personen erzielt haben. Jedenfalls dürften aus staatsanwaltschaftlicher Perspektive gerade die großen, international tätigen Finanzdienstleistungsunternehmen, u.a. wegen ihrer Zahlungsfähigkeit und ihres Reputationsrisikos im Falle einer streitigen Hauptverhandlung, das bevorzugte Ziel von Einziehungsmaßnahmen sein.

2. Der Fall des LG Bonn (62 KLs - 213 Js 41/19 - 1/19)

Wie komplex diese steuerrechtlichen Mehrpersonenverhältnisse in der Praxis sind, kann man nicht zuletzt an Dauer und Umfang der ersten Cum/Ex-Hauptverhandlung am LG Bonn

⁵ Hierzu und zum Weiteren: *Jehke/Blank*, DStR 2017, 905, 905-907; *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757, 1757-1761.

⁶ So *Jehke/Blank*, DStR 2017, 905, 906.

⁷ Berichtet wird auch von inländischen Fällen, in denen die Abzüge unterblieben. Die Depotbanken reklamieren insoweit nicht gewusst zu haben, wer zur Einbehaltung verpflichtet war, da stets mehrere Depotbanken auf Seiten des Leerverkäufers involviert waren.

⁸ Hierzu *Habammer*, DStR 2017, 1958, 1962f.

⁹ Vgl. *Rau*, DStR 2011, 2325, 2326f.

sehen. Obschon vier der ursprünglich fünf Einziehungsbeteiligten vorläufig aus dem Verfahren entlassen wurden, bevor bezogen auf diese vertieft in die Beweisaufnahme eingetreten wurde, dauerte die Hauptverhandlung beinahe ein ganzes Jahr.¹⁰ Angeklagt waren zwei Börsenmakler, die zunächst als Aktienhändler für eine große Bank (B) tätig waren. Einer war späterer Mitbegründer einer Investmentberatung (I), die Cum/Ex-Geschäfte vermittelte und beratend sowie orchestrierend (als „Investment Manager“) tätig war. Mit dieser koordinierte er später weitere verfahrensgegenständliche Cum/Ex-Geschäfte.¹¹ Die vorgenannte Bank war mutmaßlich unter anderem als Leerkäuferin in die Geschäfte verwickelt, wobei B sich teilweise selbst als ihre eigene Depotbank Steuerbescheinigungen ausgestellt haben soll.¹² Obgleich beide Angeklagte wegen Steuerhinterziehung durch das LG Bonn verurteilt wurden, kam es bei diesen nur in einem Fall zur Einziehung in Höhe von 14 Millionen Euro. Von einer Einziehung des Arbeitslohns als Grundvergütung hat die Kammer – wohl zutreffend – abgesehen.¹³ Gleichzeitig wurden bei der verbliebenen Einziehungsbeteiligten B allein knapp 177 Millionen Euro eingezogen. Bei den aus dem Verfahren entlassenen Kapitalanlagegesellschaften internationaler Großbanken stand ein weiterer Einziehungsbetrag von mehr als 220 Millionen Euro im Raum.¹⁴ An diesen Summen erkennbar, ist es die Einziehung beim Drittbeteiligten nach § 73b StGB, die für den Fiskus am interessantesten ist.

Die Bonner Strafkammer hat nach Presseberichten durch rechtliche Hinweise (§ 265 StPO) während der Hauptverhandlung deutlich gemacht, dass sie – nach vorläufiger Bewertung der Sach- und Rechtslage – eine Abschöpfung in voller Höhe bei allen Einziehungsbeteiligten, auch den später ausgeschiedenen, für zulässig hält. Es sei lediglich erforderlich, dass die Taterträge wenigstens kurzfristig vereinnahmt worden seien.¹⁵ In der Urteilsbegründung hat die Kammer obiter dictum ihr weites Verständnis der §§ 73, 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB unterstrichen und näher ausgeführt.¹⁶ Sobald inkriminiertes Vermögen erlangt ist, soll nach ihrer Auffassung eine Einziehung bei irgendeinem Dritten nur dann scheitern, wenn der Vermögenszufluss *rein zufällig oder mittelbar* geschah. Ob eine solch weitgehende Interpretation dem Regelungsregime der §§ 73ff. StGB gerecht wird, soll im Weiteren untersucht werden.

Die Auffassung der 12. Strafkammer des LG Bonn ist für die Praxis hoch relevant, weil die Kammer das erste (Straf-)Urteil zum Cum/Ex-Komplex verkündet hat und insofern, wenn auch mangels Rechtskraft keine bindende, so aber vermutlich prägende Wirkung für zahlreiche weitere Verfahren bei unterschiedlichen Staatsanwaltschaften, besonders aber für solche der Staatsanwaltschaft Köln, haben dürfte. Letzteres ist von besonderer Bedeutung, weil der Sitz des Bundeszentralamt für Steuern in Bonn ist und daher besonders zahlreiche Verfahren in erster Instanz hier anhängig werden. Die zuständige StA Köln soll um die 600 Beschuldigte in Sachen Cum/Ex führen, sodass eine baldige Prozessflut vor dem LG Bonn zu erwarten ist.¹⁷ Vor einer ggf. abweichenden Revisionsentscheidung des BGH werden sich diese und andere Staatsanwaltschaften, wie auch andere Kammern des LG Bonn oder weiterer Landgerichte wohl an dieser „Pilotentscheidung“ orientieren. Vor diesem Hintergrund erscheint eine kritische Besprechung des Urteils geboten. Zunächst soll jedoch die Rechtslage bzgl. der §§ 73, 73b StGB in Mehrpersonenkonstellationen losgelöst vom konkreten Fall aus der Sicht der Autoren dargestellt werden (III.).

III. Allgemeines zur Auslegung der §§ 73, 73b StGB

Nach dem erklärten Ziel des Gesetzgebers dient die Einziehung von Taterträgen der general- und spezialpräventiven Verhaltenssteuerung. Der finanzielle Anreiz Straftaten zu begehen, soll ausgeschaltet werden und die materielle Rechtsordnung durch ein quaskonditionelles Abschöpfungsregime in den §§ 73 ff. StGB durchgesetzt werden.¹⁸ Da es um die rechtskonforme Neuordnung von rechtswidrigen Vermögenslagen geht, soll der Zu-

¹⁰ Pressemitteilung des LG Bonn v. 17.3.2020, 62 Kls 1/19, juris; ders. v. 18.3.2020, 62 Kls 1/19, juris.

¹¹ LG Bonn, 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 337-350, 460.

¹² LG Bonn, 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 459f., 493f., 827ff.

¹³ LG Bonn, 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 1929, 1947, 1979.

¹⁴ Pressemitteilung des LG Bonn v. 17.3.2020, 62 Kls 1/19, juris.

¹⁵ Wischmeyer, Gericht hält Cum-Ex-Geschäfte für strafbar, in: SZ vom 04.12.2019, abgerufen unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-strafbar-landgericht-bonn-1.4709489> am 08.06.2020.

¹⁶ LG Bonn, 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 2007-2009.

¹⁷ Willmroth/Wischmeyer, Justiz rechnet mit Prozessflut wegen Cum-Ex, in: SZ vom 16.02.2020, abgerufen unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-steuern-nrw-1.4800097> am 01.07.2020.

¹⁸ BT-Drs. 18/9525 S. 48 u. 56.

stand hergestellt werden, der ohne das durch eine kriminelle Tat Erlangte bestehen würde. Bereicherungsrechtlich gesprochen heißt das, eine rechtsgrundlose Vermögensmehrung soll beim Empfänger – unabhängig von dessen Verschulden – abgeschöpft werden, weil er den Vorteil zwar erworben hat, er ihm aber nicht zusteht.¹⁹

Dabei gilt grundsätzlich, unter den Einschränkungen des § 73d Abs. 1 StGB in den Fällen des Wertersatzes, das sogenannte Bruttoprinzip. Es wird nicht lediglich der Gewinn eingezogen (Nettoprinzip), sondern umfassend alles aus der Tat erlangte, ohne Kosten oder Aufwendungen zu berücksichtigen. Geht es im Bereicherungsrecht (§§ 812 – 822 BGB) im Ausgangspunkt gerade darum, nicht das Stammvermögen des Bereicherungsschuldners anzutasten, sondern „nur“ die ungerechtfertigte Bereicherung abzuschöpfen, entspricht dies im Ansatz dem Nettoprinzip und heute dem Gedanken des (i. E. nur ausnahmsweise anwendbaren) § 73d Abs. 1 StGB. Während nun von Einigen aus dem partiell weitergehenden Bruttoprinzip der Neuregelung und dem damit einhergehenden Zugriff auf das Stammvermögen eine Strafwirkung abgeleitet wird,²⁰ verweisen andere Stimmen²¹ auf die sogenannte verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, §§ 818 Abs. 4, 819 BGB, sowie die Wertung des § 817 S. 2 BGB, bei der der Bereicherungsschuldner ggf. auch auf sein Stammvermögen zurückgreifen muss. Dies entspricht auch der Argumentation des Regierungsentwurfs²² und der darauf rekurrierenden aktuellen Rechtsprechung der Strafsenate des BGH,²³ nach der die Einziehung einen bereicherungsrechtlichen und eben keinen strafrechtlichen Charakter hat. Aufgrund des vielfachen Rückgriffs und der impliziten Bezugnahmen auf das Bereicherungsrecht – im Entstehungsprozess, im Regierungsentwurf, im Wortlaut der Normen, im systematischen Zusammenhang – soll sich die Auslegung der §§ 73 – 73e StGB wohl möglichst konsequent an der Risikoordnung des Bereicherungsrechts orientieren.²⁴

In den §§ 73 – 73e StGB differenziert das Gesetz zwischen verschiedenen u. U. der Einziehung unterliegenden Kategorien, etwa Erträge von Nutzungen und Surrogaten, vgl. § 73 Abs. 1-3 StGB. Die hier interessierende Differenzierung ist aber diejenige zwischen den Personen, bei denen durch Straftaten erlangtes Vermögen eingezogen werden kann, und bei denen dies nicht zulässig ist. Von § 73 StGB werden Täter und Teilnehmer – also Beteiligte, § 28 Abs. 2 StGB – erfasst und gleichbehandelt; bei beiden ist eine Abschöpfung im Grundsatz ohne Weiteres möglich. Daneben erfasst § 73b StGB die anderen, die nicht Beteiligte der fraglichen Straftat sind (im Weiteren auch Dritte). Bei diesen müssen weitere Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, damit etwas eingezogen werden kann.

Betrachtet man die Struktur der §§ 73, 73b StGB systematisch, zeigen sich drei Merkmale, die für eine Einziehung – ob beim Tatbeteiligten oder Dritten – stets gegeben sein müssen. Zunächst muss ein Vermögenswert in Rede stehen, die §§ 73, 73b StGB sprechen von einem erlangten „Etwas“. Etwas erlangt wurde nach st. Rspr. unter gebotener bereicherungsrechtlich-gegenständlicher Betrachtung, wenn über einen Vermögenswert die tatsächliche Verfügungsgewalt ausgeübt werden kann.²⁵

Zweitens muss dieser Vermögensgegenstand inkriminiert sein, d.h. einen kausalen Bezug zu einem zumindest rechtswidrig verwirklichten Straftatbestand aufweisen. Dies ergibt sich zunächst direkt aus dem Wortlaut, so heißt es in § 73 Abs. 1 StGB „durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt“ und in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB „durch die Tat etwas erlangt“. Die übliche höchstrichterliche Definition ist ein unmittelbares Zuließen aus der Verwirklichung des Tatbestandes bzw. ein Gewähren der Vermögenswerte als Gegenleistung für ein rechtswidriges Tun.²⁶

¹⁹ Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, BT, 18. Auflage 2018, § 61 Rn. 1.

²⁰ *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, Vor § 73 Rn. 15-18.

²¹ *Heine*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2018, § 73 Rn. 10; *Lohse*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, Vorb. zu den §§ 73 bis 76b Rn. 37; *Bittmann / Köhler / Seeger / Tschakert*, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Auflage 2020, Rn. 50, 54.

²² BT-Drs. 18/9525 S. 62, 46-48.

²³ BGH NJW 2019, 1891, 1892; BeckRS 2019, 9584 Rn. 6; NStZ 2018, 366, 367; NStZ 2018, 400; NStZ-RR 2018, 241 = wistra 2018, 431.

²⁴ Bereits BVerfG NJW 2004, 2073, 2076 legt dies nahe. Auf diese Entscheidung verweist der Regierungsentwurf mehrfach, vgl. nur BT-Drs. 18/9525 S. 46, 49, 58. Für einen grundsätzlichen Gleichlauf der Begriffe: *Heine*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2018, § 73 Rn. 12f.; vgl. auch *Lohse*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, Vorb. zu den §§ 73 bis 76b Rn. 38, 45.

²⁵ BGH BeckRS 2019, 5646 Rn. 10 m.w.N.

²⁶ BGH BeckRS 2019, 5646 Rn. 10 m.w.N.; NStZ-RR 2012, 81.

Weniger deutlich ist dies nur scheinbar bei § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB i.V.m. § 73b Abs. 2 StGB. Hier wird unter dem Stichwort des *Bereicherungszusammenhangs*²⁷ diskutiert, ob der Gegenstand in Rede bzw. dessen Wertersatz inkriminiert sein muss. Dafür streitet neben der Gesetzesbegründung²⁸ die Systematik, denn das Erlangte des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB ist das des § 73 Abs. 1 StGB. Da hier die Inkriminierung vorausgesetzt wird, muss gleiches für § 73b Abs. 2 StGB gelten, der ja lediglich den Wertersatz für eben dieses Erlangte regelt.²⁹ Soweit von *Köhler* und *Burkhard* vertreten wird,³⁰ dass jeder (verschiebende) Wertzufluss bei Dritten, der dem Zufluss beim Tatbeteiligten nachfolgt, eingezogen werden kann, mag dem der Wortlaut zwar nicht zwingend entgegenstehen. Die Folge wäre aber ein partieller Verlust der Dispositionsfreiheit des Tatbeteiligten über sein Gesamtvermögen. Gleichzeitig käme es potentiell zur Vervielfachung von inkriminierten Vermögen, bestünde doch ein Einziehungsanspruch gegenüber allen unentgeltlichen, rechtsgrundlosen und bösgläubigen Geschäftspartnern parallel. Auch der 1. Strafsenat des BGH prüfte – u.E. zu Recht – in jüngeren Entscheidungen, ob ein Bereicherungszusammenhang vorliegt.³¹

Drittens geben Gesetzestext und Normsystematik der §§ 73, 73b StGB in personeller Hinsicht der Abschöpfung legitimierende Elemente vor, aus denen sich ergibt, warum bei einer bestimmten Person die Einziehung stattzufinden hat und bei einer anderen nicht. Die Beteiligtenstellung gem. §§ 25 ff. StGB ist offensichtlich der legitimierende Anknüpfungspunkt für § 73 StGB, während § 73b StGB die Einziehung bei den Dritten an zusätzliche Voraussetzungen knüpft, die in Abs. 1 Nrn. 1-3 genannt werden. Sie enthalten das Legitimationsmoment für die Einziehung inkriminierten Vermögens bei im strafrechtlichen Sinne Unbeteiligten und sind damit u.E. das strukturelle Pendant zur Beteiligtenstellung bei § 73 StGB.

Teilweise wird bestritten, dass es einer solchen Legitimation bedarf.³² Ausreichend sei das bloße Innehaben eines auf eine Straftat zurückzuführenden Gegenstandes. Ein Schutz des unbeteiligten, gutgläubigen Dritten sei über den Einwand der Entreicherung und einer subsidiären Inanspruchnahme hinreichend gewährleistet.³³ Das kann nicht, jedenfalls nicht ausnahmslos und uneingeschränkt überzeugen. Betroffen von der Einziehung wäre dann nämlich jeder Vertragspartner eines Tatbeteiligten, jeder mit inkriminiertem Bargeld bezahlte Dritte, wodurch der Verkehrsschutz, wie er etwa in § 935 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt, im Bereich der §§ 73 ff. StGB vollständig aufgehoben wäre. Jeder gutgläubige Vertragspartner wäre der Einziehung regelmäßig ausgesetzt, da seine eigene Leistung an den Beteiligten für sich genommen nicht zur Entreicherung führt. Überdies entspräche ein solches Verständnis auch nicht dem quasi-bereicherungsrechtlichen Charakter der Einziehung.³⁴ Auch dort kann nicht jede ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangt werden. Dies ist nur dann legitim, wenn das Erlangte aus dem Vermögen des Bereicherungsgläubigers stammt.³⁵

Es sind bei der Dritteinziehung nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur die in § 73b Abs. 1 S. 1 StGB angesprochenen Vertreter-, Verschiebungs- und Erbfälle, bei denen die general- und spezialpräventive Maxime, Straftaten sollen sich nicht lohnen,³⁶ die Einziehung bei nichtbeteiligten Dritten personenbezogen legitimiert. Bei anderen bereicherten Dritten ist sie damit ausgeschlossen. Angeknüpft wird hier implizit an eine bestimmte Beziehung zwischen Tatbeteiligttem und Dritten: So stellt § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB in der Weise auf den Tatbeteiligten ab, dass nur dann, wenn er für den Dritten handelt, eine Einziehung bei diesem Dritten zulässig ist. Es ist ein Handeln im Interesse des Dritten vonnöten.³⁷ Da soweit allein die innere Einstellung des Tatbeteiligten über die Legitimation der Einziehung beim Dritten entscheidet, ist u.E. der begrenzenden Forderung zuzustimmen, dass eine Einziehung dort

²⁷ Zur Diskussion: *Rübenstahl*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. 2020, § 73b Rn. 11.

²⁸ *Rübenstahl*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. 2020, § 73b Rn. 11 m.w.N.

²⁹ Eine u.E. vorbildhafte Auslegung bei *OLG Celle BeckRS* 2018, 4729 Rn. 27-38.

³⁰ *Köhler/Burkhard NSTz* 2017, 665, 667f.

³¹ BGH, Beschluss vom 4. September 2019 – 1 StR 579/18 Rn. 43, 45; juris.

³² So *Fleckenstein*, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, Berlin 2017, S. 103f.

³³ *Fleckenstein*, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, Berlin 2017, S. 116.

³⁴ BT-Drs.-18/9525 S. 67f.

³⁵ Dies ergibt sich in § 812 Abs. 1 BGB aus dem Wortlaut „auf dessen Kosten“ sowie nach der Trennungslehre für die Leistungskondition aus dem Leistungsbegriff. Auch dürfen die eher rechtspolitischen Ausschlussgründe der §§ 814 Alt. 1, 815, 817 S. 2 BGB nicht entgegenstehen.

³⁶ BT-Drs. 18/9525 passim.

³⁷ BGH NSTz 2014, 89, 94. Da der Gesetzgeber 2017 die Rspr. des BGH kodifizieren wollte (BT-Drs. 18/9525 S. 66), bleibt diese bei aktueller Rechtslage gültig; vgl. *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73b Rn. 4.

ausscheiden muss, wo die Tat völlig außerhalb der Einflussosphäre des Dritten liegt.³⁸ Auch er ist Adressat des Präventionsgedankens.³⁹ Der Vertretene kann aber nur in seinem eigenen Einflussbereich Schutzmaßnahmen ergreifen.

Nach der Konzeption des Gesetzes legitimieren in den Verschiebungsfällen nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB Gründe in der Person des Dritten die Einziehung. Er soll weniger schutzbedürftig sein.⁴⁰ Zutreffend ist, dass der unentgeltliche Erwerber weniger Schutz bedarf, da er für seinen Vorteil nichts hingegeben hat. Dies zeigen die §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB.⁴¹ Soweit mit § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a Var. 2 StGB darüber hinaus die Rspr. des BGH zu den Verschiebungsfällen nach altem Recht kodifiziert werden sollte – die eine Einziehung vorsah, wenn aufgrund eines bemakelten Rechtsgeschäfts, etwa um einen Gläubiger den Zugriff zu erschweren, Vermögen verschoben wurde⁴² – ist dies u. E. nicht gelungen. Denn *ohne rechtlichen Grund* wird Vermögen nicht nur bei bemakelten Vorgängen übertragen (§§ 134, 138 BGB), sondern etwa auch wenn Verträge fehlerhaft sind oder nicht zustande kommen (§§ 142, 125 BGB). Die Legitimation der Einziehung beim Dritten kann sich aber nur aus der Bemakelung ergeben.⁴³ Hier dürfte u.E. in entsprechenden Fällen eine teleologische Reduktion angezeigt sein.

Auch bei der Bösgläubigkeit nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB soll die fehlende Schutzbedürftigkeit des Dritten die Einziehung legitimieren. Dabei ist umstritten, ob einfache oder grobe Fahrlässigkeit schädlich ist.⁴⁴ Wenn auch der Wortlaut einfache Fahrlässigkeit nahelegen mag (analog § 122 Abs. 2 BGB), spricht die Wertung des § 932 Abs. 2 BGB für das Erfordernis von grober Fahrlässigkeit.⁴⁵ Der Gesetzgeber wollte den Verschiebungsfall parallel zu § 822 BGB normieren.⁴⁶ Dieser gestattet einen Durchgriff in Mehrpersonenkonstellationen und zieht als Rechtsfolge wieder die allgemeine Bereicherungshaftung nach sich, §§ 812 Abs. 1, 818-821 BGB.⁴⁷ Will man sich an der bereicherungsrechtlichen Risikoordnung orientieren, müsste auf die Maßstäbe der sog. verschärften Bereicherungshaftung zurückgegriffen werden, die positive Kenntnis verlangt, § 819 Abs. 1 BGB. Da § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB dies seinem Wortlaut nach offenkundig nicht erfordert, sollte eine teleologische Auslegung wenigstens ein möglichst enges Verständnis zu Tage fördern, was für das Erfordernis grober Fahrlässigkeit spricht, oder jedenfalls für den Ausschluss bloßer „Alltagsfahrlässigkeit“.

IV. Die Einziehung bei Beteiligten und im Vertreterfall bei Cum/Ex-Geschäften

Im Weiteren soll – unter Berücksichtigung obiger Überlegungen – untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen in den Cum/Ex-typischen Konstellationen Vorteile bei Dritten eingezogen werden können. Neben § 73 StGB kommt dabei insbesondere § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. Die für das Steuerstrafrecht eher untypischen Fälle § 73b Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 3 StGB könnten bei Doppelerstattungen zwar grundsätzlich eine Rolle spielen, werden aber hier nicht vertieft.

1. Einziehung bei den Tatbeteiligten, § 73 Abs. 1 StGB

Auch eine Einziehung unmittelbar nach § 73 Abs. 1 Var. 1 StGB bei Tatbeteiligten erscheint in den Cum/Ex Fällen mitunter relevant, und zwar durchaus auch in Fällen, in denen Täter das Erlangte nicht unmittelbar selbst vereinnahmen, sondern es Gesellschaften oder anderen Verbänden zufließt. Denkbar ist letzteres insbesondere sofern der Täter eine – regelmäßig substanzlose – Gesellschaft (Domizilgesellschaft; Briefkastengesellschaft) nur als formalen Mantel nutzt und das Vermögen der Gesellschaft faktisch ihm persönlich zuzuordnen

³⁸ So Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73b Rn. 4.

³⁹ Vgl. BGH NJW 2002, 3339, 3341.

⁴⁰ Heuchemer, in: BeckOK StGB, 46. Edition, 01.05.2020, § 73b Rn. 6.

⁴¹ BT-Drs. 18/9525 S. 67ff.; Schwab, in: MüKo, BGB, 7. Auflage 2017, § 816 Rn. 63; ders. in: MüKo, BGB, 7. Auflage 2017, § 822 Rn. 1. Ein ähnlicher Gedanke liegt in den Fällen der Nr. 3 zugrunde.

⁴² BT-Drs. 18/9525 S. 56.

⁴³ So wohl die ursprüngliche Intention: BGH NJW 2000, 297, 300.

⁴⁴ Für einfache Fahrlässigkeit: Korte, NZWiSt 2018, 231, 233; Ullenboom, wistra 2020, 223, 226 m.w.N.

⁴⁵ Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73b Rn. 8; zurückhaltend noch Rübenstahl in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 73b Rn. 12.

⁴⁶ BT-Drs. 18/9525 S. 56.

⁴⁷ Wendehorst, in: BeckOK, BGB, 54. Edition, Stand 01.05.2020, § 822 Rn. 11.

ist.⁴⁸ Ebenso könnten Profitbeteiligungen aus Cum/Ex-Gestaltungen im Einzelfall noch vor materieller Tatbeendigung⁴⁹ in das tätereigene Vermögen fließen. Auf einen unmittelbaren Zufluss kommt es – für die Person des Tatbeteiligten – dabei laut der Begründung des Regierungsentwurfs nicht an.⁵⁰

Daneben dürfte für die Abschöpfung beim Tatbeteiligten oft § 73 Abs. 1 Var. 2 StGB einschlägig sein („für die Tat erlangt“). Für die Tat erlangt sind vor allem Tatentgelte.⁵¹ Sofern ein klarer finaler Zusammenhang zwischen der Vergütung eines Tatbeteiligten und seiner Beteiligung an Cum/Ex-Steuerhinterziehungen vorliegt, etwa in Form von (besonders prozentualen oder nach dem so genannten „Dividendenlevel“ bemessenen) Profitbeteiligungen, und insbesondere wenn dieser seine Vergütung von anderen Tatbeteiligten oder Dritten im Sinne des § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB erhält, dürfte eine Einziehung gem. § 73 Abs. 1 Var. 2 StGB zumeist auch unter Beweisgesichtspunkten unproblematisch sein.

Wie es zu bewerten ist, wenn jemand für seine an sich legale Berufsausübung eine übliche Vergütung erhält, aber in deren Rahmen durch berufstypische Handlungen teilweise peripher an Cum/Ex-Straftaten beteiligt ist, ist bislang wenig geklärt. In solchen Konstellationen könnte sich die Frage stellen, ob das reguläre Arbeitsentgelt ganz oder teilweise inkriminiertes Vermögen i.S.d. §§ 73, 73b StGB ist. Wenig praktikabel erscheint es, eine Aufteilung des Lohns in solchen für rechtmäßige und strafbewerte Leistungen vorzunehmen. Vielmehr muss u. E. zur Legitimierung der Einziehung eine konkrete Verknüpfung von Entgelt und krimineller Tat hergestellt werden können, nicht zuletzt da das Arbeitseinkommen besonderen Schutz genießt (vgl. nur § 394 S. 1 BGB i.V.m. § 850 Abs. 1 ZPO). Mithin ist ein echtes Synallagma zwischen Lohn und Tatbegehung erforderlich – *do ut facias*. Auch die 12. Kammer des LG Bonn hat vor diesem Hintergrund u.E. zu Recht von einer Einziehung des Grundgehalts der Angeklagten abgesehen.⁵² Insoweit stellt sie gut nachvollziehbar darauf ab, dass dieses – sofern es üblichen Maßstäben entspricht – typischerweise nicht als Honorierung einer konkreten Tat anzusehen ist, sondern für ein generelles Bereitstellen der Arbeitskraft erbracht wird.⁵³

Daneben ist fraglich, ob bei Tatbeteiligten selbst dann Vermögen eingezogen werden kann, wenn kein Fall des § 73 Abs. 1 Var. 2 StGB vorliegt und im Ursprung nur eine dritte Person etwas erlangt (Konstellation des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB). In den mannigfaltigen Cum/Ex-Konstellationen ist u.a. denkbar, dass die Steuervorteile seitens eines Dritten zuerst erworben und nachfolgend an Tatbeteiligte weitergegeben wurden. Im Ausgangspunkt hat der Täter – wie gesagt – nach st. Rspr. dann in persona etwas erlangt, wenn das Vermögen nur formell einer Gesellschaft zusteht und keine Trennung zwischen ihrem und dem Vermögen des Täters besteht.⁵⁴ Kürzlich hat der 1. Strafsenat des BGH noch einmal klargestellt, dass wirtschaftliche Vorteile, die originär im Vermögen einer Gesellschaft anfallen, auch dann nicht bei Tatbeteiligten eingezogen werden können, wenn diese später auf erhebliche Beträge aus dem Gesellschaftsvermögen zugreifen.⁵⁵ Etwas anderes könne nur gelten, wenn die Beteiligten bei dem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen weitere rechtswidrige Taten begingen.⁵⁶ Dem Wortlaut entsprechend (*anderer*) wird eine Dritteinziehung nach § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b, Abs. 2, § 73c S. 1 StGB gegenüber den Tatbeteiligten zutreffend ausgeschlossen.

*Bittmann und Tschakert*⁵⁷ wollen hingegen eine Dritteinziehung bei einem Beteiligten zulassen, sofern der Beteiligte das Vermögen wie ein Unbeteiligter i.S.d. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB aufgrund eines zweiten Transfers vom Drittbeteiligten erhalte. Die Beteiligteigenschaft sei vielleicht Motiv für den Transfer, hafte ihm aber nicht an und sei bei gebotener funktionaler Betrachtung unbeachtlich. Zu unterscheiden sei nicht nach der Beteiligtenstellung, sondern nach den Erwerbsvorgängen, namentlich ob ein Durchgangserwerb nach §

⁴⁸ BGH NZWiSt 2019, 321-323; NZI 2019, 305.

⁴⁹ Vgl. dazu *Dallmeyer*, Tatbeendigung und Verjährungsbeginn bei Steuerdelikten – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom nachtatbestandlichen Unrecht, ZStW 124 (2012), 711-732.

⁵⁰ BT-Drs. 18/9525 S. 56.

⁵¹ *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73 Rn. 10; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage 2018, § 73 Rn. 5; *Rübenstahl*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. 2020, § 73 Rn. 27.

⁵² LG Bonn v. 18.3.2020, 62 Kls 1/19, juris.

⁵³ LG Bonn, 62 Kls - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 1947.

⁵⁴ BGH, BeckRS 2017, 138870 Rn. 15 m.w.N.

⁵⁵ BGH, BeckRS 2020, 6131, Rn. 13.

⁵⁶ BGH, BeckRS 2020, 6131, Rn. 18.

⁵⁷ *Bittmann/Tschakert*, wistra 2020, 217, 218-220.

73b Abs. 2 StGB oder ein Direkterwerb nach § 73 Abs. 1 StGB vorliege. Sonst trete eine unerträgliche Privilegierung des Beteiligten ein, da dieser bei Erwerb mit Rechtsgrund auch bei Kenntnis von der Vermögensherkunft regelmäßig keine Einziehung fürchten müsse, der Dritte aber bereits bei Kennenmüssen.

Der zutreffend erkannte Wertungswiderspruch zwischen dem *wissenden Täter* und *lediglich wissenmüssenden Externen*⁵⁸ zeigt aber u.E. lediglich, dass die Formulierung des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB dem Gesetzgeber zu weit geraten ist. Daneben bestehen methodische Bedenken gegen die skizzierte Auffassung. Ein solche Auslegung des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB kommt im Ergebnis einer analogen Anwendung dieser nur für Dritte gedachten Vorschrift auf Tatbeteiligte gleich, für die jedoch ausdrücklich und ausschließlich § 73 StGB gilt. Täter (oder Teilnehmer) der Anknüpfungstat bleiben diese auch nach der Tatbeendigung. Nach der von *Bittmann* und *Tschakert* vertretenen Auffassung wäre § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB wie folgt (und entgegen seinem Wortlaut) zu lesen: *Die Anordnung der Einziehung [...] richtet sich nach Tatbeendigung gegen den Täter oder Teilnehmer, wenn ihm das Erlangte [...].* Auch bei fehlendem Sanktionscharakter der Einziehung sind Analogien in malam partem in der grundrechtsrelevanten Eingriffsverwaltung unseres Erachtens zu vermeiden.⁵⁹ Konkret wendet die Rspr. – mangels Strafcharakter der Einziehung – zwar nicht das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG an,⁶⁰ es erscheint aber nicht fernliegend, dass vergleichbar zur Vorlageentscheidung des BGH zur Rückwirkung der verlängerten Verjährungsfrist (§ 76a StGB, § 316h EGStGB)⁶¹ das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG, der u.E. in der Literatur vorgeschlagenen Analogie entgegenstehen könnte. Nach der Rspr. des BVerfG verstößt es nämlich gegen das Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip, die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für einen belastenden Verwaltungsakt im Wege der analogen Anwendung einer Norm (seinerzeit des § 121 Abs. 5 StVollzG) zu gewinnen.⁶² Die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit forderten, dass auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte durch das ermächtigende Gesetz nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt seien, sodass die Eingriffe messbar und in gewissem Umfang für den einzelnen voraussehbar und berechenbar würden.⁶³ Wenn dieser Verfassungsgrundsatz mit der Folge des Analogieverbots laut dem BVerfG allgemein gilt, auch für Heranziehung zu öffentlichen Abgaben und für deren Beitreibung,⁶⁴ muss dies erst recht für intensive Grundrechtseingriffe wie die der Einziehung nach dem Bruttoprinzip gelten, die nicht allein in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreifen, sondern auch in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG. Die Rechtsprechung des BVerfG gilt ersichtlich für alle hoheitlichen Eingriffe in Grundrechte. Neben diesen methodischen Bedenken müsste der Begriff des anderen in § 73b Abs. 1 S. 1 StGB in den Nummern 1 und 2 unterschiedlich ausgelegt werden, denn dass in den Vertreterfällen eine Anwendung auf Beteiligte ausscheidet, bleibt unbestritten.⁶⁵ Die gesplante Auslegung ein und desselben Begriffs innerhalb einer Norm sollte aber im Interesse der Normenklarheit unterbleiben.

2. Einziehung bei Drittbeteiligten nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

Der dem Bonner Urteil hinsichtlich der einziehungsbeteiligten Verbände zugrundeliegende Sachverhalt ist von der Struktur ein typischer Vertreterfall nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB. Der Angeklagte beging eine Steuerhinterziehung zulasten des Staates und zugunsten eines Dritten, der Einziehungsbeteiligten. Ihr wurde das Handeln des Täters zugerechnet. Dieser Dritte steht jedenfalls im Wirtschaftsleben, wie es den Cum/Ex-Fällen zugrunde liegt, in Geschäftsbeziehungen zu weiteren Personen. Alle involvierten juristischen Personen und Personengesellschaften können als Drittbeteiligte der Einziehung unterworfen werden. Bei den Leitungspersonen der zahlreichen involvierten Akteure – zu denken ist an zwischengeschaltete Banken oder Finanzdienstleister, an die bestimmte Aufgaben ausgelagert wurden (s.o.) – kann nicht ohne weiteres von der strafrechtlich relevanten Vorgänge aus-

⁵⁸ *Bittmann/Tschakert*, wistra 2020, 217, 220.

⁵⁹ Vgl. *Gersch*, in: Klein, AO, 15. Auflage 2020, § 4 Rn. 37; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 44 Rn. 54.

⁶⁰ BGH NJW 2019, 1891, 1892; BeckRS 2019, 9584 Rn. 6; NStZ 2018, 366, 367; NStZ 2018, 400; NStZ-RR 2018, 241 = wistra 2018, 431.

⁶¹ BGH NJW 2019, 1891 ff. m. Anm. *Trüg*.

⁶² BVerfG NJW 1996, 3146.

⁶³ BVerfGE 8, 274, 325 = NJW 1959, 475 ff.; 13, 153, 160; 52, 1, 41 = NJW 1980, 985.

⁶⁴ BVerfG NJW 1996, 3146.

⁶⁵ *Bittmann/Tschakert*, wistra 2020, 217, 218.

gegangen werden.⁶⁶ Durch die Struktur der Cum/Ex-Geschäfte, dem Handeln im Kreis, werden die hinterzogenen Steuern regelmäßig durch viele Hände gelaufen sein. Für eine Einziehung müssen die oben bereits allgemein erörterten drei Voraussetzungen im Einzelfall festgestellt werden.

a) Etwas erlangt

Der Dritte muss durch die Tat etwas erlangt haben. *Im Ausgangspunkt wird für die Auslegung des Merkmals in § 73b Abs. 1 S. 1 StGB auf § 73 Abs. 1 StGB zurückgegriffen. Es muss ihm ein Vermögenswert so zugeflossen sein, dass er hierüber die tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten ist eine faktische Mitverfügungsmacht erforderlich. Unerheblich sind spätere Abflüsse in dem Sinne, dass sie einer Einziehung nicht entgegenstehen.*⁶⁷ Typischerweise wird es sich bei den Vermögenswerten in Rede um Kontogutschriften bzgl. der Erstattung von KapEst handeln. Grundsätzlich hat hier der jeweilige Kontoinhaber einen Auszahlungsanspruch gegen die Bank, da ihm die Forderung zusteht, und insofern faktische Verfügungsgewalt über die Gutschrift.⁶⁸

Genauere Betrachtung verdient aber im vorliegenden Zusammenhang die Figur des lediglich transitorischen Besitzes. Denn in den Cum/Ex-Fällen konnte zwar wohl am Ende der Vorgänge stets jemand den Betrag der KapEst oder einen Teil derselben endgültig bei sich verbuchen. Bis dahin können die Erstattungen u.U. aber, teilweise nur kurzfristig, über viele Konten transferiert werden. Denkbar ist hier auch, dass manche dieser Konten von vornherein lediglich als Durchgangsstationen gedacht waren, ohne dass deren Inhaber von der KapEst-Erstattung profitieren sollten (etwa zur Absicherung von Gegenforderungen oder weil die Erstattungsberechtigten über kein EUR-Konto verfügten etc.). Ob all diese Zahl- und Dienstleistungsstellen die tatsächliche Herrschaft über die Beträge innehatten, erscheint zweifelhaft.

In den Fällen des lediglich transitorischen Besitzes von Gütern durch Beteiligte verneint die Rechtsprechung das Innehaben von Verfügungsgewalt und damit, dass überhaupt etwas erlangt wurde. Vielmehr bedarf es hierfür der faktischen bzw. wirtschaftlichen Verfügungsmacht bei jedem Einzelnen. Dabei geht die faktische Betrachtung soweit, dass eine rein normative Zurechnung in Fällen der Mittäterschaft ausscheidet.⁶⁹ Wenn bereits beim Mittäter allein aus der Überlassung der Tatbeute und der Aufbewahrung keine Verfügungsmacht folgt,⁷⁰ muss dies erst recht für Dritte (Verbände) gelten. Dies gilt nicht nur für greifbare Vermögenswerte, auch Giralgeld kann transitorisch erlangt werden.⁷¹ Sofern man hier nicht von Besitz sprechen möchte, mag sich die Bezeichnung *transitorische Inhaberschaft* anbieten. Nicht erlangt ist mithin das, was nicht wirtschaftlich, sondern lediglich formal-transitorisch dem Vermögen des Drittbegünstigten zuzurechnen ist.

Klärungsbedürftig ist insoweit, anhand welcher Kriterien hier die Abgrenzung der echten (wenn auch zeitweiligen) wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über eine Forderung von der transitorischen, besitzdienerähnlichen Inhaberschaft einer solchen vorzunehmen ist. Dabei ist die transitorische Inhaberschaft insbesondere von einer späteren Beuteaufteilung zu unterscheiden, die der Annahme des Erlangens nach h. M. bekanntermaßen nicht entgegensteht. Da bei Gegenständen für die Abgrenzung auf eine bloße Boten- oder Bewacherstellung, ähnlich der eines Besitzdieners, abgestellt wird und hier keine Verfügungsmacht angenommen wird,⁷² bietet sich eine entsprechende Betrachtungsweise auch für Inhaber von Zahlungsansprüchen an. Da bei Tatbeteiligten üblicherweise die Tatherrschaft über die Geschäftsabwicklung bzw. die Tatbeute verlangt wird,⁷³ ein Nichtbeteiligter notwendigerweise aber keine Tatherrschaft innehaben kann, muss dieses Defizit u. E. anderweitig kompensiert werden (dazu sogleich). Jedenfalls wird eine detaillierte Feststellung der tatsächlichen Ver-

⁶⁶ So auch LG Bonn, 62 KLs - 213 Js 41/19 - 1/19, Rn. 390.

⁶⁷ BGH, BeckRS 2019, 5646 Rn. 10.

⁶⁸ BGH NJW 2019, 2182, 2183.

⁶⁹ BGH BeckRS 2018, 13152, Rn. 12.

⁷⁰ BGH BeckRS 2018, 13152, Rn. 14; für den Gehilfen, BGH NStZ 2011, 87.

⁷¹ BGH NJW 2012, 92, 93.

⁷² Heine, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2019, § 73, Rn. 42. BGH BeckRS 2018, 13152 Rn. 14 spricht von „Verwahrer“ und einem weisungsgemäßen Verhalten.

⁷³ BGH BeckRS 2018, 13152 Rn. 14; NStZ 2010, 85; NStZ 2010 86, 87 Rn. 10; NStZ 2011, 87; Heine, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2019, § 73, Rn. 42; Lohse, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, § 73 Rn. 31f.

hältnisse, insbesondere der rechtlichen und tatsächlichen Abreden aller Involvierten (Beteiligten und Dritten) über ihre Mitwirkung am Geschehensablauf, erforderlich sein.⁷⁴

aa) Fehlende Beteiligteigenschaft

Ob und ggf. welche Auswirkungen die Konstellation der Drittbegünstigung auf die Frage hat, ob ein rechtserheblicher Vermögenszufluss stattfand, wurde – soweit ersichtlich – bislang in Rspr. und Literatur nicht erörtert.

Es wurden bisher nur Konstellationen behandelt, in denen ein Tatbeteiligter die Funktion eines Boten oder Besitzdieners innehat, nicht aber solche, in denen ein potentieller Drittbegünstigter lediglich Bote oder Besitzdiener ist.⁷⁵ Gerade zwischen untergeordneten, dienstleistenden Verbänden mit eventuell nur verwahrender oder treuhänderischer Inhaberschaft an den Forderungen aus der KapEst-Erstattung und endgültig bereicherten Finanzinstituten besteht aber erheblicher Differenzierungsbedarf.

Überzeugungskraft gewinnt das Abstellen auf die Tatherrschaft im Rahmen des § 73 StGB daraus, dass sie ein zumindest ansatzweise objektivierbares Kriterium ist, das eine inhaltliche Nähe zu der zu entscheidenden Frage aufweist, ob nämlich lediglich eine dienende und untergeordnete Stellung vorliegt. In mittäterschaftlichen Konstellationen, die den hier behandelten Mehrpersonensituationen am ähnlichsten sind, ist Tatherrschaft als funktionale Tatherrschaft zu verstehen.⁷⁶ Wesentlicher Anknüpfungspunkt hierfür ist neben der Tatbeteiligung das eigene Interesse an der Tat.⁷⁷ Nur letzteres kann bei Dritten beurteilt werden. Folgerichtig sollte bei der Abgrenzung im Rahmen von § 73b StGB berücksichtigt werden, wie substantiell der Dritte an der endgültigen „Beuteteilung“ beteiligt ist. Denn hierin kann sein wesentliches wirtschaftliches Tatinteresse liegen. Dann hätten etwa solche Dritte als bloß transitorische Inhaber nichts erlangt, die nur Vermögen im Rahmen einer Transferkette erlangen und bei wirtschaftlicher Betrachtung lediglich als Zahlstelle fungieren. Dafür spricht auch, dass solche Zahl- oder Verwahrestellen zivilrechtlich weisungsabhängig – unabhängig von technischen Gestaltungen, also ob etwa ein Treuhandkonto ausgewiesen ist oder nicht – sein können, wodurch von einem Beherrschen der Geschäftsabwicklung ohnehin nicht die Rede sein kann.

Daneben kann auch die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit bezüglich der deliktischen Vermögensherkunft Einfluss auf die Beantwortung der Frage haben, ob eine faktische Verfügungsmacht besteht. Denn der BGH führt zur Begründung der Verfügungsmacht und Ablehnung einer bloß transitorischen Inhaberschaft die *Hauptverantwortung* von Mittätern und ihr *eigenverantwortliches Handeln* an.⁷⁸ Es kann bei einem gutgläubigen Dritten von einer eigenverantwortlich übernommenen Hauptverantwortung – sei dies auch ein Fall von fahrlässiger Unkenntnis – aber wohl nicht gesprochen werden. Sofern ein gutgläubiger Dritter Vermögenswerte im Rahmen von Transferketten zur Weiterleitung erhalten hat, spricht daher viel für eine nur transitorische Inhaberschaft.

bb) (Un-)Beachtlichkeit zivilrechtlicher Verhältnisse

Nach ständiger Rspr. des BGH kommt es für das *Erlangen* nur auf die faktische Verfügungsmacht an, nicht auf die zivilrechtlichen Besitz- und Eigentumsverhältnisse.⁷⁹ Dies entspricht der Intentionen des Gesetzgebers, der die Möglichkeit der Einziehung nicht von der dinglichen Rechtslage abhängig machen will.⁸⁰ Gestohlene Gegenstände⁸¹ sollen eingezogen werden können und zivilrechtliche Schutzvorschriften zugunsten des Eigentümers oder Rechtsinhabers, etwa § 935 BGB, nicht zugunsten des Einziehungsadressaten wirken, indem sie, etwa mangels Eigentumserlangung abhandengekommener Gegenstände, eine Einziehung ausschließen.

⁷⁴ In Bezug auf die Beteiligten so auch *Heine*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2018, § 73 Rn. 42. Vgl. auch BGH NSTZ 2010, 85; NSTZ 2010, 86, 87 Rn. 10.

⁷⁵ Vgl. nur *Heine*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Auflage 2018, § 73 Rn. 42; 73b Rn. 4; *Lohse*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, § 73 Rn. 30-34; 73b Rn. 1, 12-14.

⁷⁶ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 30. Auflage 2019, § 25 Rn. 58 m.w.N.

⁷⁷ Statt vieler *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 30. Auflage 2019, § 25 Rn. 67.

⁷⁸ BGH BeckRS 2019, 5646 Rn. 12.

⁷⁹ BGH NSTZ 2019, 272, Rn. 6.

⁸⁰ BT-Drs. 18/9525 S. 62.

⁸¹ Freilich wird hier der Besitz erlangt.

Nicht intendiert ist aber das vollständige außer Acht lassen der (zivil-)rechtlichen Gegebenheiten, soweit diese tatsächliche Auswirkungen nach sich ziehen bzw. mit sich bringen. Es kann nicht nur auf eine messbare Verbesserung der Vermögensbilanz der potentiellen Einziehungsbeteiligten ankommen.⁸² Vertragliche Regelungen im Innenverhältnis einzelner Akteure haben ggf. tatsächliche Auswirkungen. Würde nur auf eine Verfügungsbefugnis im Außenverhältnis abgestellt, liegt gerade keine wirtschaftlich-faktische, sondern eine rein rechtliche Betrachtung vor. Wenn sogar rechtswidrige (§§ 134, 138 BGB) Absprachen über Vermögenszuordnungen unter Mittätern einer Straftat beachtlich sind,⁸³ muss dies erst recht für wirksame zivilrechtliche Verpflichtungen gelten, die bestimmte Vermögenspositionen inter partes zuordnen. Überdies spricht gerade das Abstellen auf eine Vermögensbilanz dafür, noch nicht erbrachte, aber geschuldete Leistungen in die Betrachtung einzubeziehen.

b) Inkriminiertes Vermögen

Die steuerrechtswidrig erstattete KapEst wird regelmäßig als inkriminiert, d.h. als durch eine Straftat erlangt anzusehen sein. Im Rahmen von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ist Vermögen allerdings dann nicht durch die Tat erlangt, wenn es unabhängig von der Tat durch einen unbemakelten Erwerbsvorgang erlangt wurde. Dies kann für die Vergütung einzelner Dienstleistungen gelten. Selbst wenn solche mit Mitteln beglichen werden, die aus einer Straftat stammen, scheidet eine Einziehung aus, wenn das Verpflichtungsgeschäft an sich nicht bemakelt war.⁸⁴ Denn es wird nicht nachträglich dadurch bemakelt, dass die sich aus ihm ergebenden Forderungen mit Mitteln aus einer Straftat erfüllt werden.

Ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Tathandlung und der Vermögenserlangung ist hier nicht erforderlich, vielmehr reicht ein Bereicherungszusammenhang zwischen Tat und Erlangtem aus.⁸⁵

c) Personenbezogene Legitimation der Einziehung

Sofern inkriminiertes Vermögen vorhanden ist, müssen die weiteren Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 StGB erfüllt sein, um den Zugriff auf den Unbeteiligten zu legitimieren. Im Vertreterfall nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ist dies das Handeln des Beteiligten für den Dritten.

Im Ausgangspunkt übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass eine faktische Betrachtungsweise maßgeblich ist, somit an jede Art von Handeln für den Empfänger angeknüpft werden kann und kein organschaftliches Zurechnungsverhältnis i.S.d. § 14 StGB erforderlich ist. Der Drittbezug muss nicht einmal nach außen erkennbar sein und auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten kommt es nicht an.⁸⁶ Nach der Formulierung der Rechtsprechung muss der Handelnde im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Tat auch, und sei es nur faktisch, im Interesse des Dritten gehandelt haben.⁸⁷

aa) Präventionsgedanke

Dieser Rspr. – die ja Grundlage der Reform des Jahres 2017 war – liegt der angesprochene Präventionsgedanke zu Grunde. Das Handeln des Täters soll für den Dritten nicht risikolos sein, damit der Dritte – in Anblick dieses Drohapparats – selbst Kontrollmechanismen installiert.⁸⁸ Hierarchisch organisierte Unternehmen werden hier explizit angesprochen.⁸⁹ Für die Vielpersonenkonstellation der Cum/Ex-Fälle ist herauszuarbeiten, in welchen Beziehungen dieser Präventionsgedanke sinnvollerweise greifen kann.

Unproblematisch kann dies für jene juristischen Personen gelten, deren Leitungspersonen (vgl. § 30 Abs. 1 OWiG) oder jedenfalls Mitarbeiter an der Verwirklichung des § 370 Abs. 1 AO beteiligt waren. Gleiches könnte gelten, wo eine ähnlich enge Verbindung und vergleichbare Steuerungsmöglichkeiten besteht. Wenn etwa Angestellte sich selbstständig

⁸² In diese Richtung wohl die Kammer in Bonn: *Wischmeyer*, Banken und Angeklagte sollen zahlen, sagt der Richter, in: SZ vom 05.02.2020, abgerufen unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-landgericht-bonn-schaden-1.4785706> am 08.06.2020.

⁸³ Etwa BGH BeckRS 2018, 13152, Rn. 14.

⁸⁴ BGH BeckRS 2014, 4053 Rn. 41.

⁸⁵ BGH NStZ 2014, 89, 94. *Joecks*, in: MüKo, StGB, 3. Auflage 2016, § 73b Rn. 80; zur alten Rspr., die 2017 kodifiziert werden sollte.

⁸⁶ *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73b Rn. 3; *Theile*, JA 2020, 1, 4.

⁸⁷ BGH NStZ-RR 2017, 342; NStZ 2014, 89, 94.

⁸⁸ BGH GRUR 2008, 818, 826; NJW 2002, 3339, 3341.

⁸⁹ BGH NJW 2002, 3339, 3341.

machen und als externe Berater („Investmentmanager“) von Banken bzw. Fonds agieren,⁹⁰ stellt sich die Frage, ob die Banken bzw. Fonds diese ähnlich wie eigene Mitarbeiter steuern und überwachen können. Eine Kontrolle kann und darf nicht aufgebürdet werden, wo sie außerhalb des Verantwortungs- und Machtbereiches des Pflichtigen liegt. Übertragen auf die Grundkonstellation der Cum/Ex-Fälle heißt dies, dass von einer Kontroll- und Steuerungsfähigkeit bzgl. eigener Leitungspersonen und Angestellten auszugehen ist, aber im Einzelfall genau zu prüfen ist, ob etwa der Leerverkäufer und Leerkäufer externe Dienstleister überwachen konnten und durften. Es dürfte regelmäßig anzunehmen sein, dass jedenfalls bloß zwischengeschalteten Stellen, Finanzdienstleister oder Treuhänder, weder in der Pflicht, noch in der Lage sind, generell ihre Auftraggeber zu kontrollieren. Andernfalls würde man heteronom Kontrollpflichten außerhalb des Tätigkeits- und Einflussbereichs der Kontrollpflichtigen aufstellen. In diesen Fällen bzw. in dieser Stoßrichtung kann das präventive Ziel der Einziehung von vorneherein nicht erreicht werden.

bb) Zum Handeln „für“ den Drittbeteiligten

Unter dem Erfordernis, dass der Beteiligte für den Dritten gehandelt haben muss, versteht die Rspr. seit der Grundsatzentscheidung des 5. Senats aus dem Jahre 1999⁹¹ jedes Handeln *im Interesse* des Drittbegünstigten, und sei es *nur ein faktisches Interesse*. Das Tatbestandsmerkmal wird rein formal betrachtet, wäre doch bei wirtschaftlicher Betrachtung das Risiko strafprozessualer Maßnahmen genauso wie etwaige Ansprüche auf Rückübertragung oder Weiterleitung der Vermögenswerte zu berücksichtigen.⁹² An dem daraus resultierenden sehr weiten Verständnis wird kritisiert, dass so auf ein Handeln im Interesse des Dritten – also für ihn – geschlossen werde, nur weil er etwas erlangt habe und daher statt eines echten Tatbestandsmerkmals lediglich ein Kausalitätserfordernis bestünde.⁹³

Gerade in den komplizierten Konstellationen der Cum/Ex-Fälle bedarf es einer genauen Analyse im Einzelfall, in wessen Interesse die einzelnen Beteiligten gehandelt haben. Andernfalls droht eine ausufernde Einziehung bei Nichttatbeteiligten. Das erforderliche Legitimationsmoment für den Zugriff auf das Privatvermögen kann nicht zu Gunsten eines etwaigen Interesses der Strafverfolgungsbehörden, möglichst viele liquide Einziehungsschuldner zu haben, aufgegeben werden. Dies kann nur gelingen, wenn hinreichend klare Kriterien zur Verfügung stehen.

Im Bonner Prozess hatte die 12. Strafkammer des Landgerichts tragend nur über die Einziehung bei einer als Leerkäuferin involvierten Dritten zu entscheiden. Das Gericht ging jedoch obiter dictum über das ohnehin weite Verständnis des BGH hinaus, indem es die Notwendigkeit jedes subjektiven Elements aufgab.⁹⁴ Nach allgemeinem Sprachgebrauch könne für einen anderen handeln, wessen Verhalten sich nur objektiv zugunsten eines Dritten auswirkt, solange die Vermögensmehrung nicht nur zufällig oder mittelbar geschehen sei. Eine auch nur als Neben- oder Zwischenziel gewollte Vermögensmehrung beim Dritten ist für die Kammer nur *ferner* – d.h. darüber hinaus – ausreichend, aber gerade nicht erforderlich. Diese Interpretation diene dem Ziel, eine effektive Abschöpfung zu gewährleisten.

Hier scheinen u.E. nach aber die Grenzen zwischen effektiver und unbegrenzter Abschöpfung zu verschwimmen. So könnte nach diesem Verständnis auch in bestimmten Varianten des sogenannten Erfüllungsfalls eingezogen werden, etwa bei dem redlichen Gläubiger eines Betrügers, wenn dessen Opfer, um die (betrügerisch erlangte) Forderung des Betrügers ihm gegenüber zu tilgen, erfüllungshalber direkt an den redlichen Gläubiger leistet.⁹⁵ Gegen eine Einziehung auch der nicht-finalen Vermögensmehrung bei Dritten spricht neben der Gesetzgebungsgeschichte⁹⁶ auch der Wortlaut. Gerade um das Tatbestandsmerkmal nicht zum Kausalitätserfordernis zu verschleifen, ist hier mit dem BGH jedenfalls ein

⁹⁰ LG Bonn, 62 KLS - 213 Js 41/19 - 1/19 Rn. 339.

⁹¹ BGH NJW 2000, 297.

⁹² Fleckenstein, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, Berlin 2017, S. 180.

⁹³ Fleckenstein, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, Berlin 2017, S. 180; Radtke, Handeln „für einen anderen“ bei Verfall und Wertersatzverfall gegen Dritte im Sinne von § 73 Abs. 3 StGB, in: Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann, Berlin 2014, 927, 933.

⁹⁴ LG Bonn 62 KLS - 213 JS 41/19 - 1/19, Rn. 2007-2009.

⁹⁵ Leistete das Opfer an den Betrüger woraufhin dieser das Erlangte auf seinen redlichen Gläubiger überträgt, wäre eine Einziehung nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB nicht möglich. Vorliegend würde dies umgangen, da der Täter zwar eine Forderung erlangt, diese aber – mangels Abtretungsvertrages – nicht auf den redlichen Gläubiger übertragen würde, sondern ein Direkterwerb stattfindet. Vgl. auch Köhler/Burkhard NSTZ 2017, 665, 668 Bsp. 3.

⁹⁶ Lohse, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, § 73b Rn. 16.

subjektives Element zu fordern.⁹⁷ Erging diese Rspr. noch zum alten Recht, hat sich durch die Reform 2017, die diese unbestritten unverändert übernehmen wollte, daran nichts geändert. Vielmehr fordert besonders der aktuelle Wortlaut ein solches Verständnis.⁹⁸ § 73 Abs. 3 StGB aF lautete nämlich: „Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt [...]“ Hier legte der Wortlaut eine Verquickung von erlangtem Etwas und dem Handeln für den Dritten nahe. Das Wort „dadurch“ stellte einen inneren Zusammenhang her. Ausweislich des Wortlauts des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB nF müssen die zwei Voraussetzungen nun aber kumulativ vorliegen, der Dritte muss *etwas erlangt* haben und der Täter *für ihn* gehandelt haben.⁹⁹

Auslegungsfragen können als Teil der juristischen Methodik verfassungsrechtlich aufgeladen sein, vgl. Art. 103 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG.¹⁰⁰ Auch bei grundsätzlich objektiver Auslegung im Strafrecht¹⁰¹ sollten Tatbestandsmerkmale als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, und nicht nur der Wortlaut als äußerte Grenze des Zulässigen¹⁰² beachtet werden. Dies führt zu folgender Überlegungen: Damit das Handeln *für* den Drittbeteiligten als Tatbestandsmerkmal eine eigene Bedeutung hat, ist neben dem wenigstens schwach ausgeprägten subjektiven Element ein objektives Interesse des Dritten – aus objektivierter Sicht des Beteiligten – festzustellen. In Mehrpersonenkonstellationen ist für alle potentiellen Dritten gesondert zu ermitteln, dass der Beteiligte für sie gehandelt hat.

Darüber hinaus wäre es – wie bereits dargelegt – zu begrüßen, wenn regelmäßig nur bei solchen Dritten Vermögen eingezogen werden würde, die Einfluss auf die Tatbeteiligten nehmen können. Gerade die Vielpersonenkonstellationen der Cum/Ex-Fälle zeigen, dass neben den dogmatischen Argumenten auch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für viele Akteure besteht. Eine effektive und lückenlose Einziehung steht dem nicht entgegen, vielmehr erfordert eine gelungene Generalprävention die Einziehung bei den hauptsächlichen Profiteuren.

Eindrücklich zeigt dies der Bonner Fall. Hier wäre eine Einziehung selbst bei der hier präferierten einschränkenden Auslegung unproblematisch möglich gewesen. Die einziehungsbeteiligte Bank stand nach laut den - nicht rechtskräftigen - Feststellungen als Leerkäuferin im Zentrum der Kreisgeschäfte und dürfte aus Sicht des Gerichts wohl maßgeblichen Einfluss auf die Geschäfte gehabt haben.¹⁰³

d) Verhältnis zu § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Nicht behandelt ist bisher die Frage, wie sich die Stellung als unvorsätzlicher Tatmittler i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zu der als Drittbegünstigten nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB verhält. Zu denken ist dabei nicht nur an natürliche Personen als potentielle Drittbeteiligte. Sofern die unvorsätzlich handelnden Tatmittler für eine juristische Person tätig sind und diese als potentieller Drittbeteiligter (wegen eines temporären Zuflusses) im Raum steht, stellen sich entsprechende Sachfragen. Die Involvierung auch gutgläubiger Akteure ist bei den Cum/Ex-Fälle schon angesichts der enormen Vielzahl faktisch in die Abläufe eingebundener Personen und Verbände anzunehmen,¹⁰⁴ sodass Fälle der mittelbaren Täterschaft naheliegen. Insbesondere die Fallgruppe der Irrtumsherrschaft¹⁰⁵ kommt in Betracht. Die mittelbare Täterschaft ist eine Rechtsfigur mit der das fremde Verhalten des Tatmittlers dem Hintermann als eigenes zugerechnet wird. Diese Zurechnung gründet auf der täterschaftlichen Beherrschung des fremden Ausführungsverhaltens.¹⁰⁶ Ebenso findet in den hier besprochenen

⁹⁷ BGH NStZ-RR 2017, 342, 344.

⁹⁸ Anders LG Bonn 62 KLS - 213 JS 41/19 - 1/19, Rn. 2008; hier werden aber Fragen des Durchgangserwerbs mit solchen des Handelns für den Dritten verwechselt. Der angeführte Verweis spricht gegen die dargestellte Auffassung.

⁹⁹ So auch *Heuchemer*, in: BeckOK, StGB, 46. Edition, § 73b Rn. 5.

¹⁰⁰ *Baldus*, Gut meinen, gut verstehen?, in: Baldus/ Theisen/ Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, Tübingen 2013, S. 11; *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Auflage München 2008, Rn. 704-713.

¹⁰¹ Zur Einziehung vgl. *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, Vorb. zu §§ 73ff. Rn. 16.

¹⁰² In diese Richtung LG Bonn 62 KLS - 213 JS 41/19 - 1/19, Rn. 2008f. Allgemein gegen eine zu extensive Auslegung bei der Einziehung auch *Wengenroth*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17. Januar 2019 – 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 323f.

¹⁰³ LG Bonn 62 KLS - 213 JS 41/19 - 1/19, Rn. 390, 1987, 1996-2000.

¹⁰⁴ Vgl. nur *LG Bonn* 62 KLS - 213 JS 41/19 - 1/19, Rn. 390.

¹⁰⁵ Dazu *Kudlich*, in: BeckOK, StGB, 46. Edition, § 25 Rn. 24, 28.

¹⁰⁶ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 8.

Vertreterfällen eine Zurechnung des Verhaltens statt.¹⁰⁷ Weil der Täter für den Dritten handelt, wird dem Drittbegünstigten das Verhalten des Täters zugerechnet.

Während bei § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB der Täter den Tatmittler planvoll lenkend für seine eigenen Interessen einsetzt, handelt der Täter im Fall des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB im Interesse des Drittbegünstigten. Insoweit schließen sich beide Formen der Zurechnung gegenseitig aus. Entweder es liegt ein Handeln im Interesse des Drittbegünstigten vor oder dieser Drittbegünstigte wird (ggf. über dessen unvorsätzlich handelnden Mitarbeiter oder Leitungspersonen) planvoll lenkend im Interesse des Täters als Tatwerkzeug eingesetzt. Beides kann nicht vorliegen, denn wer sich eines anderen kraft überlegenen Wissens als Werkzeug bedient, handelt bereits sprachlich nicht in dessen Interesse, sondern in seinem eigenen oder in dem anderer Dritter. Glaubte der Hintermann im Interesse des Tatmittlers zu handeln, bräuchte er ihn überhaupt nicht täuschen. Er könnte schlicht mit ihm gemeinsame Sache machen. Daher liegt es grundsätzlich nie im Interesse einer Person, als Marionette eines anderen zur Begehung einer Straftat eingesetzt zu werden. Darüber hilft auch nicht hinweg, dass es nach allgemeiner Meinung in den Vertreterfällen nicht auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Drittbegünstigten ankommt.¹⁰⁸ Denn es besteht ein Unterschied, ob man in Hinblick auf den Ursprung von Vermögen guten Glaubens ist oder ob man unwissend zur Begehung einer rechtswidrigen Tat eingesetzt wird.

Auch die Richtung der Zurechnung schließt es aus, einen Tatmittler als Drittbegünstigten der Einziehung zu unterwerfen. Das konkrete Tun des Tatmittlers wird über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB dem Hintermann zugerechnet, während bei § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB dem Einziehungsunterworfenen das Verhalten des Tatbeteiligten zugerechnet wird. Hierfür wird die Straftat des Täters zum Drittbegünstigten gezogen, um die Einziehung der Vermögenswerte bei diesem zu rechtfertigen. Dies widerspricht aber der Struktur der mittelbaren Täterschaft, bei der das Verhalten des Tatmittlers zum Täter gezogen wird. Wenn das tatbestandsmäßige Verhalten aber normativ dem Täter vorzuwerfen ist, darf dies nicht im Wege der Einziehung umgekehrt werden. Andernfalls wird der Vertreterfall unzulässig uminterpretiert.

Beispielhaft kann dies an der Fallgestaltung eines kürzlich ergangenen Beschlusses des BGH gesehen werden.¹⁰⁹ Zwei Angeklagte hatten in betrügerischer Absicht verschiedene Fahrzeuge angemietet und von gutgläubigen Fahrern zur weiteren Verwertung an Hintermänner im Ausland weitergeben lassen. Die gutgläubigen Fahrer seien auch weisungsabhängig gewesen, weshalb die Täter die Fahrzeuge zwischenzeitlich erlangt hätten und nun bei ihnen der Wert eingezogen werden könne. Es wäre durchaus denkbar, dass die Fahrer gegenüber den Fahrzeugvermietern als Tatmittler des Betrugs eingesetzt werden. Von einem Handeln der Täter im Interesse der Fahrer kann hier aber keine Rede sein, die Involvierung in derartige Geschäfte birgt für die Fahrer je nach Konstellation Haftungsrisiken, die sogar über den Fahrzeugwert hinaus (Nutzungsausfallschaden etc.) gehen können, denen ein wohl eher geringes Entgelt für die Dienste gegenübersteht. Gleichzeitig verdeutlicht dies noch einmal, weshalb an einer subjektiven Komponente festgehalten werden muss, um ein Handeln im Interesse eines Dritten anzunehmen (s.o. IV.2.c.bb.). Denn sofern in solchen Konstellationen kein nur transitorischer Besitz bei den Fahrern vorliegt, hätte der Täter für sie gehandelt, da die Vermögensmehrung in Form des Besitzes an den Fahrzeugen keine nur zufällige oder mittelbare Folge des Betruges ist und die spätere Weitergabe allenfalls im Rahmen des § 73e Abs. 2 StGB zu berücksichtigen wäre. Dies würde u.E. den Anwendungsbereich der Einziehungsvorschriften überdehnen.

V. Zusammenfassung

Eine Vielzahl von Taten, Beteiligten, Dritten, Vierten und Taterträgen kennzeichnet die Cum/Ex-Fälle. Da die Abschöpfung im Steuerstrafrecht seit dem Jahr 2017 möglich ist, stellen sich die Cum/Ex-Fälle als erste wahre Bewährungsprobe für das neue Einziehungsrecht dar. Dabei ist zu beachten:

¹⁰⁷ Den Begriff verwenden in Bezug auf das Handeln für etwa: *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 73b Rn. 2, 4; *Lohse*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2020, § 73b Rn. 19.

¹⁰⁸ *Eser/Schuster*, in: Sch/Sch, § 73b Rn. 3 m.w.N.

¹⁰⁹ *Pressemitteilung des LG Osnabrück Nr. 51/2020 v. 05.08.2020* zu BGH, Beschluss vom 21. Juli 2020 - 3 StR 211/20 - unveröffentlicht.

Die Einziehung von Taterträge nach §§ 73, 73b StGB bedarf u.E. stets des Vorliegens von drei Voraussetzungen: Ein Vermögenswert muss erlangt worden sein und dieser Vermögenswert muss inkriminiert sein. Überdies bedarf der Zugriff auf das Vermögen einer personenbezogenen Legitimation: Dies ist in den Fällen des § 73 StGB die Beteiligung an einer rechtswidrigen Tat, in den Fällen des § 73b StGB die Beziehung des Dritten zum Beteiligten und eine verminderte Schutzbedürftigkeit.

Erlangt ein Dritter inkriminiertes Vermögen ohne rechtlichen Grund, weil ein Vertrag fehlerhaft ist oder nicht zustande kommt (etwa §§ 142, 125 BGB), ist § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a Var. 2 StGB ggf. teleologisch zu reduzieren.

§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB ist bei (einfacher) Alltagsfahrlässigkeit nicht einschlägig.

Bezieht jemand im Rahmen seiner an sich legalen Berufsausübung ein angemessenes Grundgehalt, ist dies selbst dann nicht stets für rechtswidrige Taten erlangt, wenn er im Rahmen seiner Tätigkeit teilweise oder überwiegend in kriminelle Aktivitäten verwickelt ist, § 73 Abs. 1 Var. 2 StGB.

Der bloße Zufluss von Vermögen bei einem Dritten begründet für sich genommen noch keine Erlangung von Vermögenswerten i.S.d. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB. Wird Vermögen im Rahmen von Transferketten weitergeleitet, ist insbesondere bei gutgläubigen Dritten eine bloß transitorische Inhaberschaft möglich, die nicht zur Einziehung berechtigt. Die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Akteuren müssen, soweit sie auch in tatsächlicher Hinsicht Auswirkungen haben, Eingang in die Betrachtung finden.

Auch der einziehungsbeteiligte Dritte muss de lege lata tauglicher Adressat des Präventionszwecks der Einziehung sein. Ist er dies nicht, kommt die Einziehung aus teleologischen Erwägungen nicht in Betracht. Darüber hinaus sollte eine Einziehung nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB nur stattfinden, wo Tatbeteiligte im Einflussbereich des Dritten handeln.

Im Vertreterfall ist ein Handeln „für“ den Einziehungsbeteiligten erforderlich. Es handelt sich dabei nicht nur um ein reines Kausalitätserfordernis. Der Beteiligte muss subjektiv-final für den Dritten handeln und es muss objektiv in dessen Interesse geschehen.

Wer als Tatmittler i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB eingesetzt wird, kann nicht Vertretener nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB sein. Gleiches gilt grundsätzlich für juristische Personen, sofern ihre Angestellten als Tatmittler eingesetzt werden.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M.

Die Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie aus strafrechtlicher Sicht

I. Einführung*

Durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) wurde die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO vorübergehend (zunächst bis zum 30. September 2020) suspendiert. Zweck dieser Regelung ist es, Unternehmen, die wegen der COVID-19-Pandemie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, zu ermöglichen, die notwendigen Vorkehrungen (Beantragung staatlicher Hilfen oder Finanzierungs- oder Sanierungsarrangements mit Gläubigern) zu treffen, um die Insolvenzreife zu beseitigen.¹

Vor diesem Hintergrund soll näher betrachtet werden, ob trotz der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht Strafbarkeitsrisiken bei einer Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie bestehen könnten.

* Dieser Beitrag basiert auf einer Präsentation der Verfasserin im Rahmen des WisteV-Webinars zu aktuellen Problemen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie am 2. Juli 2020.

¹ BT-Drucks. 19/18110, S. 17.

II. Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO)

Gemäß § 1 S. 1 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO zunächst bis zum 30. September 2020 ausgesetzt.² Das gilt allerdings nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen (§ 1 S. 2 COVInsAG). Schließlich stellt § 1 S. 3 COVInsAG die Vermutung auf, dass wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war, die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Zusammengefasst heißt das in einfachen Worten: Bei pandemie-bedingten Insolvenzen muss kein Insolvenzantrag gestellt werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich beseitigt werden kann.

Wenn nach dem COVInsAG keine Insolvenzantragspflicht besteht, scheidet auch eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO) aus.

1. Zeitlicher Rahmen

Das COVInsAG trat rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft.³ § 1 COVInsAG ist aufgrund der Meistbegünstigungsregel des § 2 Abs. 3 StGB aber auch auf pandemie-bedingte Insolvenzreifen vor dem 1. März 2020⁴ anzuwenden.⁵ Daran ändert auch § 2 Abs. 4 S. 1 StGB, der bei sog. Zeitgesetzen (also Gesetzen, die nur für eine bestimmte Zeit gelten sollen) eine Ausnahme von dieser Meistbegünstigungsregel vorsieht, nichts.⁶ Denn diese Ausnahme findet nur dann Anwendung, wenn eine Tat während der Geltung des Zeitgesetzes begangen wurde. Das ist bei Fällen vor Geltung des COVInsAG aber gerade nicht der Fall.

Sobald § 1 S. 1 COVInsAG nicht mehr gilt, also die Insolvenzantragspflicht nicht mehr ausgesetzt ist, besteht aber wieder das übliche Strafbarkeitsrisiko nach § 15a Abs. 4 – 6 InsO.

2. Keine Geltung der Gesetzesvermutung im Strafprozess

Nach der Gesetzesbegründung soll die gesetzliche Vermutung, den Antragspflichtigen von den Nachweis- und Prognoseschwierigkeiten effektiv entlasten und eine Widerlegung nur selten in Betracht kommen.⁷ Ein Strafgericht ist an die täterbegünstigende gesetzliche Vermutung des § 1 S. 3 COVInsAG allerdings nicht gebunden, da eine solche die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO) nicht einschränken kann.⁸ Ein Strafgericht kann also auch, wenn am 31. Dezember 2019 keine Zahlungsunfähigkeit vorlag, der Ansicht sein, dass die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruhte und/oder keine Aussichten auf Beseitigung der bestehenden Zahlungsunfähigkeit bestanden und daher die Insolvenzantragspflicht nicht suspendiert war.

Wenn man sich vor Augen führt, dass es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zulässig ist, die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) auch nach kriminalistischen Beweisanzeichen wie Zahlungsrückständen und erfolglosen Pfändungsversuchen zu bestimmen,⁹ besteht das Risiko, dass auch an die Feststellung, dass keine pandemiebedingte Insolvenzreife vorliegt, nur geringe Beweisanforderungen gestellt werden könnten.

² Gemäß § 4 COVInsAG ist das Bundesjustizministerium aber ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG bis höchstens zum 31. März 2021 zu verlängern, wenn dies aufgrund fortbestehender Nachfrage nach verfügbaren öffentlichen Hilfen, andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten erscheint.

³ Art. 6 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020.

⁴ Solche kommen möglicherweise bei der Tourismusbranche in Betracht, weil schon vor dem 1. März 2020 weniger Menschen Reisen gebucht haben dürften als sonst.

⁵ So auch: *Brand*, BB 2020, 909, 912 und *Altenburg/Kremer*, Newsdienst Compliance 2020; vgl. zu dieser Frage beim Finanzmarktstabilisierungsgesetz: *Adick*, HRRS 2009, 155, 156.

⁶ So auch: *Brand*, BB 2020, 909, 912.

⁷ BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

⁸ BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92, Rn. 16 = BGHSt 39, 291; BGH, Urteil vom 24. Juni 1987 – 3 StR 152/87 = BeckRS 1987, 31101436; BGH, Urteil vom 16. Januar 2020 – 1 StR 89/19, Rn. 40 (juris); Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage 2020, § 261 StPO Rn. 2a m.w.N.; MüKo-Miebach, 1. Auflage 2016, § 261 StPO Rn. 159 m.w.N.; KK-Ott, 8. Auflage 2019, § 261 StPO Rn. 151; *Brand*, BB 2020, 909, 910.

⁹ Wabnitz/Janovsky/Schmitt-Beck, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2020, Kapitel 8 Rn. 114 m.w.N.; MüKo-Hohmann, 3. Auflage 2019, § 15a InsO Rn. 40 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26. Februar 1987 – 1 StR 5/87, Rn. 13 (juris) = BGHR StGB § 283 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 1; BGH, Beschluss vom 2. August 1990 – 1 StR 373/90 = BGHR StGB § 283 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 2; BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 – 1 StR 668/98, Rn. 28 (juris) = BGH NJW 2000, 154.

Sollte ein Gericht – anders als der Beschuldigte – davon ausgehen, dass keine pandemiebedingte Insolvenz vorliegt, so könnte der Beschuldigte aber einem Tatumstandsirrtum im Sinne von § 16 StGB (bei unzutreffender Tatsachengrundlage) oder einem Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB (bei falscher rechtlicher Würdigung) unterlegen haben.

Derjenige, der sich auf die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht berufen möchte, sollte aber jedenfalls den Sachverhalt, von dem er ausgeht, und die Schlussfolgerung, warum aufgrund dieses Sachverhalts keine Insolvenzantragspflicht besteht, vorsorglich schriftlich festhalten.

III. Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB)

Das COVInsAG befreit grundsätzlich nicht von einer potentiellen Strafbarkeit wegen der Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB).

Das COVInsAG nimmt aber bestimmte Fälle von der Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung aus. Wegen Gläubigerbegünstigung kann sich gemäß § 283c StGB strafbar machen, wer in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einem Gläubiger eine Befriedigung gewährt, die dieser nicht zu beanspruchen hat (sog. inkongruente Deckung).

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2, 1. HS COVInsAG gilt die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite aber nicht als gläubigerbenachteiligend.¹⁰ Selbst wenn jemand einem Gläubiger eine diesem nicht zustehende Befriedigung gewährt, dann macht er sich also nicht strafbar, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2, 1. HS COVInsAG vorliegen, also dies vor dem 30. September 2023 geschieht und es sich um einen Kredit handelt, der während der suspendierten Insolvenzantragspflicht gewährt wurde. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 2 Abs. 1 Nr. 2, 2. HS COVInsAG auch für Gesellschafterdarlehen.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Ausnahmen von der Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung ist jedoch, dass die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, sodass auch hier das Restrisiko verbleibt, dass Strafgerichte, die Frage, ob dies der Fall war, letztlich anders bewerten könnten. Es gilt insoweit das im Rahmen soeben zu II. Ausgeführte.

IV. Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB)

Es besteht das Risiko, dass wegen des Abschlusses von Verträgen mit Lieferanten oder Dienstleistern jedenfalls dann, wenn die Leistungen nicht bezahlt werden, Ermittlungsverfahren wegen Betrugs in Form des Eingehungsbetrugs eingeleitet werden könnten. Denn nach der Rechtsprechung erklärt der, der einen Vertrag schließt, in der Regel konkludent, dass er zahlungsfähig und -willig ist.¹¹

Bei der Verteidigung könnte man sich möglicherweise auf den Standpunkt stellen, dass der Beschuldigte beim Vertragsschluss ohne Täuschungsabsicht agierte, weil er darauf vertraute, die Forderungen später begleichen zu können.¹² Dabei könnte ggf. vorgebracht werden, dass dieses Vertrauen gerade deshalb nicht unbegründet war, weil der Gesetzgeber durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz zum Ausdruck gebracht hat, dass auch er daran glaubt, dass sich die überwiegende Anzahl von Unternehmen von den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie wieder erholen wird.

V. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)

Eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB kommt in Betracht, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) vereinbar.

¹⁰ So auch: *Altenburg/Kremer*, Newsdienst Compliance 2020, 120002.

¹¹ *Fischer*, 67. Auflage 2020, § 263 StGB Rn. 33 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. Juni 1954 – 1 StR 526/53 = BGHSt 6, 198; vgl. auch *Ruppert*, COVuR 2020, 130, 134.

¹² *Brand*, BB 2020, 909, 913.

Dazu dürften die Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen gehören. Diese können daher trotz Insolvenzzureife geleistet werden, ohne dass gegen die gesellschaftsrechtliche Masseerhaltungspflicht (insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) verstoßen werden würde.

Der Geschäftsleiter befindet sich daher in keiner Pflichtenkollision dergestalt, dass er zwar in der Krise zum einen keine vermögensmindernden Zahlungen leisten darf (gesellschaftsrechtliche Masseerhaltungspflicht) und zum anderen aber die Zahlungen an die Sozialversicherungsträger zu leisten hat. Auf die Rechtsprechung, dass eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB während der laufenden Insolvenzantragspflicht ausscheidet, weil eine Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote zur Masseerhaltung gerechtfertigt ist,¹³ kann sich der Geschäftsleiter daher voraussichtlich nicht erfolgreich berufen.¹⁴

Sollten die Zahlungen nicht aufgebracht werden können, ist es daher vielmehr ratsam, mit den Sozialversicherungsträgern eine Stundungsabsprache zu vereinbaren.¹⁵

VI. Untreue (§ 266 StGB)

Es wird die Ansicht vertreten, dass Zahlungen entgegen gesellschaftsrechtlicher Zahlungsverbote zur Masseerhaltung (also insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) eine Untreue begründen könnten.¹⁶ Wegen der soeben dargestellten Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, wonach Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, dürfte eine Untreuestrafbarkeit insoweit zwar regelmäßig ausscheiden.¹⁷ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass § 1 COVInsAG auch Anwendung findet. Es verbleibt daher auch hier die Gefahr, dass Strafgerichte diese Frage letztlich anders bewerten werden. Es gilt insoweit das im Rahmen zu 2. Ausgeführte.

Außerdem könnten unternehmerische (Fehl-)Entscheidungen gerade in der Krisensituation als unvertretbar und damit untreuerelevant betrachtet werden.¹⁸ In diesem Zusammenhang ist die (zu Recht vielfach kritisierte) Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass auch wenn die Gesellschafter ihr Einverständnis erklärt haben, der Vermögensbetreuungspflichtige sich pflichtwidrig im Sinne der Untreue verhält, wenn durch sein Verhalten das Stammkapital beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird.¹⁹ Das Einverständnis der Gesellschafter wird den Geschäftsleiter daher regelmäßig, wenn § 1 COVInsAG Anwendung findet, das Unternehmen also eigentlich insolvenzreif ist, nicht entlasten können.

VII. Zusammenfassung

Es besteht die Gefahr, dass Strafgerichte die Frage, ob die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, anders bewerten – insbesondere weil sie an die gesetzliche Vermutung des § 1 S. 3 COVInsAG nicht gebunden sind. Ist dies der Fall, hat das nicht nur Auswirkungen bei der Frage einer Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO), sondern ggf. auch bei der Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) und der Untreue (§ 266 StGB).

Daneben muss man, auch wenn die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG suspendiert ist und somit eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung ausscheidet, die übrigen in der Unternehmenskrise üblichen Strafbarkeitsrisiken beachten. Es droht grundsätzlich eine Strafverfolgung wegen der Insolvenzdelikte, des Betrugs, des Vorenthaltens des Arbeitsentgelts und der Untreue.

¹³ BGH, Beschluss vom 30. Juli 2003 – 5 StR 221/03 = BGHSt 48, 307; Fischer, 67. Auflage 2020, § 266a StGB Rn. 17.

¹⁴ So auch Ruppert, COVuR 2020, 130, 133; vgl. auch Altenburg/Kremer, Newsdienst Compliance 2020, 120002; vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 13. Oktober 2006 – 1 U 59/06 dazu, dass die Pflichtenkollision nach dem Ablauf der Insolvenzantragspflicht nicht mehr besteht.

¹⁵ Schmidt-Rau, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Auflage 2020, § 18 Rn. 61.

¹⁶ Darstellung bei Brand, BB 2020, 909, 912 und ausführlich bei Brand/Strauß, GmbHR 2019, 214 ff.

¹⁷ So auch: Brand, BB 2020, 909, 912.

¹⁸ Zu den gesellschaftsrechtlichen Organpflichten in der Corona-Pandemie: Daghles/Haßler, BB 2020, 1032 ff.; vgl. auch Kubiciel, NJW 2020, 1249.

¹⁹ Dazu im Einzelnen: Fischer, 67. Auflage 2020, § 266 StGB Rn. 96 ff. m.w.N.

Entscheidungskommentare

Medizinstrafrecht

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

Urteilsanmerkung: VG Augsburg, Beschluss v. 20.11.2019 – Au 1 S 19.1849

Die Betriebserlaubnis für eine Apotheke kann unter Anordnung des Sofortvollzugs widerrufen werden, wenn ein Betreiber unter desolaten hygienischen Verhältnissen Arzneimittel hergestellt und in den Verkehr gebracht hat, wobei zwei bedenkliche Arzneimittel verwendet wurden und die Arzneimittel zum Teil erheblich in ihrer Qualität gemindert bzw. irreführend bezeichnet waren.

I. Sachverhalt

Der Antragsteller begehrt die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen einen Bescheid des Landratsamts mit dem unter Anordnung des Sofortvollzugs u.a. die Betriebserlaubnis für die von ihm betriebene Apotheke sowie die Erlaubnis zum Betrieb eines Versandhandels und elektronischen Handels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln widerrufen wurde.

Die Apotheke des Antragstellers sowie sein privates Wohnhaus wurde u.a. wegen des Verdachts des vorsätzlichen Inverkehrbringens von Arzneimitteln ohne Zulassung bzw. Registrierung durchsucht. Hierbei wurden in dessen privaten Wohnhaus Kellerräumlichkeiten entdeckt, deren Zugang durch einen Bauernschrank verdeckt waren. Bereits auf dem Weg zu den Räumen wurde von den Durchsuchungspersonen ein intensiver, unangenehmer, süßlich-beißender Geruch wahrgenommen. In den Fluren und Räumen standen Regale mit zahlreichen diversen Kanistern und Flaschen, die mit medizinischen Extrakten und Flüssigkeiten gefüllt waren. Alle Behältnisse und Regalböden waren stark verstaubt und deutlich altverschmutzt. Zudem wurden diverse Eimer und Tonnen mit medizinischen Rohstoffen sowie weitere Behältnisse, Eimer, Büchsen und ehemalige Keksdosen, Drehtonnen, Pappkartons mit leeren Gelatine kapseln, etc. aufgefunden. Ebenso befanden sich dort Arzneimittel, die aufgrund des Herstellungsdatums erst kürzlich hergestellt wurden. Der Kellerboden war von einer mehrere Millimeter dicken, klebrig braunen bis schwarzen, undefinierbaren Substanz überzogen, an dem Schuhsohlen und Schuhüberzieher bei jedem Schritt deutlich festklebten und letztere nach etwas längerem Stehen zerrissen. Ebenso stand dort ein stark verschmutzter Kühlschrank, der als Ablage für diverse Betäubungsmittel und andere Gegenstände diente. Die Betäubungsmittel waren nicht weiter gegen unbefugten Gebrauch gesichert. Außerdem befanden sich in dem Keller zwei Werkbänke mit Abzügen, mindestens eine Kapselfüllmaschine, Fertigarzneimittel, Herstellungsutensilien, Folienbeutel, Etiketten, eine verschmutzte Waage, ein stark verschmutztes Sieb und ein stark verschmutzter Stößel. Die Kellerräume waren zusammengefasst in einem katastrophalen hygienischen Zustand und eine hygienisch einwandfreie Herstellung und Lagerung von Arzneimittel (sowie von Produkten jeglicher Art) können in derartigen Räumlichkeiten nicht gewährleistet werden. Der Zustand der Räumlichkeiten sowie der Gerätschaften weist auf jahrelange erhebliche Reinigungs- und Desinfektionsdefizite hin. Die in diesen Räumen hergestellten oder bevorrateten Produkte und Substanzen sind nicht verkehrsfähig.

Es wurde dem Apotheker (u.a.) die Apothekenbetriebserlaubnis entzogen, der Betrieb eines Versandhandels mit apothekenpflichtigen, verschreibungspflichtigen Arzneimitteln untersagt und die sofortige Vollziehung des Bescheides angeordnet. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antragsteller aufgrund der Feststellungen und der schwerwiegenden Verstöße gegen das Gesetz über das Apothekenwesen, die Apothekenbetriebsordnung und das Arzneimittelgesetz nicht mehr die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitze. Die Nutzung der Kellerräumlichkeiten im Privathaus zu Apothekenzwecken sei dem Landratsamt nicht angezeigt worden. Zudem wäre eine Erweiterung der Betriebserlaubnis erforderlich gewesen. Die Räumlichkeiten im Keller sowie die dazugehörigen Waren und Gerätschaften seien aus hygienischer Sicht in einem katastro-

phalen Zustand gewesen, sodass eine hygienisch einwandfreie Herstellung von Produkten jeglicher Art in derartigen Räumlichkeiten nicht gewährleistet werden könne. Die aufgefundenen Produkte seien als nicht zugelassene Fertigarzneimittel zu beurteilen und demnach nicht verkehrsfähig. Außerdem seien weitere straf- und bußgeldbewährte Verstöße gegen das Arzneimittelgesetz festgestellt worden. Insgesamt sei die Gesundheit der Kunden durch das Einnehmen der selbst hergestellten Arzneimittel gefährdet worden. In einer Gesamtschau biete das Verhalten des Antragstellers nicht die Gewähr, dass er zukünftig seinen Apothekenbetrieb ordnungsgemäß ausüben und dem Vertrauen entspreche, das einem Apotheker entgegengebracht werde. Es liege nicht nur ein einmaliges, grobes Fehlverhalten vor, sondern mehrere selbstständige und andauernde beharrliche, besonders gröbliche Verstöße. Aufgrund deren Art und Schwere sei die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke zwingend zu widerrufen. Dass die Ermittlungen im Strafverfahren noch nicht abgeschlossen seien und eine strafrechtliche Verurteilung noch ausstehe, hindere das Landratsamt nicht, die im Rahmen der Durchsuchungen vorgefundenen Zustände und feststehenden Verstöße als strafrechtliche Verfehlung anzusehen, aus der sich seine Unzuverlässigkeit in Bezug auf das Betreiben einer Apotheke ergebe. Da dem Antragsteller die Betriebserlaubnis widerrufen werde, könnten auch die Versandhandelserlaubnis und die Genehmigung des Versorgungsvertrags aufgrund der Akzessorietät keinen Bestand mehr haben.

Die Unzuverlässigkeit in der Person des Antragstellers und die daraus bestehende Gefahr für den Gesundheits- und Verbraucherschutz duldeten keinen klagebedingten Aufschub der Vollziehung der mit diesem Bescheid getroffenen Entscheidungen. Aufgrund der Unzuverlässigkeit des Antragstellers müsse im Rahmen seines Apothekenbetriebs befürchtet werden, dass eine weitere Gefahr für die Gesundheit seiner Kunden bestehe, wenn er weitere Rezepturen etc. an diese abgebe.

Der Antragsteller richtete sich gegen diesen Bescheid. Zum einen erhob er Klage und zum anderen begehrte er mit dem hiesigen Antrag einstweiligen Rechtsschutz. Diesen begründet er damit, dass der zugrunde liegende Sachverhalt vom Antragsgegner zum Teil verzerrt dargestellt worden sei. Die Apotheke sei seit dem Erlass der Apothekenbetriebserlaubnis mehrfach kontrolliert worden. Bei all diesen Kontrollen hätte es keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Zuverlässigkeit des Antragstellers zu hinterfragen sei. Die räumlichen Verhältnisse in der Apotheke selbst seien äußerst beengt, sodass ein Lagern größerer Arzneimittelbestände und -lieferungen genauso wenig möglich sei wie das von abgelaufenen und zurückgegebenen Arzneimitteln. Der Bauernschrank habe den Durchgang nur insoweit versperren sollen, dass ein Zugang von der Hausseite her nicht möglich sei, damit beispielsweise die Kinder des Antragstellers nicht in diesen Keller gelangen könnten. In die besagten Kellerräume gelange man (nur) über eine in der Doppelgarage befindliche Treppe. Da die Garage stets über geschlossene Tore verfüge, sei nicht konkret davon auszugehen, dass es zu einem Zugriff Dritter auf die Betäubungsmittel habe kommen können. Der Fliesenboden im Keller sei sauber gewesen, was deutlich dafür spreche, dass die angeblich versteckten Kellerräumlichkeiten schon länger nicht mehr betreten worden seien. Die in den Regalen befindlichen verstaubten Behältnisse seien seit Jahren nicht mehr in Verwendung gewesen und sollten entsorgt werden. Bei den aufgefundenen Betäubungsmitteln habe es sich um Medikamente gehandelt, die von Heimbewohnern zurückgegeben worden seien, was aus den Namensetiketten auf den Verpackungen erkennbar gewesen wäre. Diese entsorge der Antragsteller en bloc über den häuslichen Hausmüll, da es immer wieder vorkomme, dass Passanten am Leerungstag in die Mülltonne der Apotheke einen Blick werfen. Bei den Werkbänken, Abzügen, der Kapselfüllmaschine und dem Kapselsortierer handele es sich allesamt um Gerätschaften aus der alten Apotheke des Antragstellers, von denen sich dieser nicht trennen könne. Lediglich in der Garage hätten Kartons mit Verpackungsdosen für den Apothekenbetrieb gelagert. Eine Gesundheitsgefährdung habe es nicht gegeben.

Es sei nicht verhältnismäßig, dem Antragsteller deshalb die Apothekenbetriebserlaubnis zu widerrufen. Im vorliegenden Fall ergebe sich durch den angeordneten Sofortvollzug die Folge, dass der Antragsteller seine Apotheke schließen müsse, seine Existenzgrundlage entfalle, acht Angestellte ihren Arbeitsplatz verlören, aus wirtschaftlichen Gründen der Mietvertrag der Apothekenräumlichkeiten gekündigt werden müsse, er seinen langjährigen treuen Kundenstamm verlöre und sein Ruf dauerhaft geschädigt werde.

II. Entscheidungsgründe

Der Antrag des Apothekers auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ist unbegründet. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist vorliegend formell rechtmäßig und den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO entsprechend begründet.

Das Gericht trifft im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene, originäre Entscheidung über die Aussetzung bzw. die Aufhebung der Vollziehung aufgrund der sich ihm im Zeitpunkt seiner Entscheidung darbietenden Sach- und Rechtslage. Dabei sind die Interessen des Antragstellers und das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung gegeneinander abzuwägen. Besondere, wenn auch keine abschließende Bedeutung kommt dabei den Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu, soweit sie im Rahmen der hier nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung bereits beurteilt werden können.

Gemessen an diesen Grundsätzen fällt die vom Gericht anzustellende Interessensabwägung vorliegend zu Ungunsten des Antragstellers aus. Nach derzeitigem Kenntnisstand bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der im Bescheid getroffenen Anordnungen. Die diesbezüglich in der Hauptsache erhobene Klage wird voraussichtlich erfolglos sein.

1.

Der Widerruf der Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke gegenüber dem Antragsteller ist nach derzeitigem Stand rechtmäßig.

a)

Rechtsgrundlage für den Widerruf der Betriebserlaubnis ist § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG. Danach ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich eine der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 6 oder 7 ApoG weggefallen ist. § 2 ApoG normiert dabei die Voraussetzungen, unter denen die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke zu erteilen ist. Unter anderem wird nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG gefordert, dass der Antragsteller die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Dies ist nicht der Fall, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Antragstellers in Bezug auf das Betreiben einer Apotheke dartun. Maßgeblich sind insbesondere strafrechtliche oder schwere sittliche Verfehlungen, die den Antragsteller für die Leitung einer Apotheke ungeeignet erscheinen lassen oder wenn er sich durch gröbliche oder beharrliche Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz, die aufgrund dieses Gesetzes erlassene Apothekenbetriebsordnung oder die für die Herstellung von Arzneimitteln und den Verkehr mit diesen erlassenen Rechtsvorschriften als unzuverlässig erwiesen hat. Der Schutz der Allgemeinheit, insbesondere vor Gesundheitsgefahren, gebietet daher, einem unzuverlässigen Apotheker die Betriebserlaubnis zu widerrufen. Maßgeblich ist dabei, dass nach den für die Vergangenheit festgestellten Tatsachen künftig weitere Verstöße wahrscheinlich, sie also zu befürchten sind. An die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist. Wenn - wie beim Betrieb einer Apotheke - hochrangige Rechtsgüter wie das Leben und die Gesundheit zahlreicher Menschen gefährdet werden können, ist bereits eine geringe Eintrittswahrscheinlichkeit ausreichend, um eine hinreichend gewichtige Gefährdung und damit eine Unzuverlässigkeit anzunehmen und dementsprechend den Widerruf der Betriebserlaubnis zu erlassen. Da es sich um eine präventive Maßnahme zum Schutz der Bevölkerung handelt, kommt es auf ein Verschulden des Apothekenbetreibers nicht an. Genauso wenig ist es erforderlich, dass der Apotheker bereits strafrechtlich verurteilt worden ist.

b)

Dies zugrunde gelegt, hat der Antragsgegner vorliegend rechtsfehlerfrei angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Widerruf vorliegen. Beim Antragsteller liegen Tatsachen vor, die die Unzuverlässigkeit zum Betreiben einer Apotheke nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG dartun. Bereits die nachfolgend zur Überzeugung des Gerichts feststehenden, schwerwiegenden Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften führen zur Bewertung des Antragstellers als unzuverlässig zum Betreiben einer Apotheke. Das Gericht ist zudem der Überzeugung, dass der Antragsteller aufgrund der vorliegenden Tatsachen für die Zukunft

nicht die Gewähr bietet, die von ihm betriebene Apotheke ordnungsgemäß zu führen. Vielmehr ist - auch aufgrund seiner Uneinsichtigkeit und seines weitgehenden Leugnens - davon auszugehen, dass er weitere Verstöße begehen würde und damit eine konkrete Gefahr für die Gesundheit seiner Kunden darstellt.

aa)

Der Antragsteller hat in schwerwiegender Weise gegen § 6 Abs. 1 ApBetrO verstoßen. Danach müssen die in der Apotheke hergestellten Arzneimittel, die nach der pharmazeutischen Wissenschaft erforderliche Qualität aufweisen. Insbesondere für Arzneimittel, die oral eingenommen werden, versteht sich von selbst, dass diese auf jeden Fall unter hygienisch einwandfreien Verhältnissen hergestellt werden müssen. Dies war bei den vom Antragsteller hergestellten Arzneimitteln nicht der Fall. Aufgrund der nachfolgend aufgeführten Umstände und des Ergebnisses der staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungen hat das Gericht keinen Zweifel daran, dass der Antragsteller in den Kellerräumlichkeiten seines privaten Wohnhauses unter desolaten hygienischen Verhältnissen Arzneimittel hergestellt und anschließend auch in den Verkehr gebracht hat. Im Rahmen der Durchsuchung wurden ausweislich der Bilddokumentation mindestens eine Kapselfüllmaschine, ein Kompressor, eine Waage, ein Stößel, ein Sieb, Dunstabzüge, eine erhebliche Menge an Gelatine-Leerkapseln sowie Ausgangs- und Rohstoffe in großem Umfang vorgefunden. Darüber hinaus lagerten in einer zu seinem Privatwesen gehörenden Garage Kartons mit Verpackungsmaterial in großem Umfang. In den Kellerräumlichkeiten waren die Stecker der Geräte in den Steckdosen eingesteckt. Zudem befand sich in den Räumlichkeiten ein offener Karton mit Gelatine-Kapseln und einem Schöpfgefäß. Auf dem Boden des Raums und der Arbeitsfläche lagen zahlreiche Gelatine-Kapseln. Dass der Raum und die sich dort befindlichen Geräte und Ausgangsstoffe in einem hygienisch untragbaren Zustand waren, bedarf keiner näheren Ausführungen und ist auf Grund der vorliegenden Bilddokumentation offenkundig. In den Herstellungsräumlichkeiten wurden einige selbst hergestellte und etikettierte Arzneimittel sichergestellt. Zum Teil wiesen die Etiketten ein Herstellungsdatum auf, das kurz vor der Durchsuchung liegt. Diese Arzneimittel hat der Kläger zur Überzeugung des Gerichts auch in den Verkehr gebracht. Soweit der Antragsteller behauptet, dass in den privaten Kellerräumlichkeiten keine Herstellung von Arzneimitteln stattgefunden habe, sondern lediglich Geräte sowie zu entsorgende Ausgangsstoffe und Produkte lagerten, so ist das Vorbringen nicht glaubhaft. Im Rahmen der Durchsuchung der Apotheke ist nicht einmal eine Kapselfüllmaschine vorgefunden worden. Die Einlassung, dass diese Kellerräumlichkeiten seit langen nicht mehr betreten worden sein sollen, ist bereits deshalb widerlegt, da dort Produkte mit aktuellem Herstellungsdatum sichergestellt wurden.

bb)

Der Antragsteller hat auch gegen § 5 Abs. 1 AMG verstoßen. Danach ist es verboten, bedenkliche Arzneimittel in den Verkehr zu bringen. Die von dem Antragsteller hergestellten Produkte sind aufgrund der Herstellungsbedingungen und des Inhalts bzw. der Zusammensetzung als bedenkliche Arzneimittel zu bewerten.

c)

Der vom Antragsgegner verfügte Widerruf der Betriebserlaubnis ist auch verhältnismäßig. Zwar ist der Widerruf der Betriebserlaubnis mit einem erheblichen Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verbunden und hat außerordentlich weitreichende Konsequenzen für den Antragsteller. Allerdings hat das von dem Antragsteller an den Tag gelegte Verhalten gezeigt, dass er nicht willens oder in der Lage ist, die von ihm betriebene Apotheke so zu führen, dass Gesundheitsgefahren für seine Kunden ausgeschlossen werden können. Angesichts der Schwere der begangenen Verstöße und mit Blick auf die bereits dargestellten Umstände des Einzelfalls kann beim Antragsteller nicht einmal die Zuverlässigkeit dahingehend angenommen werden, dass er ordnungsgemäß und ohne Gefährdung seiner Kunden Fertigarzneimittel verkauft. Denn schon allein der Verkauf von Fertigarzneimitteln und die in diesem Zusammenhang zu erfolgende ordnungsgemäße Beratung der Kunden erfordert das Erfüllen von Sorgfaltsanforderungen, die beim Antragsteller angesichts seines gezeigten Verhaltens nicht mehr angenommen werden können.

2.

Der Widerruf der Erlaubnis zum Betrieb eines Versandhandels und elektronischen Handels mit apothekenpflichtigen, auch verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in den Betriebsräumen der Apotheke des Antragstellers ist aller Voraussicht nach ebenfalls rechtmäßig. Nach § 11b Abs. 2 Satz 1 ApoG ist die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln zu widerrufen, wenn nachträglich eine der Voraussetzungen nach § 11a ApoG weggefallen ist. Da die Erlaubnis nach § 11a ApoG voraussetzt, dass der Betroffene Inhaber einer Erlaubnis nach § 2 ApoG ist, hat der Antragsgegner im Wege der gebundenen Entscheidung nach § 11b Abs. 2 Satz 1 ApoG auch die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln rechtmäßig widerrufen.

III. Anmerkung

Es ist hinlänglich bekannt, dass es im Rahmen einer umfassenden strafrechtlichen Beratung und Verteidigung von Berufsträgern stets die möglichen berufsrechtlichen Konsequenzen im Blick zu behalten gilt. Die Kammern bzw. die zuständigen Aufsichtsbehörden prüfen mal strenger, mal weniger streng die Einhaltung der Berufsstandards zur Wahrung des Vertrauens der Öffentlichkeit in den jeweiligen Berufsstand.

Für die Frage der Zuverlässigkeit eines Berufsträgers ist nicht nur dessen Verhalten im Zuge seiner Berufsausübung von Relevanz, sondern auch wie zuverlässig dieser im privaten Bereich seinen (rechtsstaatlichen) Verpflichtungen nachkommt. So können hinterzogene Steuern oder eine unsachgemäße Lagerung von Waffen gravierende Auswirkungen auf die Zuverlässigkeit und damit die Möglichkeit der Berufsausübung des Berufsträgers haben.

Der hiesige Beschluss des VG Augsburg verdeutlicht dies noch einmal sehr eindringlich und zeigt auf, dass eine Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke auch im Rahmen einer sofortigen Vollziehung einer Widerrufsverordnung entzogen werden kann. Und dies zu einem Zeitpunkt, in dem das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren gegen den Apotheker noch nicht beendet und eine strafgerichtliche Tatsachen- und Schuldfeststellung noch in weiter Ferne liegt.

Ein dergestalt einschneidender Schritt auf Basis einer summarischen Prüfung wird vermutlich bei entsprechend offensichtlichen und äußerst gravierenden Verstößen von behördlicher Seite unternommen werden, aber dennoch sollte bei der Beratung und Verteidigung bedacht werden, dass bei im Raum stehenden Verletzungen von überragend wichtigen Rechtsgütern, wie etwaige Gesundheitsgefährdungen von Patienten, die zuständigen Behörden nicht auf Erkenntnisse aus dem Strafverfahren warten, sondern recht schnell sehr durchgreifend handeln.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Anforderungen an einen strafprozessualen Vermögensarrest - § 111e StPO

Für einen hinreichenden Arrestgrund reicht es nicht aus, wenn der Täter die Vorteile allein durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Straftat erlangt hat. Erforderlich sind weitere konkrete Anhaltspunkte, die Vereitelungsmaßnahmen zur Erhaltung der Vorteile aus einer Tat befürchten lassen.

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 09.07.2019 – 2 Ws 68/19, wistra 2020, 86.

2. Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss - § 102 StPO

Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung ist ein Anfangsverdacht erforderlich, der auf konkreten Tatsachen beruht; vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus. Eine Durchsuchung, die der Ermittlung von Tatsachen dienen soll, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind, ist unzulässig.

BVerfG, Beschluss vom 31.01.2020 – 2 BvR 2992/14, NJW 2020, 1351.

Die angefochtene Entscheidung war in einem Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche (§ 261 StGB) ergangen. Insoweit hält der Senat fest, dass eine Wohnungsdurchsuchung in derartige Fälle voraussetzt, dass ein Anfangsverdacht nicht nur für die Geldwäschehandlung vorliegt, sondern auch für das Herrühren des Vermögensgegenstands aus einer Katalogvortat im Sinne von § 261 Abs. 1 S. 2 StGB gegeben ist (sog. „doppelter Anfangsverdacht“); vgl. dazu auch LG Ulm, Beschluss vom 13.04.2011 – 2 Qs 2019/11, StV 2011, 722.

3. Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer - § 209 StPO, § 74c GVG

Für die Entscheidung über Beschwerden gegen Verfügungen und Beschlüsse des Strafrichters in Wirtschaftsstrafsachen ist gem. § 74c Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GVG nicht die Wirtschaftsstrafkammer zuständig.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21.01.2020 – 1 Ws 30/20, NJW-Spezial 2020, 280.

Zu der Entscheidung s. Reinemer, FR-StrafR 2020, 428893.

4. Entstehung und Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung des Kostenschuldners im Strafverfahren - § 465 StPO

Die Zahlungsverpflichtung des Kostenschuldners im Strafverfahren entsteht erst durch die Kostengrundentscheidung unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Rechtskraft. Die von dem Verurteilten zu tragenden Kosten für die Vorbereitung der öffentlichen Klage stellen deshalb selbst dann keine Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO dar, wenn diese bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verurteilten begründet wurden.

OLG Celle, Beschluss vom 10.02.2020 – 2 Ws 43/20, ZInsO 2020, 603.

5. Kostentragungspflicht des Anzeigers bei unwahrer Anzeige - § 469 StPO

Die richterliche Entscheidung, dem Anzeigenden, der ein Ermittlungsverfahren durch eine vorsätzlich oder leichtfertig erstattete unwahre Anzeige veranlasst hat, die Kosten des Verfahrens und die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen (§ 469 StPO), stellt ein urteilsersetzendes Erkenntnis im Sinne des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB dar.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 20.02.2020 – 4 U 52/18, NJW-RR 2020, 531.

Der Kläger begehrte vom Saarland Schadensersatz aus einer angeblichen Amtspflichtverletzung, weil der Beschluss des AG, ihm nach § 469 StPO die dem zuvor zu Unrecht der Vorteilsnahme beschuldigten Bürgermeister einer Gemeinde entstandenen Auslagen sowie die Verfahrenskosten aufzuerlegen, als Rechtsbeugung anzusehen sei. Wie zuvor bereits das LG (LG Saarbrücken, Urteil vom 07.06.2028 – 4 O 324/17, BeckRS 2018, 50990) wies auch das OLG die Klage ab.

Siehe zu dieser Frage auch KG, Beschluss vom 10.03.2015 – 1 Ws 8/15, wistra 2015, 403.

II. Materielles Strafrecht

1. Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei anwaltlichem Rat - § 17 StGB

Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum erst dann, wenn der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet, sie muss insbesondere sachkundig und unvoreingenommen sein und mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgen.

BGH, Urteil vom 17.12.2019 – 1 StR 364/18, HStV 2020, 378.

Der Täter darf nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen. Maßgebend für die Beurteilung sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher sind zum Beispiel sein Bildungsstand, seine Erfahrung und seine berufliche Stellung zu berücksichtigen. Der Rat eines Rechtsanwalts ist nicht ohne weiteres bereits deshalb vertrauenswürdig, weil er von einer kraft ihrer Berufsstellung vertrauenswürdigen Person erteilt worden ist. Maßgebend ist vielmehr, ob der Rechtsrat - aus der Sicht des Anfragenden - nach eingehender sorgfältiger Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkenntnis getragen ist. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind, können den Täter nicht entlasten. Vielmehr muss der Beratende eine vollständige Kenntnis von allen tatsächlich gegebenen, relevanten Umständen haben. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen; s. auch BGH, Urteil vom 11.10.2012 – 1 StR 213/10, wistra 2013, 109.

2. Einziehung trotz Weiterleitung durch Dritte - § 73 StGB

Nutzt der Täter die durch seine rechtswidrigen Taten bereicherte Gesellschaft nur als formalen Mantel, ohne dass deren Vermögenssphäre von seiner eigenen getrennt ist, oder leitet die Gesellschaft die Erträge aus den Taten stets zeitnah an den Täter weiter, so erlangt er selbst im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB die betreffenden Vermögenwerte bereits dann, wenn sie der Gesellschaft zufließen. Unabhängig von einer solchen Zurechnung der bei der drittbegünstigten Gesellschaft eingetretenen Vermögenmehrung aufgrund faktischer Verschmelzung der Vermögensmassen kann der Täter etwas durch die Tat erlangen, soweit die Gesellschaft die inkriminierten Vermögenwerte nachfolgend - ganz oder teilweise - an ihn weiterleitet und sie ihm auf diese Weise persönlich zufließen. Lag einem solchen Vermögenstransfer ein nicht bemakelter Vertrag zugrunde, der mit der Straftat in keinem Zusammenhang stand, so ist die (Wertersatz-) Einziehung regelmäßig ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19, ZInsO 2020, 598.

Zu der Entscheidung s. ausführlich Tschakert, ZInsO 2020, 582. S. auch Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 6/2020 Anm. 2.

3. Voraussetzungen zur Abschöpfung von Taterträgen gegenüber Dritten – § 73 StGB

Bei Verschiebungsfällen ist die Einziehung beim Drittempfänger regelmäßig uneingeschränkt erlaubt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2019 – III-1 Ws 233-237/19, ZInsO 2020, 537.

Zu der Entscheidung s. sehr krit. Bittmann, ZInsO 2020, 540, der annimmt, vorliegend sei eine Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO bzw. nach dem AnfG angezeigt gewesen; die Vorausset-

zungen einer Einziehung seien demgegenüber entgegen den Ausführungen des OLG eindeutig zu verneinen. S. zu dem Beschluss auch Hiéramente, jurisPR-StrafR 3/2020 Anm. 4.

4. Geldwäsche durch Rechtsanwalt - § 261 StGB

Ein Rechtsanwalt, der auf seinem Geschäftskonto eingegangene Geldbeträge unbekannter Herkunft unter Abzug einer Provision ohne nähere Prüfung an einen Dritten auskehrt, obwohl ihm bekannt ist, dass dieser in der Vergangenheit in vergleichbare Vorfälle verwickelt war, handelt leichtfertig im Sinne des § 261 StGB.

OLG Dresden, Beschluss vom 05.02.2020 – 4 U 418/19, ZInsO 2020, 671.

Nach Auffassung des OLG ist § 261 StGB nur dann ein Schutzgesetz im Sinne des zivilrechtlichen Deliktsrechts, wenn die erforderliche Vortat in einem gewerbsmäßigen Betrug besteht, der allerdings nicht vollendet sein muss. Auch ein konkreter Täter muss nicht bekannt sein. Zu der Entscheidung vgl. die Anm. von Michaelis, jurisPR-Compl 2/2020 Anm. 4, sowie die Anm. von Breit, FD-StrafR 2020, 426482. S. auch den sehr ausführlichen der Entscheidung vorangegangenen Hinweisbeschluss des OLG Dresden vom 05.11.2019 – 4 U 418/19, n.v. (juris).

5. Untreue eines Rechtsanwalts - § 266 StGB

Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrags zur Weiterleitung bestimmte Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, kann sich der Untreue in der Variante des Treubruchstatbestands strafbar machen. Allein der Verstoß gegen die Pflicht zur Führung eines Anderkontos und entsprechender Weiterleitung von Fremdgeldern (§ 4 BORA) begründet indes noch keinen untreuerelevanten Nachteil. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Vermögen des Mandanten durch die Pflichtverletzung gemindert wird. Tilgt der Rechtsanwalt durch Verwendung eingegangenen Fremdgelds private Verbindlichkeiten oder erfüllt er von einem Anderkonto aus geschäftliche Verbindlichkeiten, die keinen Zusammenhang mit den Zahlungseingängen aufweisen, ist mit der Kontokorrentbuchung oder dem Abfluss des Zahlungseingangs bei dem Berechtigten i.d.R. bereits ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten.

BGH, Beschluss vom 26.11.2019 – 2 StR 588/18, ZInsO 2020, 1071.

Die Entscheidung bestätigt die ständige Rspr.; s. etwa BGH, Beschluss vom 29.01.2015 – 1 StR 587/14, wistra 2015, 232; BGH, Beschluss vom 24.07.2014 – 2 StR 221/14, wistra 2015, 27. Der Senat weist jedoch auf eine Möglichkeit der Schadenskompensation hin: Hat der Täter einen Geldanspruch gegen das von ihm verwaltete Vermögen, so fehlt es an einem Schaden, wenn er über das Vermögen in entsprechender Höhe zu eigenen Gunsten verfügt. Honoraransprüche eines Rechtsanwalts können im Zusammenhang mit der zweckwidrigen Verwendung von Mandantengeldern daher grundsätzlich einen Nachteil ausschließen. Zu der Entscheidung s. Schmidt, NStZ 2020, 420.

6. Bildung „schwarzer Kassen“ - § 266 StGB

Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann bereits durch das Einrichten und Führen einer „schwarzen“ oder verdeckten Kasse eintreten, ohne dass es auf die allgemeinen Grundsätze einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ankommt. Maßgeblich ist, ob der Treugeber nach der konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse auf diese nicht mehr zugreifen kann und die ausgegliederten Vermögenswerte damit nicht nur in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert, sondern dem Treugeber dauerhaft entzogen sind. Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die Vermögenswerte stellt einen endgültigen Vermögensverlust dar, der zur Vollendung des Tatbestands der Untreue und zu einem Vermögensnachteil in Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt; die Verwendung der entzogenen Mittel ist danach nur eine Schadensvertiefung und ihre Rückführung allenfalls Schadenswiedergutmachung.

BGH, Beschluss vom 12.02.2020 – 2 StR 291/19, NZWiSt 2020, 322.

Der Senat bestätigt die bisherige Rspr. zu „schwarzen Kassen“; vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.08.2020 – 2 StR 111/09, wistra 2011, 106 m. Anm. Bittmann, NJW 2011, 96. Vgl. weiter Schneider NZWiSt 2020, 322.

7. Obliegenheiten des formellen Geschäftsführers im Zusammenhang mit Sozialversicherungsbeiträgen - § 266a StGB

Der formelle Geschäftsführer handelt bereits dann vorsätzlich pflichtwidrig im Sinne des § 266a StGB, wenn er Anhaltspunkte für eine unzureichende Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten durch den faktischen Geschäftsführer erlangt und dennoch nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat. Nach den Umständen des Einzelfalls kann es dabei ausreichen, wenn für den formellen Geschäftsführer Anzeichen dafür bestehen, dass die Verbindlichkeiten nicht ordnungsgemäß erfüllt werden.

BGH, Beschluss vom 08.01.2020 – 5 StR 122/19, NStZ-RR 2020, 110

Der Senat bestätigt die aktuelle Rspr. des BGH, nach der der Täter in einer zumindest laienhaften Bewertung erkannt haben muss, dass er selbst möglicherweise Arbeitgeber ist, dass eine Abführungspflicht existiert und er durch die fehlende Anmeldung oder unvollständige oder unrichtige Angaben die Heranziehung zum Abführen von Sozialabgaben ganz oder teilweise vermeiden könnte, wobei eine bloße Erkennbarkeit insofern nicht ausreicht; vgl. zu einem möglichen Tatbestandsirrtum grundlegend BGH, Beschluss vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18, wistra 2020, 70, und jüngst BGH, Beschluss vom 03.03.2020 – 5 StR 595/19, wistra 2020, 261. In der letztgenannten Entscheidung hebt der Senat gleichfalls hervor, dass ein formeller Geschäftsführer das faktische Organ jedenfalls überwachen muss, da er als Delegierender zu behandeln ist; s. dazu noch BGH, Beschluss vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02, wistra 2002, 340 m. Anm. Wegner, wistra 2002, 382.

8. Verjährungsbeginn bei Beitragsvorenthaltung - § 266a StGB

Die Verjährungsfrist bei Taten gemäß § 266a Abs. 1 sowie Abs. 2 Nr. 2 StGB beginnt bereits mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes zu laufen.

BGH, Beschluss vom 13.11.2019 – 1 StR 58/19, wistra 2020, 109.

Der 1. Strafsenat will die bisherige Rspr., nach der Tatbeendigung erst mit Erlöschen der Beitragspflicht eintritt, explizit aufgeben (s. etwa BGH, Urteil vom 19.12.2018 – 1 StR 444/18, ZWH 2019, 91, m.w.N.). Dementsprechend hat er einen entsprechenden Anfragebeschluss (§ 132 Abs. 3 GVG) an die übrigen Strafsenate gestellt. Zu der Entscheidung s. Gercke/Hembach, wistra 2020, 109.

9. Verjährungslauf bei Tateinheit; Beginn der Verjährungsfrist beim Bankrott – §§ 78a, 266, 283 StGB

Verwirklicht der Täter tateinheitlich mehrere Straftatbestände (hier: Untreue und Bankrott), läuft die Verjährungsfrist für jedes Delikt selbständig. Die Verjährung des Bankrotts beginnt mit Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung nach § 283 Abs. 6 StGB.

BGH, Beschluss vom 15.04.2020 – 5 StR 435/19, ZInsO 2020, 1243.

Der Senat hebt in der Entscheidung nochmals hervor, dass die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 S. 2 InsO) für strafrechtliche Zwecke regelmäßig nach der wirtschaftskriminalistischen Methode zu prüfen ist; s. dazu etwa BGH, Beschluss vom 12.04.2018 – 5 StR 538/17, ZInsO 2018, 1410.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Schutzgesetzcharakter einer Haftungsnorm - § 64 GmbHG

§ 64 Satz 1 GmbHG ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Der Gläubiger einer GmbH kann den Erstattungsanspruch der Gesellschaft nicht selbst unmittelbar gegen einen Gesellschafter verfolgen, auch nicht bei einem Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG.

BGH, Urteil vom 19.11.2019 – II ZR 233/18, ZInsO 2020, 362.

Der BGH bestätigt mit der Entscheidung seine bisherige Rspr. S. BGH, Beschluss vom 21.05.2019 - II ZR 337/17, ZInsO 2020, 362.

2. Haftung des Sparkassenvorstands für pflichtwidrige Kreditvergabe - §§ 15, 17 KWG

Der Vorstand eines Kreditinstituts kann pflichtwidrig handeln, wenn er das Kreditengagement des Instituts in den Bereich „Sanierung“ überleitet und die bestehenden Kredite zu Sonderkonditionen als Sanierungskredite fortführt. Eine marktgerechte und damit dem KWG entsprechende Kreditvergabe kann nicht mehr angenommen werden, wenn die vergebenen Kredite mit einem Prozentsatz, der 3,25 Prozentpunkte unter dem marktüblichen Zinssatz lag, vergeben wurden.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.08.2018 – 1 U 18/11 – ZInsO 2020, 530.

Zu der Entscheidung s. Schultheis, EWIR 2019, 357.

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

Keine Akteneinsicht nach dem Landestransparenzgesetz - § 2 TranspG Rheinland-Pfalz

Ermittlungs- und Strafakten der Staatsanwaltschaft sind dem Anwendungsbereich des Landestransparenzgesetzes grundsätzlich entzogen. Die Aufbewahrung der Akten stellt auch nach dem Abschluss des Verfahrens keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung dar.

VG Koblenz, Urteil vom 08.01.2020 - 2 K 490/19.KO, DRiZ 2020, 148.

Die Gewährung von Akteneinsicht richtet sich in Strafverfahren in jedem Verfahrensstand ausschließlich nach den §§ 474 ff. StPO.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Unternehmensstrafrecht

Erstellt unter Mitwirkung von: Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann (Gesamtredaktion), Rechtsanwalt Enno Appel, Rechtsanwalt Dr. Ingo Bott, Rechtsanwalt Johannes Dauderer, Rechtsanwalt Thorsten Ebermann, Rechtsanwalt Florian Junkers, Rechtsanwalt Dr. Hanno Kiesel, Rechtsanwalt Dr. Maximilian Kohlhof, Rechtsanwalt Florian Mangold, Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Rechtsanwalt Dr. Matthias Peukert, Rechtsanwältin Hannah Milena Piel, Rechtsanwalt Dr. Christian Rosinus, Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Rechtsanwalt Dr. Dirk Seiler, Staatsanwalt Florian Schmid, LL.M., Rechtsanwältin Dr. Nathalie Thorhauer, Rechtsanwalt Dr. Daniel Travers, Rechtsanwalt Jan-Patrick Vogel, Prof. Dr. Martin Waßmer, Rechtsanwalt Jin-Bum Yoon, Rechtsanwalt Dr. Lenard Wengenroth

Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“

I. Vorbemerkung

WisteV ist ein berufsübergreifender gemeinnütziger Verein. Zielsetzung und Mitgliederstruktur verbieten es, in einer Stellungnahme zu einem Gesetzgebungsvorhaben allgemeinpolitische Präferenzen auszudrücken. In Bezug auf den vorliegenden Gesetzesentwurf enthält sich WisteV demgemäß einer Feststellung dahingehend, das Vorhaben der Einführung eines eigenen Gesetzes zur Verantwortlichkeit wirtschaftlicher Verbände zu unterstüt-

zen oder abzulehnen. Die nachfolgende Positionierung beschränkt sich auf nach Auffassung von WisteV ungeklärte Punkte, verbleibenden Abstimmungsbedarf und noch zu bedenkende Umstände.

II. Inhaltlich grundlegende Fragen

1. Rechtsnatur

Ohne vorliegend auf die in der Vergangenheit intensiv diskutierte Thematik der Zulässigkeit repressiver Verbandsverantwortlichkeit eingehen zu wollen, lässt sich feststellen, dass mit dem VerSanG ein Element geschaffen würde, das es so in der deutschen Rechtsgeschichte noch nicht gab. Diese Einschätzung gilt unabhängig von der rechtsdogmatischen Einordnung und damit der Frage, ob zwischen der Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz und der Strafe i. S. d. StGB überhaupt noch Platz für eine dazwischen liegende (oder hybride) repressive Rechtsfolge ist, oder ob die weitgehende Anlehnung des VerSanG-E an das Strafrecht nicht doch dazu führt, die vorgesehene Verbandssanktion als materielles Strafrecht zu klassifizieren.

a) Materielles Strafrecht?

aa)

Professor Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer, Universität Köln, äußert sich dazu wie folgt:

§ 1 VerSanG-E spricht von der „Sanktionierung von Verbänden“, da es ausdrücklich nicht um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts gehen soll.¹ Damit sollen offenbar die dogmatischen Vorbehalte gegenüber der Strafbarkeit juristischer Personen vermieden werden, um wie beim Kölner Entwurf die Akzeptanz aus „rechtspolitischen Gründen“² zu fördern. Allerdings ist dies ein „Etikettenschwindel“, da nicht ersichtlich ist, was die „Sanktionierung“ von der „Bestrafung“ von Verbänden unterscheiden soll.³ Der Vorwurf gegenüber dem Verband fußt auf der schuldhaften Begehung einer Straftat, entweder durch eine Leitungsperson oder – sofern Leitungspersonen angemessene Vorkehrungen unterlassen haben, was weder vorsätzlich noch fahrlässig geschehen sein muss – durch eine Nicht-Leitungsperson.⁴ Die Verbandsgeldsanktionen, die sehr hoch ausfallen können und mit Geldstrafen vergleichbar sind, sollen in einem „Sanktionsverfahren“ gemäß dem Legalitätsprinzip durch Staatsanwaltschaften angeklagt, durch Strafgerichte festgesetzt und in ein Verbandssanktionenregister eingetragen werden. Kurzum: Die Verbandssanktionen orientieren sich in jeder Hinsicht am Individualstrafrecht. Daher ist auch nicht ersichtlich, wie der „Übergang zum einem Unternehmensstrafrecht“⁵ aussehen soll, der in Aussicht gestellt wird, wenn die künftige Evaluierung des Gesetzes zeigt, dass die Regelungen nicht ausreichen.

bb)

In vergleichbarer Weise nehmen die Rechtsanwälte Dr. Ingo Bott und Dr. Maximilian Kohlhof, Düsseldorf im Zusammenhang mit § 8 VerSanG-E Stellung:

Die Vorschrift spricht zwar nur von Verbandssanktionen, enthält aber auch klare strafrechtliche Bezüge. Zwar soll ein Unternehmensstrafrecht gerade nicht eingeführt werden.⁶ Wenn der Gesetzentwurf aber gleichwohl sagt, dass die Verbandssanktion weiter gehe als eine Geldbuße, stellt sich die Frage, was dieses „Mehr“ sein soll. Die Antwort ist so klar, wie der gesetzgeberische Versuch, sie in ihrer Deutlichkeit zu umschiffen: Gemeint (und gewollt) ist eine Unternehmensstrafe unter dogmatisch fremder Flagge. An § 8 Nr. 1 VerSanG-E zeigt sich der terminologische Spagat des Gesetzentwurfs. Anstatt von dem zu sprechen, was er faktisch erreicht (und materiell erkennbar erreichen will), ein Unternehmensstrafrecht, ignoriert der Entwurf vordergründig dogmatische und systematische Konflikte mit Straf- und Strafprozessrecht und entscheidet sich, ebenfalls nur vordergründig, für ein vermeintliches Zwischenmodell: Ein bisschen Ordnungswid-

¹ VerSanG-E, S. 2, 62.

² Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend, NZWiSt 2018, 1, 9.

³ Siehe auch Deutscher Anwaltverein, NZG 2020, 298: „klandestines Unternehmensstrafrecht“.

⁴ VerSanG-E, S. 79.

⁵ VerSanG-E, S. 71.

⁶ Vgl. VerSanG-E Einführung C. Alternativen Nr. 3.

rigkeitenrecht hier, ein bisschen Strafrecht dort. Das ist zwar eine salomonische Lösung, die allen Positionen gerecht zu werden versucht; sie überzeugt dogmatisch allerdings nicht.⁷

b) Veränderungen des repressiven Rechtsrahmens

Selbst unter der Annahme, dass es sich bei der Festlegung einer Verbandssanktion nicht um eine Bestrafung i. S. des grundgesetzlichen Begriffs der Strafe handelt, ändert dies nichts daran, dass es sich sowohl bei den verfahrensrechtlichen Belastungen als auch bei der Sanktionierung selbst um Eingriffe in Grundrechte handelt, die gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen zustehen, erst recht Vereinigungen natürlicher Personen. Dies zu betonen erscheint deshalb wichtig, weil dieser Aspekt in der Begründung des Gesetzesentwurfs bestenfalls in Ansätzen Beachtung findet. Im Vordergrund steht dort vielmehr eindeutig das punitive Bestreben, Verbände in einem sehr effizienten Verfahren effektiv zu sanktionieren. Der grundrechtliche Schutz freien Wirtschaftens, Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 GG, steht dahinter ebenso zurück wie das Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG, aber auch der Blick auf grundrechtsgleiche Verfahrensrechte, etwa das Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 1 GG. Das hat zur Folge, dass Eingriffsrechte weit gefasst sind, während die konkreten Verbandspflichten eher allgemein formuliert und damit teilweise nicht ausreichend konkret festgelegt zu sein scheinen.

2. Begründungstiefe

Unbeschadet der Frage nach der dogmatischen Einordnung scheint der allgemeine Teil der Begründung des Gesetzesentwurfs angesichts der Dimension des Vorhabens auch die damit verbundenen Implikationen und Auswirkungen auf andere Gesetze nicht auszuschöpfen. Offen ist zudem, ob der dem Entwurf zugrundeliegende Denkansatz des homo oeconomicus überhaupt trägt.⁸ Friktionen mit dem Datenschutzrecht, dem Wettbewerbsregistergesetz, dem Insolvenzrecht und dem Strafrecht sind mit Händen zu greifen, ohne dass sie in der Gesetzesbegründung thematisiert würden.

a) VerSanG-E und Datenschutzrecht

Wie sollen sich Interne Ermittlungen, bei denen bereits vor dem Bekanntmachen der Ermittlungen gegenüber dem Betroffenen personenbezogene Daten erhoben werden müssen, mit den dabei ausgelösten Informationspflichten verhalten? Dabei geht es nicht allein um eine etwaige Videoüberwachung, sondern auch um die Sichtung von Mails auf dem Dienst-PC oder Laptop. Bereits das analoge Überprüfen einer von einem „Whistleblower“ (ggf. anonym) eingegangenen Mitteilung kann datenschutzrechtlich relevant sein.

b) Wirtschaftliche Folgen langer Verfahrensdauer (auch bei Falschbeschuldigung)

Wie verhält es sich im Fall von Denunziationen? Bei Ausschreibungen werden nicht selten Angaben über anhängige Ermittlungsverfahren verlangt. Bisher lässt sich die Frage verneinen, solange nicht in ein Hauptverfahren übergeleitet wurde, da eine förmliche Verfahrensbeteiligung erst dann besteht. Zukünftig genügt eine plausible Anzeige, der die Staatsanwaltschaft und ggf. das Unternehmen mittels Interner Ermittlungen nachgehen muss, um das Unternehmen sogleich von diesen Ausschreibungen auszuschließen. Jeder auf Fahrlässigkeit beruhende Arbeitsunfall, der eine geringfügige Körperverletzung zur Folge hat, kann sich dadurch als Marktsperre auswirken – selbst wenn die Ermittlungen später eingestellt werden. Im Fall von Vermögensdelikten, noch dazu mit Auslandsbezug, dauern überdies bereits Interne Ermittlungen Monate bis Jahre, und bedürfen anschließend der Überprüfung der (ohnehin jetzt schon überlasteten) Staatsanwaltschaften. Allein die Verfahrensdauer könnte auf diese Weise zum Marktaustritt zwingen: So bekommt schon das Verfahren an sich die Wirkung einer Strafe. Lässt sich dies verantworten? Bedarf es rechtlicher Absicherung gegen derartige unerwünschte Nebenfolgen? Was käme als wirksame Maßnahme in Betracht? Ein Recht auf Verschweigen? Ggf. ausgeweitet zu einem Recht zur Lüge? Ein zivilrechtliches Verwertungsverbot, solange nicht das Hauptverfahren eröffnet ist? Wie ist es zu

⁷ Vgl. Kohlhof, Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe, Diss. 2019; Jäger, FS Schüler-Springorum, S. 238; Schönemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, FS Roxin, S. 8.

⁸ Dazu Lawall/Weitzel, NZWiSt 2020, 209, 211 – 213, die tiefgehende Fragen stellen, die sie allerdings leider nur pauschal bejahend beantworten.

handhaben, wenn sich die ungeklärte Situation mit dem subjektiven Verfahren gegen natürliche Personen über Jahre hinzieht?

c) **Registereintragung aktueller Verbandsverantwortlicher**

Und was geschieht im Anschluss an eine Sanktionierung? Ist das Unternehmen schon ab einer Sanktion von 300 Euro „gebrandmarkt“? Eventuell sogar auch bei einer Einstellung gemäß dem Opportunitätsprinzip, §§ 35 – 38 VerSanG-E? Welches größere Unternehmen ist dann bei 15.000 (erwarteten) Verfahren p.a. nicht (schein-)kriminell? Wer will noch Geschäftsführer werden, wenn er im Verbandssanktionenregister eingetragen wird, obwohl die Verbandstat vor seiner Zeit unter Verantwortung seines Vorgängers begangen wurde, § 55 Abs. 1 Nr. 1 lit. f VerSanG-E?⁹

d) **Interessengegensätze zwischen Verband und Verbandsangehörigen**

Was wird im Arbeitsrecht aus dem Informationsinteresse des Arbeitgebers? Wie soll ein Schweigerecht des Arbeitnehmers vereinbar sein mit den Notwendigkeiten von kapitalmarktrechtlich gebotenen ad-hoc-Mitteilungen? Müssen eilige, weil zum Schutz von Leib oder Leben erforderliche lebensmittelrechtliche oder sonstige sicherheitsrelevante, z.B. in der Autoindustrie gebotene Rückrufaktionen verschoben werden, bis sich die betroffenen Arbeitnehmer mit ihrem Anwalt beraten haben? Und was ist, wenn dieser zum Schweigen rät?

e) **Verwertung von Angaben in nicht-strafrechtlich induzierten Internen Ermittlungen?**

Wie soll mit Erhebungen umgegangen werden, die nicht aufgrund von Straftatverdacht eingeleitet wurden? Tritt dann mangels Belehrung keine förmliche Sanktionsmilderung ein? Müssen neuerliche Interne Ermittlung unter Verwendungsverbot der materieller Verteidigungsunterlagen stattfinden, also sowohl der bereits getätigten Angaben und Unterlagen der Zeugen als auch der Kommunikation zwischen dem Verband und seinem Verteidiger, obwohl sie nur in seinem Besitz beschlagnahmefrei wäre? Diesen Fragen gehen die Rechtsanwälte Dr. Rosinus und Vogel (unten III 6 a cc und k cc) näher nach.

f) **VerSanG-E und EU-Restrukturierungsrichtlinie**

Wie vereinbar sind die Rechtsnachfolgeregelungen der §§ 6 und 7 VerSanG-E mit der Restrukturierungsrichtlinie der EU¹⁰? Würde es genügen, anstatt der bloßen Möglichkeit, gem. § 39 VerSanG-E im Insolvenzfall auf eine Verbandsstrafe zu verzichten, das Einstellen des Verfahrens und der Vollstreckung aus einem etwa bereits ergangenen Urteil zwingend anzuordnen?

g) **Insolvenzantrag im Vollstreckungsstadium**

Was nutzt der Verzicht auf die Auflösung als Verbandssanktion, wenn der Rechtspfleger im Vollstreckungsstadium bei Uneinbringlichkeit der Geldsanktion ohne jede Abwägungsmöglichkeit Insolvenzantrag stellen muss? Und zuvor ein Vermögensarrest in voller Höhe der erstinstanzlich ausgeurteilten Geldsanktion ergehen darf, in dessen Vollziehung dem Verband allein das betriebsnotwendige Schonvermögen zur (eben deswegen ebenfalls nicht mehr) freien Verfügung überlassen bleiben muss (dazu näher unten III 32 a cc)?

h) **Wertungswidersprüche zwischen VerSanG-E und StGB/StPO**

Einzelne Argumentationsstränge setzen sich in deutlichen, aber ersichtlich unbemerkten Gegensatz zu strafprozessualen Grundsätzen:

- Aufgrund des Publizitätseffekts einer Hauptverhandlung entlaste ihr Unterbleiben die Unternehmen (S. 97, s.a. S. 103). Das trifft zweifellos zu. Wie verhält sich diese Erkenntnis jedoch mit dem Öffentlichkeitsprinzip (sanktions- wie strafrechtlicher)

⁹ Dazu Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 220.

¹⁰ Dazu Köllner, NZI 2020, 60, 62 f.; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223, 226

Hauptverhandlungen? Besteht die Konsequenz daraus in der Abschaffung der Öffentlichkeit? Was bliebe dann von ihrer (historischen) Schutzfunktion?

- Was ist von der regierungsamtlichen Einschätzung zu halten, Beweisverwertungsverbote schützen nur eingeschränkt, S. 102? Warum soll das nur für das Verbandsverfahren so sein, nicht aber im Strafprozess? Sollten sie nutzlos sein, so erwiesen sie sich als bloßes „window-dressing“. Reichten sie nicht aus, müsste über wirksamere Schutzmechanismen nachgedacht werden.
- Dem aussagenden Zeugen ein Widerspruchsrecht nach dem Vorbild von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO einzuräumen, sei mit dem Gebot effektiver Strafverfolgung unvereinbar. Warum gibt es dann aber diese Regelung in der InsO? Müsste sie nicht in einem Atemzug beseitigt werden? Oder trifft das Argument nicht zu?
- Die Widerspruchslösung böte dem Zeugen Potential, den Verband zu erpressen. Gilt das nicht erst recht für das uneingeschränkte Recht zu schweigen?
- Das gesamte Recht der Zeugenpflicht wird durch die Behauptung ins Wanken gebracht, erzwungenen Aussagen käme nur ein geringer Beweiswert zu (S. 101): Wozu muss dann ein Zeuge in gerichtlichen Verfahren (und vor der Staatsanwaltschaft) aussagen? Müssten nicht die Pflichten zum Erscheinen und Aussagen ebenso abgeschafft werden wie die Zwangsmittel (Vorführung, Ordnungsgeld bis hin zur Zwangshaft)? Wie legitim sind nun noch die Aussagedelikte der §§ 153 – 162 StGB?
- Einem gesetzlichen Vertreter (warum eigentlich nicht allen Leitungspersonen und sonstigen Dritten, deren Verhalten als Verbandstat angesehen werden kann?) billigt der Entwurf ein Recht zu Schweigen bzw. die Aussage zu verweigern, zu, gem., § 33 VerSanG-E. Da allerdings der Anreiz zu kooperativem Verhalten des Verbandes überaus hoch ausfällt, wird dies in den meisten Fällen zur Folge haben, dass alle Angaben auch des gesetzlichen Vertreters Eingang in die Internen Untersuchungen finden und damit den Ermittlungsbehörden zur Verfügung stehen. Was nutzt dem Organ da noch das Schweige- bzw. Aussageverweigerungsrecht?
- Als Auflagen gemäß § 12 und § 36 VerSanG-E sind lediglich Wiedergutmachungs- und Zahlungen an die Staatskasse, nicht aber an gemeinnützige Einrichtungen vorgesehen. Zur Begründung verweist der Entwurf auf mangelnde Transparenz (S. 89 und 116). Es wird allerdings nicht deutlich, warum es auch weiterhin zulässig sein soll, Geldleistungen nach § 153a StPO gemeinnützigen Einrichtungen zuzuweisen: der geringeren Höhe wegen?
- Im Grenzbereich zwischen materiellem und Verfahrensrecht bewegt sich die strafzumessungsrechtliche Bestimmung des § 18 VerSanG-E, die mit der Halbierung des Strafrahmens (und dem Entfallen öffentlicher Bekanntmachung) eine über das allgemeine Strafrecht hinausgehende Milderungsmöglichkeit vorsieht (dazu näher unten III 9 I).

i) Bedarf für ein eigenständiges VerSanG?

Die Begründung des Gesetzesentwurfs enthält kein Wort zu all diesen Bezügen. Die Notwendigkeit, ein eigenes Gesetz zur Sanktionierung von Verbänden einzuführen, erscheint anhand dieser Art und Weise der Nicht-Argumentation nicht plausibel. Hinweise auf Vorgaben der Europäischen Union können eine inhaltliche Begründung schon deshalb nicht ersetzen, weil nicht ersichtlich ist, dass die bisherigen Handlungsmöglichkeiten nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz als ineffektiv oder unwirksam i. S. der unionsrechtlichen Anforderungen angesehen werden könnten. So wird etwa nicht hinreichend deutlich, warum eine etwaige Fortentwicklung des Ordnungswidrigkeitengesetzes nicht ausreichen würde. Gleiches gilt für die Hinweise in der Begründung auf die internationale Üblichkeit eigenständiger Verantwortlichkeit von Verbänden. Angesichts der schon bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten steht die Bundesrepublik Deutschland bereits jetzt nicht außerhalb dieser Tradition.

j) Punitiver Charakter

Nach Einschätzung von WisteV folgt der vorliegende Gesetzesentwurf zum einen den Vorgaben im Koalitionsvertrag und ist zum anderen von im wesentlichen utilitaristischen Effizienzüberlegungen geprägt. Es verstärkt sich der Eindruck, dass hier möglichst schnell und unter Delegation des allgemeinen (z.B. Dokumentations-)Aufwands auf sämtliche (legal wie rechtswidrig) agierenden wirtschaftlichen Entitäten und der speziellen Ermittlungserfordernisse auf die (jeweils: potenziell) betroffenen Verbände zu einer effektiven (und drastischen) Sanktionierung gelangt werden sollte. Die Interessen der Verbände, gerade auch der legal agierenden, und auch die Auswirkungen auf die in verschiedenen Funktionen beteiligten, natürlichen Personen werden dabei vernachlässigt.

k) Kein Spiegel der Fachdiskussion

Bereits im Vorfeld des Referentenentwurfs fand eine durchaus intensive Diskussion sowohl im Hinblick auf Möglichkeiten und Notwendigkeiten einer Verbandssanktionierung als auch in Bezug auf einen etwaigen Regelungsbedarf betreffend Interne Ermittlungen statt. Es ist zwar sicherlich nicht Aufgabe einer Gesetzesbegründung, sich mit sämtlichen Einzelheiten der fachspezifischen Argumente auseinanderzusetzen. Gleichwohl hätte der Allgemeine Teil der Begründung deutlich an Überzeugungskraft gewonnen, wären Ansatz und Einzelregelungen des Gesetzesentwurfs in Auseinandersetzung mit Alternativvorschlägen unter Darlegung der Vor- und Nachteile entwickelt worden.

So verständlich es ist, dass die Gesetzesbegründung die Unterschiede zwischen dem früheren nordrhein-westfälischen Entwurf für ein Verbandsstrafrecht, den Frankfurter Thesen, dem Kölner und dem Münchner Entwurf für ein Verbandsanktionengesetz nicht detailliert darlegt, so fällt doch auf, dass der gewählte innovative Ansatz mit einer Begründung kontrastiert, die der vorgesehenen tiefgreifenden Veränderung des bisherigen repressiven deutschen Rechtsregimes kaum ausreichend Rechnung trägt.

l) Adressatenkreis

Die Auswirkungen dessen sind keineswegs nur theoretischer Natur. Es wird nicht deutlich, welche Idee hinter dem VerSanG-E steht. Im inoffiziell bekannt gewordenen Vorentwurf vom 15.8.2019 war noch vorgesehen, alle Verbände zu erfassen. Nunmehr erfolgt eine Beschränkung auf wirtschaftlich tätige Verbände. Die dahinterstehenden Gründe werden allerdings nur rudimentär offengelegt.

Zu diesem Aspekt bemerkt Prof. Dr. Dr. hc. Waßmer:

Die Begrenzung des Regelungsbereichs auf Verbände, deren Zweck auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist, ist einerseits zu eng, andererseits zu weit. Zu eng ist der Regelungsbereich, da – wie die erste Fassung des Referentenentwurfes¹¹ noch anführte – auch nicht rechtsfähige Vereine „selbst bei ideeller Tätigkeit häufig bedeutende wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten“ können. Idealvereine dürfen wirtschaftlich tätig werden, sofern es sich „lediglich um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des sogenannten Nebenzweckprivilegs handelt.“¹² Daher können z.B. Bundesligavereine, die als Idealvereine verfasst sind und über eine (umsatz- und erlösstarke) „Lizenzspielerabteilung“ verfügen, das Nebenzweckprivileg in Anspruch nehmen.¹³ Außerdem kann ein Idealverein seinen Status wahren, indem er einen nach Art und Umfang über einen Nebenzweck hinausgehenden Geschäftsbetrieb in einen eigenständigen Zweckbetrieb auslagert, und zwar selbst dann, wenn er diesen Zweckbetrieb beherrscht.¹⁴ Sachgerechter erscheint es, alle Idealvereine einzubeziehen, bei denen die wirtschaftliche Betätigung einen bedeutenden Umfang hat. Hierfür könnte auf einen Schwellenwert abgestellt werden.

Zu weit ist der Regelungsbereich des VerSanG, da alle kleinen Unternehmen einbezogen werden. Bei diesen Unternehmen fallen die Kosten für Compliance vergleichsweise hoch aus, wodurch

¹¹ BMJV, VerSanG-RefE in der Fassung vom 15.8.2019, S. 72.

¹² BGH NJW 1983, 569, 570 – ADAC.

¹³ Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, §§ 21, 22 BGB Rn. 76 ff.

¹⁴ BGH NJW 1983, 569.

Wettbewerbsverzerrungen drohen.¹⁵ Kleine Unternehmen sind häufig von persönlicher Bekanntheit und langjähriger Verbundenheit geprägt, so dass die Integration komplexer und kostenintensiver Compliance-Strukturen und die Durchführung kostspieliger interner Untersuchungen nicht sachgerecht erscheinen.¹⁶ Damit werden kleine Unternehmen die nach dem VerSanG möglichen Sanktionsmilderungen kaum in Anspruch nehmen können. Im Übrigen ist unklar, warum auch bei kleinen Unternehmen ein zwingendes Bedürfnis für die Verschärfung des geltenden Rechts besteht, soll doch das VerSanG vor allem deshalb eingeführt werden, um große Unternehmen und multinationale Konzerne¹⁷ angemessen sanktionieren zu können.

In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, wenn die Begründung des Gesetzesentwurfs auf den alternativen Ansatz des Münchener Entwurfs zum Verbandssanktionengesetz näher eingegangen wäre, der zwar ebenfalls eine Beschränkung auf wirtschaftlich aktive Verbände vorsieht, Verbandssanktionen aber zusätzlich vom Erreichen bestimmter Schwellenwerte abhängig macht.

m) Zurechnungsmodell

aa)

Der Gesetzesentwurf folgt dem sog. Zurechnungsmodell. Dies ist ein aus anderen Rechtsordnungen durchaus bekannter Ansatz. Das ändert jedoch nichts daran, dass Gründe und etwaige Notwendigkeiten der konkret gewählten Zurechnung dargelegt und gegen unterbliebene Zurechnungsaspekte abgegrenzt werden müssen. *Jahn/Schmitt-Leonardy*¹⁸ haben darauf hingewiesen, dass das Grundprinzip der Zurechnung im VerSanG-E wesentlich von der Art der Zurechnung im Strafrecht abweicht. Die strafrechtliche Diskussion rankt sich um die Frage, inwieweit Folgen eigener Handlungen dem Individuum zugerechnet werden können. Dem entgegen ist der Entwurf des VerSanG von dem Bestreben gekennzeichnet, das Verhalten von Individuen dem Verband zuzurechnen, ihn folglich für fremdes Verschulden einstehen zu lassen.

bb)

Diese Art der Zurechnung soll auf zwei verschiedenen Wegen möglich sein: Strafrechtlich relevante Verfehlungen von nicht zu den Leitungspersonen gehörenden Individuen sollen dem Verband zugerechnet werden, falls die Tat durch angemessene Vorkehrungen vermieden oder wesentlich erschwert worden wäre. Der Regierungsentwurf stellte dabei allein auf objektive Umstände ab. Ein Verschulden von Leitungspersonen soll als Voraussetzung nicht erforderlich sein. Darin liegt eine erhebliche Abweichung vom bisherigen Zusammenspiel zwischen den §§ 130 und 30 OWiG. Diese Verschärfung wird in der Gesetzesbegründung nicht nur nicht näher thematisiert, sondern im Zusammenwirken mit dem vorgesehenen Verfolgungszwang noch deutlich verstärkt.

n) Dichte des Regelungsnetzes

Dabei scheint ein Aspekt aus dem Blick zu geraten, der aus der Diskussion um die Reichweite von Compliance-Maßnahmen und der Verantwortlichkeit für Verletzungen von Compliance Anforderungen bekannt ist: Je enger das Netz an Vorgaben geknüpft ist, d. h. je stärker die Spielräume eingeengt sind, anders formuliert, je bürokratischer ein Unternehmen organisiert ist, desto größer ist die Gefahr der Verletzung irgendeiner Pflicht. Dieser Effekt ist für sich schon dramatisch genug. Rechtlich höchst bedenklich ist daran, dass die strafrechtliche Relevanz nicht mehr normativ vorgegeben wird, sondern von der Mentalität der Unternehmensträger abhängt. Der demokratische Gesetzgeber bestimmt nicht mehr selbst über die Strafbarkeit, sondern gibt lediglich das „Stichwort“, unter das sie zu fassen ist. Mit welchen Maßstäben es dann jeweils ausgefüllt wird, soll den Ebenen unterhalb des Gesetzgebers bis hin zu privaten Stellen überlassen bleiben.

¹⁵ Saliger/Tsambikakis, BB 40/2019, I.

¹⁶ Köllner/Mück, NZI 2018, 311, 314 f.

¹⁷ VerSanG-E, S. 57.

¹⁸ Forum der Süddeutschen Zeitung vom 26.4.2020.

Selbstverständlich ist es nicht möglich, dass der Gesetzgeber sämtliche in der Praxis vorkommenden Varianten im Einzelnen bedenkt und die Lösung selbst vorgibt. Es ist durchaus verfassungsgemäß, z.B. die *Pflichtwidrigkeit* i. S. v. § 266 StGB situationsabhängig zu konkretisieren und dabei auch privatautonome Vorgaben zu berücksichtigen. Die Grenze hier wie auch bei Compliance-Vorgaben besteht allerdings darin, dass die normative Vorgabe exklusive Aufgabe des Gesetzgebers ist und dieser zu bestimmen hat, welchen Grad eine Verletzung erreicht haben muss, um daran eine repressive Folge anzuschließen, sei es eine Strafe, sei es eine Verbandssanktion. Privatautonom gesetzte *weitergehende* Sorgfaltsanforderungen mögen zu zivilrechtlichen Folgen wie Kündigung oder Schadensersatzpflicht führen, können und dürfen von Verfassung wegen jedoch nicht strafbarkeitsbegründend wirken.

Deshalb ist es bereits in objektiver Hinsicht erforderlich, dass der Gesetzgeber selbst definiert, welche Verstöße gegen Compliance-Pflichten geeignet sind, strafrechtliche Folgen auszulösen. Anderenfalls käme es im Ergebnis auf einem repressiven Sektor zu einer reinen Erfolgshaftung, weil es *immer* möglich ist, für das im Gesetzesentwurf vorgesehene Anknüpfen an die Vermeidbarkeit, ja noch deutlicher, an die bloße Erschwernis, ein noch engeres und deshalb auch das real vorgekommene Geschehen vermeidendes Netz an einzuhaltenen Vorgaben, Kontrollen und Überwachungsmaßnahmen nebst zivilrechtlicher Sanktionierung zu erdenken. Darin läge eine entgrenzte Verantwortung allein für sämtliche eingetretenen negativen Folgen ungeachtet ihrer praktischen Vermeidbarkeit. Dass eine solche Gestaltung das Sanktionsverfahren erleichtert und zügig zu einer Ahndung führt, worauf Staatsanwalt Florian Schmid, LL.M. Lübeck, zutreffend aufmerksam gemacht hat, ist sicher richtig, beantwortet aber nicht die Frage nach einem angemessenen und vor allem praxistauglichen Maßstab menschlicher Verantwortung. Der Haftungsmaßstab wird vom Entwurf noch dadurch verschärft, dass er nur die schuldhaftige Begehung der Verbandstat (vorsätzlich oder fahrlässig), nicht aber auch des Compliance-Verstoßes verlangt.

Eine derartige Erfolgshaftung gab es in früheren Zeiten der deutschen Rechtsgeschichte und wohl auch heute noch in einigen nicht demokratischen Staaten. Strafrechtliche Verantwortung für bloßes Pech kennt allerdings das aktuelle deutsche Repressionsrecht nicht.

o) Repressive Haftung für lediglich objektive Rechtsverstöße

Für den zweiten Pfad zur Verbandsverantwortlichkeit ist nicht einmal mehr ein auch nur irgendwie dem Verband zur Last gelegtes Geschehen konstitutiv. Alternativ ist nämlich vorgesehen, dass dem Verband nicht nur jede Straftat zugerechnet wird, bei der durch das Handeln einer Leitungsperson eine Verbandspflicht verletzt wird, sondern auch jede andere Verbandstat, wenn dadurch nur der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte¹⁹. Diese Alternativität führte dazu, dass auch Exzesstaten einer Leitungsperson ohne Verletzung von Verbandspflichten zur Verbandsverantwortlichkeit führen können. Dem Verband würde also das bloße Handeln der Leitungsperson schon dann zugerechnet, wenn es sich für ihn nur als lukrativ erwies bzw. sogar dann, wenn nur vorgesehen war, dass die Handlung dem Verband wirtschaftlich zu Gute kommen sollte. Auch darin liegt eine reine, dem bisherigen deutschen Repressionsrecht fremde Erfolgszurechnung.

p) VerSanG-E und Vermögensabschöpfung

Die Gesetzesbegründung sollte auch die Notwendigkeit der Einführung eines Verbandsanktionengesetzes plausibel machen. Im Jahr 2017 wurde das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung grundlegend neu geregelt und führte sehr schnell zu auch betragsmäßig sehr hohen Einziehungsentscheidungen. Damit verfügt bereits das geltende Recht über ein effektives Instrumentarium, Taterträge auch bei einem Unternehmen als Drittem (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) abzuschöpfen: Straftaten Untergebener lohnen sich demnach bereits heute auch für den Verband nicht. Es erscheint deshalb begründungsbedürftig, warum den Verband selbst zusätzlich sanktioniert werden soll, obwohl ihm keinerlei rechtlich relevantes Versagen zur Last liegt und er die Erträge aus rechtswidrigen Taten nicht behält.

¹⁹ Bedenken dagegen bei Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 236 f.

q) Auseinanderfallen von Betroffenen wirtschaftlicher Folgen und fehlerhaft Handelnder

Begründungsbedürftig wäre zudem, weshalb nach der Konzeption des Entwurfs die neu einzuführenden wirtschaftlichen Repressionsfolgen nicht die eigentlichen Verursacher treffen, sondern die davon unabhängigen oder nur zufällig personengleichen Unternehmens-träger. In verwaltungsrechtliche Kategorien eingeordnet, handelt es sich bei diesen zwar um Zweckveranlasser. Diese sind jedoch nur als Zustandsstörer und damit unter sehr engen Voraussetzungen polizeipflichtig und haften zudem lediglich nachrangig gegenüber einem Handlungsstörer. Warum nunmehr die gegenüber der Polizeipflichtigkeit viel schärfere Verbandssanktion gleichberechtigt neben die Strafbarkeit der natürlichen Person treten und damit den Verband unter leichteren Voraussetzungen als das Polizeirecht in die Haftung nehmen können soll, ist keineswegs selbstverständlich, wird aber im erläuternden Teil des Gesetzesentwurfs nicht einmal thematisiert. Die Rechtsanwälte Dr. Ingo Bott und Dr. Maximilian Kohlhof, Düsseldorf, wählen insoweit eine drastische Formulierung: *Die Sanktionsschärfe steigt, ein tatsächliche Verantwortlichkeiten berücksichtigendes Regulativ fehlt.*

r) Organisierte Verantwortungslosigkeit

Dieser Blick auf das Polizeirecht verweist auch auf den das Bedürfnis nach einer Sanktionierung des Verbandes selbst begründenden kriminologischen Kern einer potenziellen repressiven Verbandsverantwortlichkeit hin: In einer arbeitsteiligen Wirtschaft, in der Zuständigkeiten parzelliert sind, müssen die einzelnen handelnden Personen nicht notwendig über das Gesamtwissen der Geschehensabläufe verfügen. Es ist geradezu systemimmanent, dass jeder Beteiligte sich auf seinen Part konzentriert. Selbst wenn sich sein Wissen nicht auf seinen Zuständigkeitsbereich beschränkt, ist es deswegen sehr schwer, über den Taterfolg hinaus überhaupt eine tatbestandlich-rechtswidrige Handlung zu erkennen und Einzelnen eine zumindest irgendwie repressionsrelevante Beteiligung (z. B. Teilnahme, § 27 StGB) daran nachzuweisen. Dieser Effekt kommt sehr anschaulich im Schlagwort von der *organisierten Verantwortungslosigkeit* zum Ausdruck.

Dort, wo es aufgrund der Arbeitsteilung und der Organisation im Übrigen nicht möglich ist, natürliche Personen für strafrechtlich relevante Folgen verantwortlich zu machen, wächst das Bedürfnis, auf den Verband selbst zugreifen zu können. Das findet seinen Grund darin, dass erst das Zusammentreffen mehrerer, vielleicht nur kleiner Ursachen die strafbedürftigen Folgen auslöst. Ob und in welchen Fällen allein das Agieren im Verband als solches oder erst eine vorwerfbar fehlerhafte Organisation Anknüpfungspunkt für Repressionsmaßnahmen gegen den Verband sein darf und soll, kann vorliegend dahinstehen, denn die Begründung des Gesetzesentwurfs blendet diesen kriminologischen Ausgangspunkt insgesamt aus, stellt demnach nicht die Frage, ob eine Konzentration auf diesen Aspekt zielführend wäre und ausreichen würde, und beantwortet sie demgemäß auch nicht.

Zu welchem Ergebnis man für jeden einzelnen Aspekt kommt, ist erst dann bedeutsam, wenn er diskutiert wird. Dass diese einschlägigen Themen, die im Vorfeld nicht nur in der einschlägigen Fachöffentlichkeit diskutiert wurden, in der Begründung des Gesetzesentwurfs ausgeblendet wurden, verwundert und wird der Bedeutung der mit einem Verbands-sanktion im Gesetz verbundenen innovativen Weiterentwicklung der Rechtsordnung nicht gerecht.

s) Fehlende Kollisionsregeln

Die Auswirkungen des Gesetzes auf die jeweils Betroffenen werden in der Gesetzesbegründung eher pauschal angesprochen. Betont wird die Schutzwirkung der Wettbewerber vor solchen Unternehmen, die skrupellos Gesetze zum eigenen Vorteil brechen. Es wäre jedoch auch geboten gewesen, die allgemeinen Folgen für die Wirtschaft näher zu bedenken. Der bloße Hinweis darauf, dass legal wirtschaftende Unternehmen keine zusätzlichen Belastungen zu fürchten hätten, erscheint unterkomplex. Angesichts nicht nur einer Vielzahl von gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften, sondern auch aufgrund des Fehlens einer „Gesetzesverkehrsordnung“, also einer Regelung für die Fälle des Zusammentreffens verschiedener Bestimmungen, auf deren Notwendigkeit bereits der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hassemer hingewiesen hat, wird es für Unternehmen quasi unmöglich, sich ausnahmslos gesetzestreu zu verhalten. Das gilt insbesondere dort, wo bereits

fahrlässiges Handeln repressiv geahndet werden kann. Vorsorge dagegen und gegen die Zurechnung zum Verband ist aufwendig und nur dann wirksam möglich, wenn umfassend und dementsprechend kostenintensiv dokumentiert wird.

Für die Gesetzesunterworfenen bedeutet das unter Geltung eines Verbandssanktionengesetzes, dass Verbandsverfahren zum alltäglichen Begleiter werden. Je größer das Unternehmen ist, desto weniger vermeidbar erscheint es, dass an irgendeiner Stelle von irgendeinem für den Verband Tätigen irgendein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut gefährdet oder gar verletzt wird. Da jedoch nicht sicher vorhergesagt werden kann, an welcher Stelle dies der Fall sein wird und die rechtlichen Gefahren an jeder Stelle im Unternehmen lauern, wird das Verbandssanktionengesetz jedes Unternehmen dazu zwingen, ein detailliertes Compliance-System zu initiieren, in dem sämtliche mit der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen strafrechtlichen Risiken zu identifizieren sind, und in dem festgelegt wird, wie ihrer Realisierung vorzubeugen ist. Dazu gehören nicht nur Handlungsanweisungen, sondern sowohl Wirksamkeitskontrollen als auch die Überwachung der Einhaltung des Festgelegten. Damit zieht zwangsläufig ein Sorgfaltsgrad in das Wirtschaftsleben ein, der demjenigen hoheitlichen Handelns entspricht (von Ministerien bis zu kommunalen Ämtern) und Unternehmen müssen nach Gesichtspunkten organisiert werden, die ihren Gegenstand und auch die kaufmännischen Notwendigkeiten überlagern. Umständlichkeit, Vorsicht und Langsamkeit sind aber gerade keine angemessenen Anforderungen an dynamisches Handeln im Wettbewerb stehender Unternehmen.

Derartige Pflichten kann der Staat trotzdem wollen und den Unternehmen (wie seinerzeit in der DDR) auferlegen. Dies zu kritisieren oder zu unterstützen ist hier nicht der passende Ort. Hervorzuheben ist jedoch, dass diese Folgen für sämtliche Unternehmen, also auch für alle diejenigen, die ohnehin peinlichst darauf achten, sich an die Regeln zu halten, eintreten werden. Es ist deshalb zwingend erforderlich, dass man diese sicher absehbaren Auswirkungen im Gesetzgebungsverfahren und damit auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs bewusst hervorhebt, um eine rationale Diskussion über die Gesetzesfolgen führen zu können.

t) Belastung der Justiz

Auch die Folgen der Einführung eines Verbandssanktionengesetzes für die Justiz werden in dem Entwurf vernachlässigt. Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck, der für seine Behörde mit ca. 500 Verbandsverfahren pro Jahr rechnet, drückt dies wie folgt aus:

Sofern das Gesetz in der vorgelegten Form in Kraft treten sollte, dürfte auf die Staatsanwaltschaften und Gerichte ein nicht unerheblicher Mehraufwand zukommen. Die in vielen Fällen zu erwartende Komplexität der Verfahren, die sich auch in der im Gesetzentwurf vorgesehenen zwingenden Zuweisung zu Schöffengericht oder Kammer widerspiegelt (§ 25 Satz 2 und §§ 74 Absatz 1 Satz 3, 74g GVG-E), wird zu einer deutlichen Mehrbelastung führen. Hinzu kommt auch die neue Befassung mit der Thematik „Compliance“, die zu Rechtsunsicherheiten führen wird.

III. Zu einzelnen Regelungen und Regelungskomplexen

1. § 2 VerSanG-E

Mit den verschiedenen Regelungen in § 2 VerSanG-E beschäftigte sich Prof. Dr. Dr. h.c. Waßmer und äußert sich dazu wie folgt:

a) Zu § 2 Abs. 1 VerSanG-E

Wenig sachgerecht ist die Einbeziehung aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Die Verhängung von Verbandsgeldsanktionen gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. Universitäten, Gemeinden), öffentlich-rechtliche Anstalten (z.B. Rundfunkanstalten) oder Stiftungen (z.B. Stiftung Preußischer Kulturbesitz), die im Wesentlichen durch staatliche Gelder finanziert werden, macht wenig Sinn, da sich der Staat damit faktisch selbst sanktioniert und im Wesentlichen nur Umverteilungen bewirkt

werden.²⁰ Wesentlich effektiver dürften disziplinarische und strafrechtliche Sanktionen gegen die tätigen Individuen sowie öffentlich-rechtliche Aufsichtsmaßnahmen sein.²¹ Der vorgesehene Ausschluss von Verbandstaten, die in Vornahme hoheitlichen Handelns begangen werden, geht nicht weit genug, da hierdurch nur ein geringer Teil der staatlichen Betätigung ausgeschlossen wird.²² Gerade die Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge, Beschaffung und fiskalische Hilfstätigkeiten verbleiben im Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts, obwohl insoweit Kontroll- und Aufsichtsmechanismen des öffentlichen Rechts eingreifen können. Hinzu kommt, dass im Rahmen von § 30 OWiG die Sanktionierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts kaum Bedeutung erlangt hat,²³ so dass auch insoweit nicht ersichtlich ist, warum für die schärfere Sanktionierung nach dem VerSanG ein zwingendes Bedürfnis bestehen soll.

Zu hinterfragen ist es, dass unter den Begriff des Verbands ein aus mehreren juristischen Personen oder Personenvereinigungen bestehender Konzern – wie bereits bei § 30 OWiG – nicht fallen soll, jedoch für die Höhe der Verbandsgeldsanktion bei der Ermittlung des durchschnittlichen Jahresumsatzes der weltweite Umsatz aller natürlichen Personen und Verbände zugrunde zu legen ist, soweit diese Personen und Verbände mit dem Verband als „wirtschaftliche Einheit“ operieren (§ 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E). Ebenso problematisch ist es, für die sog. Ausfallhaftung die wirtschaftliche Einheit heranzuziehen, wobei hier aber immerhin gefordert wird, dass auf den Verband oder seinen Rechtsnachfolger unmittelbar oder mittelbar ein bestimmender Einfluss ausgeübt wurde (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E).

Die Definition der Leitungsperson durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 a) bis e) VerSanG-E übernimmt den von § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG erfassten Personenkreis. Zu den sonstigen Personen, die (faktisch) „Kontrollbefugnisse in leitender Stellung“ ausüben (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 e) VerSanG-E) sollen nicht nur Aufsichtsräte, sondern auch Rechnungsprüfer, mit Weisungsbefugnissen ausgestattete Umwelt- oder Datenschutzbeauftragte, der Compliance-Beauftragte und der Leiter einer Innenrevision zählen.²⁴ Damit reicht die Verantwortlichkeit des Verbands sehr weit. Restriktiv ist zu fordern, dass die betreffende Person – zumindest faktisch – Einfluss auf die Verwaltung der juristischen Person hat und ihr Kompetenzen zur Reaktion und Sanktion übertragen wurden, damit von einer „leitenden Stellung“ die Rede sein kann.²⁵

Die Definition der Verbandsstraftat durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E verzichtet darauf, einen Straftatenkatalog zur Begründung einer Verbandsverantwortlichkeit vorzusehen, womit sämtliche Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts Verbandstaten sein können. Allerdings werden bereits bisher nur wenige Kriminalitätsbereiche mit Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG geahndet (etwa Korruption, Betrug, Steuerhinterziehung). Daher hätte sich in Anlehnung an die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer die Schaffung eines Kataloges einschlägiger Straftaten angeboten.²⁶ Die vorgesehene Verfolgung und Ahndung aller verbandsbezogenen Straftaten gemäß dem Legalitätsprinzip dürfte die Strafverfolgungsbehörden überfordern, womit in der Praxis weiterhin eine ungleichmäßige Handhabung droht.²⁷

b) Zu § 2 Abs. 2 VerSanG-E

Die in § 2 Abs. 2 VerSanG-E vorgesehene Extension auf Auslandstaten soll im Ausland begangene Taten im Inland begangenen Verbandstaten gleichstellen, sofern der Verband zur Tatzeit einen Sitz im Inland hat. Die Begründung hebt auf die Existenz eines Satzungs- oder Verwaltungssitzes in Deutschland ab.²⁸ Darüber hinaus sollten allerdings auch Verbände einbezogen werden, die ihren Satzungs- bzw. Verwaltungssitz im Ausland haben, aber u.a. über eine inländische Betriebsstätte verfügen. Denn sonst sind im Ausland begangene Straftaten, die mit den Aktivitäten der deutschen Betriebsstätte in Zusammenhang stehen, nicht ohne Weiteres erfasst.²⁹ Im Übrigen geht die vorgesehene Extension zu weit, da sie eine Verbandsverantwortlichkeit für sämtliche im Ausland begangenen Verbandstaten statuiert, die von Leitungspersonen oder (beim Unterlassen angemessener Vorkehrungen) von

²⁰ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²¹ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²² Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²³ Siehe Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 30 Rn. 2; siehe auch Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 37.

²⁴ VerSanG-E, S. 75.

²⁵ Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 84.

²⁶ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 237.

²⁷ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 237.

²⁸ VerSanG-E, S. 76.

²⁹ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 235.

Nicht-Leitungspersonen vorgenommen wurden. Dies dürfte zu großen praktischen Schwierigkeiten führen, da die Sachverhalte im Ausland ermittelt werden müssen und Rechtshilfeersuchen zu stellen sind.³⁰ Hierdurch drohen langwierige Verfahren, die mit der Einstellung des Verfahrens enden werden.

c) Volldeliktisch unabhängig von Schuld?

Ergänzend stellen die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, unter Bezugnahme auf Seite 75 der Gesetzesbegründung, die Frage, wie die beiden Aspekte volldeliktischen Handelns bei der Verbandstat einerseits und Unerheblichkeit der Person des Täters der Verbandstat andererseits miteinander vereinbar sein sollen: wenn der Täter nicht feststehen muss, stellt sich die Frage, wie eine schuldhafte Tat nachgewiesen werden kann. Schuld als individueller Vorwurf kann nur den Täter betreffen.

2. Zu § 3 VerSanG-E

a) Sachliche und personelle Differenzierung

Der Entwurf differenziert in zweierlei Hinsicht: In Bezug auf die persönliche Verantwortung rechnet er Verbandstaten von Leitungspersonen dem Verband uneingeschränkt und vollständig zu, § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Darüber hinaus rechnet er dem Verband Verbandstaten Dritter dann zu, wenn sie durch ausreichende Compliance-Maßnahmen hätten verhindert oder wesentlich erschwert werden können, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. In sachlicher Hinsicht folgt die Differenzierung aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E. Danach besteht eine Verbandstat in einer Straftat, durch die entweder die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind, oder durch die der Verband bereichert worden ist oder bereichert werden sollte.

b) Keine Beschränkung auf kriminelle Verbandsattitüde

Ist die Verbandstat Ausdruck einer kriminellen Verbandsattitüde, so ist ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Handeln einer natürlichen Person, insbesondere einer solchen, die an leitender Stelle tätig ist, und dem Verband ohne weiteres ersichtlich. Darauf soll sich allerdings die Verantwortlichkeit des Verbands nicht beschränken. Ohne Möglichkeit zur Exkulpation soll ihm vielmehr jede Tat einer Leitungsperson zugeordnet werden, d. h. auch dann, wenn es sich um einen „Ausreißer“ handelt, der allein in die Verantwortlichkeit des individuell Handelnden fällt. Den Verband zu belangen, obwohl nicht er, sondern ausschließlich eine pflichtvergessene Leitungsperson fehlsam handelte, ist jedenfalls ohne nähere Erwägungen, die in der Gesetzesbegründung fehlen, nicht überzeugend.

Besonders deutlich wird dies beim Zusammentreffen einer von einer Leitungsperson begangenen Verbandstat, die keine Pflicht des Verbandes verletzt, sondern lediglich zur Bereicherung des Verbandes führt oder gar nur führen sollte. Abgesehen davon, dass dort Erträge beim Verband gemäß § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB abzuschöpfen sind, fehlt hier jegliche Pflichtverletzung des Verbandes. Es ist kein Grund im Entwurf benannt oder auch nur erkennbar, den Verband als solchen in diesen Fällen zu sanktionieren.

c) Unterscheidung Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit

Im Hinblick auf eine von einer Nicht-Leitungsperson begangene Verbandstat wurde in der Begründung des Gesetzesentwurfs überdies versäumt, deutlich hervorzuheben, dass zwischen dem Verdacht der Begehung einer Verbandstat einerseits und einer Aufsichtspflichtverletzung andererseits strikt unterschieden werden muss. Dies ist deswegen erforderlich, weil die Verbandstat eines Dritten dem Verband nur dann zur Last gelegt werden können soll, wenn die Begehung der Verbandstat aufgrund organisatorischer Mängel des Verbandes erleichtert wurde. In dieser Konstellation begründet folglich der Anfangsverdacht einer Verbandstat noch keineswegs einen Anfangsverdacht für das Bestehen einer Verbandsverantwortlichkeit. Das ist vielmehr erst dann der Fall, wenn es konkrete Hinweise auf Organisationsmängel des Verbandes gibt.³¹

³⁰ Ströhm, ZIP 2020, 105, 106.

³¹ Vgl. im einzelnen Rübenthal, ZWH 2019, 265, 269 – 271.

d) Bezugsgegenstand des Verdachts

Die Klarheit darüber, worauf sich der Verdacht erstreckt, ist insbesondere für die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft und für den Umfang etwaiger interner Ermittlungen von wesentlicher Bedeutung (s. dazu unten III 6 c).

e) Ausweitung des Verantwortlichkeitsgrads gegenüber dem OWiG

Obwohl der Verband für Taten von Nicht-Leitungspersonen nur dann eintreten muss, wenn Aufsichtsmängel die Begehung begünstigten, begnügt sich der Entwurf mit dem objektiven Vorliegen solcher Aufsichtsmängel. Damit verzichtet er darauf, die Regelung aus dem Ordnungswidrigkeitengesetz zu übernehmen, die die Zurechnung nur bei schuldhaft verursachten Mängeln vorsieht. Es geht aber deutlich zu weit, jemanden, und sei es ein entpersonalisierter, aber ebenfalls grundrechtstragender Verband, für etwas verantwortlich zu machen, was er gar nicht vorherzusehen vermochte.

f) Rechtsdogmatische Zweifel

Abgesehen von diesem unstimmgigen Ergebnis ist die Konstruktion auch rechtsdogmatisch nicht haltbar. Der Verband haftet zumindest in der Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E für ein Unterlassen, nämlich für fehlende organisatorische Vorkehrungen. Ein Unterlassen ist aber nur dann Basis für eine repressive Maßnahme, wenn dem Adressaten die geforderte Handlung sowohl möglich als auch zumutbar war. Ein Verhaltensimperativ, der unmögliches oder unzumutbares Verhalten fordert, ist nicht befolgsam. Damit ist er auch nicht geeignet, Rechtsgüterschutz zu bewirken. Dies wiederum führt streng genommen zur Verfassungswidrigkeit der Sanktionsnorm, da damit weder Rechtsgüterschutz noch sonstige Sanktionszwecke erreicht werden können.

Vorliegend kommt noch hinzu, dass die konkrete organisatorische Maßnahme, deren Unterlassen dem Verband vorgeworfen wird, gesetzlich noch nicht einmal annähernd beschrieben ist und folglich nur von der Vermeidung des unerwünschten Erfolgs her, d. h. dem Begehen der Verbandstat, bestimmt wird.

Da die Gesetzesbegründung auf diese Umstände nicht eingeht, lässt sich nicht beurteilen, ob es rechtsstaatlich unbedenkliche Gründe für eine derart weite Verbandshaftung gibt.

3. Zu § 4 VerSanG-E

Die Rechtsanwälte Enno Appel und Jin-Bum Yoon, Frankfurt am Main, zeigen die Gefahr von Missverständlichkeit aufgrund allzu pauschaler Verweisung auf Vorschriften der StPO und des StGB auf. Es wäre der Rechtspraxis vielmehr dienlich, den Strafantrag, § 158 Abs. 2 StPO, nur in Verbindung mit den §§ 77-77d StGB zu bringen und für Ermächtigung und Strafverlangen gesondert auf § 77e StGB i. V. m §§ 77 und 77d StGB zu verweisen.

4. Zu §§ 5 – 7 VerSanG-E

a) Redaktionsversehen

Rechtsanwalt Dr. Matthias Peukert, Hamburg, fand in der Einzelbegründung zu § 6 VerSanG-E auf Seite 82 der Begründung des Ref-E noch einen Verweis auf die Verbandsauflösung. Dieser Irrtum ist in der Begründung des Reg-E beseitigt.

b) Stellung von Konzernen

Zu § 7 VerSanG-E führt Rechtsanwalt Dr. Matthias Peukert aus:

Klarstellung ist hier im Zusammenhang mit § 3 Abs. 1 VerSanG-E im Hinblick auf Konzernsachverhalte geboten. Ein Konzern selbst ist kein sanktionsfähiger Verband i.S. des VerSanG-E (siehe S. 73 der Begründung „Zu Buchstabe c“). Dies sollte aufgrund der grundlegenden Bedeutung dieser Frage dann allerdings auch im Gesetzestext entsprechend normiert werden.

§ 7 Abs. 1 VerSanG-E sieht eine Ausfallhaftung im Konzern daher auch nur bei Erlöschen des sanktionierten Verbandes oder bei Vermögensverschiebungen innerhalb des Konzerns vor. Ein

verbandssanktionsrechtlicher Vorwurf soll damit gerade nicht verbunden sein (S. 82 der Begründung).

Nicht eindeutig lässt sich dem Entwurf in diesem Zusammenhang entnehmen, inwieweit konzernangehörige Gesellschaften darüber hinaus für Verbandstaten auf der Ebene von Mutter- oder Tochtergesellschaften sanktioniert werden können. Eine Zurechnung sollte nur dann in Betracht kommen können, wenn entsprechende Direktions- und Weisungsrechte bestehen.

c) Adressatenkreis der Ausfallhaftung

Im Hinblick auf den Adressatenkreis der Ausfallhaftung gibt Staatsanwalt Florian Schmid, LL.M., Lübeck, zu bedenken:

Überlegenswert aus praktischer Sicht wäre an dieser Stelle jedoch, die Ausfallhaftung nicht nur auf beherrschende Verbände zu beschränken, sondern auf herrschende natürliche Personen, die in gleicher Weise Einfluss nehmen können, auszudehnen. Gerade im Bereich der organisierten Wirtschaftskriminalität, bei denen beherrschende Einzeltäter oftmals große Netzwerke an Scheinfirmen zum Zwecke des Steuerbetrugs gründen oder professionelle Firmenbestattungen in Kombination mit Betrug oder Unterschlagung durchführen und sich dadurch in erheblichem Maße bereichern, scheint dies wünschenswert.

5. Zu § 9 VerSanG-E

a) Keine Abstufung von Strafrahmen

Unter den Aspekten der Bestimmtheit und der Vorhersehbarkeit weckt die Pauschalierung der vorgesehenen Höhe der Verbandsgeldsanktion erhebliche verfassungsrechtliche wie auch dogmatische Bedenken. Während die Rechtsfolgen von Straftaten und damit auch von Verbandstaten in von deren Schwere bestimmten Strafrahmen normiert sind verzichtet der Entwurf des VerSanG auf derartige Abstufungen.³² Dies hätte zur Folge, dass der Verband demselben, extrem weit gespannten und nach oben weitgehend offenen Sanktionsrahmen unterläge, unabhängig davon, ob ihm unter Einsatz von Korruption die Entwicklung eines mit Milliardengewinnen verbundenen Infrastrukturprojekts übertragen wurde, oder ob ein Kunde aufgrund eines umgefallenen Warnschildes nach dem feuchten Aufwischen des Bodens des Ladenlokals ins Stolpern geraten ist und sich eine kaum sichtbare Schürfwunden zugezogen hat, würde es sich denn dabei nicht um eine nach dem VerSanG ahndungsbedürftige Verbandstat.

Da der Entwurf an anderer Stelle (mit belastender Tendenz) auf die Bedeutung der Verbandstat abstellt (z.B. § 15 Abs. 1 Nr. 1 als ersten Zumessungsgrund, und § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) wäre es konsequent, entweder darauf zu verzichten, oder die Differenzierung auch in Bezug auf den jeweils einschlägigen Sanktionsrahmen zu übertragen.

b) Umsatz sagt nichts über Wirtschaftskraft aus

Dass mit der Anknüpfung der Sanktionshöhe an den Umsatz kein sachgerechter Bezugspunkt gewählt wurde, bringt Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck,³³ wie folgt zum Ausdruck:

*Allerdings ist der Umsatz eine zwar verbreitete, gleichwohl aber problematische Anknüpfungsgroße für die Bemessung einer Geldsanktion. Der Umsatz allein sagt wenig über den wirtschaftlichen Erfolg und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Verbandes aus. Sachgerechter schie-
ne die Anknüpfung an den Gewinn.*

c) Bedenkliche Höhe möglicher Gesamtsanktion

Überdies bestehen Bedenken dagegen, an die Höhe des gesamten Weltumsatzes eines Unternehmens (20 % im Fall einer Gesamtsanktion) anzuknüpfen.³⁴

³² Vgl. Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 243

³³ Übereinstimmend mit Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 238

³⁴ Nienaber/Schaumburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223, 225; s.a. unten Waßmer, II 10 b; Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 235 f.

d) Ungleiche Wirkungen der Geldsanktionen

Kleinere und große Unternehmen werden im Hinblick auf die Höhe der Verbandsgeldsanktion zum Nachteil kleinerer Unternehmen ungleich behandelt. Denn 10 % des Weltumsatzes bilden nur dann die Höchstgrenze, wenn sich der Umsatz des betroffenen Verbandes auf mehr als 100 Mio. Euro p.a. beläuft. Bei einem geringeren Umsatz beträgt die Grenze auch dann 10 Mio. Euro, wenn diese mehr als 10 % des Umsatzes betragen. Die relative Belastung eines weniger umsatzstarken Unternehmens kann also höher ausfallen als bei einem kräftigeren Verband. Das überzeugt nicht und dürfte vor Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bestand haben.³⁵

6. Zu §§ 12 und 13 VerSanG-E

a) Verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 13 VerSanG-E

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 13 VerSanG-E erscheint den Rechtsanwälten Thorsten Ebermann, Johannes Dauderer und Florian Mangold, Berlin, als angemessen:

Ein weiteres „Sicherheitsnetz“ für den Sanktionierten – und damit eine weitere praktisch notwendige Einschränkung des Ermessensspielraumes – ist die Möglichkeit für das Gericht, von sachkundigen Stellen (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberatungen) Nachweise über die Vorkehrungen einzufordern; daneben die Möglichkeit des Sanktionierten selbst, diese sachkundigen Stellen auszuwählen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VerSanG). Dass diese Auswahl mit Zustimmung des Gerichts zu erfolgen hat (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VerSanG) ist nach Ansicht der Unterzeichner eine hinnehmbare und notwendige Einschränkung, da ansonsten die Auswahlentscheidung des Sanktionierten einer gerichtlichen Prüfung und Kontrolle gänzlich entzogen wäre (Gefahr einer Umgehung sowie Gefahr von Gefälligkeitsgutachten), mithin die Wertigkeit und Objektivität der Auswahl solcher sachkundigen Stellen und der von diesen (in der Regel mittels Kurzgutachten) erarbeiteten Nachweise, gewahrt bleibt.

b) Ausbildungsqualifikation

Allerdings weist Staatsanwalt Schmid, LLM, Lübeck, auf zu erwartende Probleme im Umgang mit geeigneten Auflagen im Anschluss an eine vorbehaltene Verbandsgeldsanktion hin:

Problematisch scheint aber die vorgesehene Regelung, dass das Gericht bei einer Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt den Verband anweisen kann, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten zu treffen und diese Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen. Ausweislich der vorliegenden Begründung geht es hier um die Anweisung des Gerichts, bestimmte Compliance-Maßnahmen zur Verbesserung der Prävention verbandsbezogener Straftaten zu ergreifen.

Dieser nachvollziehbare Ansatz dürfte aber (derzeit) daran scheitern, dass weder die Staatsanwaltschaft noch das Gericht in der Lage sein dürfte umsetzbare und sachgerechte konkrete Compliance-Maßnahmen vorzuschlagen oder anzuordnen. Es besteht insoweit die Gefahr, dass das Gericht allgemein gehaltene Ziele beschreibt und die Details dann in Zusammenarbeit mit der im Entwurf vorgesehenen "sachkundigen Stelle" (§ 13) festzulegen sind.

Abgesehen davon, dass mit solchen allgemeinen Zielen die spezialpräventiven Ziele schwerlich erreicht werden können und eine Vollstreckung unmöglich ist, dürften hierdurch nur weitere - letztlich unnötige - auf die Verbände zukommen und ein Weiterreichen der Verantwortung von Gerichten und Staatsanwaltschaften auf die sachkundigen Stellen hervorgerufen werden. Daher sollte auf den „Nachweis durch eine sachkundige Stelle“ verzichtet werden.

An dessen Stelle wären zwei alternative Lösungen denkbar: Entweder könnte in Anlehnung an §§ 91 Abs. 2 AktG, 317 Abs. 4 HGB die Prüfung durch den Abschlussprüfer auf die Frage erweitert werden, ob der Verband die ihm auferlegten Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat. Oder aber es wird im Rahmen der vorgesehenen Spezialisierung der Gerichte (und Staatsanwaltschaften? - vgl. neuer § 74g GVG) auch eine korrespondierende Pflicht zur Aus- und Fortbildung der mit der Verbandssanktionierung betrauten Justizpersonen im Bereich Compliance eingeführt.

³⁵ Vgl. dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 240 f.

7. Zu § 14 VerSanG-E

a) Veröffentlichungsbedarf?

Es ist zweifelhaft, ob es einer Bestimmung zur Veröffentlichung einer Verurteilung überhaupt bedarf.

aa)

Zum einen dürften Fälle mit einer Vielzahl von Geschädigten regelmäßig mit vermögensabschöpfenden Maßnahmen einhergehen. Die Information der Verletzten ist daher gemäß §§ 111I und 459i StPO auch ohne eine öffentliche Mitteilung nach § 14 VerSanG-E ausreichend gewährleistet.

bb)

Zum anderen verfolgt, wer sich geschädigt fühlt, entweder sein Recht oder weiß zumindest, was er dazu veranlassen müsste. Entscheidet er sich dafür, seinen Ansprüchen nachzugehen, so nutzt ihm die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands nichts, denn er kannte ihn bereits zuvor als seinen Anspruchsgegner. Verzichtet ein sich geschädigt Fühlender hingegen darauf, von seinen Rechten Gebrauch zu machen, so handelt es sich um eine privatautonom getroffene Entscheidung, die zu respektieren ist. Zudem ist nicht zu erwarten, dass ein derartiger Geschädigter amtliche Verlautbarungsorgane liest und erst dadurch von einem „Skandal“ erfährt, über den typischerweise bereits in der allgemeinen Presse berichtet wurde. Auch Rechtsanwälten, die eher als Nutzer amtlicher Veröffentlichungen in Betracht kommen, nutzt die amtliche Bekanntmachung einer Verurteilung nichts, denn entweder sind sie nicht mandatiert, oder sie wissen längst, wer Anspruchsgegner ist und wie sie sich Kenntnis vom Verlauf eines Verfahrens gegen diesen verschaffen können.

cc)

Die Regelung verdeckt überdies einen Zielkonflikt: Ein Unternehmen, das sich ausreichend kooperativ zeigt, vermeidet die Möglichkeit der Veröffentlichung seiner Verurteilung. Das ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Bereitschaft, sämtliche Verletzten zu entschädigen. Wenn deren zivilrechtliche Befriedigung über § 14 VerSanG-E unterstützt werden soll, so würde dies von der vom Entwurf geförderten konsensualen Erledigung unterlaufen. Darin zeigt sich, dass eine Regelung über die Veröffentlichung auch nach der Logik des Entwurfs entbehrlich ist.

b) Bedenken gegen die Ausgestaltung des § 14 VerSanG-E

Aber auch dann, wenn man eine Regelung über die Veröffentlichung nicht für gänzlich überflüssig erachtet, überzeugt § 14 VerSanG-E nicht. Über seinen Zweck und zur Rechtsnatur äußert sich Rechtsanwalt Florian Junkers, Frankfurt am Main und Hamburg, unter Anerkennung dessen, dass die Norm als Ausnahmefall konzipiert und daher ihre restriktive Anwendung intendiert ist, wie folgt:

Die Regelung wurde auf Basis des Referentenentwurfs 2019 in der juristischen Literatur – soweit ersichtlich – überwiegend kritisch bewertet (vgl. etwa Makowicz, CB 2020, 1 (6); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (107); Mayer/Jenne, CB 2019, 405 (409).

Dass eine öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung dem Grunde nach geeignet ist, aus Sicht des betroffenen Unternehmens zu (einer Intensivierung von) spürbaren Ruf- und Imageschäden zu führen, dürfte dabei in der Tat keine allzu fernliegende Einschätzung darstellen. Insoweit ist daher aus Sicht des Verfassers auch die Befürchtung, dass § 14 VerSanG-E zu einem „naming & shaming“ und einer gewissen „Prangerwirkung“ führen kann, nachzuvollziehen.

Diesen kritischen Einwand dürfte der Gesetzgeber antizipiert haben. Nach den Ausführungen in beiden Referentenentwürfen sei daher es vielmehr so, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Sinn und Zweck der Norm nicht in der Herbeiführung einer „Prangerwirkung“ liege. So wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen (siehe S. 58 und 90), dass es gerade nicht das Ziel der Norm des § 14 VerSanG-E sei, „den betroffenen Verband an den Pranger zu stellen“.

Vielmehr sei beabsichtigt, dass „die Verletzten über die für sie relevanten Tatsachen informiert werden, um gegebenenfalls über die Geltendmachung von Ansprüchen entscheiden zu können“.

Gerade dieser ausdrücklich erklärte Zweck des § 14 VerSanG-E führt bei einer Gesamtbetrachtung mit der weiteren Gesetzesbegründung zu teleologischen und systematischen Widersprüchen, auf die nachfolgend hingewiesen werden soll:

aa)

Es finden sich Widersprüchlichkeiten und Inkonsistenzen.

Neben der Tatsache, dass Sinn und Zweck der Norm nicht in einer „Prangerwirkung“ bestehe, sondern im Interesse der Verletzten zu sehen sein soll, weist der Regierungsentwurf zur Legitimation der öffentlichen Bekanntmachung ausdrücklich darauf hin dass sich Vorschriften, die eine Veröffentlichung von Entscheidungen vorsehen bereits in den §§ 50a BörsG, 123 WpHG und 12 UWG finden lassen. Zudem knüpft § 14 S. 2 VerSanG-E nach der Gesetzesbegründung hinsichtlich der Art der Bekanntmachung an § 200 Abs. 2 S. 1 StGB an, der ebenfalls die öffentliche Bekanntmachung zum Gegenstand hat.

Bei detaillierter Betrachtung der seitens des Gesetzgebers in Bezug genommenen Vorschriften zeigt sich allerdings, dass diese nahezu ausschließlich Sanktionscharakter haben und über die Veröffentlichung der Sanktion gerade eine Abschreckungswirkung verfolgen.

Im Einzelnen:

- § 123 WpHG

§ 123 WpHG ist im 17. Abschnitt mit dem Titel „Straf- und Bußgeldvorschriften“ geregelt.

Die Regelung zur öffentlichen Bekanntgabe von Maßnahmen und Sanktionen wurde zur Umsetzung der entsprechenden europarechtlichen Verpflichtung aus Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation – Marktmissbrauchsrichtlinie (MMR) mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG) eingeführt und hat ihren heutigen Standort mit dem 2. FiMaNoG erhalten.

Die Begründung zur Art. 14 Abs. 4 MMR im Vorschlag der Europäischen Kommission (KOM (2001) 281 endg.) weist auf S. 11 ausdrücklich darauf hin:

„Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. [...]“

Die Bekanntgabe von Sanktionen hat eine äußerst starke Abschreckungswirkung. Auch wäre es bei Zuwiderhandlungen sinnvoll, dass der Markt über die Sanktionen unterrichtet wird, da dies ein hohes Anlegerschutzniveau gewährleistet.“

Die Veröffentlichung nach § 123 WpHG hat folglich den Sinn und Zweck einer Abschreckungsfunktion im Sinne der negativen Generalprävention (vgl. Böse/Jansen, in: Schwark/Zimmer, § 123 WpHG, Rn. 1).

- § 50a BörsG

§ 50a BörsG ist im 6. Abschnitt mit dem Titel „Straf- und Bußgeldvorschriften; Schlussvorschriften“ geregelt.

Die Norm des § 50a BörsG wurde mit dem Ausführungsgesetz zur Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR-Ausführungsgesetz) eingeführt. In der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich ausgeführt, dass § 50a BörsG Art. 12 Abs. 2 sowie Art. 88 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 umsetzt (BT-Drs. 17/11289, S. 26).

Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicher stellen, dass die für die Beaufsichtigung von finanziellen und gegebenenfalls nichtfinanziellen Gegenparteien zuständigen Behörden bestimmte wegen Verstößen verhängten Sanktionen öffentlich bekanntgeben. Als Begründung hat der Ordnungsgeber angeführt (ABl. L 201/1, Rn. 46):

„Die Mitgliedstaaten sollten für den Vollzug dieser Sanktionen derart Sorge tragen, dass die Wirksamkeit dieser Regeln nicht beeinträchtigt wird. Die Sanktionen sollten wirksam, verhält-

nismäßig und abschreckend sein. [...] Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass die verhängten Sanktionen gegebenenfalls öffentlich bekannt gemacht und dass die Berichte, in denen bewertet wird, ob die bestehenden Regeln tatsächlich Wirkung zeigen, regelmäßig veröffentlicht werden“

Ergänzt und erweitert wurden die vorgenannten Vorgaben unter anderem mit der Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II), welche in Art. 71 ausdrücklich die öffentliche Bekanntmachung von Entscheidungen vorsieht. Zur Begründung wird ausgeführt (ABl. L 173/371, Rn. 146):

„Um zu gewährleisten, dass Entscheidungen der zuständigen Behörden eine abschreckende Wirkung auf die breite Öffentlichkeit haben, sollten sie grundsätzlich veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung von Entscheidungen ist auch ein wichtiges Mittel, mit dem die zuständigen Behörden die Marktteilnehmer darüber unterrichten können, welches Verhalten als ein Verstoß gegen diese Richtlinie betrachtet wird, und mit dem sie ein breiteres Wohlergehen unter den Marktteilnehmern fördern können.

Die Norm des § 50a BörsG entspricht daher der Vorschrift des § 123 WpHG welche zur Umsetzung derselben unionsrechtlichen Vorgaben erlassen worden ist und weist damit ebenfalls primär eine Abschreckungsfunktion auf (Böse, in: Schwark/Zimmer, § 50a BörsG, Rn. 1).

- § 12 Abs. 3 UWG

Die Norm des § 12 Abs. 3 UWG sieht eine zivilprozessuale Regelung vor, wonach die Veröffentlichung der Entscheidung einem geltend gemachten Unterlassungsanspruch (in engen Grenzen) „akzessorisch“ folgen kann (vgl. Retzer/Tolkmitt, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 12, Rn. 724).

Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Beseitigung fortdauernder wettbewerbswidriger Beeinträchtigungen aufgrund einer Rechtsverletzung (Retzer/Tolkmitt, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 12, Rn. 724). Eine Urteilsveröffentlichung kann etwa erforderlich sein, wenn der Unterlassungstitel nicht ausreicht eine – aufgrund der Rechtsverletzung – im Verkehr erweckte Fehlvorstellung zu beseitigen (Schlingloff, in: MüKo/Lauterkeitsrecht, § 12 UWG, Rn. 577).

Im Unterschied zu den anderweitig in Bezug genommenen Vorschriften beinhaltet § 12 Abs. 3 UWG jedoch nicht die Bekanntgabe einer Sanktion, sondern gewährt dem Verletzten einen Anspruch auf Richtigstellung.

- § 200 StGB

Die Anordnung der Bekanntgabe der Verurteilung wegen Beleidigung, die öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften begangen wurde, wird als eine der Genugtuung für den Beleidigten dienende strafähnliche Nebenfolge angesehen (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, § 200, Rn. 1; Regge/Pegel, in: MüKo/StGB, § 200, Rn. 1; Zaczyk, in: NK/StGB, § 200, Rn. 1). Die öffentliche Bekanntgabe wird dabei auch als zusätzliche Statusminderung des Täters eingeordnet, die als Strafrechtsfolge im Schuldzusammenhang stehen muss (Zaczyk, in: NK/StGB, § 200, Rn. 1).

Demzufolge hat auch die Bekanntgabe der Verurteilung nach § 200 StGB einen ausschließlich sanktionierenden Charakter.

bb)

Mit Ausnahme der Vorschrift des § 12 Abs. 3 UWG (die allerdings aufgrund ihres speziellen Anwendungsbereich im Zivilrecht nicht mit § 14 VerSanG-E oder den weiteren in Bezug genommenen Vorschriften zu vergleichen ist) soll bei sämtlichen Normen, die der Gesetzgeber zur Begründung in Bezug genommen hat, eine abschreckende Wirkung (und damit eine gewisse „Prangerwirkung“) erzielt werden.

Soweit die Gesetzesbegründung daher darauf hinweist, dass eine solche Wirkung nicht beabsichtigt ist, gleichzeitig aber auf Normen verweist, die ausdrücklich diesen Sinn und Zweck verfolgen, ist dies widersprüchlich und nicht konsistent.

Dies insbesondere unter Berücksichtigung, dass der Gesetzgeber § 14 VerSanG-E unter der Überschrift „Verbandssanktionen“ verortet und damit – mit Blick auf die systematische Auslegung – eine weitere Parallele zu den §§ 123 WpHG, 50a BörsG zieht.

Die hieraus resultierenden Widersprüche sind umso weniger nachzuvollziehen als mit § 53 Abs. 5 GWB eine Norm existiert, die – ohne eine Prangerwirkung zu beabsichtigen – die Veröffentlichung von Entscheidungen im Interesse von Verletzten zum Gegenstand hat. Hierzu wurde in der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 53 Abs. 5 GWB (BT-Drs. 18/10207, S. 82) ausdrücklich ausgeführt:

„Diese Mitteilungen sollen mit Blick auf das Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter verfasst werden. Sie sollen potenziell Geschädigte insbesondere durch die in Satz 2 genannten Informationen in die Lage versetzen, das Bestehen möglicher Schadensersatzansprüche gegen Unternehmen zu prüfen, die an dem Verstoß beteiligt waren (Nummern 1 bis 4). Potenziell Geschädigte sollen durch einen entsprechenden allgemeinen Hinweis auf ihr Recht auf Ersatz des ihnen aus einem Verstoß entstehenden Schadens aufmerksam gemacht werden (Nummer 5).“

Hätte der Gesetzgeber daher eine Norm in Bezug nehmen wollen, die eine Veröffentlichung im Interesse des Verletzten bezweckt (und gerade keine Abschreckungswirkung), so hätte er auf § 53 Abs. 5 GWB verweisen können (Anm. des Verfassers: Nicht bewertet werden soll an dieser Stelle die Ausgestaltung und rechtliche Legitimation der Norm des § 53 Abs. 5 GWB).

Im Unterschied zu § 14 VerSanG-E bzw. den in Bezug genommenen §§ 123 WpHG, 50a BörsG ist § 53 Abs. 5 GWB jedoch systematisch gerade nicht als „Straf- und Bußgeldvorschrift“ ausgestaltet.

cc)

Es besteht Änderungsbedarf.

Wie zuvor dargelegt, kann der Gesetzesbegründung des § 14 VerSanG-E derzeit nicht abschließend entnommen werden, ob der Sinn und Zweck der Vorschrift (auch) in einer Abschreckungs- und Prangerwirkung zu sehen ist. Dem ausdrücklichen Hinweis des Gesetzgebers, dass dies nicht der Fall sei stehen die systematische Auslegung und die in Bezug genommenen Vorschriften entgegen.

dd)

Sollte der Gesetzgeber daran festhalten wollen, dass eine Abschreckungsfunktion (bzw. „Prangerwirkung“) nicht im Sinn und Zweck der Norm liegt, so hat eine Normierung jedoch systematisch an anderer Stelle zu erfolgen (etwa in Teil 5 Zuständigkeit und Verfahrensvorschriften). Zudem wäre ein Bezug zu den bislang im Regierungsentwurf aufgeführten Normen aus Gründen der Konsistenz zu vermeiden.

ee)

Durch den Hinweis der Gesetzesbegründung darauf, dass die Verbandstat angesichts des Tatbestandsmerkmals „große Zahl von Geschädigten“ eine Bedeutung haben muss, die über den Einzelfall hinausreicht, um überhaupt den Anwendungsbereich von § 14 VerSanG-E zu eröffnen (was im Wege der tatbestandsspezifischen Auslegung zu ermitteln ist), ist der Anwendungsbereich der Norm von vornherein auf den Einzelfall beschränkt. Die zusätzliche Ausgestaltung als „kann-Vorschrift“, wonach die Anwendung des § 14 VerSanG-E im Ermessen des Gerichts steht, welches sowohl bei der Frage des „ob“ als auch bei der Frage des „wie“ der Bekanntmachung (z.B. zu Umfang und Medium der Bekanntmachung) „den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und eine Interessenabwägung vorzunehmen, in die es Vor- und Nachteile einbezieht, die sich aus der Bekanntmachung des Urteils [...] ergeben“ hat, dürfte zudem bewirken, dass eine Bekanntmachung der Entscheidung nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen ist (in der Regel dürfte über bedeutende Fälle ohnehin bereits hinreichend in der Presse berichtet werden).

Auf weitere Bedenken machen die Rechtsanwälte Ebermann, Dauderer und Mangold, München, aufmerksam:

- Auch wenn die Vorschrift einen Verbraucherschutzgedanken hegt (die von der Verbandstat betroffenen Personen sollen über die für sie relevanten Tatsachen informiert werden) und bereits ähnliche Regelungen in anderen Bereichen bestehen (vgl. § 50a BörsG, § 123 WpHG sowie § 12 Abs. 3 UWG), erscheint den Unterzeichnern § 14 VerSanG in Anbetracht des öffentlichkeitswirksamen Charakters und den damit einhergehenden möglicherweise nachhaltigen und bisweilen existenzvernichtenden Reputationsschäden als zu rudimentär ausgestaltet.
- Auch wenn die Begründung zum Regierungsentwurf (S. 58) ausführt, mit der öffentlichen Bekanntmachung den Verband „nicht an den Pranger stellen“ zu wollen, wird genau dies nach Ansicht der Unterzeichner bei nicht exakt sachgerechter Anwendung (strikte Verhältnismäßigkeits- und Interessenabwägung) des § 14 VerSanG eine stete und latente Gefahr sein. Eine so exakte und sachgerechte Anwendung könnte nach Auffassung der Unterzeichner aufgrund der abstrakten Ausgestaltung der Norm, den fehlenden Schutzmechanismen und den falsch gesetzten Anreizen, der Veröffentlichung entgegenzutreten, scheitern. So ist bereits unklar, was unter einer „großen Zahl von Geschädigten“ (§ 14 Satz 1 VerSanG) zu verstehen ist. Viel schwerer wiegen jedoch die nach dem Wortlaut der Norm quasi völlig freien Ausgestaltungsmöglichkeiten des Gerichts hinsichtlich Art und Umfang der Bekanntmachung (§ 14 Satz 1 VerSanG). Besonders offensichtlich wird dies nicht nur bei der Entscheidung, welcher Lebenssachverhalt und in welchem Ausmaß dieser veröffentlicht wird, sondern insbesondere, wenn es um die Frage der Namhaftmachung der an der Verbandtat beteiligten natürlichen Personen geht (Schutz von Persönlichkeitsrechten der Leitungspersonen).
- Zudem ist kritisch anzumerken, dass eine Veröffentlichung im Internet von der Norm bereits als selbstverständliche Maßnahme vorgesehen ist und lediglich der Zeitpunkt der „Entfernung“ Erwähnung findet (§ 14 Satz 3 VerSanG). Hierbei wird übersehen, dass mit einer Veröffentlichung in diesem Medium eine Kontrolle über die an sich vorgesehene gezielte Ansprache von Betroffenen ausgeschlossen ist. Auch bleibt offen, was unter „Entfernung“ zu verstehen ist (wenn eine solche im Sinne einer tatsächlich künftigen Unauffindbarkeit im Internet überhaupt möglich ist). Zwar besteht die Möglichkeit für den Verband einer Veröffentlichung entgegenzuwirken. Diese steht jedoch unter der Bedingung, dass der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte „wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat aufgeklärt werden konnte“ (§ 18 VerSanG-E i.V.m. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E). Hierbei ist einerseits unklar, was unter einem „wesentlichen Beitrag“ zu verstehen ist und in welchen Fällen ein Gericht einen solchen Beitrag als „wesentlich“ erachtet. Ob dieser Anreiz einer mitunter existenzvernichtenden Veröffentlichung zu entgehen (bzw. den Versuch zu unternehmen) durch diese abstrakte Vorgehensweise seine Wirkung entfalten wird, bleibt insofern abzuwarten.

8. Zu § 15 VerSanG-E

Die fehlende Differenzierung zwischen dem Verdacht einer Verbandstat einerseits und einer Aufsichtspflichtverletzung andererseits wirkt sich auch auf die strafmaßbestimmenden Faktoren aus: § 15 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E nennt als ersten maßgeblichen Umstand pauschal die Bedeutung der Verbandstat. Das ist jedoch bei Begehung der Verbandstat durch einen anderen als eine Leitungsperson des Verbands der falsche Bezugspunkt. Die Verbandstat ist in diesen Fällen nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Die Vorwerfbarkeit und die nach dem Entwurf ausreichende Zurechnung knüpfen demgemäß allein an die Vermeidbarkeit seitens des Verbands an. Maßgeblich für die Bemessung der Geldsanktion ist demnach nur das Unterlassungsunrecht, nicht aber die Verbandstat als solche.

9. Zu §§ 16 – 18 VerSanG – Interne Untersuchungen

a) Rudimentäre Regelung

Einen Kernpunkt des Entwurfs bilden die Bestimmungen über den Umgang mit Internen Untersuchungen. Klugerweise verzichtet der Entwurf auf eine einengende Begriffsdefinition

und trägt damit der Vielzahl der in der Praxis vorkommenden Anlässe und Gestaltungen Rechnung.

Diese Zurückhaltung setzt sich allerdings dahingehend fort, dass der Entwurf auf der Rechtsfolgenseite ebenfalls an sämtliche Arten Interner Untersuchungen anknüpft, ohne dabei nach Anlass und Umfang zu differenzieren. Er begnügt sich vielmehr mit dem Anführen bestimmter Umstände als Voraussetzung für eine Milderung gemäß § 18 VerSanG.

Zum Zusammenwirken der begrifflichen Weite einerseits und der Notwendigkeit, auf der Rechtsfolgenseite zu differenzieren, führt Rechtsanwalt Dr. Christian Rosinus, Frankfurt am Main, folgendes aus:

aa)

Jede weitere zusätzliche Voraussetzung an verbandsinterne Untersuchungen könnte für Verbände eine weitere Hürde darstellen, die den Weg zur Sanktionsmilderung versperren und den Behörden die notwendige Flexibilität nehmen. Es ist üblich und hat sich in der Vergangenheit bewährt, die Ausfüllung abstrakter Norminhalte durch die Praxis, insbesondere die obergerichtliche Rechtsprechung vorzunehmen. Hier kann etwa beispielsweise auf § 46b StGB hingewiesen werden, insbesondere unter dem Aspekt des Aufklärungserfolgs. Die Kronzeugenregelung des StGB arbeitet mit ähnlichen Wertungskriterien hinsichtlich der Qualität des Aufklärungsbeitrags und findet in der alltäglichen Praxis zahlreiche Anwendungsfälle.

bb)

Im Unternehmensalltag werden verbandsinterne Untersuchungen aus vielen verschiedenen Zwecken durchgeführt, die sich überschneiden können. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs sollen nur solche verbandsinternen Untersuchungen gemeint sein, die zur Aufdeckung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten dienen. Dies ist sachgerecht. Die praktische Erfahrung zeigt jedoch, dass es zahlreiche Fälle gibt, in denen Untersuchungen, die schlicht der Aufklärung bestimmter außerstrafrechtlicher Sachverhalte dienen, mit einem Fortschreiten eine strafrechtlich relevante Komponente erhalten können. Dies kann etwa bei der Untersuchung steuerrechtlicher Sachverhalte der Fall sein. Was geschieht in diesem Fall mit den bis zu diesem Zeitpunkt gewonnenen Erkenntnissen? Müssen unter Umständen Sachverhaltserhebungen erneut durchgeführt werden, bedarf es vorsorglich Belehrungen im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 5 a) VerSanG-E im Rahmen von Mitarbeiterbefragungen, die eigentlich keine strafrechtliche Zielsetzung haben? Insbesondere stellt sich diese Frage, wenn noch gar kein Ermittlungsverfahren eröffnet wurde. Gerade für den Fall von „Selbstanzeigen“ gegenüber Ermittlungsbehörden besteht hier ein Interesse an einer Klarstellung.

cc)

Vor diesem Hintergrund (... wäre) ausdrücklich klarzustellen, dass auch Produkte verbandsinterner Untersuchungen berücksichtigt werden, die vor der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens und vor dem Bestehen eines Anfangsverdachts einer Straftat begonnen wurden. Etwaige Friktionen mit § 17 VerSanG-E könnten durch ein Verwertungsverbot (siehe auch „Gemeinschuldnerbeschluss“, BVerfGE 56, 37 ff.) abgemildert werden.

b) Kombination verbandseigener und externer Untersucher

Zu § 16 VerSanG gibt Rechtsanwalt Dr. Rosinus weiter zu bedenken, dass es keinen Grund dafür gibt, Interne Untersuchungen nur alternativ entweder durch verbandsangehörige Personen oder von Externen vornehmen zu lassen, sondern dass auch eine gemeinsame Untersuchung unter Beteiligung von Angehörigen beider Kreise erfasst sein sollte.

c) Bezugspunkte des Anfangsverdachts

Es ist fraglich, ob es dem Entwurf gelingt, sowohl den Umfang der Verbandsverantwortlichkeit als auch der damit verbundenen Handlungs-, insbesondere Aufklärungspflichten ausreichend bestimmt festzulegen.³⁶ Eine dem § 152 Abs. 2 StPO entsprechende Regelung

³⁶ Ausführlich dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 269 – 271.

über das Vorliegen eines Anfangsverdachts fehlt. Der allgemeine Verweis des § 24 VerSanG-E auf die StPO schließt die vorhandene Lücke nicht. Darauf ließe sich möglicherweise stützen, einen anonymen Hinweis auf z.B. „Unregelmäßigkeiten in den X-land-Geschäften“ unbeachtet zu lassen. Was aber soll bei einer konkreteren Beschuldigung gelten, etwa „Schauen Sie sich mal die Filiale in X-land an, die das Infrastrukturprojekt Y betreut.“ Sichtung aller Unterlagen und Mails, Vernehmung aller Mitarbeiter, die in den letzten 7 Jahren mit dem Projekt zu tun hatten? Direkte Zurechnung oder Aufsichtsversagen? Davon hängt u.a. ab, wer sinnvollerweise wann befragt werden kann und welche Beweissicherung vor Bekanntwerden der Beschuldigung geboten ist.

Die von dem Verdacht in Kenntnis gesetzte Staatsanwaltschaft wird möglicherweise einen Anfangsverdacht verneinen, sich aber trotzdem für das Ergebnis der aus Haftungsgründen und aufgrund der Überwachungspflichten des Gesellschaftsrechts gebotenen Internen Ermittlungen interessieren – und deswegen einen AR-Vorgang anlegen. Fragt sie dann nach 2 Jahren beim Unternehmen an, so stellt sich die Frage, wie dieses reagieren kann, darf bzw. muss. Ist es zulässig, die Ergebnisse der Internen Ermittlungen zurückhalten? Darf es danach differenzieren, ob sich ein Verdacht nur gegen einen Nachgeordneten bestätigt hat oder ob ggf. auch die Leitungsebene involviert war? Oder muss es die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zur Prüfung und Entscheidung überlassen? Und was ist, wenn sich zwar nicht der Ursprungsverdacht (z.B. Korruption) bestätigt hat, wohl aber ein anderer (etwa Produktpiraterie oder Umweltdelikte)? Läge im Verschweigen eine die förmliche Milderung ausschließende Kooperationsverweigerung, wenn der Staatsanwaltschaft der neue Vorwurf später bekannt wird?

Damit in Zusammenhang steht die Frage nach dem Umfang und den Grenzen erlaubter bzw. notwendiger Interner Ermittlungen.³⁷ Wie weit sind die Ermittlungen auszudehnen? Müssen alle Ergebnisse an Staatsanwaltschaft gegeben werden? Soll es Getrennte Berichte für jeden Einzelvorwurf geben? Was ist, wenn die Staatsanwaltschaft nicht nur die Aufklärung eines bereits bezeichneten Delikts erwartet, sondern auch kriminologisch naheliegender Begleitdelikte? Müssen sich Interne Ermittlungen auf die Suche nach dem Anfangsverdacht erstrecken?

Zudem ist weder im Gesetzesentwurf geregelt noch in der Begründung dargelegt, dass genau zwischen dem Verdacht einer Verbandstat, i.e. einer Straftat einer natürlichen Person, und dem Verdacht gegen den Verband als solchen zu differenzieren ist (dazu näher oben III 2 d).

d) Rechtmäßigkeit der Internen Untersuchungen

Zu § 17 VerSanG verweist Rechtsanwalt Dr. Rosinus auf weitere Aspekte.

In einer Version des Referentenentwurfs 2019 war zusätzlich vorgesehen, dass die verbandsinterne Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchzuführen ist. Es ist selbstverständlich, dass eine verbandsinterne Untersuchung im Einklang mit dem geltenden Recht geführt werden muss, dennoch wäre es angesichts des erheblichen mit einer verbandsinternen Untersuchung verbundenen Aufwands nicht sach- und interessengerecht, eine Sanktionsmilderung wegen etwa geringfügigen Verstößen z.B. gegen das Datenschutz- oder Arbeitsrecht auszuschließen, was bei enger Betrachtungsweise die Folge der nunmehr gestrichenen Voraussetzung des § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. hätte sein können.

Rechtsanwalt und Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann, Köln, verweist in diesem Zusammenhang auf folgende Aspekte:

Ein allzu eng geknüpftes Netz aus einer Vielzahl regelnder Bestimmungen führt zwangsläufig dazu, dass in praxi nicht alle Vorschriften ausnahmslos gewahrt werden. Selbst geringfügige Verstöße z. B. gegen das Datenschutz- oder Arbeitsrecht können strafrechtliche Relevanz aufweisen. Nimmt man die Gebote umfassender Aufklärung und uneingeschränkter Kooperation beim Wort, so wäre der Verband beim Auftreten von Ungereimtheiten im Zuge Interner Ermittlungen nicht nur wie bereits bisher gehalten, diese aufzuklären, sondern es wäre insoweit, trotz Geringfügigkeit, auch keine rein interne Aufarbeitung ohne Einschaltung der staatlichen Ermittlungsbehörden mehr möglich. Während des Verlaufs dieser ergänzenden Internen Untersuchungen könnten vergleichbare Regelungsverstöße auftreten. Damit stünde jede Interne Untersuchung in

³⁷ Dazu Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 219.

der Gefahr, einen prinzipiell unendlichen Kreislauf weiterer externer wie Interner Ermittlungen in Gang zu setzen.

Dieses Beispiel belegt anhand der Streichung des Erfordernisses rechtskonformer Interner Untersuchungen als Voraussetzungen für eine förmliche Milderung gemäß § 18 VerSanG schlagend, wie wenig zielführend kleinteilige, insbesondere strafrechtliche Bestimmungen tatsächlich sind. Dies spricht für eine Orientierung an dem Rechtsgrundsatz, den bereits das römische Recht kannte: *minima non curat praetor*.

e) Keine zwingende Milderung vorgesehen

Rechtsanwalt Dr. Rosinus regt ferner an, die Sanktionsmilderung nicht als gebundenes Ermessen in Form einer „Soll-Regelung“, sondern als zwingende Folge der Erfüllung der Voraussetzungen in § 17 Abs.1 VerSanG-E anzuordnen:

„Das Gericht hat die Verbandssanktion zu mildern, wenn [...]“

Eine derartige zwingende Sanktionsmilderung erhöht den Anreiz und die Rechtssicherheit für die betroffenen Verbände und ist angesichts des erheblichen Aufwands einer verbandsinternen Untersuchung sachgerecht. Zudem führt dies auch zu einer erheblichen Erleichterung und geringem Aufwand für die Justiz, da kein Begründungsaufwand für die entsprechende Entscheidung entsteht.

Abgesehen von den in § 17 VerSanG-E dargestellten Voraussetzungen nimmt der Gesetzentwurf von konkreten Vorgaben an die verbandsinterne Untersuchung Abstand. ... Zutreffend ist, dass die aktuelle Formulierung immer noch einen weiten Auslegungsspielraum durch die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte eröffnet. Denn über die Beantwortung der Frage, was aus Sicht der jeweiligen Behörden und Gerichte eine umfassende Kooperation darstellen soll, bestehen schon heute praktisch vielfältige Meinungsverschiedenheiten.

Insoweit wird hierdurch der Versuch, dem Verband durch einen vertypten Strafmilderungsgrund Aufklärungsanreize zu schaffen in einem gewissen Sinne konterkariert. Auf der anderen Seite bietet der Umstand, dass sich die gesetzlichen Begrifflichkeiten auf einem abstrakten Niveau bewegen, auch Chancen für die betroffenen Verbände. Jede verbandsinterne Untersuchung ist einzel-fallabhängig und muss hinsichtlich Art und Umfang an den jeweiligen Verband und den jeweiligen Sachverhalt anpassungsfähig sein. Vor diesem Hintergrund wäre eine weitere Eingrenzung nachteilig.

Auch sachgerechte Absprachen mit der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des konkreten Schwerpunkts und des Umfangs der verbandsinternen Untersuchung sollten möglich sein. Auch heute schon ist etwa in Umfangsverfahren der Abschluss von sog. Datenlieferungsvereinbarungen üblich. Insoweit wird angeregt folgenden Absatz bin § 17 VerSanG-E aufzunehmen:

„Der Verband und die Staatsanwaltschaft können schriftlich Modalitäten hinsichtlich des Umfangs, Schwerpunkts und Zeitrahmens der internen Untersuchung festlegen.“

f) Trennung Verteidigung und Untersuchung

Zur Frage einer zwingenden Trennung zwischen Verteidigung und Interner Untersuchung finden sich zahlreiche Argumente pro und contra. Rechtsanwalt Dr. Rosinus erwägt beispielhaft:

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E fordert, dass der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den verbandsinternen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind. Die Entwurfsbegründung stützt sich auf die Gefahr potenzieller Interessenkonflikte zwischen Untersuchungs- und Verteidigungsmandat, die die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse mindern.³⁸ Die Beauftragung derselben Kanzlei mit Untersuchungsführung und Verteidigung soll möglich bleiben. Nach der Regierungsbegründung darf der Verteidiger dann „nicht an der verbandsinternen Untersuchung mitgewirkt haben, sonst an dieser beteiligt gewesen sein oder unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersu-

³⁸ VerSanG-E, S. 99.

chung haben“. Insoweit muss der beauftragte Dritte die entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen treffen (sog. „Chinese Wall“).³⁹

Die Strafverteidigung knüpft traditionell grundlegend an die Stellung als Beschuldigter an. Die Entwurfsbegründung scheint u.a. von der Annahme auszugehen, dass sich dieses Rollenverständnis nicht mit dem Zweck einer verbandsinternen Untersuchung nach § 17 VerSanG-E vereinbaren lässt, die einen umfassenden objektiven Aufklärungsbeitrag leisten soll. Es lässt sich dafür streiten, dass dieses enge Verständnis des Verteidigungsbegriffes der Realität strafrechtlicher Unternehmensberatung nicht gerecht wird. Richtig ist, dass eine effektive Verteidigung auf einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung aufbaut. Je nach Einzelfallgestaltung mag es sein, dass sich aus Verbandssicht nur schwer eine Trennung zwischen Untersuchungs- und Verteidigungsauftrag durchführen lässt.

Dennoch ist der Strafverteidiger per se Interessenvertreter, was sich auf die Beratungstätigkeit auswirkt. Möglicherweise wären Mitarbeiter*innen des Verbandes aus diesem Grund sogar eher bereit, sich einem Verteidiger anzuvertrauen, als ihr Wissen einem unabhängigen Untersuchungsführer im Rahmen eines Interviews zu offenbaren. Bereits dieser Aspekt verdeutlicht, dass die Annahme eines Spannungsverhältnisses zwischen dem Mandanteninteresse verpflichteter Strafverteidigung und verobjektiviert zu führender verbandsinterner Untersuchung jedenfalls nicht pauschal von der Hand zu weisen ist. Vielmehr liegt dieser Konflikt nahe und sollte schon aus kommunikativen Gründen stets beachtet werden.

Tatsächlich entspricht die Mandatierung verschiedener Berater mit verbandsinterner Untersuchung und Verteidigung vor diesem Hintergrund bereits jetzt der Praxis, auch und gerade im internationalen Vergleich. Nach der Gesetzesbegründung bleibt es dem Verband unbenommen, sowohl Untersuchungsführung als auch Verteidigung in die Hände derselben Sozietät zu legen, sofern eine chinese wall eingerichtet wird. Jedoch wird die Praktikabilität und berufsrechtliche Situation einer derartigen Lösung häufig entgegenstehen und somit dem Gesamterfolg einer verbandsinternen Untersuchung gefährden könnte.

g) Keine Trennung Compliance-System-Urheber und Untersucher

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzesentwurf zwar einerseits eine strikte Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung befürwortet, andererseits aber keinerlei Bedenken äußert, wenn dieselbe Person das Compliancesystem entwickelt und implementiert, die anschließend auch die Untersuchung durchführt. Auf dieser Weise wird die Aufarbeitung insoweit aufgetretener Schwierigkeiten dem internen Verhältnis der Beteiligten überantwortet. Wer die organisatorischen Maßnahmen zu verantworten hat, die eine Verbandstat nicht verhindern, wird allerdings keinerlei Interesse daran haben, den Grund dafür in selbstverschuldeten Mängeln zu suchen.

h) Eignung der Abgrenzung

Ungeachtet dessen, welchen Inhalt die letztlich zu treffende Entscheidung aufweisen wird, ist allerdings vorrangig zu klären, ob es überhaupt sachgerecht ist, an dieser Stelle auf ein formales Abgrenzungskriterium zu setzen. Die Alternative besteht darin, maßgeblich darauf abzustellen, ob sich der Verband für eine kooperative oder für eine konfrontative Verteidigungsstrategie entscheidet. Leitet der Verband die Internen Ermittlungen ein, bevor die Strafverfolgungsbehörden auf den Anlass aufmerksam wurden, so verfügt er diesbezüglich über eine breite Tatsachenbasis. Das ist zwar anders, trägt die Behörde das Geschehen an den Verband heran. Gleichwohl verlangt der Entwurf jedoch vom Unternehmen im Hinblick auf die anderenfalls ausscheidende förmliche Milderung, § 18 VerSanG-E, eine unverzügliche Entscheidung darüber, ob es kooperationsbereit ist. Wird dies verneint, so ist bereits aus Gründen des strafrechtlich abgesicherten Berufsrechts eine Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung unumgänglich. Wenn jedoch umgekehrt die Verteidigung des Verbandes bereit ist, den staatlichen Ermittlungsbehörden alles offen zu legen, so fehlt es an einem inneren Grund dafür, dem Verband allein aufgrund fehlender formaler Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung die förmliche Milderung gemäß § 18 VerSanG-E zu verweigern.

³⁹ VerSanG-E, S. 99.

i) Doppelte Kosten

Ließe das Gesetz dem Verband die freie Wahl seiner Verteidigungsstrategie, so würde sich das Problem mindestens erhöhter Kosten für kleine und mittlere Unternehmen, das Rechtsanwalt Dr. Rosinus wie folgt beschrieb, von selbst quasi in Luft auflösen:

Die immer wieder angeführte Kritik, die funktionale Trennung zwischen Verteidigung und interner Untersuchung erhöhe die Kosten und den Organisationsaufwand für die betroffenen Unternehmen, greift aus praktischer Sicht sicherlich häufig durch. Nicht selten werden derartige Aufwendungen zwar von Versicherungen übernommen. Es wird zu erwarten sein, dass die Zahl der versicherten Unternehmen im Zuge der Einführung des VerSanG-E noch steigen wird. Darüber hinaus müsste auch die beratende Rechtsanwaltskanzlei, die mit der verbandsinternen Untersuchung beauftragt ist, im Rahmen der Verteidigung zusätzliche kostenauslösende Verteidigungsaktivitäten durchführen, zum anderen werden auch die Mitarbeiter des Verbandes über die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung unterrichtet werden, sodass auch ein Informationsfluss zur Verteidigung möglich erscheint. Es ist jedoch auch selbstverständlich, dass die Unternehmensverteidigung ebenfalls umfassende Sachverhaltsaufklärung betreiben muss, um ihre gesetzliche Aufgabe wahrzunehmen. Daher wird es zu erhöhten Kosten und Verwaltungsaufwand kommen, wenn die Verteidigung eigene interne Untersuchungen durchführen muss.

Zu beachten ist auch, dass etwaige Kosten für die interne Untersuchung sich in aller Regel – wie auch schon im internationalen Vergleich häufig der Fall ist – praktische mildernd auf die Verbandsanktion auswirken dürften.

Statt die vorgesehene funktionale Trennung von Untersuchungsführung und Verteidigung zu streichen, wäre es vor diesem Hintergrund und auch wegen der „prozessualen Waffengleichheit“ begrüßenswert, das Verhältnis zwischen Unternehmensverteidigung und der die verbandsinterne Untersuchung durchführenden Stelle klarer zu regeln. Der Regierungsentwurf deutet an, dass bei Angehörigen derselben Sozietät keine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Zugriff auf Ergebnisse vorliegen darf.⁴⁰ Bis wann soll diese Voraussetzung gelten? Was bedeutet „unmittelbar“? Zudem stellt sich die Frage, ob diese Voraussetzungen auch dann gelten sollen, wenn die Verteidigung durch eine andere Sozietät durchgeführt wird. Der Gesetzesbegründung ist dies nicht zu entnehmen.

Es dürfte selbstverständlich sein, dass die Unternehmensverteidigung Zugriff zu sämtlichen relevanten Informationen und Unterlagen erhalten muss, die Gegenstand des strafrechtlichen/sanktionserheblichen Sachverhalts sind. Insoweit sollte im Gesetz oder der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Verteidigung des Verbandes umfassende Kooperations- und Zugriffsmöglichkeiten im Rahmen der verbandsinternen Ermittlung hat, wenn und soweit damit das Ergebnis der verbandsinternen Ermittlung nicht kompromittiert wird. Insoweit kann auch eine Teilnahme an Mitarbeiterinterviews erfolgen, jedoch die Bewertung derselben durch die Verteidigung nicht in die Ergebnisse der internen Ermittlung einfließen. Ein solches Vorgehen ist auch heute schon gängige Praxis. Eine Kompromittierung der Ergebnisse ist auch schon deshalb nicht zu befürchten, weil die beauftragten Kanzleien schon berufsrechtlich daran gebunden sind, sich strikt gesetzeskonform zu Verhalten. Zudem wird in aller Regel – wie international üblich – der Unternehmensverteidiger die Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft führen und auch ggf. die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung bewerten und mitteilen.

Dennoch wird der potenziell entstehende Beratungs- und Kostenaufwand prognostisch eine Hürde darstellen, die insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen davon abhalten könnte, in den Genuss der vertypen Sanktionsmilderung zu kommen. Umso wichtiger ist es, zu vermitteln, dass auch unterhalb der Anforderungen des § 17 VerSanG-E Milderungsmöglichkeiten bestehen. Die Entwurfsbegründung verweist insofern auf § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E und § 46 StGB, auf dessen Auslegung Bezug genommen werde.⁴¹ Es wäre wünschenswert, die Voraussetzungen, unter denen Aufklärungsleistungen unterhalb der Schwelle des § 17 Abs. 1 VerSanG-E sanktionsmildernd berücksichtigt werden können, klarzustellen und entsprechend zu kommunizieren. Der pauschale Verweis auf § 46 StGB in der Entwurfsbegründung greift zu kurz und vermittelt den Verbänden keine hinreichenden Anreize zu Aufklärungsbemühungen, auch wenn sie nicht den von § 17 Abs. 1 VerSanG-E geforderten Grad erreichen. Es wäre zu erwägen, auch in § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E zu Klärstellungszwecken verbandsinterne Untersuchungen als Begriff zu ergänzen. Eine Klarstel-

⁴⁰ VerSanG-E, S. 99.

⁴¹ VerSanG-E, S. 96.

lung an dieser Stelle des Entwurfs trüge auch der Vorstellung eines abgestuften Anreizsystems Rechnung, in das sich die Regelungen der §§ 16 bis 18 VerSanG-E nach Vorstellung des BMJV einfügen sollen.⁴²

j) Differenzierungen bei der Einschränkung des Personenkreises geeigneter Untersucher?

Darüber hinausgehend wäre es im Fall der Beibehaltung zwingender Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung sachgerecht zu prüfen, ob nicht nur die soeben angeführten Präzisierungen vorgenommen werden sollen, sondern ob die Trennung, wird sie schon nicht insgesamt aufgegeben, nicht wenigstens auf große Unternehmen zu beschränken ist.

aa)

Über die Berechtigung eines Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E ist vorliegend nicht zu streiten. Allerdings fällt auch insoweit auf, dass sich die Begründung des Gesetzesentwurfs mit den damit verbundenen Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete nicht vertieft befasst, sondern sich auf eine rein utilitaristische Befürwortung beschränkt.

bb)

Unbeschadet dessen, dass es nur wenige Gerichtsentscheidungen zum Spannungsfeld zwischen Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber oder der Gesellschaft einerseits und der Selbstbelastungsfreiheit einer Auskunftsperson andererseits gibt, sind die unterschiedlichen Interessen mit Händen zu greifen. Zur Erfüllung sowohl der gesellschaftsrechtlichen als auch der strafrechtlichen Pflichten ist ein Verband unter gewissen Umständen zur Aufklärung verpflichtet. Die authentische Informationsquelle besteht aus den Personen, welche an den Geschehnissen beteiligt waren. Ein Unternehmen hat demgemäß ein veritables Interesse an deren wahrheitsgemäßer Aussage. Geradezu umgekehrt haben Beteiligte, die ihre Pflichten verletzt haben, ein Eigeninteresse daran, dass ihre Fehler nicht aufgedeckt werden.

k) Spannungsfeld VerSanG - Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Jan-Patrick Vogel, Stellenbosch, nimmt dazu aus arbeitsrechtlicher Sicht Stellung:

aa)

Die wichtigste Erkenntnisquelle einer internen Ermittlung war bislang in der Praxis die Mitarbeiterbefragung. In ihnen wird in aller Regel der für die Aufklärung des Rechtsverstoßes notwendige Sachverhalt ermittelt. Den Rechtsrahmen für Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen hat bislang allein das Arbeitsrecht gesetzt. Strafrechtliche und/ oder strafprozessuale Normen – insbesondere der nemo-tenetur Grundsatz – waren, so die ganz herrschende Meinung, nicht anwendbar auf die Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen. Im Arbeitsverhältnis bestehen eine Vielzahl von Nebenpflichten, deren Inhalt durch die besonderen persönlichen Bindungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geprägt werden (vgl. BAG, Urteil v. 07.09.1995 - 8 AZR 828/93). Die für den Regelungskomplex interne Ermittlungen wichtigsten Nebenpflichten sind z.B. Auskunfts-, Schutz-, Treue- und Schadensabwendungspflichten. Hieraus ergeben sich die folgenden für die Durchführung von internen Ermittlungen wichtigsten arbeitsrechtlichen Grundsätze:

Die jeweiligen Arbeitnehmer sind grundsätzlich zur Teilnahme an der Mitarbeiterbefragung und zur wahrheitsgemäßen Auskunft verpflichtet. Dies folgt aus § 666 i.V.m. § 675 BGB analog bzw. §§ 611a, 241 Abs. 2 bzw. § 242 BGB.

Inwieweit der Arbeitnehmer sich im Rahmen einer Mitarbeiterbefragung auch selbst belasten muss oder ob ihm ein Auskunftsverweigerungsrecht zu Gute kommt, ist von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt und muss im Einzelfall entschieden werden. Im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen dem Auskunftsinteresse des Arbeitgebers einerseits und dem Verweigerungsinteresse des Arbeitnehmers andererseits wird ermittelt, inwieweit eine Pflicht zur Selbstbe-

⁴²VerSanG-E, S. 97.

zichtigung zumutbar ist (vgl. LAG Hamm Urteil v. 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08). Ein generelles Recht sich nicht belasten zu müssen, besteht im Arbeitsverhältnis jedoch nicht.

Das Recht einen Anwalt und/ oder ein Mitglied des Betriebsrates zu der Mitarbeiterbefragung hinzuziehen, ist bislang gesetzlich nicht geregelt. Überwiegend wird jedoch die Ansicht vertreten, dass ein solches Recht nicht besteht.

Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (VerSanG) stellt nun erstmals eigene sanktionsrechtliche Anforderungen an die Mitarbeitergespräche in internen Ermittlungen in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E nach dem „Fair-Trial-Prinzip“ auf, die zum Teil erheblich von den oben genannten arbeitsrechtlichen Grundsätzen einer Mitarbeiterbefragung abweichen. Wenngleich das VerSanG das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berührt, statuiert es keine arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten, sondern materielle Voraussetzungen für eine Strafmilderung. Daher dürften die Anforderungen an Mitarbeitergespräche nach dem VerSanG auch nur für verbandsinterne Ermittlungen und die damit verbundene Sanktionsmilderung Geltung beanspruchen, während es bei „normalen“ Mitarbeitergesprächen außerhalb von verbandsinternen Ermittlungen – in denen häufig jedoch bereits erste Anhaltspunkte für ein rechtswidriges unternehmensinternes Verhalten aufgedeckt werden – bei den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundlagen, insbesondere der Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bleiben dürfte. Darin steckt auch aus arbeitsrechtlicher Sicht bereits das Grunddilemma des Entwurfs: Es wird nicht hinreichend definiert, ab wann auf die Mitarbeiterbefragung nicht mehr Arbeitsrecht, sondern das Sanktionenrecht des § 17 VerSanG-E anwendbar ist (s.u.). Da die Anwendung des Fair-Trial Grundsatzes aber auch zwingende Voraussetzung für die Strafmilderung des Unternehmens ist, sollte aus Gründen der Rechtsklarheit sowohl für Arbeitnehmer als auch Unternehmen diese Schwelle klar definiert werden.

bb)

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist primäres Ziel der neuen Regeln für die Mitarbeiterbefragung dem Anliegen der Effizienz der Strafverfolgung zu genügen und den Beweiswert der Mitarbeiterbefragung zu steigern (vgl. Seite 100 f. der Gesetzesbegründung). Die Ausgestaltung des Fair Trial Prinzips berücksichtigt jedoch nicht hinreichend den strukturellen Gegensatz zwischen dem Interesse des Unternehmens an der Sachverhaltsaufklärung und somit Strafmilderung und dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dieser Interessengegensatz wird von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung seit jeher durch eine Einzelfallabwägung gelöst. Das Auskunftsverweigerungsrecht im VerSanG-E macht eine solche Einzelfallabwägung nun unmöglich und tariert nicht mehr die Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus, sondern setzt an deren Stelle nahezu absolut das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an eine effiziente Strafverfolgung.

cc)

Im Einzelnen bedürfen die folgenden Punkte des VerSanG-E einer Prüfung und ggf. Anpassung:

- Die verbandsinterne Untersuchung, bei der die Fair Trial Grundsätze einzuhalten sind, ist nicht hinreichend definiert. Damit ist die Abgrenzung eines „normalen“ Mitarbeitergesprächs von einer Mitarbeiterbefragung im Rahmen einer verbandsinternen Untersuchung nur unzureichend möglich. Der zu einer internen Untersuchung führende „Anfangsverdacht“ wird häufig in informellen Mitarbeitergesprächen im Vorfeld der eigentlichen Untersuchung manchmal sogar durch Zufall gewonnen. Sind diese Informationen dann in der verbandsinternen Untersuchung noch verwertbar, wenn die in Nr. 5 geforderten Hinweis-/ und Aufklärungspflichten mangels Beginn der verbandsinternen Untersuchung (noch) nicht eingehalten wurden oder ist bereits dann eine Milderung der Verbandssanktion ausgeschlossen? Zur Beseitigung dieser Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber definieren, was eine verbandsinterne Untersuchung ist bzw. ab welchen Punkt diese beginnt und somit die Hinweis-/ und Aufklärungspflichten eingehalten werden müssen. Ferner sollte eine Klarstellung dergestalt erfolgen, dass die Ergebnisse der „Vorfeldermittlungen“ auch ohne Einhaltung der Hinweis-/ Aufklärungspflichten im Rahmen der internen Untersuchung verwertbar sind und somit das Vollständigkeitspostulat des § 17 Abs. 4 VerSanG-E erfüllt ist.

- Die Fair-Trial Grundsätze sind aufgrund ihres sanktionsrechtlichen Charakters unpassend für das Arbeitsverhältnis, da dieses durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt wird. Daher sollte in den Entwurf aufgenommen werden, dass die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere Auskunfts-/ Schadensabwendungspflichten von den Fair-Trial Grundsätzen unberührt bleiben.
- Die Fair-Trial Grundsätze sind als Regelbeispiele zu unbestimmt; sie sollten aus Gründen der Rechtsklarheit enumerativ definiert werden.
- Der aus arbeitsrechtlicher Sicht größte Kritikpunkt ist das Auskunftsverweigerungsrecht des Befragten und eine diesbezügliche Belehrungspflicht des Arbeitgebers oder des von ihm Beauftragten gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 c). Im Regierungsentwurf ist das Verhältnis zwischen dem Auskunftsverweigerungsrecht und der in der Regel bestehenden arbeitsrechtlichen Auskunftsverpflichtung nicht definiert. Wie verhält es sich zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch macht, er arbeitsrechtlich aber zu Auskunft verpflichtet wäre? Kann das Unternehmen dann ggf. Schadenersatzansprüche geltend machen, weil es die Verbandstat deshalb nicht aufklären konnte und somit keine Sanktionsmilderung erhielt (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E)? Muss der sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufende Arbeitnehmer ggf. mit einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen bei bestehender Auskunftspflicht? Wie soll der Arbeitgeber ohne staatliche Ermittlungsbefugnisse nachprüfen können, ob das Auskunftsverweigerungsrecht tatsächlich besteht oder ob es vom Arbeitnehmer nur vorgeschoben wurde? Wer trägt das Risiko bei nicht vorliegendem Auskunftsverweigerungsrecht? Der Arbeitnehmer, der ggf. bei nur behaupteten Auskunftsverweigerungsrecht mit Schadenersatzansprüchen und Kündigung konfrontiert wird oder der Arbeitgeber, der bei nicht bestehenden Auskunftsverweigerungsrecht keine Strafmilderung erreichen kann?

dd)

Die Pflicht auf das Auskunftsverweigerungsrecht hinzuweisen, ist im Arbeitsverhältnis deplatziert. Das Arbeitsverhältnis ist ein freiwillig eingegangenes Rechtsverhältnis, das nicht mit der Zwangslage in einer Vernehmungssituation zu vergleichen ist. Eine der staatlichen Vernehmungssituation nachempfundene formelle Belehrungspflicht – so wie im VerSanG-E vorgesehen – kann das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nachhaltig schädigen. Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die verbandsinterne Untersuchung, sondern kann ggf. auch darüber hinaus auch Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis generell haben. Die bisherige Praxis von verbandsinternen Untersuchungen hat gezeigt, dass für die Aufklärung des Sachverhalts wesentlich ist, ein Vertrauensverhältnis in der Befragungssituation herbeizuführen. Es ist daher zu erwarten, dass die Arbeitnehmer die formal von ihrem Arbeitgeber oder von dessen Beauftragten – wie von der Strafverfolgungsbehörde – „belehrt“ werden, sich einer Vernehmungssituation ausgesetzt fühlen und daher aus Furcht belangt zu werden, sich eher auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen werden. Dies hat zum einem zur Folge, dass verbandsinterne Untersuchungen nur selten Erfolg haben werden und die Arbeitnehmer unsicher bleiben, ob sie sich zu Recht auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen haben.

ee)

Ferner kann das Auskunftsverweigerungsrecht Widersprüche zum arbeitsrechtlich anerkannten Institut der Verdachtskündigung begründen. Wird der Arbeitnehmer nicht als Zeuge, sondern als derjenige vom Arbeitgeber angehört, dem das rechtswidrige Verhalten vorgeworfen wird, so kann das Auskunftsverweigerungsrecht dazu führen, dass eine Verdachtskündigung ggf. unwirksam wäre, wenn der Arbeitnehmer sich weigert an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist bislang anerkannt, dass der Arbeitnehmer das Risiko einer von ihm verschuldet nicht durchgeführten Anhörung trägt und daher mit der Wirksamkeit der Verdachtskündigung rechnen muss. In den Entwurf des VerSanG-E sollte daher noch klarstellend mit aufgenommen werden, dass das Auskunftsverweigerungsrecht die bisherigen Grundsätze der Verdachtskündigung unberührt lässt.

ff)

Das in der Gesetzesbegründung angesprochene Anreizmodell (Seite 102) bleibt aus arbeitsrechtlicher Sicht unklar. Während der Arbeitgeber durch die Aussicht einer Strafmilderung angereizt werden soll, den Sachverhalt selbst aufzuklären, wird nicht deutlich welchen Anreiz der Arbeitnehmer an der Sachverhaltsaufklärung haben soll. Im Gegenteil: das VerSanG-E mindert die Anreize für den Arbeitnehmer an der Sachverhaltsaufklärung teilzunehmen, da es die vormalig in der Regel bestehende Auskunftspflicht durch ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht ersetzt. Der Arbeitnehmer wird dadurch nicht einmal mehr durch das Erfüllen der Auskunftspflicht und somit durch das Entfallen eines Kündigungsgrundes angereizt, an der Sachverhaltsaufklärung teilzunehmen.

gg)

Vorschlag: das generelle Auskunftsverweigerungsrecht sollte in dem Sinne modifiziert werden, dass es nicht besteht, wenn die Interessen des Arbeitgebers an der Sachverhaltsaufklärung überwiegen (z.B. wenn der Arbeitnehmer „nur“ eine geringe Ordnungswidrigkeit zu befürchten hat, seine Auskunft für den Fortgang der internen Ermittlung aber überragende Bedeutung hat). Zusätzlich könnte dem Arbeitnehmer, der auf sein Auskunftsverweigerungsrecht verzichtet und somit zur Sachverhaltsaufklärung wesentlich beiträgt durch des VerSanG in Aussicht gestellt werden, persönlich nicht weiter verfolgt zu werden, ähnlich einer Kronzeugenregel. In jedem Fall sollte der Entwurf aber eine Regelung enthalten, welche der Unternehmensleitung größere Rechtssicherheit in Bezug auf Amnestievereinbarungen gewährt. Die Unternehmensleitung, die im Rahmen von Amnestievereinbarungen, z.B. gegenüber den Arbeitnehmern auf Schadensersatzansprüche verzichtet, um somit den Sachverhalt aufklären zu können, sollte von einer organschaftlichen Pflichtverletzung wegen des Verzichts zivil- und strafrechtlich im VerSanG freigestellt werden.

- Das in § 17 Nr. 5 c) VerSanG-E geregelte Recht, generell einen anwaltlichen Beistand oder Mitglied des Betriebsrates zur Mitarbeiterbefragung hinzuziehen, ist dem Arbeitsrecht fremd. Arbeitsrechtlich ist umstritten, ob ein Recht besteht, einen Anwalt zu der Mitarbeiterbefragung hinzuziehen (vgl. Grimm in NZA 2019, 1534, 1535). Das generelle Recht der Arbeitnehmer einen Anwalt hinzuziehen, ungeachtet einer Gefährdungslage des Arbeitnehmers, könnte die verbandsinterne Untersuchung schnell überfrachten. Es gibt viele verbandsinterne Untersuchungen, in denen eine Vielzahl von Arbeitnehmern befragt wird, bei denen eine „Beschuldigtenstellung“ fernliegend ist (z.B. bei § 266a StGB: bei der Frage, ob Fremdpersonal abgrenzungssicher eingesetzt wurde, scheidet eine Beschuldigtenstellung der das Fremdpersonal einsetzenden Arbeitnehmer bereits an der mangelnden Organstellung aus.) Deshalb sollte das VerSanG-E bei der Frage nach dem Recht auf anwaltlichen Beistand danach differenzieren, ob der Arbeitnehmer als Beschuldigter bzw. „gefährdeter Zeuge“ oder einfacher Zeuge befragt werden soll. Das hätte auch den Vorteil eines größeren Gleichlaufs mit dem Arbeitsrecht. Es ist nämlich unstrittig, dass der „Beschuldigte“ im Rahmen der Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung das Recht hat, einen Anwalt hinzuzuziehen (vgl. BAG, Urteil vom 13. 3. 2008 - 2 AZR 961/06; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10).

hh)

Das Recht auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds sollte hingegen nicht aufgenommen werden. Zum einen bestehen außerhalb der in §§ 81ff. BetrVG verankerten Mitwirkungs- und Beschwerderechte des Arbeitnehmers keine Beteiligungsrechte des Betriebsrates an Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen (vgl. Grimm in NZA 1534, 1535). Zum anderen ist der Betriebsrat zumal bei arbeitsstrafrechtlichen Fällen nicht ohne Interessenkonflikte und hat häufig ein eigenes Interesse an dem Ausgang der internen Untersuchung.

- Eigenständige datenschutzrechtliche Regelungen enthält das VerSanG-E nicht. Lediglich § 34 VerSanG-E enthält eine Erlaubnisnorm, welche die Verwendung von personenbezogenen Daten im Sanktionsverfahren legitimiert. Hiermit ist keine Erlaubnis zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten bei einer verbandsinternen Ermittlung verbunden. Jedoch hat auch § 16 VerSanG-E datenschutzrechtliche Folgewirkungen, da personenbezogene Daten zum einen durch die Mitarbeiterbefragung erhoben werden und zum anderen durch die Übergabe der Ermittlungsdokumente

an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Während die Übermittlung der Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung an die Verfolgungsbehörde ggf. noch auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO gerechtfertigt sein könnte, fehlt eine Erlaubnisnorm für die Erhebung der personenbezogenen Daten im Rahmen der Mitarbeiterbefragungen im VerSanG-E. Um die ohnehin schon großen Rechtsunsicherheiten für das Unternehmen zu vermindern, sollte im VerSanG-E eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der verbandsinternen Ermittlung aufgenommen werden.

- Ebenfalls begrüßenswert wäre es, wenn im VerSanG geregelt würde, inwieweit bei verbandsinternen Untersuchungen auch der Zugriff auf E-Mail-Postfächer von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber oder den beauftragten Dritten zulässig ist, da diese Frage derzeit ebenfalls mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belegt ist.

Aus strafrechtlicher Sicht ergänzt Rechtsanwalt Dr. Rosinus diese Ausführungen wie folgt:

Die Möglichkeit eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E für Mitarbeiterbefragungen im Rahmen der verbandsinternen Untersuchung ist sachgerecht. Zutreffend ist, dass Mitarbeiterinterviews bei verbandsinternen Untersuchungen regelmäßig einen wesentlichen Teil ausmachen. Da der Verband auch gesellschaftsrechtlich zur Aufklärung internen Fehlverhaltens verpflichtet ist, kollidiert ein Auskunftsverweigerungsrecht zwangsläufig mit der Aufklärungspflicht der Unternehmensführung, die dadurch insoweit begrenzt wird. Zwangsläufig werden damit auch die Kooperationspflicht und die Wahrheitsfindung begrenzt.

*Wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass Informationen aus Mitarbeiterinterviews, die (zunächst) nicht im Rahmen einer verbandsinternen Untersuchung zum Zwecke der Aufklärung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten erhoben wurden, für den Fall eines „Umschlagens“ in einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt nicht ohne Zustimmung der betroffenen Mitarbeiter*innen verwertet werden dürfen.*

l) Erhebliche Weite der Milderungsmöglichkeit

Den Umfang der förmlichen Milderung legt § 18 VerSanG-E u.a. auf die Halbierung des Strafrahmens und das Entfallen etwaigen erhöhten Mindestmaßes fest. Dies kann in der Kombination mit der vorgesehenen Höhe der Geldsanktion von bis zu 10 % des Jahresumsatzes den Verband faktisch zur Kooperation zwingen, weil ihm die Milderung anderenfalls entginge. Es wäre indes rechtssicherer und entspräche zudem dem Resozialisierungsgedanken, bereits die Sanktionsdrohung selbst auf ein Maß zu reduzieren, welches die Existenzgefährdung des Verbandes ausschließt, und das Erreichen dieser Notwendigkeit nicht wie nach bei dem jetzigen Stand des VerSanG-E der Sanktionszumessung im jeweiligen Verfahren zu überantworten.

10. Zu §§ 19 und 20 VerSanG-E

Zu den vorgesehenen Regelungen über Tateinheit und Tatmehrheit äußert sich Prof. Dr. Dr. h.c. Waßmer wie folgt:

a) Zu § 19 VerSanG-E

Die Regelung des § 19 Nr. 2 VerSanG-E zur Tateinheit soll in Fällen, in denen mehrere Leitungspersonen oder mehrere Nicht-Leitungspersonen des Verbandes eine Verbandstat begangen haben, dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich „bei natürlicher Betrachtungsweise“ um eine einzige Tat handelt, unabhängig davon, ob mehrere Personen als Täter oder Teilnehmer beteiligt sind oder mehrere Personen unabhängig voneinander als Nebentäter handeln; der Verband soll demzufolge nur einmal sanktioniert werden.⁴³ Ob diese Regelung tatsächlich „inhaltlich der Rechtslage nach § 30 OWiG“ entspricht,⁴⁴ erscheint jedoch mit Blick auf die praktischen Ergebnisse fraglich. Denn in den Fällen, in denen das Unterlassen angemessener Aufsichtsmaßnahmen die Begehung von realkonkurrierenden Straftaten durch Nicht-Leitungspersonen begünstigt hat, ist der Verband nicht mehr bloß (mittelbar) für die durch seine Leitungspersonen began-

⁴³ VerSanG-E, S. 104.

⁴⁴ VerSanG-E, S. 103 f.

gene Aufsichtspflichtverletzung nach §§ 30, 130 OWiG verantwortlich, sondern er muss nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (unmittelbar) für alle Verbandstaten der Nicht-Leitungspersonen einstehen. Daher wird viel häufiger als bisher Tatmehrheit (§ 20 VerSanG-E) vorliegen, wodurch die Verbände erheblich schärfer sanktioniert werden.

b) Zu § 20 VerSanG-E

Die Regelung des § 20 Abs. 1 VerSanG-E zur Tatmehrheit sieht vor, dass gegen den Verband eine „Gesamtsanktion“ verhängt wird, wenn mehrere realkonkurrierende Verbandstaten von einer Person oder von mehreren Personen begangen worden sind und diese gemeinsam abgeurteilt werden; damit soll eine angemessenere Ahndung von Tatmehrheit ermöglicht werden.⁴⁵ Dieses Ziel droht allerdings verfehlt zu werden, da die Gesamtsanktion in Anlehnung an die „wesentlichen Grundsätzen des § 54 StGB“⁴⁶ durch „Erhöhung der höchsten Einzelsanktion“ gebildet werden soll (§ 20 Abs. 2 S. 1 VerSanG-E). Selbst wenn die Gesamtsanktion zwar weder die Summe der Einzelsanktionen erreichen noch das Doppelte des anwendbaren „höchsten Höchstmaßes“ übersteigen darf (§ 20 Abs. 2 S. 3 und 4 VerSanG-E), kann sie damit bei vorsätzlichen Verbandstaten bis zu 20 Mio. € betragen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) und bei einem Verband mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. € sogar bis zu 20 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) erreichen. Diese Sanktionshöhe begegnet im Hinblick auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz des schuldangemessenen Strafens erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zweckmäßiger erscheint es, die Begehung realkonkurrierender Verbandstaten im Rahmen der Zumessung der Verbandssanktionen schärfend zu berücksichtigen. Die Bildung einer Gesamtsanktion in Anlehnung an § 54 StGB macht wenig Sinn, da die Einzelstrafen des StGB mit den vorgesehenen Verbandsgeldsanktionen nicht vergleichbar sind.⁴⁷

11. Zu § 21 VerSanG-E

a) Ruhen der Verjährung nur nach Verdachtseröffnung

Zwecks Vermeidung einer zeitlich unkalkulierbar langen Verzögerung des Ablaufs der Verfolgungsverjährung wäre eine Modifikation der Ruhensregelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E dahingehend angebracht, dass die Bestimmung nur dann gilt, wenn zuvor ein Verbandsverfahren zumindest eingeleitet worden ist. Damit der Verband nicht auch nach Ablauf der Regelverjährungsfrist noch von der Aufnahme von Ermittlungen überrascht werden kann, wäre es überdies angebracht, als zusätzliche Voraussetzung die Bekanntgabe der Einleitung des Verbandsverfahrens festzulegen.⁴⁸ Die Nr. 1 könnte neu wie folgt lauten:

„Solange die Verjährung der Verbandstat ruht, nachdem die Einleitung eines Verbandsverfahrens dem Verband von der Verfolgungsbehörde mitgeteilt worden war, [...]“

Unter einer solchen Modifikation würde die Effektivität der Verbandsverfolgung nicht leiden, weil in aller Regel Eilmaßnahmen zum Zwecke der Beweissicherung vor Eintritt des Ruhenstatbestands nicht nur vorgenommen werden, sondern auch vorgenommen werden dürfen. Demgemäß steht es der Verfolgungsbehörde frei, darüber zu befinden, ob es Anhaltspunkte für Beweismittelverluste gibt oder nicht. Ersterenfalls ist sie handlungsfähig, anderenfalls ist die Aufklärung ohnehin nicht gefährdet, so dass die Einleitung des Verbandsverfahrens dem Verband auch aus der Sicht Ermittlungsbehörde mitgeteilt werden kann, ohne das Verfahren zu gefährden.

b) Nebenwirkungen eines ruhenden Verfahrens

Allein damit wäre allerdings ein weiteres Problem noch nicht gelöst. Börsennotierte Unternehmen und solche, die an Ausschreibungen teilnehmen, unterliegen erhöhter Publizität. Sie sind demgemäß verpflichtet, von sich aus über das Verfahren zu informieren. Da aber

⁴⁵ VerSanG-E, S. 104.

⁴⁶ VerSanG-E, S. 104.

⁴⁷ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 242.

⁴⁸ Vgl. Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 243 f.

Ermittlungen aufgrund der Ruhestatbestände möglicherweise über einen erheblichen Zeitraum hinweg nicht vorgenommen werden können, verlängerte sich nicht nur die Dauer des täglich zunehmenden Reputationsschadens, sondern vor allem auch die aufgrund der bekanntgewordenen Einleitung des Verbandsverfahrens eingetretene rechtliche oder auch nur faktische Vergabesperre.

Da jedenfalls in der Zeit des Ruhens des Laufs der Verjährungsfrist gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E der Staatsanwaltschaft der Abschluss des Verbandsverfahrens bereits aus Rechtsgründen unmöglich sein kann, jedenfalls faktisch unterbleiben wird und dem betroffenen Verband dagegen keine rechtlich wirksame Handhabe zur Verfügung steht, ist es angezeigt, die einschlägigen Registerregeln dahingehend zu ergänzen, dass eine Eintragung unter den Umständen jedenfalls des § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E getilgt oder zumindest von den Möglichkeiten der Kenntnisaufnahme seitens Dritter ausgenommen wird. Gleiches dürfte sich auch für den ein oder anderen Ruhestatbestand gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E als notwendig erweisen. Ergänzend ist dem Verband auch in solchen Konstellationen zu gestatten, in Ausschreibungen zu verneinen, dass ein Verbandsverfahren gegen ihn geführt werde.

c) Weiterungen

Dass damit das Problem des „Verfahrens als Strafe“ nicht ausgeschöpft ist, sondern sich überall dort in einem die Existenz des Verbands gefährdenden Maße stellt, wo sich das Verbandsverfahren, wie leider zu vermuten ist: regelmäßig, über längere Zeit hinzieht, ist bereits an anderer Stelle ausgeführt (vergleiche dazu oben II 2 b).

d) Unterschiedliche Maßstäbe

Mit Rübenstahl⁴⁹ ist hier zudem auf die dogmatische Ungereimtheit hinzuweisen, dass sich zwar der Lauf der Verjährungsfrist an der Schwere der Verbandstat orientiert, nicht aber die Höhe der Verbandssanktion.

12. Zu § 22 VerSanG-E

Die Notwendigkeit, die Frist zur Vollstreckungsverjährung auf zehn Jahre und für besonders schwere Fälle sogar auf 20 Jahre festzulegen, wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht näher dargelegt, erschließt sich allerdings nicht von selbst und erscheint aus Sachgründen als nicht erforderlich. Anders als eine natürliche Person kann ein Verband nicht fliehen. Wenn er unerreichbar ist, kann er auch nicht mehr wirtschaftlich tätig sein. Beiseite geschaffte Taterträge oder deren Wert unterliegen für die noch längere Frist von 30 Jahren, § 76b StGB, der Einziehung. Würden dem Verband vor seiner Auflösung Vermögenswerte entzogen, so erfüllten die handelnden Personen damit Straftatbestände wie Untreue oder Insolvenzdelikte, so dass es den Verfolgungsbehörden im Ergebnis auch möglich ist, auf ehedem dem Verband zustehendes Legalvermögen 30 Jahre lang zuzugreifen.

Überdies ruht die Frist zum Eintritt der Vollstreckungsverjährung bei Gewährung von z. B. Ratenzahlung, § 22 Abs. 4 Nr. 4 VerSanG-E.

Angesichts dieser Umstände stellt sich die Frage, ob eine gesonderte Frist zum Eintritt der Vollstreckungsverjährung überhaupt notwendig ist. Dass dies aus der Sicht der Vollstreckungsbehörde geboten wäre, erschließt sich nicht. Wohl aber bedarf es zum Schutz des verurteilten Verbandes der Festlegung einer solchen Frist. Es dürfte auch den Belangen der Vollstreckungsbehörde genügen, sie auf ein Jahr festzusetzen.

13. Zu §§ 23 VerSanG-E

a) Erforderliche Zusatzqualifikationen

Die materiellrechtlichen wie die verfahrensrechtlichen Regeln zur Verfolgung eines Verbandes sind in vielerlei Hinsicht deutlich komplexer als es Straf- und strafprozessualen Vorschriften in Bezug auf natürliche Personen sind. In konfrontativ geführten Verfahren bedarf

⁴⁹ ZWH 2019 233, 243.

es deshalb besonderer und über das Straf- wie das Sanktionenrecht hinausgehender Kenntnisse der zuständigen Staatsanwälte und Richter.

Gerade deshalb besteht die Gefahr, dass die Justiz die vom VerSanG-E vorgesehenen konsensualen Erledigungsmöglichkeiten mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu realisieren versucht. Die Gefahr der Ausübung unangemessenen und verfassungswidrigen Drucks steigt proportional mit der fehlenden Qualifikation des eingesetzten Justizpersonals. Umso nötiger ist es deshalb, Vorsorge dafür zu treffen, dass die zuständigen Richter und Staatsanwälte über das erforderliche Wissen verfügen.

b) Konzentrationszuständigkeiten ?

Ob deshalb spezielle „Abschöpfungsgerichte“ nebst ihnen angegliederten spezialisierten Staatsanwaltschaften geschaffen werden müssten, kann an dieser Stelle nicht näher geprüft werden. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, wie das erforderliche umfangreiche rechtliche Wissen bei der Vielzahl derjenigen Staatsanwälte und Richter präsent sein soll, deren Alltag vor allem von der Klärung von Tatsachenfragen geprägt ist.

Unter diesen Umständen spricht wenig für die vom Entwurf vorgesehene weitgehende Dezentralisierung sowohl der staatsanwaltschaftlichen als auch der gerichtlichen Zuständigkeiten mit der Verteilung auch auf allgemeine oder anderweit spezialisierte Strafkammern wie Schwurgerichts- oder Staatsschutzkammern.

Es ist allerdings eine offene Frage, in welcher Form die notwendigen Fachkenntnisse von der jeweiligen Materie mit dem Spezialwissen für die Verfolgung von Verbänden und der damit verbundenen Abschöpfung von Vermögen sachgerecht kombiniert und gestaltet werden könnte.

Die Komplexität gerade der Verfolgung von Verbänden und die diesen drohende Existenzvernichtung allein durch Bekanntwerden der Ermittlungen, erst recht der Vornahme sichernder Maßnahmen vor Eintritt rechtskräftiger Verurteilung, steht jedoch ohne ernsthaften Zweifel der Zuständigkeit der Befassung seitens der Amtsanwälte und des darauf nicht spezialisierten Personals der Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzbehörden entgegen).⁵⁰

14. Zu § 24 VerSanG-E

Nach dem Vorbild des Ordnungswidrigkeitengesetzes verweist der Entwurf pauschal auf die subsidiäre Geltung der Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, § 24 Abs. 1 VerSanG-E. Das erscheint in dieser Form allerdings als deutlich problematisch, weil es doch wesentliche Unterschiede zwischen der Strafbarkeit einer natürlichen Person und der repressiven Verantwortlichkeit eines Verbandes gibt und beides keineswegs immer zusammenfällt.

Aufgrund dessen wäre es geboten, sich in der Begründung des Entwurfs mit den in Betracht kommenden strafprozessualen und gerichtsverfassungsrechtlichen Regeln und deren Übertragung auf das Verbandsverfahren auseinanderzusetzen. Dies ist nicht geschehen. Es kann an dieser Stelle nicht, sollte aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren unbedingt nachgeholt werden. Dabei ist auch klärungsbedürftig, ob und unter welchen Umständen sich gegen beim Verband tätige individuelle Personen eingeleitete strafprozessuale Zwangsmaßnahmen auch gegen den Verband als solchen richten dürfen. Beispielhaft sei hier der Einsatz verdeckter Ermittler, § 110a StPO, genannt. Missbraucht etwa eine Führungsperson eines ebenso angesehenen wie seriösen Unternehmens die ihm faktisch zur Verfügung stehenden Spielräume, um mit Betäubungsmitteln zu handeln, so diskreditiert dies den Verband ebenso wenig wie es gerechtfertigt ist, Finanzämtern nur deshalb mit allgemeiner Skepsis zu begegnen, weil es Fälle gab, in denen Finanzbeamte sich hinter erfundenen Personen und Sachverhalten verbargen, um privat für sich Steuererstattungen zu kassieren.

Dass sich Ermittlungen in derartigen Ausreißer-Situationen gegen die verdächtigen Individualpersonen richten dürfen, ist ebenso einsichtig wie die Notwendigkeit, die damit verbundenen Eingriffe und Belastungen in die Rechte und Interessen ihres Arbeitgebers zu mi-

⁵⁰ Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 266 f.

nimieren. Die damit verbundene Abgrenzungsnotwendigkeit steht (über § 24 Abs. 2 VerSanG-E hinausgehend) im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch an.

15. Zu §§ 25 f. VerSanG-E

Insoweit ist lediglich anzumerken, dass es wünschenswert erscheint, nicht nur die Möglichkeit von Zuständigkeitskonzentrationen zu eröffnen, sondern weitergehende Vorsorge dafür zu treffen, dass von deren Zulässigkeit tunlichst immer Gebrauch gemacht wird.⁵¹

16. Zu §§ 27 VerSanG-E

a) Notwendiger materieller Begriff der „Verteidigung“

Rechtsanwalt Dr. Daniel Travers, Düsseldorf, plädiert wie folgt für einen materiellen Begriff von Verteidigungsunterlagen (s.a. unten III 35 c):

„Nach dem Entwurf sollen Materialien interner Untersuchungen, jedenfalls soweit diese vor der Begründung einer förmlichen Beschuldigtenstellung des Verbands entstanden sind, der Beschlagnahme unterliegen (vgl. Entwurfsbegründung, S. 137 f.). Eine so weitgehende Beschlagnahmemöglichkeit bedeutete indes eine Aushöhlung der Beschuldigtenrechte. Das Unternehmen muss bei Hinweisen auf Fehlverhalten dieses in einem rechtlich geschützten Rahmen aufklären und eine Verteidigungsstrategie vorbereiten können.

Unterlagen, die zu Zwecken der Verteidigung des Verbandes in einem erwarteten Sanktionsverfahren angefertigt werden, müssen zudem dem Schutz des § 148 StPO unterliegen, unabhängig davon, ob ein Sanktionsverfahren bereits eingeleitet wurde oder bei Behörden ein Verdacht bereits besteht.“

b) Fehlende Ausgewogenheit

Die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, sehen insgesamt das Verhältnis zwischen der Intensität der Eingriffe in die Rechte des Verbandes einerseits und deren Verteidigungsrechte andererseits als nicht ausgewogen an:

Unabhängig von der Frage, ob ein schuldkonformes Unternehmensstrafrecht legitimierbar oder sinnvoll ist,⁵² prägt den Entwurf eine dogmatische Rosinenpickerei. Er schwächt die Rechte von Verbänden, indem er die Voraussetzungen der Sanktionierung senkt, andererseits nicht klar definiert, dass sich die Spielregeln für die Verteidigung an den etablierten strafrechtlichen Grundsätzen orientieren. Als Folge des in § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 152 Abs. 2 StPO normierten Legalitätsprinzips dürften sich Verbände häufiger in Ermittlungsverfahren wiederfinden. Die niedrige Schwelle des Anfangsverdachts löst allerdings im klassischen Straf(prozess)recht auch umfangreiche Verteidigungsrechte aus. Hier ist das nicht so. Der Entwurf gesteht eine verfahrensrechtliche Gleichstellung nur sehr bedingt zu. Zwar stellt er den Verband einem Beschuldigten gleich (§§ 28, 33 Abs. 1 VerSanG-E). Gleichzeitig werden, Stichwort: Beschlagnahmeverbote im Zusammenhang mit anwaltlichen Tätigkeiten, die Rechte des Verbandes aber doch klar von denen eines „normalen“ Beschuldigten unterschieden.⁵³ Das wirft die Frage auf, ob, wer, wie § 8 VerSanG-E das vorsieht, entschieden bestraft werden können soll, nicht auch das Recht haben muss, sich entschieden zu verteidigen.

Nach § 46 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 254 Abs. 1 StPO sollen richterliche Protokolle von Erklärungen des gesetzlichen Vertreters zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden können. Dasselbe kann bei auftretenden Widersprüchen gelten, § 46 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 254 Abs. 2 StPO. Der Entwurf stellt den gesetzlichen Vertreter des Verbandes hier klar (und zu seinem Nachteil) einem Individualangeklagten gleich. Eine Zurechnung findet hier unmittelbar statt. Das erscheint insofern inkonsequent, als § 46 Abs. 2 VerSanG-E i.V.m § 251 StPO einen Entscheidungsvorbehalt des Verbandes kennt. Auch § 46 Abs. 3 VerSanG-E enthält eine dem Unternehmen nachteilige Regelung. Die Vorschrift stellt klar, dass die im Individualverfahren zu be-

⁵¹ Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 267 f.

⁵² Böse, ZStW 126 (2014), 132 (passim); Bubnoff, ZEuS 2004, 447 (455); Engelhart, NZWiSt 2015, 201 (207 ff.); Grützner, CCZ 2015, 56 (59 ff.); Kohlhof, Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe, S. 205; Kubiciel, ZRP 2014, 133 (133 f.); Kubiciel/Hoven, Entwurf, S. 162; Leipold, ZRP 2013, 34 (37); Kutschaty, ZRP 2013, 74 (74 ff.).

⁵³ Vgl. VerSanG-E, S. 137.

achtende Schranke des § 252 StPO bei einem in der Hauptverhandlung geltend gemachten Aussageverweigerungsrecht des gesetzlichen Vertreters nicht anwendbar ist.

17. Zu § 28 VerSanG-E

Dass seine gesetzlichen Vertreter den Verband im Sanktionsverfahren vertreten, ist konsequent. Dass es dabei allerdings zu Komplikationen kommen kann, erkennt die Begründung (S. 121) an. Sie geht allerdings unausgewogen damit um, wenn sie es einerseits als ausreichend betrachtet, dass einer von mehreren Vertretungsbefugten für den Verband im Verfahren anwesend ist, dies andererseits aber auch dann nicht für ergänzungsbedürftig hält, wenn Gesamtvertretung vorgesehen ist. Die Begründung sieht es als unproblematisch an, dass es dem Verband in dieser Situation unmöglich ist, sogar einer Einstellung gegen Auflagen zuzustimmen. Dabei darf es im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens nicht sein Bewenden haben.

18. Zu § 29 VerSanG-E

Die Notwendigkeit, im Bedarfsfall einen Besonderen Vertreter zu bestimmen, der die prozessualen Rechte des Verbandes im Verfahren wahrnimmt, ist unmittelbar einsichtig. Erkennbar ist aber auch die damit verbundene, nahezu unbegrenzte Rechtsmacht gegenüber dem Verband. Die somit eröffneten Missbrauchsmöglichkeiten dürfen nicht als gering abgetan werden. Es ist demgemäß erforderlich, bei der Auswahl eines derartigen Besonderen Vertreters besondere Sorgfalt walten zu lassen und zudem sein Vorgehen zu überwachen, abgesichert von der Möglichkeit (theoretisch) jederzeitiger Abberufbarkeit.

Den denkbaren Gefahren könnte mit besonderen verfahrensrechtlichen Regelungen begegnet werden. Sie könnten in besonderen Mitspracherechten der Anteilseigner ebenso bestehen wie in Rechenschaftspflichten gegenüber unbeteiligten Stellen (etwa der Rechtsanwalts- oder der Industrie- und Handelskammer). Auf deren Intervention hätte dann das Verbandsgericht für die Ablösung des Besonderen Vertreters zu sorgen.

19. Zu § 30 VerSanG-E

Es ist einerseits verständlich, dass die Rechtsnachfolger in den Stand des jeweiligen Verfahrens eintreten und ihnen nicht die zur Obstruktion verführende Möglichkeit eingeräumt wird, einen Neubeginn des Verfahrens zu verlangen. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass es nicht allein freiwillige Rechtsnachfolger gibt, die über einen jederzeitigen Zugang zu den beim Rechtsvorgänger vorhandenen Informationen verfügen. Insbesondere deshalb, weil selbst Asset-Deals unter die Rechtsfolgeregelung des § 6 VerSanG-E fallen können sollen, ist zu berücksichtigen, dass diese (ebenso wie übertragende Sanierungen) nicht selten einen wichtigen Teil des Verwertungsgeschehens in einem Insolvenzverfahren bilden. Auch im Fall feindlicher Übernahmen, insbesondere bei Uneinigkeit der früheren Gesellschafter, dürfte die Kommunikation zwischen früher Verantwortlichen und deren Vertretern und den nunmehr Zuständigen nicht durchweg ungestört verlaufen.

Demgemäß ist es angemessen, die Last des Eintritts in ein fortgeschrittenes Verfahren dadurch abzumildern, dass den neuen Prozessvertretern erweiterte Unterbrechungsmöglichkeiten und zusätzliche Informationsrechte über den bisherigen Verlauf des Verfahrens eingeräumt werden. Ob sie vom Gericht eine Darstellung des bisherigen wesentlichen Ablaufs verlangen können sollen, vermag hier nicht beurteilt zu werden. Von vornherein auszuschließen ist diese Möglichkeit jedoch keineswegs, denn auch in Haftsachen steht das erkennende Gericht in der Pflicht, dem Beschwerde- oder dem Verfassungsgericht Ablauf und Zwischenstand zu dokumentieren. Die Grundsätze des fairen Verfahrens verlangen jedoch zumindest die Einsichtnahme in vorangegangene Anträge und deren Bescheidung.

20. Zu § 31 VerSanG-E

a) Redaktionsversehen

Rechtsanwalt Dr. Peukert, Hamburg, weist auf ein redaktionelles Versehen auf Seite 113 der Begründung hin, wonach zunächst festgestellt werden müsse, ob die Voraussetzungen für die Verhängung eines *Haftungsbeitrags* gegen den zunächst verfolgten Verband vorgelegen

hätten. Gemeint sein dürfte hier die Voraussetzungen für die Verhängung einer *Verbandsgeldsanktion* gegen den zunächst verfolgten Verband.

b) Verweisung auf Umfang des Aussageverweigerungsrechts

Inhaltlich positioniert sich Rechtsanwalt Dr. Peukert wie folgt:

Insbesondere steht den Leitungspersonen des haftenden Verbandes dann ebenfalls ein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 33 VerSanG-E zu. Durch die Gleichstellung lediglich im Hinblick auf die (prozessualen) Rechte bleibt an dieser Stelle jedoch unklar, inwiefern möglicherweise auch der haftende Verband verpflichtet werden kann, Auskünfte im Hinblick auf die Höhe des Umsatzes des an sich zu sanktionierenden Verbandes nach § 49 VerSanG-E zu erteilen, die schließlich akzessorisch zur ursprünglich vorgesehenen Verbandsgeldsanktion als Grundlage zur Bemessung des Haftungsbetrages dient. Derzeit lässt sich der Gesetzestext an dieser Stelle wohl so verstehen, dass dem haftenden Verband die gleichen Rechte zustehen wie dem ursprünglich verfolgten Verband, ihn hingegen jedoch nicht die gleichen Pflichten (insbesondere die Auskunftspflicht nach § 49 VerSanG-E) treffen.

In Absatz 3 wird klargestellt, dass den gesetzlichen Vertretern des ursprünglich verfolgten Verbandes auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages ein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 33 Abs. 1 VerSanG-E zusteht.

Unklar hingegen ist, wie weit das Aussageverweigerungsrecht der Leitungspersonen des an sich zu sanktionieren Verbandes im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages reichen soll. Da es sich bei dem Verfahren nach § 31 VerSanG-E grundsätzlich um ein eigenständiges und von dem Verfahren gegen den zunächst verfolgten Verband unabhängiges Verfahren handelt, ist insbesondere fraglich, ob das Aussageverweigerungsrecht in diesem Fall denselben Einschränkungen unterliegen soll wie im originären Sanktionsverfahren. Konkret stellt sich also die Frage, ob das Aussageverweigerungsrecht der Leitungspersonen des ursprünglich verfolgten Verbandes auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages Einschränkungen durch die in § 49 VerSanG-E statuierte Auskunftspflicht erfahren soll, sofern Auskünfte über den Jahresumsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre, an den der Haftungsbetrag des haftenden Verbandes akzessorisch zur ursprünglich vorgesehenen Verbandsgeldsanktion anknüpft, verlangt werden. Dazu, ob die im originären Sanktionsverfahren geltende Auskunftspflicht des ursprünglich verfolgten Verbandes nach § 49 VerSanG-E auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages gilt, verhalten sich weder der Entwurf selbst noch dessen Begründung.

21. Zu § 32 VerSanG-E

Zum Umfang der Möglichkeiten zur Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung geben die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, folgendes zu bedenken:

Offen ist allerdings, auch mit Blick auf § 40 Abs. 1 VerSanG-E, ob eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung verhältnismäßig sein kann, wenn ein anderer (nicht selbst angeklagter, vgl. § 28 VerSanG-E) gesetzlicher Vertreter greifbar ist. Wegen des dann gleichwohl durchführbaren Prozesses scheint das kaum vertretbar. Eine entsprechende gesetzgeberische Klarstellung wäre daher zu begrüßen.

22. Zu § 33 VerSanG-E

Das vorgesehene Schweigerecht nur für gesetzliche Vertreter hält Staatsanwalt Schmid, LLM, Lübeck, für zu eng:

Unzureichend ausgestaltet scheint allerdings die Beschränkung v.a. des Schweigerechts auf „gesetzliche Vertreter des Verbandes“ zu sein, § 33 VerSanG-E. Jedenfalls das Recht zu schweigen sollte auf „Leitungspersonen“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E ausgedehnt werden und zwar auch auf solche, die nur zum Tatzeitpunkt verantwortlich waren: Genau diese können nämlich ebenfalls die sanktionsrechtliche Haftung des Verbands auslösen.⁵⁴

Inhaltlich ebenso Rechtsanwalt Dr. Travers, Düsseldorf:

⁵⁴ So etwa auch § 17 des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz für „Entscheidungsträger“

„Auf den ersten Blick vermag die Vorschrift des § 33 VerSanG-E die Selbstbelastungsfreiheit des Verbands im Sanktionsverfahren durch das Auskunftsverweigerungsrecht für dessen gesetzliche Vertreter sicherzustellen. Die besseren Gründe sprechen indes dafür, das Auskunftsverweigerungsrecht nicht nur den gesetzlichen Vertretern des Verbands zuzugestehen, sondern auch den zur Zeit der (vermeintlichen) Verbandstat tätigen Leitungspersonen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E). Durch die Einbeziehung der Leitungsebene in das Auskunftsverweigerungsrecht würde das Gesetz praxisgerecht die tatsächliche Willensbildung in Unternehmen berücksichtigen. Außerdem würde das Auskunftsverweigerungsrecht in personeller Hinsicht gleichlaufend mit dem Zurechnungsmodell des VerSanG-E (§ 3 VerSanG-E) ausgestaltet werden. Denn die Sanktionierung des Verbands knüpft an eine Pflichtverletzung einer Leitungsperson an, nicht zwingend die eines gesetzlichen Vertreters. Dann aber erscheint es sachgerecht, auch den Leitungspersonen ein Auskunftsverweigerungsrecht einzuräumen.“

23. Zu § 34 VerSanG-E:

Das Erfordernis einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Regelung stellen die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof in Frage:

Nach § 34 Abs. 1 VerSanG-E dürfen personenbezogene Daten, die aufgrund von Maßnahmen zur Aufklärung der Verbandstat oder einer mit der Verbandstat zusammenhängenden Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG erlangt wurden, im Sanktionsverfahren verwendet werden. Anlass dazu gibt, dass der Vorwurf gegenüber dem Verband direkt an eine (individuelle) Tat oder Aufsichtspflichtverletzung anknüpft.⁵⁵ Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung oder einer Online-Durchsuchung gegen einen Verbandsmitarbeiter sollen daher im Verfahren gegen den Verband verwertet werden können.⁵⁶ Eine Grenze bildet zwar der Erhebungszweck. Es muss daher ein Bezug der Datenerhebung zum (jetzigen) Verbandssanktionsverfahren bestehen.⁵⁷ Erfasst werden allerdings jedenfalls jene personenbezogenen Daten, die für die Klärung der Frage von Bedeutung sind, ob überhaupt ein Bezug zum Sanktionsverfahren besteht.⁵⁸

Insgesamt scheint die Vorschrift redundant, da §§ 483 ff StPO die Verwendung personenbezogener Daten bereits umfangreich erlauben. Da eine weitergehende Klarstellung aus § 34 VerSanG-E nicht hervorgeht, wäre die Generalverweisung aus § 24 Abs. 1 VerSanG-E ausreichend.

Eine Einschränkung für die Verwertung personenbezogener Daten gilt nach § 34 Abs. 2 VerSanG-E dann, wenn diese aufgrund von Maßnahmen zur Aufklärung anderer Straftaten erlangt wurden. Hier soll es darauf ankommen, ob die personenbezogenen Daten nach den allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung auch im Verfahren wegen der Verbandstat verwendet werden dürften. Auch das scheint unnötig kompliziert. Wenn, zu Recht, die Regelungen der Strafprozessordnung über die Datenverwendbarkeit entscheiden, genügt der Hinweis auf diese. Einer eigenen Regelung bedarf es nicht.⁵⁹ So bleibt der Eindruck, dass der Entwurf, gerade im gesetzgeberisch sensiblen Bereich „Datenschutz“ eine Regelung enthält, die gut gemeint, aber, schon weil es sie nicht braucht, nicht gut gemacht ist.

Ergänzend: Obgleich der Entwurf das nicht erwähnt, ist davon auszugehen, dass auch nach § 34 VerSanG-E eine Löschpflicht i.S.d § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 489 Abs. 2 S. 1 StPO greift, wenn sich nach der Speicherung herausstellt, dass die Daten für das konkrete Verbandssanktionsverfahren nicht (mehr) erforderlich sind.⁶⁰ Das sollte hier noch klargestellt werden.

24. Zu §§ 36 VerSanG-E

Anzunehmen ist der Gleichlauf von StPO und VerSanG hinsichtlich der potenziellen Adressaten von Geldauflagen (vgl. dazu oben II 2 h <7>).

⁵⁵ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁵⁶ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁵⁷ Aufgrund der Nähe zu § 483 StPO vgl. BVerfG v. 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1922).

⁵⁸ Vgl. MüKoStPO/Singelstein, 1. Aufl. 2019, StPO § 483 Rn. 10; KK-StPO/Gieg, 8. Aufl. 2019, StPO § 483 Rn. 3.

⁵⁹ So auch ziemlich deutlich die Begründung des Entwurfs selbst, vgl. S. 115.

⁶⁰ Vgl. MK/Singelstein, 1. Aufl. 2019, StPO, § 483 Rn. 13.

25. Zu §§ 37 f. VerSanG-E

a) Verband als Opfer und Täter

§ 37 VerSanG-E überträgt die Regelung des § 153b Abs. 1 StPO auf das Verbandsverfahren. Dessen Besonderheiten werden dabei allerdings nicht ausreichend berücksichtigt. Zwar handelt es sich gar nicht erst um eine Verbandstat, wenn sich die strafbare Handlung ausschließlich gegen den Verband richtet (vgl. S. 75, 78 und 96 der Begründung). Im Fall von Korruptionshandlungen ist aber weder ausgeschlossen, dass z.B. die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr tateinheitlich mit einer Untreue zum Nachteil des Verbands zusammenrifft, noch dass der Erlös aus einem mittels Korruption erlangten Auftrag zunächst in das Vermögen des Verbandes fließt.

In derartigen Konstellationen richtet sich die Tat zwar nicht nur, wohl aber auch gegen den Verband selbst. Handelt es sich dabei um einen Ausreißer, so wäre eine Sanktionierung des Opfers unpassend. Angesichts dessen bedarf es einer Regelung dahingehend, dass von einer Sanktionierung *zwingend* abzusehen ist, wenn sich die Verbandstat auch gegen den Verband selbst richtete.

b) § 38 VerSanG-E als Ausnahme vom Legalitätsprinzip

Die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, erörtern den vorgesehenen § 38 VerSanG-E wie folgt:

Nach § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 152 Abs. 2 StPO gilt das Legalitätsprinzip. Allerdings soll es Ausnahmen von dem grundsätzlich geltenden Verfolgungszwang geben.⁶¹ Für den Verband gelten die Einstellungsgründe der Strafprozessordnung dazu entsprechend, soweit diese keine Schuld voraussetzen.⁶² Da das bei §§ 153c bis 154a und § 154d StPO nicht der Fall ist, blieben sie, wie § 38 Abs. 5 VerSanG-E regelt, unberührt.⁶³ Das wiederum bringt die Frage auf, warum es der Regelung dann überhaupt bedarf. Klarstellend: Die Intention Vorschrift ist nachvollziehbar und richtig, sie symbolisiert indes erneut eine notwendigen Fiktion, um das dogmatische Grundproblem eines nicht anerkannten Verbandsstrafrechts zu umschiffen.

Interessant ist, dass § 38 Abs. 1 VerSanG-E die Möglichkeit einer vorläufigen Einstellung im Hinblick auf eine erwartbare Sanktionierung im Ausland vorsieht. Es handelt sich um eine Art systematische Ausweitung des § 153c StPO, die an den ne bis in idem-Gedanken des Art. 54 SDÜ anzulehnen scheint,⁶⁴ allerdings nicht dessen Schengen-Limitierung kennt. Zu verfolgen sein würde hier, ob (und wie) hier letztlich eine Art sanktionsrechtliches forum shopping entsteht.

Die Sanktion muss im Ausland nicht bereits verhängt sein. Es genügt, ähnlich wie bei § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die entsprechende Möglichkeit.⁶⁵ Die Verfolgungsbehörde prüft hier hypothetisch was zu erwarten ist. Zu berücksichtigen hat sie dabei nicht nur die Intensität der ausländischen Sanktion, sondern auch, dass ein zweites Verfahren bereits eine Belastung für sich ist.

Offen bleibt, ob von einer inländischen Verfolgung auch abgesehen werden kann, wenn das Verfahren im Ausland wegen der gleichen Tat (nur) rechtskräftig eingestellt wurde. Mit Blick auf den ne bis in idem-Gedanken, unter anderem aus Art. 54 SDÜ, erscheint das allerdings zwingend.

In der Praxis dürfte sich ein Verfahrensende durch rechtskräftige Einstellung im Ausland indes mit der sehr interessanten Variante des § 38 Abs. 2 VerSanG-E beißen. Danach kann die Verfolgungsbehörde das Absehen von der Verfolgung mit Zustimmung des Verbandes mit der Auflage verbinden, dass sie in regelmäßigen Abständen über den Stand des Verfahrens im Ausland unterrichtet wird. Andererseits drängen sich die Potentiale einer solchen „Auslandsbewährung“ für die Unternehmensverteidigung geradezu auf. Kommt der Verband der Auflage nicht nach, kann der Fortgang des Verfahrens wieder aufgenommen werden.⁶⁶ Damit ist allerdings sehr viel weniger verloren, als durch den – seitens der Unternehmensvertretung herbeizuführenden – Aufschub als solchen gewonnen werden kann. Nicht zuletzt verschafft eine „Auslandsbewährung“ dem Unternehmen Zeit, um seinerseits eine starke Compliance-Struktur aufzubauen.

⁶¹ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶² Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶³ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶⁴ Vgl. Duesberg, ZIS 2017, 66 (67 f.).

⁶⁵ Vgl. VerSanG-E, S. 117.

⁶⁶ VerSanG-E, S. 117

26. Zu § 39 VerSanG-E

Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck, plädiert für eine Ausweitung der Möglichkeit der Einstellung des Verbandsverfahrens im Insolvenzfall:

§ 39 VerSanG-E sieht die Möglichkeit des Absehens von Verfolgung nur in den Fällen vor, in denen das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wurde. Gerade im Bereich möglicher Insolvenz- oder Betrugsdelikte kommt es aber vor, dass Firmen zwar insolvenzreife aufweisen oder sonst faktisch führungs- und/oder vermögenslos sind, ein Insolvenzverfahren aber nicht beantragt wird. Ein Ausweichen auf die allgemeinen Opportunitätsgrundsätze erscheint zwar pragmatisch, entspräche aber nicht den gesetzlichen Voraussetzungen. Die Verfehlungen der Leitungspersonen sind in der Regel nicht so gering, als dass sich „Geringfügigkeit“ rechtfertigen ließe, andererseits müsste ein Verfahren durchgeführt werden, in dem von Anfang an erkennbar ist, dass entweder das Verfahren nur schwer durchgeführt werden kann oder eine verhängte Sanktion erkennbar nicht vollstreckbar wäre. Damit müssten jährlich eine Vielzahl von Sanktionen verhängt werden, die faktisch nicht vollstreckt werden können. Dies kann angesichts knapper Ressourcen in der Justiz nicht Absicht des Gesetzgebers sein. Es wird daher ange-regt, in § 39 VerSanG eine Regelung eingefügt wird, dass auch bei erkennbar vermögenslos bleibenden Gesellschaften von der Sanktionierung abgesehen werden kann.

27. Zu § 40 VerSanG-E

Dazu geben die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, folgendes zu bedenken und heben dabei den Vorrang endgültiger Verfahrenseinstellung hervor:

§ 40 Abs. 1 VerSanG-E regelt, dass das Verfahren bei vorübergehenden Hindernissen, die in der Person der gesetzlichen Vertreter liegen, entsprechend vorläufig eingestellt werden kann. Dies betrifft etwa Fälle, in denen der alleinige Geschäftsführer einer GmbH für längere Zeit hand-lungsunfähig ist und in denen die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 29 Abs. 2 Ver-SanG-E nicht in Betracht kommt.⁶⁷ Diese dürften indes selten sein. Da nach § 29 Abs. 2 VerSanG-E ohnehin nur eine Verfahrensdurchführung möglich ist, wenn das Interesse daran die Rechte des Verbandes überwiegt, steht die Sinnhaftigkeit der Vorschrift des § 40 VerSanG-E insgesamt in Frage.

28. Zu §§ 43 – 45 VerSanG-E

Insoweit hält Rechtsanwalt Dr. Travers, Düsseldorf, eine Klarstellung für wünschenswert:

Wünschenswert wäre, dass in der Entwurfsbegründung noch deutlicher klargestellt wird, dass die Anordnung des persönlichen Erscheinens der gesetzlichen Vertreter in der Hauptverhandlung den wenigen Ausnahmefällen vorbehalten bleibt, in denen das persönliche Erscheinen (z.B. für die Zwecke einer Gegenüberstellung) für die Wahrheitserforschung unerlässlich ist. Dies sollte in Wirtschaftsstrafverfahren kaum je der Fall sein.

29. Zu § 46 VerSanG-E

Der Ausschluss des § 252 StPO im Verfahren gegen den Verband ist bereits für sich nicht ausreichend begründet. Die Fassung des § 46 Abs. 3 VerSanG-E führt überdies zur Suspendierung des § 252 StPO auch im Fall einer Kombination der Verfahren, also dann, wenn dasselbe Verfahren sich sowohl gegen natürliche Personen als auch gegen den Verband richtet. Darin liegt eine Modifikation der Strafprozessordnung zu Lasten derjenigen individuellen Angeklagten, die sich in einem derart verbundenen Verfahren zu verantworten haben. Für deren Schlechterstellung sind jedoch keine inhaltlich-sachlichen Gründe ersichtlich, so dass die Regelung zumindest insoweit vor dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, keinen Bestand haben dürfte.

30. Zu § 48 VerSanG-E

Soweit die Bestimmungen die Verfolgung einer einheitlichen Ordnungswidrigkeit trotz ein-gestelltem Verbandsverfahren ermöglichen, sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Sperrwirkung der Einstellungsentscheidung festgelegt werden (vgl. unten III 37).

⁶⁷ Vgl. VerSanG-E, S. 118.

31. Zu § 50 VerSanG-E

Im Gegensatz zum Strafverfahrensrecht soll ein Sanktionsbescheid, d.h. eine Erledigung im schriftlichen Verfahren ohne Hauptverhandlung, auch vor dem Land- und dem Oberlandesgericht möglich sein. Dies ist aus der Sicht des betroffenen Verbandes durchaus positiv. Stünden allerdings die Interessen der Beschuldigten im Vordergrund, so läge es nahe, diese Erledigungsart auch für Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht zu übernehmen. In der Begründung (S. 124) stehen allerdings fiskalische Erwägungen im Vordergrund: In den Verfahren vor den Obergerichten bestehe das größte Einsparpotenzial.

32. Zu § 51 VerSanG-E

Das Für und Wider des Ausschlusses der Privatklage stellen die Rechtsanwälte Dirk Seiler, Nathalie Thorhauer und Enno Appel, Frankfurt am Main, wie folgt gegenüber:

§ 51 Abs. 1 VerSanG-E schließt jedoch als Ausnahme die Verfolgung des Verbands im Wege der Privatklage aus. Es stellt sich daher die Frage nach dem sachlich legitimen Grund, weshalb dem Verletzten die Privatklage gegenüber dem Verband abgeschnitten ist. Weshalb sollte z.B. das Opfer einer Körperverletzung, die aufgrund der Missachtung von Arbeitsschutzvorschriften verursacht worden ist, zwar gegenüber dem Individuum, nicht aber gegenüber dem Verband Privatklage erheben können? Insoweit wird der Verband bessergestellt als die verantwortliche Leitungsperson oder der Mitarbeiter, die sich aufgrund ihrer individuellen Verantwortlichkeit der Privatklage zu stellen haben.

Die Begründung des Regierungsentwurfs (S. 124 f.) lässt vermuten, dass der Ausschluss des Privatklagewegs primär dazu dient, Widersprüchlichkeiten im Zuständigkeitsgefüge zu vermeiden. Denn für Privatklagedelikte ist gemäß § 25 Nr. 1 GVG der Strafrichter beim Amtsgericht ausschließlich sachlich zuständig, der jedoch nach dem derzeitigen Konzept des VerSanG-E mit der Verhängung von Verbandssanktionen nicht belastet werden soll, da Sanktionsverfahren gegen Verbände häufig aufgrund der Komplexität der wirtschaftlichen Sachverhalte enormen Zeitaufwand erfordern. Deshalb weisen §§ 74 Abs. 1 S. 3, 74g, 25 S. 2 GVG-E dem Schöffengericht beim Amtsgericht und dem Landgericht die erstinstanzliche Zuständigkeit für Verfahren nach dem VerSanG zu. Insofern konsequent schneidet § 51 Abs. 1 VerSanG-E dem Verletzten gegenüber dem Verband den Privatklageweg ab, um einen Bruch der neuen Zuständigkeitsregeln in §§ 74 Abs. 1 S. 3, 74g, 25 S. 2 GVG-E mit der ausschließlichen Zuständigkeit des Strafrichters für Privatklagedelikte zu vermeiden. Alternativlos ist diese Lösung allerdings nicht; der Gesetzgeber könnte auch eine besondere Zuständigkeitsregel für Privatklageverfahren gegen Verbände schaffen.

Trotzdem ist die Ausnahmeregelung in § 51 Abs. 1 VerSanG-E letztlich sachgerecht. Zum einen bewirkt sie eine Entlastung der Justiz, zumal die in § 374 Abs. 1 StPO genannten Vergehen die Allgemeinheit in der Regel kaum berühren. Zum anderen dürften sich für den Verletzten aus dem Ausschluss der Privatklage gegenüber Verbänden praktisch selten Nachteile ergeben:

- *Dem Privatklageweg wird im Falle von Verbandstaten ohnehin wenig Bedeutung zukommen. Da es sich nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E bei einer Verbandstat um eine Straftat handelt, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte, kommen von vornherein nur wenige der in § 374 Abs. 1 StPO aufgezählten Vergehen als taugliche Verbandstaten in Betracht (so etwa §§ 223, 229, 299 StGB).*
- *Liegt ein solcher Verbandsbezug vor, wird in der Regel auch ein öffentliches Interesse zu bejahen sein, sodass die Staatsanwaltschaft in entsprechender Anwendung des § 376 StPO Anklage erheben kann. Dies stellt die Begründung des Regierungsentwurfs eindeutig klar.*
- *Auch fallen Privatklagedelikte häufig mit Officialdelikten im Rahmen einer prozessualen Tat zusammen, sodass dann ohnehin die Privatklage unzulässig und das Officialverfahren vorrangig ist. Die Staatsanwaltschaft verfolgt dann von Amts wegen die Verbandstat zusammen mit dem Privatklagedelikt ohne Rücksicht auf das Vorliegen des öffentlichen Interesses.*
- *Der Ausschluss der Verfolgung von Verbandstaten im Wege der Privatklage schützt Verbände vor massenhaften Verfahren durch Privatpersonen.*

- *Schließlich ist der Verletzte durch den Ausschluss des Privatklageweges gegenüber dem Verband jedenfalls nicht rechtlos gestellt, da er nach wie vor gegenüber dem handelnden Individuum, der Leitungsperson oder dem Unternehmensmitarbeiter, der die Straftat begangen hat, Privatklage erheben kann.*

Gemäß § 51 Abs. 2 VerSanG-E kann sich der Verletzte wie ein Nebenkläger nach §§ 395-402 StPO am Sanktionsverfahren beteiligen. Ferner gelten die Vorschriften der §§ 403-406c StPO über die Entschädigung des Verletzten, sodass dieser vermögensrechtliche Ansprüche im Strafverfahren geltend machen kann (Adhäsionsverfahren). Auch in dem Sanktionsverfahren gegenüber dem Verband stehen dem Verletzten die sonstigen Befugnisse aus §§ 406d-406l StPO zu, womit insbesondere Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte verbunden sind. Die Regelung des § 51 Abs. 2 VerSanG-E stellt somit einen Gleichlauf zu den Verfahrensvorschriften der StPO her und sichert so die Rechte des Verletzten.

33. Zu §§ 52 f. VerSanG-E

- a) Sonderopfer bei Vollziehung eines Vermögensarrests in Höhe noch nicht rechtskräftiger Geldsanktion

aa)

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die strafrechtliche Vermögensabschöpfung auch im Verbandsverfahren folgt aus § 24 Abs. 1 VerSanG-E. Darüber hinaus erweitert § 52 VerSanG-E die Anwendbarkeit des § 111e Abs. 2 – 5 StPO auf die Sicherung u.a. der Vollstreckung von Verbandssanktionen. Die dazu angeführte Begründung (Seite 125) verkennt allerdings wesentliche Unterschiede zwischen Geldstrafe und Geldsanktion.

bb)

In Bezug auf eine noch nicht rechtskräftig festgesetzte Geldstrafe entfaltet § 111e Abs. 2 StPO die Wirkung einer Art vorläufiger Vollstreckbarkeit. Ob dies auf rechtstaatliche Bedenken trifft, kann vorliegend dahinstehen. Bisher sind insoweit aus der Praxis noch keine nennenswerten Probleme bekanntgeworden.

cc)

Das dürfte sich bei Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 111e Abs. 2 StPO auf die noch nicht rechtskräftig festgesetzte Verbandsgeldsanktion ändern, weil deren Bemessung nicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbands (Gewinn und Vermögen) abhängt und daher nicht selten existenzgefährdende Größenordnungen erreichen wird.

Die Vollziehung eines Vermögensarrests in vollem Umfang der noch nicht rechtskräftigen Geldsanktion belastet die betroffenen Verbände in einem weit stärkeren Maße als die Vollstreckung aus einer rechtskräftigen Verurteilung, weil dabei die Mechanismen des Vollstreckungsschutzes nur partiell greifen. Die Bewilligung von Ratenzahlungen ist im Zuge der Vollstreckung einer rechtskräftigen Entscheidung, nicht aber für die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft vorgesehen und scheidet damit betreffs die Vollziehung eines Vermögensarrests aus.

Die Vollziehung eines Vermögensarrests in vollständiger Höhe der erstinstanzlich ausgeteilten Sanktion trifft den Verband aber nicht nur dann unverhältnismäßig hart, wenn die Erstentscheidung im Rechtsmittelzug herabgesetzt wird, sondern in jedem Fall. Größenordnungen von bis zu 10 Millionen € oder gar 10 % des durchschnittlichen Jahresweltumsatzes (bei Tatmehrheit gar 20 %) vermag kein Verband aus der Portokasse zu begleichen. Da ein angeordneter Vermögensarrest gegenüber einem Verband in dessen gesamtes Vermögen mit der einzigen Ausnahme der betriebsnotwendigen Aktiva vollzogen, der Verband also quasi kahlgepfändert werden kann, führte die Regelung im Ergebnis dazu, dass dem Verband die zum Begleichen seiner sonstigen Verbindlichkeiten erforderlichen finanziellen Mittel gesperrt werden. Dies zöge unweigerlich die Insolvenz nach sich.

dd)

Darin liegt nicht nur ein Widerspruch zur vollstreckungsrechtlichen Regelung des § 53 Abs. 1 S. 2 VerSanG-E, der einen nachrangigen Insolvenzantrag seitens des Vollstreckungsrechtspflegers erst dann vorsieht, wenn Vollstreckungsschutzmaßnahmen ausscheiden oder gewährte Raten nicht geleistet werden, sondern führt die Streichung der Verbandsauflösung als direkte Verbandssanktion, die im Erkenntnisverfahren festgesetzt werden kann, geradezu ad absurdum.

ee)

Bedenklich ist zudem, dass zwischen erstinstanzlich bestimmter Höhe der Verbandsgeldsanktion und deren rechtskräftiger Festsetzung ein durchaus deutliches Gefälle bestehen kann, das im Einzelfall die gesamte Größenordnung auszumachen in der Lage ist. Dann hätten die Folgen der Vollziehung des Vermögensarrests den Verband ggf. in toto zu Unrecht getroffen. Der dadurch eingetretene Schaden ließe sich im Fall der Existenzvernichtung nicht wiedergutmachen.

ff)

Wenn der Gesetzgeber (trotz der Haftungsregelungen der §§ 6 f. VerSanG-E und in Ergänzung der Sicherungsmöglichkeiten des staatlichen Anspruchs auf Einziehung von Taterträgen oder ihrem Wert) ein Bedürfnis nach Vorsorge für die Durchsetzung einer noch nicht rechtskräftigen Verbandsgeldsanktion bejaht, dann korreliert damit die Pflicht zur Anerkennung des legitimen Interesses des Verbands an der Fortsetzung seiner legalen Wirtschaftstätigkeit. Dazu bedarf es der Schaffung auf die wirtschaftlich tätigen Verbände abgestimmter praxistauglicher Vollziehungsschutzinstrumente.

b) Zwingender Insolvenzantrag bei mangelnder Vollstreckbarkeit

Die Rechtsanwälte Seiler und Appel, Frankfurt am Main, hegen durchgreifende Bedenken gegen die starre Regelung des § 53 Abs. 1 S. 2 VerSanG-E. Soll das Verbandssanktionengesetz fehlsame Verbände „auf den Pfad der Tugend zurückführen“, so ist es inkonsequent, im Fall der Unmöglichkeit der Vollstreckung einer Verbandssanktion mittels Insolvenzdrohung die Existenz des Verbandes doch zu vernichten. Dies wird dem Gesetzeszweck nicht gerecht und ist auch nicht nötig, weil auf Straftaten angelegte Gesellschaften von der Verwaltung aufgelöst werden können.

34. Zu §§ 54 – 66 VerSanG-E

a) Bedarf der Erfassung in Registern

Die Notwendigkeit und den Inhalt der vorgesehenen Bestimmungen bestätigte Rechtsanwalt Junkers folgendermaßen:

Aus Sicht des Verfassers verfolgt der Gesetzgeber mit der Einführung und der konkreten Ausgestaltung des Verbandssanktionenregisters einen legitimen Zweck. Die Informationen über Vorverurteilungen sind für die Bestimmung der Sanktionszumessung unerlässlich. Mit einer Ausgestaltung, die nah am BZRG angelehnt ist, stellt der Gesetzgeber zudem sicher, dass eine „Prangerwirkung“ bzw. Image- und Rufschäden nicht zu erwarten sind. Das Verbandssanktionenregister ist weder der Allgemeinheit noch einem bestimmten/bestimmbaren Personenkreis bei Nachweis eines berechtigten Interesses zugänglich, sondern auf Gerichte, Behörden und Stellen (§ 60 VerSanG-E), wissenschaftliche Forschungen (§ 62 VerSanG-E, der § 476 StPO nachgebildet ist) sowie Stellen anderer Staaten bzw. über- und zwischenstaatlichen Stellen (§ 63 VerSanG-E) beschränkt.

b) Notwendigkeit selbständigen Registers?

Allerdings dürfte zu erwägen sein, ob es der Verwaltungsvereinfachung und der Einsparung von Personal diene, diese oder ähnliche Vorschriften in das BZRG zu integrieren und als Behörde lediglich das Bundeszentralregister beim Bundesamt für Justiz vorzusehen.

c) Einsichtnahme aufgrund Vollmachts

Überdies ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Einsichtnahme in das Register nur persönlich und nicht auch von einem mit einer Vollmacht ausgestatteten Dritten möglich sein soll. Das kann die Verteidigung eines Verbands erschweren.

d) Keine Erfassung tatzeitfremder Verantwortlicher

Die Sachwidrigkeit, die aktuellen Organe im Register zu erfassen und nicht diejenigen natürlichen Personen, die zur Zeit der Verbandstat die Verantwortung trugen, liegt auf der Hand (vgl. dazu oben II 2 c).

35. Zu § 68 VerSanG-E und Art. 15

a) Vorlauffrist

Die Bestimmungen des Verbandssanktionengesetzes sollen zwei Jahre nach Verkündung in Kraft treten. Es ist jedoch angesichts der Komplexität der Regelungen und der bereits jetzt zu den Aufgaben der Justiz unter proportionalen Personalausstattung nicht zu erwarten, dass die Länder innerhalb der Übergangsfrist die Voraussetzungen für die notwendige quantitative und qualitative Ausstattung der Staatsanwaltschaften und Gerichte sorgen können. Die Erfahrungen mit der Umgestaltung des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zum 1.7.2017 belegen in kaum zu überbietender Deutlichkeit die Notwendigkeit, tiefgreifende und rechtlich komplexe Neuregelungen gründlicher vorzubereiten. Das spricht nicht nur für eine mindestens fünfjährige Übergangsregelung (wie seinerzeit bei der Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung) sondern auch dafür, zeitlich abgestufte Zwischenregelungen vorzusehen. Dies dürfte nur über Bund-Länder-Vereinbarungen möglich sein. Die Abhängigkeit des Inkrafttretens des Gesetzes von deren Zustandekommen kann jedoch bundesrechtlich festgelegt werden.

b) Wünschenswerte Differenzierungen

Zur Sinnhaftigkeit einer stärkeren Differenzierung der Bestimmungen über das Inkrafttreten ist auf die Ausführungen im Zusammenhang mit den vorgesehenen Änderungen der StPO zu verweisen (vgl. dazu unten III 35 b).

c) Unstimmigkeiten bei Altverurteilungen

Bedenklich erscheint, dass gemäß § 68 Abs. 2 VerSanG-E auch Altverurteilungen, die nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes ausgesprochen wurden, in das Verbandsregister eingetragen werden sollen, obwohl es sich dabei gerade nicht um Verbandssanktionen handeln kann. Konsequenterweise sollte es deshalb bei den für das bisherige Recht einschlägigen Registererfassungen sein Bewenden haben.

36. Zu Art. 4: Änderungen der Strafprozessordnung

a) §§ 97 und 160a StPO

Das Für und Wider der vorgesehenen Novellierung der §§ 97 und 160a StPO hängt wesentlich vom beruflich geprägten Blick des Beurteilers ab. Auffällig ist jedoch, dass die Rolle von Syndikusanwälten als Verteidiger oder als typische Kommunikationsmittler des Verbandes nicht in Betracht gezogen wurde.⁶⁸ Für diese Funktionen ist es allerdings notwendig, die Geltung der Regeln des § 148 StPO entsprechend anzuordnen.

b) Kein Aufschub des Inkrafttretens geboten

Wenig überzeugend ist, dass auch die Neufassung der §§ 97 und 160a StPO erst mit dem Inkrafttreten des VerSanG Gültigkeit erlangen soll. Der Schwerpunkt der Bedeutung beider Bestimmungen liegt in der Strafprozessordnung selbst. Die vorgesehenen Veränderungen finden ihren Anlass, nicht aber ihren Grund in der Einführung eines Verbandssanktionengesetz-

⁶⁸ Dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 272

zes. Hält man die Neuregelung für sinnvoll, dann sollte ihr sofort vollständige Gesetzeskraft verschafft werden.

c) Notwendigkeit materiellen Verteidigungsbegriffs

Der Schutz von Verteidigungsunterlagen soll nach der Neuregelung ausdrücklich erst mit dem Zeitpunkt der Einleitung eines Sanktionsverfahrens einsetzen (dazu bereits oben III 16 a). Damit wäre eine präventive Vorbereitung auf eine drohende Ermittlung dadurch belastet, dass Unterlagen, die vor dem unbekanntem Zeitpunkt der Einleitung entstanden sind, nicht als Verteidigungsunterlagen qualifiziert wären und folglich nur im Gewahrsam des Rechtsanwalts Beschlagnahmefreiheit genießen. In der Begründung des Gesetzesentwurfs findet sich allerdings keine Erklärung dazu, wie dieser Umstand mit der präventiven Ausrichtung des Verbandssanktionengesetzes in Übereinstimmung zu bringen sein soll.

Dem in Erwartung befindlichen vorsichtigen Verteidiger bliebe unter einer derartigen Rechtslage nichts anderes übrig, als seinem Mandanten, dem Verband, keinerlei schriftliche oder elektronische Unterlagen über Beratungsergebnisse oder Ratschläge zur Verfügung zu stellen und Einsicht in die eigenen Aufzeichnungen nur innerhalb der eigenen Kanzlei zu gewähren. Diese Vorgehensweise erschwerte zwar das Implementieren veränderter Compliance-Regelungen (und lieferte damit den Intentionen des neuen Gesetzes entgegen), hinderte aber nicht das Vorliegen vollständiger und ununterbrochener Kooperation als Voraussetzung förmlicher Milderung gemäß §§ 17 und 18 VerSanG-E. Denn auch diese kann erst nach Einleitung des staatlichen Verfahrens von Rechts wegen verlangt werden. nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf erstreckt sich das Erfordernis nicht auf die Notwendigkeit, den Verbandsverteidiger von seiner Schweigepflicht befreien zu müssen.

37. Art. 8 des Gesetzesentwurfs: Änderungen des Strafgesetzbuchs

Dazu äußert sich Rechtsanwalt Dr. Lenard Wengenroth, Berlin, wie nachfolgend wiedergegeben:

Nach § 73b Abs. 1 S. 1 StGB soll folgender Satz eingefügt werden: "Ist der andere ein Verband nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 des VerSanG, so findet S. 1 Nr. 1 auch Anwendung, wenn der Verband etwas aus einer Tat erlangt hat, die nach § 2 Abs. 2 des VerSanG einer Verbandstat gleichsteht."

Die §§ 73, 73b StGB setzen grds. eine „rechtswidrige Tat“ nach deutschem Strafrecht (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) voraus. Durch die geplante Neuregelung ist eine Einziehung gem. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB bei einem im Inland befindlichen Verband auch bei Auslandstaten einer Leitungsperson etc., d.h. bei Taten, auf die kein deutsches Strafrecht Anwendung findet, möglich. Die Ergänzung trägt dem Umstand Rechnung, dass Verbandssanktionen unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 VerSanG auch bei Taten verhängt werden sollen, für die das deutsche Strafrecht nicht gilt. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll eine Einziehung bei Auslandstaten auch dann möglich sein, wenn keine Sanktion nach dem VerSanG in Betracht kommt (S. 140 f. der Entwurfsbegründung).

Das mit der Neuregelung des § 73b Abs. StGB bezweckte Ziel des Gesetzgebers ist grds. nachvollziehbar. Durch die geplante Ergänzung stellen sich jedoch vermehrt Fragen einer doppelten Inanspruchnahme des Verbandes. Bei Auslandstaten wird bezüglich der Vermögensabschöpfung vielfach eine parallele Zuständigkeit und damit parallellaufende Sicherungs- und Einziehungsmaßnahmen bestehen. Einerseits wären die deutschen Ermittlungsbehörden nach der Neuregelung für eine Einziehung gegen den inländischen Verband zuständig. Daneben kann auch die ausländische Ermittlungsbehörde, welche die Auslandstat gegen die Individualperson originär verfolgt, für eine gegen den Verband gerichtete Sicherungs- und Einziehungsmaßnahme zuständig sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls in der Europäischen Union die Vorschriften zur Einziehung aufgrund der Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union (ABl. L 127 vom 29.04.2014, S. 39; L 138 vom 13.05.2014, S. 114) angeglichen sind.

Es ist umstritten, ob Sicherungs- und Einziehungsentscheidungen dem Grundsatz „ne bis in idem“ unterfallen und damit beispielsweise eine doppelte Verfolgung gem. Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 GRCh im „Schengen-Raum“ ausgeschlossen ist (bereits zur alten Rechtslage bejahend Rübenstahl/Schilling, HRRS 2008, S. 492; a.A. Hoven, Auslandsbestechung, S. 128 ff.). Sicherungs- und

Einziehungsentscheidungen sind nach Verständnis der Rechtsprechung und des Gesetzgebers keine Sanktion, sondern verfolgen präventiv-ordnende Ziele (BVerfG v. 14.01.2004 – 2 BvR 565/95; BGHSt 467, 369; BT-Drs. 18/9525, S. 46 f.). Aus dieser Perspektive stellt sich die Frage einer doppelten Inanspruchnahme nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ nicht. Ausländische Einziehungsentscheidungen können dementsprechend nach geltendem Recht bislang auch lediglich auf Ebene der Vollstreckung von Einziehungs-, aber nicht Sicherstellungsentscheidungen gem. § 495g Abs. 5 StPO i.S. eines Härtefalls berücksichtigt werden (vgl. Korte, wistra. 2018, 1, 10; Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage, 2020, § 459g Rn. 13b; BGH, Beschluss vom 19.02.2019 – 2 StR 8/19; BT-Drs. 18/11640 S. 78.).

Eine entsprechende Sichtweise dürfte sich mit Blick auf die Verordnung (EU) 2018/1805 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 1), die ab dem 19.12.2020 in den Mitgliedsländern anzuwenden ist, jedoch nicht zu halten sein. In der Verordnung (EU) 2018/1805 ist als Ausschlussgrund für die Vollstreckung einer ausländischen Sicherungs- und Einziehungsentscheidung ausdrücklich ein Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ aufgeführt (Erwägungsgrund 31, Art. 8 und 19 der Verordnung (EU) 2018/1805). Der deutsche Gesetzgeber erkennt dies zwischenzeitlich wohl ebenfalls an (vgl. RegE eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Stand 15.04.2020, 13:03, S. 22).

Aufgrund der Verordnung (EU) 2018/1805 könnte wie gesehen die Vollstreckung ausländischer Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidung aufgrund einer Auslandstat, gegen einen inländischen Verband mit dem Hinweis auf bereits durchgeführte nationale Maßnahmen der Vermögensabschöpfung, versagt werden.

Inwieweit im quasi umgekehrten Fall nationale Sicherstellungs- und Einziehungsmaßnahmen angeordnet werden könnten, obwohl wegen der Auslandstat bereits ausländische Maßnahmen der Vermögensabschöpfung vollstreckt worden sind, ist unklar. Die Verordnung (EU) 2018/1805 greift in diesem Fall nicht. Nationale Sicherstellungs- und Einziehungsmaßnahmen könnte indes § 76a Abs. 1 S. 3 StGB entgegenstehen. Bei Auslandstaten i.S.d. § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E käme mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts eine Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB im Verfahren gegen eine Individualperson denklogisch nicht in Betracht. Eine Einziehung im Fall des § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E würde vielmehr nach § 76a Abs. 1 StGB im selbstständigen Verfahren erfolgen, vgl. auch Entwurfsbegründung S. 109. Gem. § 76a Abs. 1 S. 3 StGB wird die Einziehung im selbstständigen Verfahren nicht angeordnet, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen oder bereits rechtskräftig über sie entschieden worden ist. Vom Wortlaut her erfasst § 76a Abs. 1 S. 3 StGB auch ausländische Einziehungsentscheidungen. Systematik, Historie und Telos von § 76a Abs. 1 S. 3 StGB sprechen hingegen eher gegen die Einziehung von ausländischen Einziehungsentscheidungen. Insofern wäre zumindest eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Neben einer doppelten Inanspruchnahme durch staatliche Einziehungsmaßnahme bestünden mit der Neureglung ferner faktische Probleme darin, dass in der Praxis im Rahmen des § 73e Abs. 1 StGB nur mithilfe sachverständiger Hilfe feststellbar seien dürfte, ob nach ausländischem Recht der Anspruch des Geschädigten erloschen ist.

38. Art. 9 des Gesetzesentwurfs, Änderungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes

Dazu führt Rechtsanwalt Dr. Wengenroth, Berlin, folgendes aus:

Dem § 21 OWiG soll folgender Absatz 3 angefügt werden: "Ist eine Tat zugleich eine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 30 Absatz 1 und eine Verbandstat im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 des VerSanG, wird nur das VerSanG angewendet. Dies gilt auch, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 130 gleichzeitig eine Verbandstat im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 des VerSanG ist. Wenn keine Verbandssanktion verhängt wird, kann eine Ahndung nach diesem Gesetz erfolgen."

Die geplante Neuregelung wirft die Frage auf, ob eine Sanktionierung des Verbandes gem. § 30 OWiG auch möglich wäre, wenn keine Verbandssanktion verhängt wird, weil das Verbandsverfahren gem. §§ 35 ff. VerSanG eingestellt worden ist (dazu inzwischen auch Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 221).

Damit würde insb. eine Erledigung gem. § 36 VerSanG erheblich entwertet werden. Ein Verband dürfte sich schwerlich zu einer möglicherweise millionenschweren Auflage durchringen, wenn Unsicherheiten darüber bestehen, ob nach Einstellung des Verbandsverfahrens noch eine Sanktionierung gem. § 30 OWiG möglich bleibt. Dies wird insb. in Fällen virulent, in denen nach Einstellung des Verbandsverfahrens ein Zuständigkeitswechsel stattfindet, etwa weil das Verfahren wegen der Verbandstat gegen eine Individualperson gem. § 170 Abs. 2 StPO durch die Staatsanwaltschaft eingestellt wird und sodann „nur“ noch wegen einer Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson ermittelt wird.

Nach geltendem Recht ist bei einer Einstellung des Strafverfahrens gegen eine Individualperson gem. § 153a StPO die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit wegen der gleichen Tat gesperrt. Es tritt insoweit Strafklageverbrauch ein (Göhler/Gürtler OWiG § 21 Rn. 27; KK-OWiG/Mitsch OWiG § 21). Eine entsprechende Klarstellung sollte betreffend der geplanten Neuregelung des § 21 OWiG auch für § 36 VerSanG getroffen werden.

39. Zu Artikel 10, „Änderung der Abgabenordnung“

Auf die zahlreichen und bisher kaum bedachten Folgen für das Steuerstrafrecht macht Rechtsanwalt Dr. Hanno Kiesel, Esslingen, wie folgt aufmerksam:

Das Gesetz zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, dessen Schwerpunkt das Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten darstellt, wird für die Verbände – sollte es bei dem Entwurf bleiben – erhebliche Auswirkungen in Bezug auf die Ahndung von Steuerstraftaten haben. Diese – geregelt in den §§ 370-374 AO – stellen klassische Verbandstaten dar. Denn die Verbände sind Steuersubjekte. Die Steuererklärungen werden im Namen des Verbands durch seine gesetzlichen Vertreter abgegeben (§§ 34, 35 AO). Sie sind die Handelnden, gegen sie werden in der Regel die steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach §§ 370 ff AO eingeleitet. Nach dem Entwurf steht damit in jeder verbandsbezogenen steuerstrafrechtlichen Ermittlung – und dies gilt unabhängig von der Größenordnung der steuerlichen Verkürzung – die Verbandsverantwortlichkeit fest. Auf die subjektive Verantwortung der Leitungspersonen für die Tat (§ 30 OWiG) soll es nicht mehr ankommen.

Generell ist das Ansinnen des Entwurfs auch in Bezug auf die Erfassung steuerstrafrechtlicher Verbandstaten zu begrüßen, da die Verantwortlichkeit von Verbänden für verbandsbezogene Straftaten einem einheitlichen Regelwerk unterworfen werden sollte. Aufgrund der Besonderheiten, die dem Steuerverfahrensrecht und dem Steuerstrafrecht eigen sind, kann man u.E. jedoch darüber nachdenken, bei den Straftaten, die von dem Verbandssanktionengesetz erfasst werden sollen, Ausnahmen zu machen. Dabei könnte § 30 OWiG, der ja weiterhin Gültigkeit besitzt, eine Auffanglösung für die Straftaten darstellen, die mit dem steuerlichen Pflichtenkanon, dem die Verbände ausgesetzt sind, in besonders engem Zusammenhang stehen. Dies sind die in § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO geregelten Vergehen. Selbst wenn man eine solche Differenzierung nicht für gerechtfertigt hält, sollten einzelne Regelungen des Entwurfs angepasst werden, um diesem Pflichtenkanon gerecht zu werden.

Zentraler Anknüpfungspunkt ist dabei die Parallelität von Selbstanzeige und Berichtigungspflicht. § 153 AO verlangt, Steuererklärungen zu berichtigen, wenn sich nachträglich erkennen lässt, dass diese Fehler enthalten, die zu einer Verkürzung des staatlichen Steueranspruchs führen können oder geführt haben. Diese Aufgabe trifft die gesetzlichen Vertreter der Verbände. Ihre Verletzung ist selbst strafbewehrt (§ 370 Abs.1 Nr.2 AO). § 153 AO dient damit der Sicherstellung des staatlichen Steueraufkommens.

Haben Vertreter des Verbandes Fehler in den steuerlichen Erklärungen jedoch zumindest billigend in Kauf genommen und damit eine Steuerstraftat begangen, gewährt § 371 AO auch dann Straffreiheit, wenn die Tat bereits beendet ist. Mit dieser Sonderstellung der Selbstanzeige – das deutsche Strafrecht kennt sonst nur den Rücktritt vom Versuch bzw. die tätige Reue – stellt der Gesetzgeber das Interesse des Staates an der Sicherstellung seines Steueranspruchs über das Interesse an Bestrafung.

Sind Steuerhinterzieher und Steuerpflichtiger personenidentisch, ergeben sich aus dem Zusammenspiel von § 371 AO und 153 AO keine Nachteile, da die Entscheidung zur Aufdeckung von Fehlern beiden Normansprüchen gleichzeitig gerecht werden kann. Anders ist dies jedoch bei Verbänden, da sich hier ein Auseinanderfallen zwischen Steuerpflichtigem und Straftäter ergibt.

Wird durch die Vertreter des Verbandes nachträglich erkannt, dass eine Steuererklärung Fehler enthält, ist er als Steuerpflichtiger zur Berichtigung verpflichtet unabhängig davon, ob der Straftäter zur Selbstanzeige bereit ist oder ob diese den gesetzlichen Ansprüchen inhaltlich gerecht wird.

Dieses Auseinanderfallen führt nicht nur aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen zu einem Spannungsfeld, sondern auch aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen. Nach § 371 AO sind sämtliche Steuerstraftaten einer Steuerart innerhalb der letzten zehn Jahre in aufzudecken (Vollständigkeitsgebot). Eine Unvollständigkeit führt damit zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Selbstanzeige und damit zur strafrechtlichen Verfolgung. Um dies zu verhindern, werden die für die Steuerstraftat Verantwortlichen darauf drängen, mit der Offenlegung so lange zu warten, bis sichergestellt ist, dass die Vollständigkeit erreicht ist. Im Gegensatz dazu fordert die Verpflichtung nach § 153 AO allein die unverzügliche Anzeige, dass es zu Fehlern in der Steuererklärung gekommen ist. Erst in der sich anschließenden Berichtigung werden vom Verband dann die steuerlichen Folgen gezogen. Es liegt auf der Hand, dass mit einer isolierten Berichtigung Tatendeckung eintreten würde, die wiederum einen Sperrgrund für die Selbstanzeige darstellt.

Dieses Spannungsfeld ist de lege lata noch beherrschbar, weil der Verband bei allen Widerständen, die sich von Seiten der Steuerstraftäter gegen eine Aufdeckung der Fehler ergeben mögen, durch die Berichtigungserklärung seiner Pflicht gerecht werden kann, ohne Nachteile zu erleiden. In der Praxis wird dieses Spannungsfeld zusätzlich noch dadurch entlastet, dass die Frist zur unverzüglichen Anzeige angemessen verlängert wird, um die Fehler tatsächlich zu ermitteln und dadurch auch die vollständige Selbstanzeige zu ermöglichen. Das Verbandssanktionengesetz in seiner jetzigen Form ignoriert mit seiner Fokussierung auf die Selbstanzeige jedoch dieses Spannungsfeld zulasten der Verbände.

Ausgangspunkt dabei ist § 5 Nr. 1 Nr. 1 VerSanG-E, der eine Sanktionierung allein ausschließt, wenn die Verbandstat nicht verfolgt werden kann, weil eine Strafe ausgeschlossen ist. Die Begründung (Seite 81) nennt als Beispiel die wirksame Selbstanzeige nach § 371 AO.

So simpel es klingen mag, so komplex ist es für den Rechtsanwender, die Voraussetzungen einer wirksamen Selbstanzeige zu schaffen. Es ist schon zweifelhaft ob es dem Verband in jedem Einzelfall gelingt, sämtliche Taten eines Zeitraums von zehn Jahren zu identifizieren und damit schon allein wegen des Verstoßes gegen die Vollständigkeit der abgegebenen Selbstanzeige die Segnungen des § 5 Nr. 1 VerSanG-E zu verlieren. Zusätzlich stellt sich das Problem, dass die Gruppe der in Betracht kommenden Täter, die in den vergangenen zehn Jahren Verantwortung für die fehlerhaften Steuerklärungen trugen, umfassend geklärt werden muss. Wird dabei nur eine Person übersehen, weil sie z.B. zum Zeitpunkt der Abgabe der Berichtigungserklärung nicht mehr dem Verband angehört und für diesen eventuell auch nicht mehr erreichbar ist, droht dieser gegenüber die Einleitung des Steuerstrafverfahrens. Auch kann gerade bei großen Verbänden im Nachhinein nicht immer geklärt werden, wer aus dem Verband in diesem Zeitraum strafrechtlich in die Hinterziehung verstrickt gewesen sein könnte. Auch in diesen Fällen würde der Verband von der Segnung des § 5 Nr. 1 VerSanG-E ausgeschlossen.

Der Entwurf setzt die Verbände damit Risiken aus, die sie aus eigener Kraft nicht in jedem Fall auszuschließen vermögen. Der Verband droht vielmehr abhängig, ja sogar erpressbar zu werden von Personen, die bereits für die Verbandstat verantwortlich zeichnen.

Da der Verband unabhängig von diesen, die Selbstanzeige begleitenden Unsicherheiten auch bei Einführung des Verbandssanktionengesetzes verpflichtet bleibt, eine Berichtigungserklärung nach § 153 AO abzugeben, wird er dieser jedoch immer Vorrang vor der Selbstanzeige einräumen müssen. Denn der aktuelle gesetzliche Vertreter wird sich nicht des Vorwurfs einer unterlassenen Berichtigung aussetzen wollen und damit einen eigenen Strafvorwurf riskieren. Damit würde sich der Verband in jedem Fall dem Risiko einer strafrechtlichen Mithaftung aussetzen. In der Kombination der Berichtigungspflicht mit dem Verbandssanktionengesetz droht den Verbänden damit eine nicht hinnehmbare Selbstbelastung.

Besonders eklatant tritt diese Folge jedoch in Fällen zu Tage, in denen die Vertreter des Verbandes die erkannten Fehler zunächst allein nach § 153 AO berichtigen, weil sie keinen steuerrechtlichen Bezug erkennen, die Finanzbehörde im Rahmen der sich anschließenden Würdigung einer Berichtigungserklärung jedoch Anhaltspunkte für eine Steuerstraftat sieht. Dies wird in der aktuellen Fassung des Anwendungserlasses zu § 153 AO deutlich, wenn dort ausgeführt wird, dass es einer sorgfältigen Prüfung bedarf, ob der Anfangsverdacht einer Steuerstraftat gegeben ist. Dies gelte auch dann, wenn der Steuerpflichtige ein innerbetriebliches Kontrollsystem einge-

richtet habe, dass der Erfüllung der steuerlichen Pflichten dient. Das Kontrollsystem stelle allerdings nur ein Indiz dafür dar, dass der berichtigte Fehler nicht (bedingt) vorsätzlich begangen wurde.

Um dieses Spannungsfeld zu lösen, wäre es u.E. systematisch geboten, den Ausschluss einer Verbandssanktion nach § 5 VerSanG-E auch in den Fällen sicherzustellen, in denen der Verband die inkriminierte Steuererklärung nach § 153 AO rechtzeitig berichtet. Denkbar wäre eine entsprechende Ergänzung in § 5 VerSanG-E oder aber eine eigenständige Regelung im Zusammenhang mit den bereits bestehenden Vorschlägen zum „Absehen der Verfolgung“ (§§ 35-42 VerSanG-E). Wir weisen darauf hin, dass auch de lege lata eine Berichtigungserklärung nach § 153 AO der Verhängung einer Verbandsgeldbuße entgegensteht (§ 30 Abs. 4 S. 3 OWiG, § 371 Abs. 4 AO).

Einen weiteren Kritikpunkt sehen wir in der Vorgabe einer Trennung der Berater nach § 17 VerSanG-E. Diese Vorgabe berücksichtigt nicht die Verpflichtung der Verbände, Steuerklärungen bei Fehlern auch dann zu berichtigen, wenn wegen der Steuerstraftat bereits ermittelt wird. Das sich in der Vorgabe widerspiegelnde Misstrauen gegen die Berater, das schon im Grundsatz fragwürdig ist, erscheint zumindest für den Bereich des steuerbezogenen Verbandssanktionsverfahrens nicht gerechtfertigt. Denn der die interne Untersuchung durchführende Berater wird sich – genau wie ein zur Vorbereitung einer Berichtigungserklärung und/oder einer Selbstanzeige beauftragter Berater oder auch der Verteidiger – zu aller erst an der steuermateriellen Einordnung der Sachverhalte orientieren müssen. Speziell § 370 AO stellt eine sog. Blankettnorm dar, bei der der strafrechtliche Tatbestand maßgeblich von den Vorschriften des materiellen Steuerrechts ausgefüllt werden muss. In diesem Punkt sind die Interessen des Verbandes damit denklogisch mit den Interessen des eventuellen Verbandstäters deckungsgleich, da es bei der Subsumptionsarbeit allein um die objektive Beurteilung der steuerlichen Sachverhalte geht. Gleiches gilt für die Interessen der Strafverfolgungsbehörden, die – neben der strafrechtlichen Würdigung – auch und zu aller erst die steuerliche Seite im Blick haben (vgl. z.B. § 208 AO).

Bei der im Rahmen der internen Untersuchung erfolgten Aufarbeitung der steuerlichen Historie ist auch der Frage nachzugehen, welche Gründe es aus der Sicht der damals Verantwortlichen für die steuerliche Einordnung gab, die von den Strafverfolgungsbehörden nunmehr als fehlerhaft eingeschätzt wird. Da es in der Praxis naturgemäß unterschiedliche Auffassung über die steuermaterielle Einordnung der Sachverhalte geben kann, muss dies im Einzelfall durch parallel zum Strafverfahren vom Verband zu führende Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahren geklärt werden. Das steuerliche Verfahrensrecht sieht daher vor, in diesen Fällen das Strafverfahren ruhen zu lassen, bis die steuermaterielle Streitigkeit entschieden ist (§ 396 AO).

Es ist nicht zu erkennen, wie ein mit der internen Untersuchung beauftragter Berater vor diesem Hintergrund Informationen und/oder Dokumente zurückhalten sollte, die für die Subsumptionsarbeit erforderlich waren und sind. Wir empfehlen daher, für steuerbezogene Verbandssanktionsverfahren eine Ausnahme von der formalen Trennung zwischen den Beratern zu machen.

Schließlich sehen wir – auch für den Fall, dass sich der Gesetzgeber zu einer Differenzierung der Steuerstraftatbestände entschließt – das Erfordernis, die Milderungsmöglichkeiten einer verbandsinternen Untersuchung nach § 17 VerSanG-E unabhängig vom Zeitpunkt der Mitteilung in den Fällen zu gewähren, in denen allgemeinstrafrechtliche Verbandstaten in Tateinheit oder Tatmehrheit zu Steuerstraftaten stehen und die steuerliche Verbandstat durch wirksame Selbstanzeige/Berichtigung von der Sanktionswirkung ausgeschlossen wird (§ 5 VerSanG-E). Dies ist z.B. im Falle einer Korruption gegeben, deren Kosten entgegen dem Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG steuerlich geltend gemacht wurden. Die Vorbereitung der Selbstanzeige kann in diesen Fällen zu einer – den komplexen Fragestellungen mit oft internationalem Bezug – entsprechend langwierigen Untersuchungen führen (Stichworte: 10 Jahreszeitraum; Vollständigkeit), bevor die Ermittlungsbehörden offiziell eingeschaltet werden. Eine möglichst frühe Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden zur Erreichung einer möglichst hohen Milderung würde die Selbstanzeige jedoch gefährden, da dies mit einer vorzeitigen Tatentdeckung und damit einer Sperrwirkung für die Selbstanzeige einherginge. Im Zweifel wird eine Offenlegung und Mitteilung an die Strafverfolgungsbehörde i.S.d. § 17 VerSanG-E daher erst am Ende der Untersuchung erfolgen, wenn das gesamte – steuerliche – Ausmaß erkennbar ist. Eine „ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit des beauftragten Dritten mit der Verfolgungsbehörde“, wie es § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E fordert, wird sich damit nicht mehr erfüllen lassen.

Denkbar wäre – wie bereits angedeutet – jedoch auch, den Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetzes auf die besonderen Begehungsformen des § 370 Abs.3 Nr. 2-6 AO und §§ 372-374 AO zu beschränken. Denn die Tatbestandsverwirklichung bei diesen Taten zeichnet sich – im Gegensatz zu § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO – durch eine höhere kriminelle Energie, den oft mit Kriterien der Gewerbsmäßigkeit bzw. Bandenmäßigkeit einhergehenden Umständen und der Tatsache aus, dass mit diesen Strafnormen zum Teil allein außersteuerliche Rechtsgüter geschützt werden. Gerade diese Delikte decken sich auch mit den auf Seite 51 der Begründung genannten Argumenten einer Erforderlichkeit der Verbandssanktion, vor allem den dort aufgezählten internationalen Rechtsinstrumenten.

Mit dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs des Verbandssanktionengesetzes könnte einer u.E. unverhältnismäßigen Kriminalisierung der Verbände entgegengewirkt werden. Der Gesetzgeber würde damit auch anerkennen, dass das Risiko der für die Richtigkeit der Steuererklärung Verantwortlichen groß ist, bereits durch die fehlerhafte Subsumption von Lebenssachverhalten unter steuermaterielle Normen in den Bereich eines Hinterziehungsvorwurfs nach § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO zu gelangen, ohne dass direkter Vorsatz im Spiel war. Auch vor dem Hintergrund der Kleinteiligkeit, die dem Steuerrecht eigen ist und dieses Risiko erhöht, erscheint die Beschränkung des Anwendungsbereichs gerechtfertigt.

So sind nahezu sämtliche Lebenssachverhalte, die im operativen Umfeld von Verbänden zu verorten sind, mit steuerlichen Regelungen verknüpft, was einen erheblichen und mitunter komplexen Subsumptionsaufwand erfordert. Gesteigert wird das Risiko durch die Quantität der steuerlichen Pflichten. Gerade bei den „Massensteuern“ Umsatzsteuer und Lohnsteuer sind monatlich Erklärungen abzugeben. Fehler sind hier allein schon aufgrund der Masse an Sachverhalten vorprogrammiert. Die Praxiserfahrung zeigt, dass sich gerade in diesen beiden Steuerarten unabhängig von der Höhe der im Raum stehenden Steuerbeträge auch deshalb die Strafverfahren, konzentriert auf § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO, häufen. Da die Höhe der durch Fehler verursachten Verkürzung bei der strafrechtlichen Beurteilung ein wichtiges Strafzumessungskriterium darstellt, drohen daher auch Verbandssanktionsverfahren bei relativ kleinen Verkürzungsbeträgen. Es sei darauf verwiesen, dass die von den Finanzbehörden verwendeten (inoffiziellen) Strafmaßtabellen bereits bei einem Hinterziehungsbetrag von € 1.000 beginnen.

In diesem Zusammenhang wichtig erscheint uns auch der Hinweis, dass der Tatbestand des großen Ausmaßes (§ 370 Abs. 3 Nr. 1 AO) nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits bei einem Hinterziehungsvolumen von € 50.000 erfüllt ist. Auch wenn dieser Betrag aus der Sicht eines „normalen“ Steuerpflichtigen hoch erscheinen mag, muss doch gerade im Zusammenhang mit Verbänden gesehen werden, dass sich Fehler in Steuererklärungen sehr schnell zu solchen Summen addieren können. Als Beispiel dürfen hier ebenfalls die Lohnsteuer- oder Umsatzsteuererklärungen ins Feld geführt werden, bei denen sich ein systematischer Fehler in einer Vielzahl gleichgelagerter Sachverhalte summenmäßig zu einem Betrag von € 50.000 oder mehr potenzieren kann, ohne dass dies unbedingt Ausdruck gesteigerter krimineller Energie wäre.

Den Strafverfolgungsbehörden bliebe mit der Möglichkeit, in geeigneten Fällen eine Verbandsgeldbuße auszusprechen, genügend Spielraum, auch Steuerstraftaten nach § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO zusätzlich zu sanktionieren. Die in der Entwurfsbegründung aufgeführten Defizite (Seite 54) bestehen nicht:

- Die Ahnung von steuerlichen Verfehlungen nach § 370 Abs.1, Abs. 3 Nr.1 AO beschränkt sich auf die Verletzung deutscher Steuernormen. Straftaten im Ausland spielen daher keine Rolle.
- Die starren Obergrenzen des § 30 OWiG bei vorsätzlichen Taten (10 Mio. €) sind für diese Straftaten, selbst wenn sie das Kriterium des großen Ausmaßes erreichen (§ 370 Abs.3 Nr. 1 AO) u.E. mehr als ausreichend, selbst wenn diese durch Mitarbeiter von Verbänden mit mehr als € 100 Mio. Umsatz begangen werden. So erscheint es wenig wahrscheinlich, dass das Volumen eines vorwerfbaren Verhaltens bei diesen Taten eine Größenordnung erreicht, die eine Ahndung über mehr als € 10 Mio. rechtfertigt. Dies kann bei Straftaten nach § 370 Abs.3 Nr. 2-6 oder §§ 372-374 AO u.E. eher in Betracht kommen, zumal die besondere kriminelle Energie, die bei diesen Straftaten in die Bemessung der Strafe und Sanktion einzubeziehen ist, eine große Rolle spielt. Als Beispiel können die unter § 370 Abs. 3 Nr.5 AO zu fassenden Umsatzsteuerkarusselle genannt werden, die aufgrund ihres europäischen Bezugs auch ein erhebliches internationales Schadenpotential aufweisen

- Es ist zwar richtig, dass für den Fall der Herausnahme der § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO aus dem Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetzes die vom Entwurf bemängelte eingeschränkte Wahl der Ermittlungsbehörden bei der Ahndung für diese Verbandstaten nach dem § 30 OWiG bestehen bleiben würde. Es erscheint aber fraglich, ob das angedachte Instrumentarium bei § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO auch tatsächlich zum Ansatz käme. So kommt die vom Entwurf im Zusammenhang mit dem Verbandsgeldsanktionsvorbehalt geregelte Auflage (§ 10 VerSanG-E) schon jetzt bei verbandsbezogenen Steuerstraftaten zwingend zum Einsatz: der Verband als Steuerpflichtiger hat die hinterzogenen Steuern und die darauf entfallenden Zinsen zu bezahlen (Wiedergutmachung). Das bei Weitergeltung des § 30 OWiG nicht in jedem Fall zwingend eine Sanktionierung des Verbands erfolgt, ist von den bereits vorgetragenen sonstigen Gründen getragen.
- Schließlich ist das Vorhandensein eines Compliance Systems auch im Rahmen der Ahndung nach § 30 OWiG zu berücksichtigen. Richtig ist allerdings, dass es der Verfolgungsbehörde nach § 30 OWiG bisher an einer Möglichkeit mangelt, die Einrichtung eines solchen Systems oder dessen Verbesserung im Wege einer Weisung durchzusetzen (§ 13 VerSanG-E). Um in besonders gelagerten Einzelfällen der Strafverfolgungsbehörde auch im Zusammenhang mit Straftaten nach § 370 Abs.1, Abs.3 Nr. 1 AO die Möglichkeit zu geben, die Einrichtung oder Verbesserung von Compliance Systemen zu verlangen, wäre eine Verweisung auf § 13 VerSanG-E in § 30 OWiG denkbar.
- Auch die vom Entwurf als Defizit der Verbandgeldbuße nach § 30 OWiG genannte Lücke im Fall der Rechtsnachfolge (Seite 54 f., 81), die der Entwurf mit der Ausfallhaftung nach § 7 VerSanG-E schließen will, verbliebe zwar für den Fall, dass § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO aus dem Anwendungsbereich des VerSanG ausgenommen würden. Faktisch existiert die Lücke u.E. jedoch nicht, da ein Verband in diesen Fällen keine Umstrukturierungsmaßnahmen vornimmt, um sich von einer (drohenden) Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG zu befreien. Der damit einhergehende Aufwand und die möglichen damit verbundenen steuerlichen Nachteile stehen diesem Risiko u.E. entgegen.
- Der Entwurf will zukünftig auch die nach § 30 OWiG geahndeten Fälle in das zu schaffende Verbandsregister aufnehmen (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E), so dass auch Verbände, die in gerechtfertigten Einzelfällen wegen der Steuerstraftaten nach § 370 Abs.1, Abs. 3 Nr.1 AO eine Geldbuße erhalten, für die Einsichtsberechtigten erkennbar werden.

Geldwäsche

Erstellt unter Mitwirkung von: LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln und Rechtsanwalt Dr. med. Mathias Priewer, Berlin

Stellungnahme zum Verordnungsentwurf eines „Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien“

I. Allgemeiner Rahmen

1. Eigene Vorüberlegungen

Das europarechtlich geprägte Recht zur Vorbeugung gegen Geldwäsche nimmt Privatrechtssubjekte in die Pflicht und verlangt ihnen u.a. die Überwachung ihrer Vertragspartner und nachfolgende Meldungen ab. Diese zeitigen rechtstatsächliche Folgen ähnlich einer Strafanzeige, ohne dass sich allerdings bislang Erfolge in der Zurückdrängung von Geldwä-

scheaktivitäten in den Statistiken niederschlagen würden. Aus der Sicht von WisteV legen diese Befunde nahe, dass Gesetz- und Verordnungsgeber die Kriterien für (auch) die Meldepflicht spezifisch und praxisgerecht konturieren.¹ Die Überzeugung, dass der vorliegende Entwurf der Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien (GwGMeldV-Immobilien-E) dieser Anforderung gerecht würde, vermochte WisteV leider nicht zu gewinnen (s. näher unten IV 3).

2. Gegenstand der Stellungnahme

Die materiellen Verpflichtungen zur Mitteilung sind bereits im GWG selbst geregelt. Dort ist auch bestimmt, worüber sich ein Verpflichteter in welchem Maße Kenntnis von den Umständen eines Geschäfts zu verschaffen hat. Demnach sind die heiklen Fragen nach der Vereinbarkeit von Verschwiegenheitspflichten mit den Mitteilungsgeboten und den sonstigen berufsrechtlichen Regelungen im Rahmen des GWG selbst zu diskutieren, nicht aber anlässlich der entstehenden GwGMeldV-Immobilien-E zu thematisieren. Gleiches dürfte für den problematischen, weil demokratisch möglicherweise nicht ausreichend legitimierten Verweis auf Listen verdächtiger Staaten oder Personen gelten, die nicht von Staaten oder Staatenverbänden geführt werden.

II. Ergänzungsvorschlag

Zur Arbeitserleichterung der Verpflichteten wäre es zudem sinnvoll, ein amtliches Meldeformular zu entwickeln.

III. Kosten

Die Ausführungen über die zu erwartenden Kosten geben Rätsel auf. Das gilt sowohl im Hinblick auf sich teilweise sogar in Centbereichen bewegendende Angaben als auch bezüglich der Frage, aus welchen Gründen Zusatzkosten anfallen. Da die Meldepflicht als solche bereits im GwG festgelegt ist, stünde zu erwarten, dass bereits im Gesetzgebungsverfahren, welches zur einschlägigen Novellierung des GwG geführt hat, die Kosten prognostiziert wurden. Die Zusatzkosten aufgrund einer GwGMeldV-Immobilien würden sich unter dieser Prämisse auf bestenfalls ein Minimum beschränken oder sogar negativ ausfallen, weil die Meldetatbestände und die Ausnahmen klarer festgelegt sind, daher mit weniger Mitteilungen als ohne eine solche Verordnung zu rechnen wäre.

Beziehen sich die Darlegungen zu den Kosten jedoch auf die Meldepflicht als solche, so mögen sie in Bezug auf die öffentlichen Haushalte verlässlich sein. Gerade im Hinblick auf die im GwG zusätzlich festgelegten Informationspflichten der Meldepflichtigen erscheinen aber die Ansätze für deren ergänzenden Aufwand als deutlich zu niedrig. Die Bürokratiekosten und damit die wirtschaftlichen Belastungen der Pflichtigen dürften daher realistischerweise wesentlich höher ausfallen.

IV. Einzelaspekte

1. Verhältnis Geldwäschegesetz zur GwGMeldV-Immobilien

Der GwGMeldV-Immobilien-E erstrebt nicht, die Meldepflicht des § 43 Abs. 1 GwG zu konkretisieren. Die Regelungstechnik besteht vielmehr darin, die allgemeine gesetzliche Meldepflicht unberührt zu lassen und sie lediglich mittels Normierung standardisierter Sachverhalte zu ergänzen, deren Vorliegen *immer* die Pflicht zur Meldung auslöst. Das hätte zur Folge, dass die unmittelbar auf Gesetz beruhende Meldepflicht bei Vorliegen von Geldwäsche-Verdachtsmomenten auch dann bestünde, wenn kein Tatbestand vorliegt, der von der GwGMeldV-Immobilien erfasst ist. Damit wären dem Verpflichteten doppelte Pflichten auferlegt: die allgemeine Beobachtungs-Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GwG einerseits und die Meldepflichten nach der GwGMeldV-Immobilien. Beide Pflichten wären nicht deckungsgleich und für Letzteres ist nicht sicher, dass es sich lediglich um eine Teilmenge handeln würde.

¹ Siehe dazu eingehend *Spoerr/Priewer*, *Corporate Disputes Magazine*, Apr-Jun 2020, S. 49 ff.

Angesichts dessen wäre zu erwägen, ob es nicht sowohl dem Interesse an Rechtssicherheit als auch demjenigen an Minderung des Irrtumsrisikos der Verpflichteten dienlich wäre, die Mitteilungsverpflichtung auf von der zukünftigen GwGMeldV-Immobilien erfasste Tatbestände zu beschränken, ergänzt um eine Auffangklausel zur Meldung im Fall sonstiger, aber lediglich bereits vorhandener Kenntnis konkreter sonstiger geldwäscherelevanter Tatsachen, d.h. insoweit ohne eigene Erkundungspflichten.

Der Rechtsklarheit würde es dienen, im Normtext der GwGMeldV-Immobilien selbst und nicht nur in der Begründung zu erwähnen, dass die GwGMeldV-Immobilien keine über das GWG und sonstige Rechtsvorschriften hinausgehenden Aufgaben der Meldepflichtigen zum Verschaffen von Informationen festlegt.

2. Ausnahme von der Meldepflicht

Die Ausnahme von der Meldepflicht in § 2 GwGMeldV-Immobilien-E sollte praxistauglicher gestaltet werden.

a)

Das gilt zum einen für Umstände, die den Geldwäscheverdacht zu *entkräften* in der Lage sind. Die Begründung führt dazu zwar Beispiele an, verhält sich jedoch nicht dazu, was mit *Entkräften* gemeint ist. Das Begriffsverständnis reicht von (schwachen) Gegenindizien einerseits bis zum Widerlegen andererseits. Für die Meldepflichtigen wäre es angesichts der Vielfalt der in Betracht kommenden Sachverhalte hilfreich festzulegen, wie weit ein standardisierter Verdacht *entkräftet* sein muss, um nicht unter die Meldepflicht zu fallen, positiv formuliert, wieviel Geldwäscheverdacht noch bestehen muss, damit die Ausnahme nicht greift.

b)

Die Rechtsfolge lautet, *so ist der entsprechende Sachverhalt nicht zu melden*. Nach den üblichen Auslegungskriterien bedeutet dies, dass der Sachverhalt nicht gemeldet werden *dürfe*. Das aber wäre weder sachgerecht noch ist so gemeint. Die Begründung spricht daher präzise und zu Recht davon, dass ein solcher Sachverhalt nicht gemeldet zu werden *brauche*. Der Terminus sollte in den Wortlaut der Norm überführt werden.

Erst damit stünde die Bestimmung in Übereinstimmung mit der generellen Haftungsfreistellung des Meldepflichtigen, § 48 GwG. Falls ein Meldeverbot bestünde, läge bei gleichwohl vorgenommener Meldung ein Fall vorsätzlicher oder zumindest grob fahrlässiger Verkenntung der Meldepflicht nahe, sodass die Haftungsfreistellung nicht greifen würde. Ein solches Risiko sollte dem Meldepflichtigen jedoch erspart bleiben.

3. Konturierung der meldepflichtigen Sachverhalte

a)

Die Meldepflichten sollten insgesamt praxistauglicher gestaltet werden. Dem Rechtsanwender sind möglichst einfache, objektive Kriterien an die Hand zu geben, anhand derer meldepflichtige Sachverhalte festgestellt werden können. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass die Kriterien im Einklang mit den öffentlich benannten Zielen der Geldwäscheprävention – Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung und organisierter Kriminalität – stehen.

b)

Weiterveräußerungen binnen 3 Jahren sind nicht ohne weiteres geldwäscherelevant. Es ist durchaus möglich, dass der Käufer das Grundstück aus Spekulationsgründen erwarb. Rechtmäßig ist es zudem, wenn der Erwerber „ein Schnäppchen“ macht, weil er im Gegensatz zum früheren Eigentümer einen Interessenten kennt, der es vermarkten kann und daher einen deutlich höheren als den Erwerbspreis zu zahlen bereit ist (so u.a. der Sachverhalt im Fall BGH, Urt. v. 20.3.2013 – 5 StR 344/12, BGHSt 58, 205). Auch insoweit sollte die Meldepflicht auf die Kenntnis weitergehender geldwäscherelevanter Umstände beschränkt werden.

c)

Meldepflichtig soll nach dem Entwurf ein Erwerbsvorgang nicht nur sein, wenn ein Beteiligter oder wirtschaftlich Berechtigter in einem gelisteten verdächtigen Staat ansässig ist, sondern auch, wenn er „einen gleichermaßen engen Bezug“ zu einem solchen Staat aufweist, § 4 Abs. 1 2. Alt. GwGMeldV-Immobilien-E. Was unter diesem unbestimmten Rechtsbegriff zu verstehen ist, wird in der Begründung lediglich beispielhaft aufgeführt. Damit wird dem Mitteilungspflichtigen das Risiko unzutreffenden Begriffsverständnisses aufgebürdet. Es besteht demzufolge ein Bedarf nach weiterer Konkretisierung. Dieser könnte gemindert werden mit der Festlegung eines Schwellenwerts des wirtschaftlichen Engagements, oberhalb dessen die Meldepflicht erst einsetzt.

d)

Der GwGMeldV-Immobilien-E spricht an zwei Stellen (§ 5 Abs. 3 und Abs. 5) von einem „rechtmäßigen Zweck“, dessen Verfehlung einen meldepflichtigen Sachverhalt auslösen soll. Es bleibt vollkommen unklar, was darunter zu verstehen ist.

Der Wortlaut ist viel zu unbestimmt und erfasst sogar das Streben eines Treuhänders, von z.B. einem früheren Ehegatten nicht belästigt werden zu wollen. Alternativ könnte auf das Fehlen (über das Bestehen eines Treuhandverhältnisses hinausgehender) geldwäscherelevanter Umstände abgestellt werden.

e)

Treuhandverhältnisse sind privatautonom zulässig, sozial erwünscht und in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle nicht geldwäscherelevant. Es ist daher nicht sachgerecht, in § 5 Abs. 3 GwGMeldV-Immobilien-E für bestimmte Konstellation zu bestimmen, dass nur dann von einer Mitteilung abgesehen werden dürfe, wenn der wirtschaftliche oder sonstige rechtmäßige Zweck des betreffenden Treuhandverhältnisses offensichtlich ist. Über das Begriffsverständnis kann es schnell zum Streit kommen. Es sollte stattdessen erwogen werden, auf das positive Vorliegen geldwäscherelevanter Verdachtsmomente abzustellen.

f)

Abgesehen von der Antwort auf die Frage, wie ein Mitteilungspflichtiger Kenntnis von den gem. § 5 Abs. 4 GwGMeldV-Immobilien-E relevanten Informationen erhält, fällt das Verständnis der beiden Alternativen nicht leicht. Deutlicher zum Ausdruck zu bringen, dass es um Ermittlungen wegen Geldwäsche selbst oder eine geldwäscherelevante Vortat (sowie um deren Taterträge und Tatprodukte) geht, diene daher der Rechtsklarheit.

g)

Es ist schwer vorstellbar, dass z.B. ein Notar die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse eines Beurkundungsbeteiligten so kennt, dass er verlässlich zu beurteilen in der Lage ist, ob der in Aussicht genommene Erwerbsvorgang zu diesen in einem auffälligen Missverhältnis i.S.v. § 5 Abs. 5 GwGMeldV-Immobilien-E steht.

h)

In § 6 Nr. 3 GwGMeldV-Immobilien-E sollte nicht auf die Erkennbarkeit abgestellt werden, sondern darauf, ob der Meldepflichtige das Grundverhältnis, auf welchem die Vollmacht fußt, (tatsächlich) kennt.

i)

§ 7 Abs. 1 Nr. 2 GwGMeldV-Immobilien-E erscheint perplex: In jedem Abweichen vom Verkehrswert liegt (in die eine oder die andere Richtung) eine „teilweise unentgeltliche Zuwendung“. Wenn diese für sich aber genügen soll, um die Meldepflicht zu suspendieren, bedarf es erst gar keiner Regelung für Unter- oder Überwertgeschäfte.

Geldwäsche

Erstellt unter Mitwirkung von: LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln; Rechtsanwalt Dr. Jochen Pörtge, Düsseldorf; Rechtsanwalt Dr. med. Mathias Priewer, Berlin; Rechtsanwalt Alexander Sättele, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Daniel Travers, Düsseldorf; RiAG Dr. Sohre Tschackert, Lübeck

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“

Die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) positioniert sich wie folgt:

I. Mit großem Wohlwollen registriert WisteV das Bemühen um eine deutliche Verbesserung der Praxistauglichkeit der Bestimmungen des § 261 StGB. WisteV sieht gleichwohl auch in dieser Hinsicht weiteren Optimierungsbedarf.

II. 1. Die Begründung des Referentenentwurfs (S. 15) legt das Verständnis von § 261 StGB ausschließlich als Rechtspflegedelikt nahe, jedenfalls als einen Tatbestand zum Schutz ausschließlich von Allgemeingütern. Damit würde die Vorschrift nicht zugleich auch dem Rechtsgut der Vortat dienen. Eine derart monistische Schutzrichtung würde jedoch dem Charakter der Geldwäsche als Anschlussdelikt nicht gerecht, weil ein solches seiner Natur und seinem Zweck gemäß der Vertiefung des aufgrund der Vortat entstandenen Schadens entgegenwirken und damit den intendierten Rechtsgüterschutz des mit der Vortat verwirklichten Tatbestands fortsetzen soll. Während die Strafvereitelung ausdrücklich auf den staatlichen Strafanspruch bezogen ist, ist für sowohl die Hehlerei als auch für die Begünstigung anerkannt, dass diese Vorschriften auch den Schutz der Verletzten der Vortat mit im Blick haben. Das kann für die der Hehlerei ähnliche Geldwäsche nicht anders sein und muss daher auch für § 261 StGB gelten. Daher bedarf es einer unmissverständlichen Klarstellung in der Begründung des Gesetzesentwurfs.

a) Würde die Geldwäsche als reines Allgemeindelikt ausgestaltet, so ergäben sich zahlreiche Folgeprobleme und eklatante Widersprüche zum Recht der Vermögensabschöpfung. Wäre § 261 StGB eine Vorschrift ohne Individualschutzcharakter, dann wäre insoweit § 111i StPO nicht anwendbar. Das würde unmittelbar dazu führen, dass die Vollziehung eines Vermögensarrests z.B. wegen Betrugs keine insolvenzfesten Sicherungsrechte zur Folge hätte – die Vollziehung wegen Geldwäsche hätte diese allerdings. Das hätte zur Folge, dass der Justizfiskus selbst im Insolvenzfall im Umfang der Vollziehung (zu Lasten der allgemeinen Gläubiger der Täter*innen einer Geldwäsche ebenso wie zum Nachteil der Verletzten der Vortat) gesichert wäre, während bei einem Betrug das Entfallen der Sicherungsrechte bei Insolvenz der Täter*innen zur Anreicherung der Masse führen würde, so dass die Quote für sämtliche Gläubiger*innen höher ausfiele – nur eben nicht für den dann nicht mehr gesicherten Justizfiskus. Das allerdings ist hier auch systemgerecht, zumal da sich der Justizfiskus nach rechtskräftiger Einziehung des Betrugsertrags (oder dessen Werts) der Entschädigungsforderung der Betrugsopfer ausgesetzt sieht.

Darin erschöpft sich das Problem keineswegs, denn gem. § 261 Abs. 8 StGB-E käme neben der Einziehung wegen Betrugs bei Vortäter*innen auch die Einziehung wegen Geldwäsche bei Nachtäter*innen in Betracht. Legt man die bisherige Rechtsprechung zugrunde, nach der eine Gesamtschuld nur für Beteiligte derselben Handelsstufe besteht, so hätte dies zur Konsequenz, dass die Einziehungsentscheidung gegen Verantwortliche für die Vortat selbstständig und unverbunden neben der Abschöpfungsanordnung gegen die Täter*innen der Geldwäsche stünde. Das allerdings würde den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht, weil die Geldwäsche – wie im Fall eines jeden Anschlussdelikts – den bei den Verletzten der Vortat entstandenen Schaden zwar perpetuiert, ihn aber nicht ausweitet. Dieser Umstand bestätigt nicht nur das Verständnis, dass es sich gerade um ein Anschlussdelikt handelt, das dem Schutz der Rechtsgüter der Verletzten der Vortat dient, sondern es

verlangt dann auch die lediglich gesamtschuldnerische Haftung von Vor- und Geldwäschtäter*in im alleinigen Umfang des tatbestandlichen Schadens der Verletzten der Vortat. Auch dies sollte in der Gesetzesbegründung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden – gerade, weil darin eine Weiterentwicklung des bisherigen Standes der Rechtsprechung läge.

Wäre hingegen § 261 StGB ein reines Allgemeindelikt ohne individuell Verletzte, so stünde im Fall der Einziehung eines Betrugsertrags den individuell Verletzten eine Entschädigungsforderung gegenüber dem Justizfiskus zu, §§ 459h-459k StPO. Würde demgegenüber die Einziehung gegenüber der Täterin/dem Täter der Geldwäsche vollstreckt, so verbliebe mangels individuell Geschädigten der eingezogene Gegenstand bzw. der Erlös aus seiner Verwertung endgültig beim Justizfiskus. Das dürfte den Finanzminister freuen, wäre allerdings mit dem Ziel der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung 2017, der Stärkung des Opferschutzes, unvereinbar und damit systemwidrig.

b) Bereits nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der bei den Täter*innen der Geldwäsche *nur* die Einziehung der Tatobjekte, §§ 261 Abs. 7, 74, ggf. i.V.m. § 74a StGB, zulässig ist, verbleibt der Einziehungserlös nach Geldwäsche ebenfalls beim Justizfiskus. Da dies im Hinblick auf den Opferschutz unstimmtig ist, wird in der Literatur vertreten, dass die Verletzten der Vortat auch nach Einziehung aufgrund von Geldwäsche entschädigungsberechtigt seien. In der Tat führt nur dies zu einem systemgerechten Ergebnis.

Es wäre allerdings mit der Neufassung des § 261 StGB nicht mehr in Einklang zu bringen, wenn zukünftig – systemgerecht – bei Täter*innen der Geldwäsche die Einziehung als Tatertrag vorrangig wäre, in § 261 Abs. 8 S. 3 StGB, zugleich aber bestimmt würde, dass vom Tatbestand der Geldwäsche geschädigt ausschließlich die Rechtspflege, also nur die Allgemeinheit wäre.

2. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Vermögensgegenstand“ im Eingangssatz des § 261 Abs. 1 StGB-E gilt es, Missverständnissen vorzubeugen. Zumindest in der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass für das Strafrecht nicht die Definition des § 1 Nr. 7 GwG gilt. Wünschenswert ist insoweit eine Deckungsgleichheit der Begriffe Vermögensgegenstand i.S. des neuen § 261 StGB mit dem im Jahr 2017 reformierten Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

3. a) WisteV sieht keine Notwendigkeit dafür, zukünftig sämtliche Straftatbestände als Vortaten einer Geldwäsche zu betrachten. Verschärfungen von Strafgesetzen dürfen nicht allein unter dem Blickwinkel der gewünschten finanziellen Austrocknung krimineller Strukturen und auch nicht allein dem Ziel einer einfacheren Gesetzesanwendung i.S. höherer Verurteilungsquoten dienen. Wenn das soziale Miteinander breiter Schichten durch ein solches Gesetz erheblich stärker belastet werden, dann verlierend die bei Erreichen des Gesetzeszwecks gewünschten Vorteile dahinter an Bedeutung.

b) Insbesondere problematisch erscheint die Ausweitung der Strafbarkeit auf Alltagsdelikte wie Ladendiebstähle und kleinere Betrugstaten, etwa zum Nachteil von Sozialbehörden. Ansonsten begingen etwa alle Mitbewohner*innen von Hartz-IV-Empfänger*innen, die davon wissen, dass nicht durchweg alle Angaben gegenüber den Sozialbehörden korrekt getätigt wurden, bereits bei einem gemeinsam finanzierten Mittagessen mit bedingtem Vorsatz eine Straftat der Geldwäsche.

aa) Befürwortet und normiert man – entgegen dem hiesigen Petitum – ein derartiges Vordringen der Geldwäschestrafbarkeit in den Alltag nahezu der gesamten Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland (und sogar darüber hinaus), so bedürfte es zumindest der Anerkennung eines Bagatellbereichs, z.B. entsprechend der Regelung des § 248a StGB.

bb) Eine derartige massive Ausweitung des Anwendungsbereichs des Tatbestands des § 261 StGB-E zöge zudem *vice versa* gravierende Folgen für die Verpflichteten nach dem Geldwäschegesetz nach sich. Sie könnten ihre internen Sicherungsmaßnahmen nicht mehr auf die Vorsorge gegen schwere Kriminalität ausrichten, sondern müssten zukünftig gleichermaßen kleine Alltagsdelikte einbeziehen – da sie anderenfalls selbst in derartigen Fällen eine Strafbarkeit wegen besonders schweren Falls der Geldwäsche, § 261 Abs. 4 StGB-E, riskierten.

c) Überdies erscheint die ebenso vorhersehbare wie zwingende Folge einer massiven Zunahme von Geldwäscheverdachtsanzeigen kontraproduktiv, weil sie „Masse statt Klasse“ zu

„produzieren“ verspricht. Bereits heute ist die FIU nicht in der Lage, die eingehenden Meldungen durchgehend zeitnah zu bearbeiten.

d) In der Begründung des Referentenentwurfs ist von all diesen Nebenwirkungen keine Rede. Vielmehr werden die Folgen der vorgesehenen Neuregelung als gering betrachtet, da die Geldwäsche nennenswerter Beträge bereits jetzt strafbar sei. Eher verschämt wird allerdings auf die Zunahme von Geldwäscheverfahren beim Einzelrichter des Amtsgerichts hingewiesen. Dies zeigt, dass dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die Brisanz der vorgesehenen Ausweitung nicht verborgen geblieben ist. WisteV hält es für dringend erforderlich, im Rahmen der Folgenabschätzung des geplanten neuen Gesetzes sowohl die Bewältigungsfähigkeit in Verwaltung und Justiz (Staatsanwaltschaft, Amts- und Landgericht) als auch – und das in besonderer Weise – die Gefahr der Kriminalisierung breiter Kreise der Bevölkerung in den Blick zu nehmen. Es geht WisteV hier nicht etwa darum, etwaige sozialschädliche Verhaltensweisen zu bagatellisieren oder gar zu etablieren, sondern darum, ein noch stärker in den Alltag einziehendes Misstrauen untereinander mit der Folge aufwendiger Kontrollen zu vermeiden.

e) aa) Für das Wirtschaftsstrafrecht wird die Novelle mittelbar zu spürbaren Auswirkungen dadurch führen, dass die ohnehin überlasteten Wirtschaftsstrafkammern (ebenso wie die geschäftsplanmäßig schwerpunktmäßig dafür eingerichteten Abteilungen der Amtsgerichte und vorgelagert bereits die Wirtschaftsabteilungen der Staatsanwaltschaften) zukünftig auch noch für Geldwäscheverfahren zuständig sein sollen. Die Verfahrensdauer im Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren wird stark zunehmen, wenn nicht in erheblichem Umfang zusätzliches – in die Spezialmaterie eingearbeitetes und qualifiziertes – Personal eingesetzt wird. Dies erscheint indes illusorisch.

bb) Überdies ist aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich, in welchen Geldwäschefällen „besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens“ i.S. des § 74 Abs. 1 Nr. 6 VVG erforderlich sein können. Es sollte daher klargestellt werden, an welche Konstellationen dabei gedacht ist.

Nicht in jedem Fall bedarf es nach einer Geldwäsche an Erträgen aus Wirtschaftsstraftaten für die Beurteilung des Anschlussdelikts des § 261 StGB besonderer Kenntnisse des Wirtschaftslebens. Wird hingegen sowohl wegen des Wirtschaftsdelikts als auch wegen (z.B. Selbst-) Geldwäsche angeklagt und verhandelt, so ergibt sich die Notwendigkeit besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens bereits aus dem Wirtschaftsdelikt als Verfahrensgegenstand. Spezifischer Kenntnisse des Wirtschaftslebens zur Beurteilung nur der Geldwäschehandlung wird es vor allem dann bedürfen, wenn gesplittete Transfers des Werts von Taterträgen über mehrere Stationen unter Durchgang verschiedener Vermögen unterschiedlicher Träger zu prüfen sind. Das gilt insbesondere für den nach wirtschaftlichen Kriterien zu beurteilenden Bereicherungszusammenhang des Kettentransfers des Werts von Taterträgen, sei es an Dritte, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB, sei es an Täter oder Teilnehmer, von der Rechtsprechung unter § 73 StGB subsumiert, jeweils i.V.m. § 73c S. 1 StGB.

cc) Demgegenüber dürften sich für das Wirtschaftsstrafrecht die materiell-rechtlichen Folgen der Verschärfung des § 261 StGB aufgrund des vorgesehenen Entfallens eines einschränkenden Vortatenkatalogs allerdings in Grenzen halten und möglicherweise nicht über die Aspekte hinausgehen, die in der Begründung angeführt werden (S. 19), nämlich das Entfallen der Irrtumsproblematik im Hinblick auf die Art der Quelle des als solchen erkannten Tatertrags. In Zukunft wäre es nicht mehr straffrei, nähme der Täter der Geldwäsche z.B. an, der gewaschene Gegenstand stamme aus einem einfachen anstatt wie in Wirklichkeit aus einem bandenmäßig begangenen Betrug.

f) Damit ist allerdings bereits das Hauptproblem einer jeden Fassung des Geldwäschetatbestandes angesprochen: Die Ausgestaltung des doppelten Tatvorsatzes, d.h. sowohl im Hinblick auf die Vortat als auch auf die Geldwäschehandlung selbst. Insoweit gilt in objektiver wie subjektiver Hinsicht, je strenger die Nachweis- und Kenntnisanforderungen im Hinblick auf die Vortat gestellt werden, desto weniger Verurteilungen sind möglich, und umgekehrt nimmt die Zahl der Verurteilungen im selben Maße zu, wie die die Vortat betreffenden Anforderungen sinken (s. S. 39).

aa) Insoweit lässt eine Formulierung in der Begründung des Gesetzesentwurfs aufmerken (S. 39), in der auf Fundstellen „zum *bisherigen* Erfordernis des sog. doppelten Anfangsverdachts“ verwiesen wird. Obwohl klargestellt wird (S. 2, 11 und 39), dass eine Verurteilung die

volle richterliche Überzeugung der wesentlichen Essenzialia der Vortat voraussetzt und keine Beweiserleichterung (wie gem. § 437 StPO in Bezug auf die Vermögensabschöpfung) Platz greift, gilt es aus Sicht von WisteV unbedingt daran festzuhalten und zudem ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass bereits die Aufnahme von Geldwäscheermittlungen auch weiterhin einen doppelten Anfangsverdacht voraussetzt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.1.2020 – 2 BvR 2992/14, NJW 2020, 1351).

bb) Der doppelte Anfangsverdacht ist bereits aus rechtssystematischen Gründen unverzichtbar.

(1) Dass das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung das Erfordernis des doppelten Anfangsverdachts betont, zuletzt im angeführten Beschl. v. 31.1.2020, erklärt sich selbstverständlich aus der Formulierung des § 261 StGB, die ungeachtet sämtlicher Änderungen, an prominenter Stelle die Vortaten aufführt. Letzteres entfiel mit der Systemumstellung auf die Geldwäscherelevanz jeglichen Tatertrags.

Das hätte jedoch keine Minderung der Bedeutung der jeweiligen Vortat für den Tatbestand des § 261 StGB zur Folge – und könnte dies auch gar nicht, weil erst der aus einer Vortat stammende Ertrag die strafbarkeitsbegründende Brücke zur Geldwäschehandlung und damit den Strafgrund des Anschlussdelikts der Geldwäsche bildet. Da also Geldwäsche per se aus 3 notwendigen Elementen (Vortat, Geldwäschehandlung, beides verbunden mittels des Tatertrags) besteht und bestehen muss, ist das Erfordernis doppelten Vorsatzes und damit auch doppelten Anfangsverdachts strukturell unverzichtbar und steht nur in Randbereichen gesetzgeberischer Gestaltung offen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum doppelten Anfangsverdacht gemäß dem bisherigen § 261 StGB wäre mit der Neufassung demnach nicht obsolet, sondern weiterhin aktuell. Unbeschadet dieser im Kern unveränderlichen Rahmenbedingungen, welcher der Beseitigung der Notwendigkeit eines doppelten Vorsatzes und damit auch eines doppelten Anfangsverdachts ohnehin entgegensteht, wären die Folgen deren Entfallens nicht nur quantitativ gravierend, sondern auch verfassungsrechtlich nicht haltbar. Mit der Zahl der Ermittlungsverfahren würde die Häufigkeit von Wohnungsdurchsuchungen in noch größerem Maße ansteigen, weil in Geldwäscheverfahren typischerweise mehrere Objekte durchsucht werden. Das würde dem vom Grundgesetz nach den Erfahrungen der Nazi-Diktatur besonders hervorgehobenen besonderen Schutzraum der eigenen Wohnung wertungsmäßig in keiner Weise gerecht. Die exponentielle Steigerung der Quantität der Eingriffe in Art. 13 GG würde in eine neue Qualität umschlagen, welche als Verstoß gegen das Übermaßverbot der Rechtsgrundlage ihre verfassungsrechtliche Legitimation entzöge.

(2) Zudem knüpfen schon an die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Geldwäsche und die darin erfolgte Beschlagnahme von Gegenständen gravierende Rechtsfolgen an: Die selbstständige erweiterte Einziehung, § 76a Abs. 4 StGB, setzt die Sicherstellung in einem wegen einer Katalogtat des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB geführten Ermittlungsverfahren voraus. Während es sich bei den meisten anderen der angeführten Katalogtaten um spezifische Sachverhalte handelt, ist der Tatbestand des § 261 StGB auf eine Vielzahl gänzlich unterschiedlicher Vortaten bezogen. Auf diese Weise führt die Aufnahme von Ermittlungen wegen Geldwäsche zu Ermittlungs- und Verurteilungsmöglichkeiten, die verstellt wären, würde allein die Vortat verfolgt.

Mit der Neuregelung würde das Maß der Unterschiedlichkeit zur Verfügung stehender Ermittlungsinstrumente verkleinert. Bislang steht § 261 StGB uneingeschränkt in der Reihe anderer Katalogtaten des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB. Zukünftig soll die Zulässigkeit der selbständigen erweiterten Einziehung für Fälle der Geldwäsche dahingehend eingeschränkt werden, dass sie nur noch bei Verbrechen bzw. gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung anderer Delikte als Vortaten als Katalogtat fungieren soll.

(i) WisteV hält diese im Zusammenhang mit dem Entfallen des Vortatenkatalogs stehende Beschränkung für sachgerecht. Sie würde allerdings unterlaufen, wäre der Anfangsverdacht einer Geldwäsche bereits beim Vorliegen der spezifischen Geldwäschehandlung zu bejahen. Sie allein jedoch erlaubt für sich keinerlei Schlussfolgerungen auf eine mögliche Vortat. Bewahrt eine ansonsten mittellose Person 1.000 € in bar auf, so kann dieses Geld aus legaler Quelle stammen, selbst wenn mangels Offenbarung gegenüber Sozialbehörden zu deren Lasten ein Betrug durch Unterlassen begangen wurde, es kann aber auch gestohlen sein oder es kann für andere Straftäter*innen aufbewahrt werden. Ob diese allerdings ein Ver-

brechen bzw. gewerbs- oder bandenmäßig Delikte begangen haben, ist für den Täter oder die Täterin der Geldwäsche nicht selbst erkennbar und die Vortäter*innen werden in aller Regel bemüht sein, die genaue Herkunft zu verschweigen.

Das Unrecht des § 261 StGB gründet demnach nicht bereits allein auf einer (nachgewiesenen) Geldwäschehandlung, sondern folgt erst aus deren Verbindung mit einer Vortat. Dies gilt nicht allein für die gerichtliche Verurteilung, sondern hat auch Auswirkungen auf den Anfangsverdacht als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Aufnahme von Ermittlungen.

(ii) Die Praxis insbesondere von Steuer- und Zollbehörden mit ihrer dem Strafrecht an sich fremden Fixierung auf die Sicherung staatlicher Einnahmen zeigt bereits jetzt, wie sehr § 261 StGB als „Türöffner“ eingesetzt wird. Der Anfangsverdacht wird allzu leicht, zu schnell und großzügig bejaht – und zwar selbst wenn für das Vorliegen einer Vortat außer phantasiereichen, angeblich kriminalistischen Erfahrungen keine gemäß § 152 Abs. 2 StPO erforderlichen tatsächlichen Umstände sprechen. Sollte mit der Neufassung des Straftatbestands der Geldwäsche die Notwendigkeit des doppelten Anfangsverdachts beseitigt werden, so würde diese ohnehin durchgreifenden Bedenken ausgesetzte Tendenz einen weiteren erheblichen Schub erfahren.

Ohne das ernstgenommene Erfordernis eines doppelten Anfangsverdachts bestünde die Gefahr, zunächst einmal allein aufgrund ins Blaue hinein vermuteter bemakelter Herkunft eines Vermögensgegenstandes, insbesondere Bargelds, ein Verfahren wegen Geldwäsche einzuleiten und die Begründung für ein Verbrechen bzw. eine gewerbs- oder bandenmäßig begangene Vortat auf die in diesem Verfahren, d.h. erst nachfolgend gewonnenen Erkenntnisse zu stützen. Auf diese Weise wäre die sowohl im Gesetzgebungsverfahren zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung als auch in der Begründung zum vorliegenden Referentenentwurf betonte Beschränkungsfunktion des Vortatenkatalogs des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB nicht nur beseitigt, sondern geradezu auf den Kopf gestellt: Anstatt als einschränkende Voraussetzung für die Aufnahme von Ermittlungen zu dienen, würde der von der Notwendigkeit des doppelten Anfangsverdachts entkleidete § 261 StGB zur Quelle und zudem die Wohnungsdurchsuchung zum schlichten Mittel für die erstmalige Begründung eines Anfangsverdachts der Vortat mutieren, obwohl diese erst das spezifische Geldwäsche-Unrecht einer Geldwäschehandlung zu begründen vermag und sich damit der Anfangsverdacht einer Tat gemäß § 261 StGB notwendigerweise aufgrund Sachlogik auch auf die Verbindung zwischen Geldwäschehandlung und Vortat und damit auch auf letztere erstrecken muss.

cc) Aufgrund der vorgesehenen Einschränkung der Geldwäscherelevanz für die erweiterte selbstständige Einziehung gemäß § 76a Abs. 4 StGB wird zwar dessen Anwendungsbereich verkleinert, dies allerdings lediglich für mittlere und kleinere Fälle der Geldwäsche. Dies ist im Interesse der Effektivierung der Verfolgung schwerer Straftaten sachgerecht. Verlangt das geltende Recht einen doppelten Anfangsverdacht in Bezug auf Vortat und Geldwäschehandlung, so wird es zukünftig erforderlich sein, dass bereits im Zeitpunkt des Zugriffs auch Anhaltspunkte für eine qualifizierte Begehungsweise vorliegen. Das mag im Hinblick auf eine etwaige *bandenmäßige* Begehungsweise schwierig sein, insbesondere dann, wenn (wie in den sog. „Flughafenfällen“) der Anfangsverdacht erst Zuge einer unspezifischen zollrechtlichen Kontrolle und dabei aufgefundenen Bargelds begründet wird. Dies dürfte jedoch die Effizienz der Strafverfolgung nicht wirklich mindern, weil Anhaltspunkte für eine *gewerbsmäßige* Begehungsweise genügen und dies dem Vorliegen von Bandenhandeln gleichstehen soll. Beim Transfer höherer Beträge wird sich typischerweise mit dem ohnehin erforderlichen Anfangsverdacht (auch) einer Vortat die Annahme gewerbsmäßigen Handelns verbinden.

4. Die Gesetzesbegründung betont an verschiedenen Stellen, dass die Ausweitung der Strafbarkeit aufgrund des Wegfalls des Vortatenkatalogs auf verschiedene Weise kompensiert werden solle.

a) Dazu gehört zum einen das Entfallen der Strafbarkeit wegen Geldwäsche aufgrund lediglich leichtfertigen Handelns (S. 2, 11 und 19 f.). Das würde allerdings dazu führen, dass zukünftig der nebenberufliche quasi-Erwerbszweig des *Finanzagenten* oder Geldkuriere (weitgehend) legalisiert wäre. Zumindest Ersteren ist nämlich regelmäßig lediglich Leichtfertigkeit nachweisbar – und das nicht allein aufgrund Irrtums über die Geldwäscherelevanz der

Vortat. Ob diese Folge bedacht wurde und tatsächlich angestrebt wird, ist der Begründung des Referentenentwurfs nicht zu entnehmen.

Finanzielle Nachteile für den Justizfiskus wären allerdings nicht zu befürchten, könnten doch in Zukunft Taterträge bei einem straflosen Finanzagenten oder Geldkurier als Drittem eingezogen werden, § 261 Abs. 8 S. 3 StGB-E i.V.m. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a oder lit. b, Var. 2 StGB. Das Entfallen der Strafbarkeit bei Fortbestand der Einziehungsmöglichkeit deutet auf eine rein fiskalische Motivation des Gesetzgebers hin.

Die angeführten – durchaus fragwürdigen Folgen – ändern nichts daran, dass es im Übrigen sinnvoll erscheint, die Strafbarkeit wie bei den Vermögensdelikten auf vorsätzliches Handeln zu beschränken.

b) Als weitere Kompensation für die Ausweitung der Strafbarkeit führt der Entwurf die Streichung des bisherigen Tatbestandsmerkmals „Herrühren“ an. Allerdings erschließt sich nicht, dass sich die Rechtslage mit der vorgesehenen Eingangsformulierung des § 261 Abs. 1 StGB ändern oder die Bestimmung leichter handhabbar werden würde als im Fall des Beibehaltens der Maßgeblichkeit des „Herrührens“. Nachdem dieser Begriff aufgrund der Rechtsprechung der letzten etwa 20 Jahre zunehmend konturiert wurde, könnten die mit der Neuformulierung verbundenen Probleme sogar zu zusätzlichen Anwendungsschwierigkeiten führen. Zumindest würden sämtliche Zweifelsfragen, die sich an die Weite des Begriffs des „Herrührens“ anschließen und die der Entwurf durchaus zutreffend beschreibt (S. 21) in das neue Recht übertragen, wenngleich sie sich unter einem anders als bisher bezeichneten Tatbestandsmerkmal stellten. Eine Konkretisierung oder Lösung von Sachproblemen wäre damit keinesfalls verbunden.

c) Entfielen in § 261 StGB die Maßgeblichkeit des „Herrührens“, so wäre damit ein Auseinanderfallen dieses Tatbestands von der Begrifflichkeit des § 76a Abs. 4 S. 1 StGB verbunden, sieht der Gesetzesentwurf doch gerade nicht vor, auch dort den Begriff des Herrührens zu eliminieren. Er müsste dort zukünftig eigenständig, d.h. allein aus dem Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung definiert und verstanden werden. Das wäre zwar kein Ding der Unmöglichkeit, würde aber die Frage aufwerfen, ob im Fall des Auffindens von Taterträgen ein unterschiedlicher Grad der Verbindung zwischen dem Tatertrag im Original und dessen Wert bei der Geldwäsche einerseits und abschöpfungsrechtlich andererseits gelten würde. Soweit man dies – praxisfreundlich – verneint, diene es der Rechtsklarheit, weiterhin eine einheitliche Terminologie von § 261 StGB und § 76a Abs. 4 S. 1 StGB beizubehalten. Diese Einheitlichkeit müsste nicht in der jeweiligen Verwendung des Begriffs „Herrühren“ bestehen, sondern könnte auch anderweit gestaltet werden, etwa in der Übernahme der vorgesehenen Terminologie des § 261 StGB-E in § 76a Abs. 4 S. 1 StGB. Es darf allerdings bezweifelt werden, ob dies der Übersichtlichkeit diene, zumal allein der Anpassungsbedarf an neue Begrifflichkeiten einen Zusatzaufwand für die Praxis bedeutet.

d) Der Eingangssatz soll zukünftig lauten: (1) Wer einen Tatertrag, ein Tatprodukt oder einen an dessen Stelle getretenen anderen Vermögensgegenstand ... (es folgen die Tathandlungen).

Dieser Wortlaut harmoniert nicht mit der Terminologie des neuen Abschöpfungsrechts. Legte man dessen Begrifflichkeit zu Grunde, so beschränkte sich zukünftig die Strafbarkeit wegen Geldwäsche auf Taterträge und Tatprodukte im Original und auf deren unmittelbare Surrogate. Diese, dem Wortlaut gemäße Auslegung ist ausweislich der Begründung allerdings überhaupt nicht intendiert. Dies zeigt bereits der Wortlaut des § 261 Abs. 8 StGB-E, der zwar nicht von Tatobjekten spricht, diese aber mit der Formulierung, „Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht“, meint.

e) aa) Als *Tatertrag* i.S.v. § 261 StGB soll zukünftig im Gegensatz zum gleichen, im Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung verwendeten Begriff, aber im Einklang mit der EU-rechtlichen Begrifflichkeit, auch der an die Stelle des Tatertrags getretene Wert angesehen werden (S. 21). Während einziehungsrechtlich zwischen Tatertrag im Original und – ersatzweise einziehungsfähig – dessen Wert unterschieden wird, würden geldwäscherechtlich die unterschiedlichen abschöpfungsrechtlichen Begriffe im einheitlichen Terminus des Tatertrags zusammenfallen. Abgesehen davon, dass dies alles andere als praxisfreundlich wäre und mitnichten die Rechtsanwendung erleichtert, erscheint fraglich, ob die von der Begründung gewünschte Auslegung vom Wortlaut der gewählten Formulierung überhaupt gedeckt wäre.

bb) Vergleichbares gilt für das Abstellen auf Vermögensgegenstände, die an die Stelle von Tatertrag oder Tatprodukt getreten sind. Im Falle mehrfacher Surrogation tritt der nachfolgende Gegenstand nämlich nicht an die Stelle des ursprünglichen Tatertrags oder Tatprodukts, sondern an die Stelle des vorhergehenden Surrogats. Demgegenüber betrachtet die Begründung des Referentenentwurfs die Anzahl der Surrogationsvorgänge als irrelevant und stellt allein auf die nach wirtschaftlichen Maßstäben zu beurteilende Kausalität ab. Dass damit zugleich die Infektions- Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für das neue Recht übernommen werden soll, versteht sich keineswegs von selbst und ist auch nicht aufgrund des Wortlauts plausibel. Der Rechtssicherheit ist damit gewiss nicht gedient. Und auch dem Bestimmtheitsgrundsatz ließe sich deutlich besser Rechnung tragen.

5. Im Hinblick auf § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB sollte im Rahmen der Begründung (S. 33) klar gestellt werden, dass die Strafbarkeit erst recht ausscheidet, wenn die bei Erhalt des bemakelten Gegenstands Gutgläubigen damit nicht nur Besitz, sondern auch Eigentum erlangt haben, § 932 BGB.

6. Die zukünftige Legalisierung des Ertrags aus jeder Art von Geldwäsche, § 261 Abs. 1 S. 2 StGB-E kommt dem Verkehrsschutz und damit einem dringenden Bedürfnis nach, geht allerdings nicht weit genug.

Es bedarf der Schaffung eines Weges zurück in die Legalität, d.h. der Möglichkeit der „De-kontaminierung“. Vorschläge dazu gibt es viele und durchaus abstufungsfähige, z.B. mittels Selbstanzeige, ggf. verbunden mit einer Bußzahlung oder mittels lediglich partiellen Einziehung bemakelten Vermögens in Kombination mit der Anerkennung voller Verkehrsfähigkeit der übrigen (Werte von) Taterträge(n). Demgegenüber betrachtet der Entwurf das Abstellen auf die Kausalität bei Surrogatsketten zugleich als Übernahme der Kontaminationsrechtssprechung des Bundesgerichtshofs, BGH, Beschl. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15, in das neue Recht.

Diese Schlussfolgerung verlangt bereits für sich eine gehörige Portion an Fantasie. Sie ist vor allem aber inhaltlich zu ergänzen. Die Annahme einer Vollkontamination (nebst Komplettaberschöpfung) bereits bei einem Anteil von ca. 5 % bemakeltem Vermögen darf nicht das einzige und letzte Wort des Gesetzes sein. Weil diese 5 % nicht separiert werden können, dürfte diese Beweisschwierigkeit Pate der Rechtsprechung sein. Die fehlende Möglichkeit zur Spezifizierung ändert jedoch nichts daran, dass in den legalen Wirtschaftskreislauf Taterträge im Umfang von „nur“ 5 % des Gesamtwerts eingeschleust wurden. Hinsichtlich der übrigen 95 % sollte dem Inhaber die Rückkehr in die Legalität eröffnet werden.

7. a) Die Formulierung des § 261 Abs. 1 S. 3 StGB-E weicht von der üblichen strafrechtlichen Terminologie ab. Vorsatz mit „sicherem Wissen“ quasi gleichzusetzen hieße, bedingt vorsätzliches Handeln als nicht mehr vorsätzlich aufzufassen. Der Hinweis auf vorsätzliches Handeln ist ohnehin aufgrund der vorgesehenen Streichung der Strafbarkeit wegen lediglich leichtfertiger Geldwäsche entbehrlich, weil § 261 StGB danach ein reines Vorsatzdelikt darstellen wird. Es würde daher z.B. folgende Formulierung ausreichen und zudem den Anforderungen an genderechte Sprache Rechnung tragen: *„Die Annahme eines Honorars für Strafverteidigung ist in den Fällen des Satzes 1 Nummer 3 und 4 nur strafbar, wenn im Zeitpunkt der Entgegennahme sichere Kenntnis von dessen Herkunft bestand.“*

b) Gegen das Vorhaben, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Honoraren von Strafverteidiger*innen zu kodifizieren, ist nichts zu erinnern. Es ist allerdings fraglich, welche Auswirkungen diese auf Strafverteidiger*innen beschränkte Kodifizierung für vergleichbare Berufsgruppen hätte. Es erscheint wünschenswert, zumindest Steuerberater*innen den Strafverteidiger*innen gleichzustellen. Das folgt aus dem Umstand, dass Steuerberater*innen auch steuerstrafrechtliche und damit Aufgaben der Verteidigung zu übernehmen befugt sind. Wenn zugleich die eigentliche steuerberatende Tätigkeit fortgeführt wird, gegebenenfalls sogar noch ergänzt durch Übernahme von Buchführungsfunktionen, träte eine rechtliche Spaltung bei der Bewertung der Entgegennahme der Honorare ein: soweit Honorare für die Strafverteidigung gezahlt würde, gälte die Privilegierung, im Übrigen hingegen nicht.

Insoweit verfolgt der BGH einziehungsrechtlich eine viel pragmatischere Linie: nicht für die steuerliche Manipulation, sondern für die reine Steuerberatung gezahlte Honorare unterliegen auch dann nicht der Einziehung, wenn sie aus Taterträgen oder deren Wert finanziert wurden (BGH, Urt. v. 10.7.2019 – 1 StR 265/18, Rn. 71 – 73).

c) Vergleichbar stellt sich die Lage bei rechtsberatender Tätigkeit jenseits der Strafverteidigung dar. Insbesondere der Umstand, dass inzwischen bei jedem Vermögensdelikt auch der Tatertrag eine im Ermittlungs- und Strafverfahren relevante Rolle spielt, und sich insoweit geradezu typischerweise auch zivilrechtliche Streitigkeiten anschließen, wäre eine Spaltung der Rechtsanwaltschaft in privilegierte Strafverteidiger- und geldwäscherechtlich nicht privilegierte sonstige Anwaltstätigkeit weder sachgerecht noch praktikabel. Das gälte erst recht nach Inkrafttreten des zu einer massiven Ausweitung der Strafbarkeit führenden VerSanG.

Angesichts dessen sollte im Fall einer Kodifizierung der zu den Honoraren von Strafverteidiger*innen ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Gleichstellung aller Rechtsanwält*innen und Steuerberater*innen vorgenommen werden.

d) aa) Im Gesetzgebungsverfahren zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wurden Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit von Insolvenzverwalter*innen dahingehend thematisiert, dass sie vorliegen könnte, wenn in der Insolvenzmasse Erträge aus Straftaten enthalten sind. Dies ist zumindest in den Fällen des § 111i Abs. 1 StPO regelmäßig der Fall. Da dies offen zutage tritt, der/die Insolvenzverwalter*in die Vergütung jedoch aus der Masse entnimmt, stellt sich hier das Problem der Kontamination noch viel deutlicher, weil damit regelmäßig Kenntnis vorliegt, dass das Honorar zumindest teilweise aus Straftaterlösen besteht (und damit insgesamt als kontaminiert betrachtet werden könnte).

bb) Demgemäß besteht bereits de lege lata die Gefahr partieller Insuffizienz des Systems der Vergütung der Insolvenzverwalter*innen. Sofern in Zukunft der Transfer des Erlöses aus jeglicher Straftat geldwäscherelevant sein wird, vergrößert sich das genannte Problem exponentiell.

Lösen lässt es sich nicht auf dieselbe Weise, wie bei der Entkriminalisierung der Vergütung von zumindest Strafverteidiger*innen, bzw. – wie hier vorgeschlagen – auch von sonstigen Rechtsanwält*innen und Steuerberater*innen, über verschärfte Anforderungen allein im subjektiven Tatbestand. Das folgt, wie gezeigt, zum einen aus dem Wissen der Insolvenzverwalter*innen um die zumindest teilweise Bemakelung der Masse. Darauf beschränkt sich die Thematik jedoch nicht. Wissen Insolvenzverwalter*innen um eine Kontaminierung eines Teils der Masse, so müssten sie damit rechnen, dass aufgrund der von der Rechtsprechung bejahten Infektionswirkung bemakelter Anteile auf den gesamten Vermögensgegenstand, vgl. BGH, Beschl. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15, in jeder einzelnen Verwertungshandlung eine tatbestandliche Geldwäschehandlung gesehen werden könnte. Das wäre zum einen für Insolvenzverwalter*innen unerträglich und würde zum anderen auch weite Teile des – auch für das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung seit 2017 dienstbar gemachten – Insolvenzrechts ad absurdum führen.

Angesichts dessen erscheint es unumgänglich, im Tatbestand selbst zum Ausdruck zu bringen, dass die ordnungsgemäße Verwaltung, d.h. entsprechend den Regeln des Insolvenzrechts, in die Insolvenzmasse gefallener Taterträge befugt erfolgt und dementsprechend bereits in objektiver Hinsicht nicht unter den Tatbestand des § 261 StGB fällt.

8. a) Die Formulierung von § 261 Abs. 2 StGB-E genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Strafgesetzes. Die Wendung, „Tatsachen, die ... von Bedeutung sein können“ erfasst eine Vielzahl von Umständen, welche in keiner Weise eingegrenzt sind, so dass für keinen Rechtsunterworfen erkennbar ist, welche Tatsachen gemeint sind. Insbesondere fehlt jegliche nähere Bestimmung des erforderlichen, weil strafbarkeitsauslösenden Zusammenhangs zwischen Tatsache und Vortat bzw. Geldwäschehandlung. Das ist insbesondere für den Fall der Unterlassensstrafbarkeit inakzeptabel. Für keinen Beteiligten außer den Ermittlungsbehörden selbst ist erkennbar, ob eine Tatsache relevant ist oder nicht. In Fernsehkrimis weisen „Kommissare“ durchweg darauf hin, dass jede Einzelheit wichtig sein kann. Einen darüberhinausgehenden Konkretisierungsgrad weist § 261 Abs. 2 StGB-E leider nicht auf. Ein Aufklärungspflichtiger, demnach auch jeder befragte Zeuge, müsste den Ermittlungsbehörden Allerweltstatsachen und Nebensächlichkeiten in voller Breite präsentieren, um sich vor Strafbarkeit zu bewahren. Wer aber verfügt über ein photographisches Gedächtnis?

b) Zudem handelt es sich um einen Fremdkörper im gesamten Strafrechtssystem. Es wird auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht deutlich, welcher Strafgrund hinter

dieser Neuregelung stehen soll. Die Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung erschließt sich schon deshalb nicht, weil die denkbaren Anwendungsfälle typischerweise als Beihilfe zur Geldwäsche bereits nach geltendem Recht und dem zukünftigen § 261 Abs. 1 StGB-E strafbar sind und die Notwendigkeit einer Hochstufung zu täterschaftlichem Handeln weder begründet wird noch sonst ersichtlich ist. Hinzu kommt, dass ein Handeln gemäß § 261 Abs. 2 StGB-E auch nach Beendigung der Geldwäschetat gemäß § 261 Abs. 1 StGB-E nicht straflos wäre, sondern zumindest als Begünstigung, häufig auch als Hehlerei bestraft werden könnte. Eines eigenständigen Anschlussstatbestands im Anschluss an den bereits als Anschlussdelikt wirkenden § 261 Abs. 1 StGB bedarf es damit (soweit ersichtlich) in keinem Fall. Europarechtlichen Erfordernissen dürfte bereits nach dem geltenden wie auch dem zukünftigen Recht ausreichend Rechnung getragen sein.

c) Auffällig ist, dass der im Entwurfstext verwendete Begriff des Verheimlichens inhaltlich deutlich über den in der Begründung (Seite 35) angeführten Erläuterungstext hinausgeht, der den Begriff auf „konkret irreführende und aktiv unterdrückende Machenschaften“ reduzieren will. Damit ist allerdings der Begriff des Verschleierns konkretisiert. Konsequenz wäre es daher – unbeschadet der übrigen Bedenken gegen § 261 Abs. 2 StGB-E – die Variante des Verheimlichens zu streichen.

Mit rechtsstaatlichem Strafrecht ist § 261 Abs. 2 StGB-E nicht zu vereinbaren.

9. Die Ausgestaltung von § 261 Abs. 4 StGB-E als Sonderdelikt für gemäß § 2 GwG

Verpflichtete ist rechtssystematisch und rechtstechnisch wenig überzeugend.

a) Der Verweis auf § 2 GwG ist zu unspezifisch und geht teilweise ins Leere. Es wird nicht ausreichend klar, welche bestimmte Person verfolgbar sein soll. Mag für juristische Personen die Verantwortlichkeit über § 14 StGB noch hinreichend erkennbar sein, so bleibt im Gegensatz dazu jedoch z.B. offen, ob gemäß § 7 GwG bestellte Geldwäschebeauftragte zugleich Verpflichtete i.S.v. § 2 GwG und damit auch für § 261 Abs. 4 StGB-E sein sollen.

b) Im Übrigen würde es der Rechtsklarheit dienen, auch in der Strafnorm des § 261 StGB-E im Wortlaut auszudrücken, dass mit dem Tatbestandsmerkmal „Verpflichteter“ nicht die Person des Verpflichteten als solche und damit deren gesamtes Handeln gemeint ist, sondern – ebenso wie bei § 14 StGB – ausschließlich deren Agieren in Wahrnehmung ihrer Rolle als Verpflichteter erfasst wird.

c) Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten problematisch ist, dass § 261 Abs. 4 StGB-E Personen allein aufgrund ihrer wirtschaftlichen oder rechtlichen Stellung in den Blick nimmt, dabei also unbeachtet lässt, in welchem Maße sie in die Geldwäschebehandlung selbst involviert sind. § 14 StGB korrespondiert mit dem Grundsatz der Allzuständigkeit von Geschäftsleiter*innen und bedarf deshalb keiner Einschränkung. Dies ist im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen Geldwäsche anders. Die im Vorfeld zu erbringenden Präventionsleistungen bezeichnen lediglich einen beschränkten, nicht allen Geschäftsleiter*innen bereits Kraft ihres (privaten) Amtes übertragenen Aufgabenkreis. Daher ist es aus Sachgründen erforderlich, bereits für die Strafbarkeit als solche, erst recht für die Schärfung aufgrund der Stellung als „Verpflichteter“ gemäß der internen Geschäftsverteilung zu differenzieren. In einem arbeitsteilig agierenden Leitungsgremium kann z.B. von technischen Geschäftsführer*innen zwar durchaus verlangt werden, dass sie für die Bestellung der vom Gesetz verlangten Geldwäschebeauftragten sorgt, nicht aber, dass sie in eigener Person deren Ausübung ihrer Pflichten kontrolliert.

d) Zudem scheidet eine Gleichbehandlung derjenigen, denen bestimmte Aufgaben im Bereich der Geldwäscheprävention übertragen wurden, mit denjenigen, die die Bestellten zu überwachen haben, aus. Sieht man in den Zuständigen innerhalb des Leitungsgremiums Garanten, so könnten sie nach dem Gesetzesentwurf aufgrund mangelnder Kontrolle als Geldwäscheunterlassungstäter*innen in einem besonders schweren Fall über verschiedene Hierarchiestufen hinweg bestraft werden, obwohl ihnen möglicherweise nur eine gewisse Lässlichkeit bei der Überprüfung derjenigen zur Last gelegt werden könnte, die die Handelnden und damit eigentlichen Geldwäschetäter*innen zu überwachen hatten.

Eine derartige Klassifizierung trotz sehr geringer krimineller Energie ist folglich nicht gerechtfertigt. Es wäre sinnvoll, für minder schwere Fälle ein Absehen von der erhöhten Mindeststrafe vorzusehen. Dies erleichterte die Rechtspraxis auch deswegen, weil damit über §

47 StGB im Bereich eines verwirkten Unrechts von weniger als sechs Monaten Freiheitsstrafe Geldstrafen verhängt werden könnten, z.B. im Wege des Erlasses eines Strafbefehls.

e) Geldwäscherechtlich Verpflichtete, insbesondere Finanzinstitute sind zudem bereits heute aufgrund ihrer umfassenden Meldepflicht und der nur vagen Kriterien für einen meldepflichtigen Sachverhalt erheblichen Sanktionsrisiken ausgesetzt, denen nur durch massenhafte und wenig präzise Meldungen begegnet werden kann. Diese schon heute für Finanzinstitute und Strafverfolgungsbehörden unbefriedigende Situation droht sich mit den vorgeschlagenen Änderungen weiter zu verschärfen.

f) Allerdings ist zu konstatieren, dass der Personenkreis des Sonderdelikts nicht schlechter als bisher stünde, deckt sich doch der Strafraum des bisherigen Rechts mit demjenigen des vorgesehenen Sonderdelikts.

10. § 261 Abs. 7 Nr. 2 StGB-E zählt in 8 Unterpunkten EU-Rechtsvorschriften auf, in denen Auslandstaten unabhängig vom Recht des Tatorts die Strafbarkeit wegen Geldwäsche in Deutschland nach sich ziehen sollen. Die Ausgestaltung ist wenig übersichtlich. Zudem widerspricht der uneingeschränkte Verweis auf z.T. eine Mehrheit von Artikeln dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Demnach ist eine alternative Regelungstechnik zu wählen.

a) Dabei ist zu erwägen, ob anstelle der Enumeration auf die mit § 261 Abs. 7 Nr. 2 lit. a-h StGB-E korrespondierenden Konstellationen der §§ 4-6 StGB verwiesen werden kann. Eine derartige Spezifizierung hätte den Vorteil eines knappen Verweises auf das der Praxis geläufige Weltrechtsprinzip und diene der systematischen Klarheit.

b) Allerdings erscheint angesichts der praktischen Erfahrungen in Geldwäscheverfahren mit internationalen Bezügen die Rechtslage als solche gar nicht das Hauptproblem darzustellen. Vielmehr erwies sich mehrfach die Bereitschaft zu schneller und umfassender Rechtshilfe als nicht ausreichend ausgeprägt. Es dürfte daher naheliegen, ergänzende Überlegungen zur Steigerung der Effektivität der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen anzustreben.

11. Die Neufassung des § 261 Abs. 8 StGB-E erscheint insbesondere im Hinblick auf den neuen S. 3 als ausgesprochen sachgerecht.

a) Allerdings wäre es wünschenswert, die Konsequenzen in der Gesetzesbegründung stärker zu verdeutlichen, um der Praxis – insbesondere der Vermögensabschöpfung – klare Maßstäbe an die Hand zu geben.

§ 261 Abs. 8 S. 1 StGB-E weicht terminologisch von der Begrifflichkeit des Rechts der Vermögensabschöpfung ab. Es spricht von Gegenständen, auf die sich die Straftat bezieht. Diese werden gemäß § 74 Abs. 2 StGB als Tatobjekte legal definiert. Da die §§ 74 ff. StGB bereits materiellrechtlich dem Opportunitätsprinzip folgen, stellte es eine Doppelung dar, in § 261 Abs. 8 S. 1 StGB-E die Möglichkeit und damit die bloße Zulässigkeit der Einziehung gemäß § 74 StGB zu wiederholen. Der systematischen Klarheit würde es demgemäß in besonderer Weise dienen, im Gesetzeswortlaut selbst die Prioritäten zum Ausdruck zu bringen. Dies würde bedeuten, den Vorrang der §§ 73-73e StGB unmissverständlich klarzustellen, z.B. folgendermaßen: *Soweit die Einziehung gemäß §§ 73-73e StGB ausscheidet, sind die §§ 74 und 74a StGB auf den Gegenstand der Geldwäsche anwendbar.*

In der Begründung wäre das Anführen von Beispielen hilfreich, in denen die Einziehung als Tatobjekt auch zukünftig geboten ist. Das wäre nach der Neufassung zum einen immer dann der Fall, wenn Täter*innen der Geldwäsche nicht selbst Verfügungsgewalt über den Ertrag der Vortat erlangt hatten oder wenn tatbestandlich die Einziehung als Tatertrag ausscheiden sollte, was ggf. in den Fällen des § 129 Abs. 1 StGB oder des § 129 Abs. 2 StGB i.V.m. dem ZAG der Fall sein könnte.

b) In diesem Zusammenhang wirft die unter Bezugnahme auf die Kommentierung von *Fischer* in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 39) übernommene Auffassung Zweifel auf, der Fall der Verjährung der Geldwäschetat führe zur Dritteinziehung gemäß § 73b StGB. Da die Geldwäschehandlung typischerweise der Beendigung der Vortat nachfolgt und die dreißigjährige Verjährungsfrist der Einziehung, § 76b Abs. 1 StGB, zukünftig auch für Erträge aus Straftaten gemäß § 261 StGB gelten wird, § 261 Abs. 8 S. 3 StGB, kann diese Konstellation nur noch auf Fälle zutreffen, in denen die Verjährung der Einziehung von Taterträgen aus

Vortaten ausgeschlossen ist, § 76b Abs. 2 StGB, also bei Mord und Völkermord. Diese Kombination wird eher selten auftreten.

Demgegenüber wird die Dritteinziehung, § 73b Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2 StGB, anstelle der Einziehung beim Anschlussbesitzer dann relevant werden, wenn die Geldwäscherat zwar unvorsätzlich begangen wurde, hinsichtlich der Bemakelung jedoch Fahrlässigkeit vorliegt oder der Gegenstand unentgeltlich erworben wurde.

12. Auf einen rechtssystematischen Aspekt geht der Referentenentwurf nicht ein: Der Anwendungsbereich des ausgeweiteten § 261 StGB wäre zukünftig (zumindest) weitgehend deckungsgleich mit der Strafbarkeit wegen Hehlerei. Das gilt selbst für zu täterschaftlichem Handeln erhobene Beihilfevarianten, weil nach der Novelle auch diese als täterschaftliche Geldwäsche bestraft würden. Es wäre demnach unbedingt erforderlich, das zukünftige Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 259 StGB und 261 StGB dergestalt auf den Prüfstand zu stellen, ob es nach der Neufassung überhaupt noch Sachverhaltskonstellationen geben kann, die ausschließlich als Hehlerei, d.h. nicht auch als Geldwäsche strafbar wären. Nur soweit dies zu bejahen wäre, hätte ein darauf beschränkter Hehlerei-Tatbestand auch zukünftig einen eigenständigen und damit legitimen Anwendungsbereich.

Während die Begünstigung von der Änderung des § 261 StGB (wohl) nicht berührt wäre, würden die Überschneidungen zwischen Geldwäsche und Strafreitelung zunehmen. Es wäre deswegen zu überlegen, im Fall der Beibehaltung gesonderter Strafbarkeit wegen Hehlerei in § 258 StGB eine Subsidiaritätsklausel dahingehend zu verankern, dass nach dieser Vorschrift nicht bestraft werde, wer sich wegen Geldwäsche schuldig gemacht hat oder umgekehrt die Subsidiarität des § 261 StGB bei Erfüllung des Hehlereitattbestands anzuordnen.

III. Soweit vorstehend auf Aspekte der Neuregelung nicht eingegangen wurde, hegt WisteV dagegen keine Bedenken. Auch soweit sie förderlich sind, ist jedoch hervorzuheben, dass die damit verbundenen Verbesserungen gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand gleichwohl die vorstehend kritisierten Punkte nicht als akzeptabel erscheinen lassen. WisteV plädiert für eine entsprechende Überarbeitung der Novelle im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Rezensionen

Kartellrecht

Rechtsanwalt Pieter Wiepjes, Dortmund

Ahmad Chmeis: Kartellsanktionsrecht - Verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts

Duncker & Humblot, Schriften zum Europäischen Recht (EUR), Band 185, Berlin 2018, 341 S., 89,90 Euro.

I. Einführung

Bereits der Untertitel des Werkes („Verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb der europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts“) stellt klar, dass der Verfasser den Versuch unternimmt, die abstrakten Anforderungen an ein unionsweites Kar-

tellsanktionsrecht darzustellen, bestehende Defizite innerhalb des europäischen und des deutschen Kartellverfahrensrechts zu skizzieren sowie Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Die teilweise divergierenden Vorschriften des europäischen und deutschen Kartellverfahrensrechts stellen einen nachvollziehbaren Anlass für diese Untersuchung dar. Das Ziel verfahrensrechtlicher Konvergenz ergibt sich aus praktischer Sicht aus dem Bedürfnis von Unternehmen, im europäischen Raum einen einheitlichen Binnenmarkt vorzufinden. Aus rechtlicher Sicht trägt verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb des Unionsgebietes zur Rechtssicherheit bei.

II. Zum Werk

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität in Hannover als Promotionschrift eingereicht und durch Herrn Prof. Dr. Bernd H. Oppermann und Frau Prof. Dr. Petra Buck-Heeb begutachtet. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Stand Januar 2018 berücksichtigt. Das 341 Druckseiten umfassende Werk gliedert sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Dieser Aufteilung ist eine sehr umfangreiche Einleitung vorangestellt, in welcher der Verfasser vor allem anschaulich schildert, welche Problemstellungen bei der Erreichung der verfahrensrechtlichen Konvergenz bestehen und welches Ziel seine Untersuchung verfolgt.

1. Einleitung

In dieser streicht der Verfasser heraus, dass die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Kartellrechts seit jeher das Hauptinstrument der europäischen Wettbewerbspolitik darstellt (S. 19). Unterschiedliche Rechtsordnungen wirken sich jedoch in den sie betreffenden Gebieten in teilweise erheblich unterschiedlichem Maße aus. Zur Koordination der Sanktionen besteht das European Competition Network (ECN), welchem auch eine eigene institutionalisierte Struktur zukommt, wodurch der Verfasser eine Zunahme der Durchsetzungskraft des europäischen Wettbewerbsrechts feststellt (S. 23). Nichtsdestotrotz besteht weiterhin ein Grundkonflikt zwischen staatlicher Souveränität und europäischen Einheitsvorstellungen, der nur scheinbar durch die Vorschriften der VO 1/2003 gelöst worden ist. Die Rechtsangleichung innerhalb dessen bezeichnet der Verfasser zutreffend als „schleichende Konvergenz“ (S. 24).

Die Verfahrensangleichung erfolgt des Weiteren nicht zum Selbstzweck. Wie der Verfasser überzeugenderweise ausführt, haben unterschiedliche Verfahrensstandards negative Auswirkungen auf die wirksame Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts (S. 25). Darüber hinaus gelingt es dem Verfasser eindrucksvoll, den Begriff der Konvergenz von den Methoden der Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung abzugrenzen. Bei dem Begriff der Konvergenz handelt es sich demnach auch um einen nicht abgeschlossenen Prozess (S. 30), der sich zudem bloß faktisch auswirken kann. Dieser faktische Konvergenzdruck (S. 31) sei erforderlich, da es ohne einen solchen bei gesamteuropäischer Betrachtung an einer Kohärenz der unterschiedlichen Verfahrensregeln fehle, wodurch eine effektive und effiziente Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts erschwert würde (S. 32).

2. Allgemeiner Teil

Der allgemeine Teil der Untersuchung beginnt mit einer Erläuterung der Grundlagen des europäischen Kartellsanktionsrechts sowie dessen historischer Entwicklung (S. 37 ff.). Daran schließen sich Ausführungen zu rechtsstaatlichen Grenzen des durch das Kartellsanktionsrecht verfolgten Zieles der Prävention an (S. 60 ff.). Den Kern des ersten Teils bilden sodann die Darstellungen zur heute bestehenden Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden (S. 84 ff.) und zur verfahrensrechtlichen Konvergenz innerhalb des zwischen den Behörden bestehenden Netzwerkes (S. 107 ff.).

a) Grundlagen und relevantes Spannungsfeld

Im Rahmen des nachfolgenden Kapitels zu den Grundlagen zeichnet der Verfasser u. a. die Debatte über eine zunehmende europäische Konvergenz prägnant nach. Diese erfahre wiederholt Einschränkungen unter strafrechtlichen Gesichtspunkten und nach strafprozessualen Prinzipien. Nichtsdestoweniger seien im deutschen Recht deutlich Konvergenztendenzen erkennbar, was sich auch in der Übertragung der Rechtsfigur der „wirtschaftli-

chen Einheit“ in das deutsche Kartellsanktionsrecht ausdrücke (S. 51). Insbesondere betont der Verfasser die Stimmen aus der Wissenschaft, die eine Lockerung der strengen strafprozessualen Grundsätze in Kartellverfahren fordern (S. 52 f.).

Mit dem nachfolgenden Kapitel zum relevanten Spannungsfeld von Prävention und Rechtsstaatlichkeit (S. 60 ff.), in welchem sich Kartellsanktionen bewegen, geht der Verfasser für die nachfolgende Arbeit von zwei Prämissen aus, die zumindest diskussionswürdig erscheinen. Zum einen solle die Entziehung des durch den Kartellverstoß erlangten Gewinns zu Situationen des Wettbewerbs führen, wie er ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätte. Das eine solche Annahme unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten problematisch ist, hätte zumindest erwähnt werden dürfen. Andererseits stellt der Verfasser das Primat der öffentlichen vor der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (S. 64), wobei auch diese Prämisse unter Berücksichtigung der Kartellschadensersatzrichtlinie¹, insbesondere des Erwägungsgrunds 3 S. 2, zumindest diskussionswürdig gewesen wäre. In Bezug auf den Schutz von Kronzeugen, die die privatrechtliche Durchsetzung wesentlich erschweren, hält der Verfasser solche für Kollateralschäden (S. 64).

Einen anschaulichen Kontext bildet der Verfasser durch seine Ausführung zu den rechtsstaatlichen Schranken des kartellrechtlichen Präventionsgedankens (S. 67 ff.). Im Rahmen dieser Ausführung beschreibt der Verfasser präzise den Konflikt des grundrechtlichen Mehrebenen-Systems im ECN und der (zunehmenden) Hybridisierung des Kartellrechts über alle Rechtsordnungen hinweg. Insbesondere stellt der Verfasser das Verhältnis des Kartellsanktionsrechts und des Strafrechts heraus (S. 71 ff.), bei welchem er die bestehenden Unterschiede auf die fehlende Strafrechtskompetenz auf EU-Ebene zurückführt (S. 73 f.). Den stärker werdenden Diskussionen um die Anwendung von Justizgrundrechten auf Unternehmen begegnet der Verfasser mit einer graduellen Anwendung der strafrechtlichen Verfahrensgarantien (S. 77 f.), wobei durch diesen Ansatz nur scheinbar das Problem der Rechtssicherheit gelöst ist. Es ist danach nicht ohne Weiteres ersichtlich, wann und in welcher Intensität eine Anwendung der Verfahrensgarantien angezeigt ist.

Letztlich bedürfe es einer Loslösung vom tradierten System des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, sodass eine neuartige Verwaltungssanktion in Betracht komme (S. 81). Diesem Ansatz dürfte wohl durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vom 16.06.2020 teilweise der Boden entzogen worden sein, da mit diesem Gesetz die Möglichkeit geschaffen werden soll, Verbände – auch für kartellrechtswidriges Verhalten – zu sanktionieren.

b) Probleme bei der Behördenkooperation

Zur Erreichung einer effektiven und effizienten Durchsetzung haben sich die nationalen Kartellbehörden in einem Europäischen Wettbewerbsnetzwerk (ECN) zusammengeschlossen, innerhalb dessen unterschiedliche Kartellsanktionssysteme existieren. Die daraus resultierenden Divergenzen sollen durch Amtshilfverfahren und gegenseitigen Informationsaustausch ausgeglichen werden (S. 84 ff.). An seine Grenzen stößt das Netzwerk jedoch bei dem unterschiedlichen Grad von Grundrechtsschutz (S. 88 ff.), welcher auch selbst nicht durch einen ausgereiften Verteilungsmechanismus (S. 92 ff.) nivelliert werden könne. Exemplarisch greift der Verfasser die bislang ungelösten Konflikte der Kronzeugenbehandlung heraus (S. 97 ff.), bei welchen insbesondere divergierende Voraussetzungen zur Gewährung der Immunität und das Fehlen einer rechtlichen Bindungswirkung der von einer Kartellbehörde gewährten Immunität gegenüber einer anderen Behörde zu nennen sind.

Nach Auffassung des Verfassers bedürfe es zur Beseitigung dieser Konflikte einer zentralen europäischen Anlaufstelle (S. 105), um ein gewisses Maß an Verfahrenssicherheit zugunsten der Unternehmen zu gewinnen. Diesem Vorschlag ist zuzustimmen. Eine solche zentrale Stelle ließe sich ohne einen den tatsächlichen Nutzen übersteigenden Aufwand in die bestehenden Verfahrensordnungen integrieren.

¹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1.

c) Verfahrensrechtliche Konvergenz zwischen den Behörden der Mitgliedsstaaten

Einen Schwerpunkt des Werkes bildet das sich daran anschließende Kapitel zur verfahrensrechtlichen Konvergenz innerhalb des europäischen Wettbewerbsnetzwerkes (S. 107 ff.). Dieses gliedert sich wiederum in Ausführungen zu den unterschiedlichen Ausgangspunkten für eine verfahrensrechtliche Konvergenz sowie der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie als deren Grenze (S. 142 ff.).

Gegenstand der Ausführungen zur „Konvergenz aufgrund einer Verpflichtung durch den Richtlinien-Vorschlag der Kommission“ ist der Entwurf der zwischenzeitlich am 11.12.2018 verabschiedeten ECN+-Richtlinie.² Zunächst konsentiert der Verfasser, dass mit dem Instrument einer Richtlinie zur Umsetzung der durch die EU Kommission für erforderlich gehaltenen Angleichung wegen der Hybridisierung des Kartellrechts die richtige Wahl getroffen worden sei (S. 119). Insbesondere könnten die Ziele der Richtlinie, die auf die Art.103, 114 AEUV gestützt wurde, nicht voneinander getrennt werden (S. 122). Darüber hinaus stellt der Verfasser fest, dass die Mitgliedsstaaten weiterhin die Möglichkeit hätten, höhere Standards festzusetzen (S. 124). Leider geht er auf die Auswirkungen, die von solchen höheren Standards bzw. intensiveren Instrumenten ausgehen können, nicht näher ein. Auch bei diesen besteht die Möglichkeit bzw. Gefahr, dass sie sich auf eine inkohärente Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auswirken.

Aus Sicht des Verfassers erscheint die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie für die verfahrensrechtliche Konvergenz als besonderer Hinderungsgrund, dem er jedoch im Rahmen des ECN lediglich eine untergeordnete Bedeutung beimisst (S. 142 f.). Gerade diese gewährleistet jedoch eine ausreichende Legitimation für die Verhängung von Kriminalstrafen für kartellrechtswidriges Unrecht. Bei der intensiveren Betrachtung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie geht der Verfasser eingehend auf die Regelungsvorschrift des Art. 5 VO 1/2003 ein (S. 147 ff.). Mit dem Wechsel zum System der Legalausnahme bedurfte es bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung einer parallelen Verantwortlichkeit nationaler Kartellbehörden, um die Europäische Kommission bei der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts zu entlasten. Hinsichtlich der Frage, ob Art. 5 S. 2 Spiegelstrich 4 VO 1/2003 eine zugunsten der nationalen Kartellbehörden unmittelbar anwendbare Ermächtigungsgrundlage für die Verhängung eines Bußgelds darstellt, bestätigt der BGH – wenn auch nicht ausdrücklich und aus anderen Gründen – die Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten, indem er in der Vorschrift der Verordnung keine Ermächtigungsgrundlage zugunsten des Bundeskartellamtes sieht.³

Der Verfasser sucht diese Auslegung dadurch zu relativieren („faktischer Konvergenzdruck“), dass der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 35 VO 1/2003 dazu angehalten sei, die deutschen Kartellbehörden mit Instrumenten auszustatten, mit denen sie die Bestimmungen der VO 1/2003 wirksam anwenden können (S. 151). Ein noch höherer Grad an Konvergenz innerhalb der dezentralen Durchsetzung könnte indessen erreicht werden, wenn sich die nationalen Kartellbehörden auf eine gemeinsame Ermächtigungsgrundlage stützen könnten. Zuzugeben ist allerdings, dass dem europäischen Normgeber wohl die erforderliche Kompetenz für die Einführung einer gemeinsamen Ermächtigungsgrundlage fehlen dürfte. Im Übrigen gelte jedoch, dass divergierende Sanktionssysteme nur dann gerechtfertigt seien, wenn das zu verfolgende Ziel einer effektiven und effizienten Durchsetzung nicht gefährdet würde (S. 151 f.).

3. Besonderer Teil

Im besonderen Teil der Arbeit werden die grundlegenden Strukturelemente des europäischen (S. 162 ff.) und des deutschen Kartellsanktionsverfahrens (S. 223 ff.) dargelegt. Im Nachgang fasst der Verfasser in einem Schlussteil die wesentlichen Ergebnisse thesenartig zusammen (S. 311 ff.).

² Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts; ABl. L 11/3.

³ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – KRB 47/13 – *Silostellgebühren*, BGHSt 60, 121 = NJW 2015, 2198.

a) Grundlegende Strukturelemente des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens

Die Ausführungen zu den grundlegenden Strukturelementen des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens haben eher deskriptiven Charakter, die jedoch für die Darstellung und der Untermauerung des nachfolgenden Lösungsvorschlages des Verfassers unerlässlich sind.

Bei der Skizzierung des deutschen Kartellsanktionsverfahrens hebt der Verfasser dessen Zweispurigkeit hervor, wobei zwischen dem förmlichen Kartellverwaltungsverfahren und dem Kartellsanktionsverfahren zu differenzieren ist. In Bezug auf das förmliche Kartellverwaltungsverfahren stellt der Verfasser seit der 8. GWB-Novelle eine Angleichung der verfahrensrechtlichen Vorschriften an die Vorgaben der VO 1/2003 fest (S. 228). Diese wird teilweise durch Leitlinien, beispielsweise im Rahmen der Bemessung einer Kartellsanktion (S. 230 ff.), erreicht.

Lediglich die Möglichkeit deutscher Kartellbehörden nach § 32 Abs. 2a GWB die Rückerstattung kartellrechtswidriger Vorteile anzuordnen, gehe nach überzeugender Ansicht über den Regelungsgehalt des Art. 7 VO 1/2003 GWB hinaus (S. 225). Eine Untersuchung der Auswirkungen auf das Ziel der Verfahrenskonvergenz dieser „überschießenden“ Regelung hätte möglicherweise weiteren Aufschluss – gerade vor dem Hintergrund der auch vom Verfasser festgestellten, zunehmenden Hybridisierung des Kartellrechts gegeben, die aber wohl die Grenzen des vorliegenden Werkes gesprengt hätte.

b) Lösungsvorschlag

Aufgrund der innerhalb der Strukturelemente des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens diagnostizierten Divergenzen schlägt der Verfasser die Einführung eines Kartellverfahrensrechts *sui generis* für juristische Personen und damit gleichzeitig vor, das deutsche Kartellsanktionsrecht aus dem Gefüge des tradierten Ordnungswidrigkeitenrechts herauszulösen und in eine verwaltungsrechtlich ausgerichtete Wirtschaftsaufsicht einzubetten (S. 306 f.). Eine solche Aufteilung von Verfahren gegen juristische Personen einerseits und gegen natürliche Personen andererseits hätte den Vorteil, dass Verfahren gegen juristische Personen nach den europäischen Grundsätzen geführt werden könnten, ohne solche Verfahrensgarantien zu verletzen, auf welche sich natürliche Personen berufen können (S. 308 f.). Diesem Ansatz muss allerdings entgegen gehalten werden, dass eine solche Aufteilung mit einer – wie der Verfasser bereits selbst erkennt – möglichen Rechtszersplitterung einhergehen würde. Diese hätte darüber hinaus zur Folge, dass zusätzlich ein erhebliches Maß an Ressourcen erforderlich und damit der Grundsatz der Verfahrensökonomie empfindlich betroffen würde. Eine zu lange Verfahrensdauer würde das Vertrauen in Kartellsanktionsverfahren erschüttern. Zur Untermauerung seines Vorschlages zieht der Verfasser zudem einen Vergleich zum niederländischen Kartellverfahrensrecht (S. 309 f.), welches in Folge der Entkriminalisierung des Kartellrechts sog. Verwaltungsanktionen kennt. Bei diesen könne man zwischen bestrafenden und wiederherstellenden Sanktionen unterscheiden, die ihre Grenzen entsprechend dem europäischen Kartellsanktionsrecht in Art. 47 und 48 GRC und Art. 6 und 7 EMRK fänden (S. 310).

Eine weitere Grenze findet dieser Vorschlag wohl im deutschen Verfassungsrecht, bei welchem sich das Gebot aus Art. 92 GG, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, auch an den Gesetzgeber richtet, der traditionelle Kernbereiche der Rechtsprechung, nämlich die bürgerliche Rechtspflege und die Strafgerichtsbarkeit, nicht entziehen kann.⁴ Es erscheint zumindest fraglich, ob aufgrund des derzeit herrschenden Zeitgeistes die Möglichkeit besteht, das Kartellsanktionsrecht aus dem traditionellen Kernbereich herauszulösen.

III. Zusammenfassung

Dem Verfasser gelingt mit dem Werk eine präzise und umfassende Betrachtung des Kartellsanktionsrechts innerhalb der Europäischen Union. Durch die umfassenden Darstellungen des allgemeinen Teils gibt der Verfasser dem Werk seinen nötigen Kontext, um ein Verständnis für die zu Tage tretenden Konflikte zu ermöglichen. Es gelingt dem Verfasser den

⁴ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967 – 2 BvR 375, 53/60 und 18/65, BVerfGE 22, 49 (77 f.).

Status quo einschließlich bestehender relevanter Spannungsfelder zu skizzieren. Insbesondere arbeitet er die Besonderheiten des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens heraus, sodass eine anschauliche Darstellung der wesentlichen Unterschiede und Probleme, insbesondere bei der behördlichen Kooperation bzw. der Fallverteilung, gelingt, die einen Konvergenzprozess hemmen. Die Darstellungen der unterschiedlichen Elemente des deutschen und europäischen Kartellverfahrensrechts legen anschaulich die bestehenden Konfliktfelder frei. Es gelingt dem Verfasser, aus diesen Darstellungen abstrakte Voraussetzungen abzuleiten, die für den weiteren Konvergenzprozess von wesentlicher Bedeutung sein werden.

Compliance

Rechtsanwalt Daniel Sandmann, E.-M.B.L (HSG), München

Jan-Philipp Redder „Der verfassungsrechtliche Schutz von Whistleblowern“

Duncker & Humblot, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1418, Berlin 2020, 276 S., 71,90 Euro.

I. Einleitung

Whistleblower haben in den vergangenen Jahrzehnten bei der Aufdeckung aller Arten von Missständen eine große Rolle gespielt. Auch bei den schlagzeilenträchtigen Themen der jüngsten Vergangenheit wie dem Umgang der Trump-Administration mit internen Warnungen vor der COVID19-Pandemie oder dem Fall Wirecard AG haben Hinweisgeber nach Medienberichten frühzeitig auf Handlungsbedarf hingewiesen, ohne dass angemessene Maßnahmen zeitnah umgesetzt wurden. Die Folgen für diese Hinweisgeber sind sehr unterschiedlich, nur selten jedoch positiv. Blickt man auf andere Rechtsordnungen, sind rechtlichen Gegebenheiten zum Schutz oder gar der Förderung von Whistleblowern vielgestaltig und in verschiedenen Reifephasen. Das Spektrum reicht von rudimentären Regelungen und geringem Schutz bis zu umfassenden finanziellen Anreizen und einer Rechtsprechung mit Konkretisierungen von Benachteiligungsverboten. Zur Gewährleistung eines Mindestschutzes im Europäischen Wirtschaftsraum hat die europäische Gesetzgebung durch die Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und Rates vom 23. Oktober 2019) die Mitgliedstaaten zu entsprechenden legislativen Maßnahmen verpflichtet. In welchem Ausmaß dem Schutz des Whistleblowers auch durch das deutsche Verfassungsrecht Rechnung getragen wird, betrachtet das hier besprochene Werk, zugleich Dissertation des Autors an der Bucerus Law School.

II. Gang der Untersuchung und Inhalte

Der Autor widmet sich kurz den definitorischen Fragestellungen einer passgenauen Übersetzung und der Frage der Abgrenzung zwischen „Whistleblowing“ und „Denunziation“. Auch eine erste Differenzierung zwischen privaten Sektor und öffentlichem Dienst wird bereits in der Einleitung vorgenommen, die auch bald zwischen internem und externem Whistleblowing unterscheidet. Als Praxisfälle analysiert der Verfasser dann die Aufarbeitung der Fälle *Werner Pättsch* (Aufdeckung eines Abhörskandals beim Bundesamt für Verfassungsschutz, vergl. BGH, 08.11.1965 - 8 StE 1/65), *Edward Snowden* (Abhörskandal NSA) und *Brigitte Heinisch* (Missstände im Pflegeheim der Vivantes GmbH, EGMR, 21.07.2011 - 28274/08).

Zu den folgenden Ausführungen der Grundrechtsaspekte des Whistleblowings beginnt der Autor mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und einer umfassenden Darstellung zur Meinungsfreiheit, die für das Thema Whistleblowing von entscheidender Bedeutung sind. Dies beginnt mit dem grundsätzlichen Schutz der Hinweisgeber durch die Meinungsfreiheit. Der Autor stuft - mit der Rechtsprechung - nichtanonyme Hinweise auf Missstände als Meinungsäußerungen ein und geht dabei von einer förderungswürdigen Motivation der Hinweisgeber aus. Hinsicht-

lich der anonymen Hinweisgeber wird die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zum Anlass für eine Darstellung einer Kontroverse genutzt, in der der Autor für die Anwendbarkeit des Grundrechts auf Meinungsfreiheit auch für die anonym ergehenden Meldungen argumentiert. Die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG wird ebenfalls angerissen, wegen geringer Trennschärfe zur Meinungsfreiheit jedoch sehr übersichtlich abgehandelt.

Für die zumeist nicht im Kern der Diskussionen um den verfassungsrechtlichen Schutz der Whistleblower stehenden Aspekte enthält die Arbeit von Redder jedoch neue Facetten. So wird die Informationsweitergabe an die Medien im Lichte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG betrachtet – wobei der Einbezug in den Schutzbereich dem Whistleblower in den klassischen Fällen der Informationsweitergabe demnach versagt bliebe. Art. 17 GG lässt die Einbeziehung der Meldung oder der Strafanzeige eines Whistleblowers in den Schutzbereich des Petitionsrechts zu. Neben weiteren grundrechtlichen Aspekten beschäftigt sich das Werk im Folgenden mit den vergleichbaren Rechten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte und der EU-Grundrechtecharta

In einem dritten Teil widmet sich der Verfasser den Fragen um die Zulässigkeit internen Whistleblowings. Er unterscheidet hier zwischen „privatem Sektor“ und „öffentlichem Dienst“. Der „private Sektor“ wird meist synonym mit privatrechtlich verfassten Wirtschaftsunternehmen benutzt. Hinsichtlich des privaten Sektors werden die Varianten Recht zum internen Whistleblowing und Pflicht, zunächst intern zu berichten, unterschieden und diskutiert. Es wird dabei genau ausdifferenziert und unterschiedliche Anlässe und Empfänger der Hinweise unterschieden. Keine Variante wird als in jedem Fall unzulässig angesehen. Für den öffentlichen Dienst beleuchtet das Werk sowohl Beamte, als auch Arbeitnehmer. Während für Arbeitnehmer hier eine weitgehende Vergleichbarkeit mit der Rechtslage im privaten Sektor festgestellt wird, sieht der Verfasser für Beamte einer Pflicht zumindest zum internen Whistleblowing, mit Einschränkungen u.a. durch das Mäßigungsgebot.

Im folgenden Teil zur Zulässigkeit des externen Meldens besteht ein deutlicher Schwerpunkt der Arbeit. Der Autor teilt grundsätzliche Gedanken mit und plädiert für eine Konstellationsdifferenzierung, bei der die verschiedenen Aspekte wie etwa die interne Berichtsmöglichkeit, die Inhalte einer Meldung und deren Empfänger im Rahmen der Einzelfallbetrachtung gewürdigt werden müssen, um zu verfassungskonformen Wertungen zu gelangen. In der Darstellung der Rechtslage *de lege lata* werden zunächst bekannte Kodifizierungen – am Beispiel des Arbeitsschutzgesetzes – angesprochen, sodann direkt die Möglichkeiten der Einschränkungen der Grundrechte von Whistleblowern aufgrund legitimer Zwecke dargestellt. Die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Abwägungen bei der Prüfung von Einschränkungen der Grundrechte aufgrund oder durch Gesetze seien im Rahmen der Angemessenheitsprüfung eingehend zu betrachten und im Rahmen der praktischen Konkordanz zu würdigen. In der Folge sieht es der Autor als wesentliches Ziel, derartige Abwägungskriterien herauszuarbeiten, die für die Bestimmung der Schranken-Schranken essenziell sind. Neben den Abwägungen gegen deutsche Verfassungsgüter stellt die Arbeit auch hier auf die kodifizierten Menschenrechte ab, beginnend mit der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK. Die Stellung der EMRK im Verfassungssystem der BRD und deren Anwendung durch deutsche Gerichte bilden den Ausgangspunkt für die Darlegungen zur Berücksichtigung der EMRK durch die Verfassungsorgane der Bundesrepublik. Auch hier wird wieder auf die Rechtsprechung im Fall „Brigitte Heinish“, aber auch im Falle „Guja“ Bezug genommen. Hier wird auch nochmals auf die Auslegungen des EGMR, was unter „Whistleblowing“ zu verstehen sein, Bezug genommen. Dabei kommt es durchaus zu Konstellationen, in denen die Meldenden keinen Whistleblower-Schutz genießen, weil die Motivation aus primär eigennützigen Absichten bestand. Die in diesen Fällen wesentlichen Kriterien des EGMR bei der Abwägung sind demnach: die Priorität interner Meldungen, das öffentliche Interesse an den Inhalten, die Authentizität der Informationen, etwaige negative Auswirkungen des Whistleblowings sowie Motivation und Strafen für die meldende Person, wobei sich der EGMR gerade nicht auf einen Katalog von Kriterien festlegt.

Auch mit Geheimhaltungspflichten und deren Durchbrechung setzt sich das Werk auseinander. Dies gilt insbesondere für die Thematik „Geheimhaltung von Illegalität“, bei der wiederum Abwägungen von Schutzgütern wie Leben und Gesundheit natürlicher Personen, aber auch staatliche Geheimhaltungsinteressen oder Marktdurchsetzungsaspekte angesprochen werden.

Zu der Zulässigkeit des externen Whistleblowings im öffentlichen Dienst wird zwischen verschiedenen Fallkonstellationen unterschieden, beginnend mit der Meldung an zuständige externe staatliche Stellen, an die breite Öffentlichkeit, trotz erfolgreicher interner Abhilfe, bei Irrtum über Missstände sowie bei Hinweisen an einzelne Personen.

Der Förderung von Whistleblowern durch finanzielle Anreizsysteme ist ein weiterer Abschnitt gewidmet. Während die Etablierung von Anreizsystemen hier grundsätzlich als wünschenswert und auch verfassungsrechtlich zulässig erachtet wird, wird gleichzeitig für die Fälle unzulässiger Informationsbeschaffung (rekurrierend auf die „Steuer-CD-ROM“-Fälle) für entsprechende Beschränkungen plädiert.

Aus den verschiedenen Falllagen und Konstellationen kondensiert das Werk Grundsätze, die zu jeweils angemessenen Interessenabwägungen beitragen sollen. Dabei wird das Verfassungsrecht für praktische Lebenssachverhalte anwendbar gemacht und die Anwendung des Verfassungsrechts für diese rechtsstaatlich herausfordernde Thematik vereinfacht.

III. Zusammenfassung

Während Whistleblowing über Jahrzehnte als Transplantat aus anderen Rechtsordnungen angesehen wurde, so hat sich doch die Einsicht durchgesetzt, dass der gesellschaftliche und rechtspolitische Nutzen überwiegt. Dennoch zeigt die Evidenz der großen, medial aufbereiteten Fälle, aber auch die Einsichten des Praktikers im Alltag von Unternehmen und öffentlichen Institutionen, dass der Umgang und Schutz von meldenden Personen gestärkt und geregelt werden muss. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen bieten dafür den wirksamsten Rahmen. In seiner hier vorgelegten Studie arbeitet der Autor diese strukturiert und pointiert ab und kommt zu sinnvollen Abwägungskriterien sowohl für den öffentlichen als auch den privaten Sektor und für interne und externe Meldungen. Im Vordergrund stehen dabei stets die Betrachtungen der Motivationen und der verschiedenen Varianten des Whistleblowings. Die Frage, vor welchen Konsequenzen genau geschützt werden soll, steht hintenan. Dabei können diese in der Wirklichkeit von rechtsförmlichen Folgen wie Straf-, Arbeitsrechts- oder Zivilverfahren, Disziplinarmaßnahmen, aber auch den subtileren Maßnahmen wie Benachteiligungen bei Bonuszuteilungen, Beförderungen etc. führen, zu denen die Grundrechtsrelevanz als Korrektiv wirken könnte.

Wir können erwarten und hoffen, dass diese Gedanken in der ein- oder anderen Gerichtsentscheidung zitiert werden. Es bleiben jedoch auch Bereiche unbeleuchtet, in denen das Verfassungsrecht besonders gefordert – und manchmal auch strapaziert – wird und in denen bekannte Fälle den Schutz von Whistleblowern als evidente Notwendigkeit erwarten lassen. Dies gilt etwa im Wehrrecht oder für den Strafvollzug. Auch sind die Grenzziehungen zwischen den Sektoren nicht immer so eindeutig, wie es die Definitionen hier erscheinen lassen – Edward Snowden war als Mitarbeiter eines privaten Beratungsunternehmens bei der NSA eingesetzt, viele öffentliche-rechtliche Institutionen bedienen sich Beliehener oder vollkommen privatrechtlich organisierter Erfüllungsgehilfen, Berater etc. Dies ändert jedoch nichts an dem Mehrwert, den die Rezipienten aus diesem Band ziehen werden. Dieser Mehrwert geht zurück auf die umfassende und sorgfältige Recherche und Analyse des Verfassers, auf Grundlage derer Redder hilfreiche Kriterien für die Justiz, aber auch Praktiker im Unternehmen entwickelt.

Internationales Strafrecht

Rechtsanwalt Maximilian Klefenz, Köln

Fabian Stam: Strafverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz

Duncker & Humblot (Schriften zum Strafrecht, Bd. 264), Berlin 2014, 161 Seiten, 62,90 Euro

Das vorliegende Werk wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Jahr 2014 als Dissertation angenommen.

I.

Seit den 1990er Jahren engagiert sich die Bundeswehr dauerhaft und teils langjährig in Auslandseinsätzen. Zuvor hatte es nur humanitäre Hilfseinsätze durch die Bundeswehr gegeben. Im Kalten Krieg waren deutsche Streitkräfte einzig zur militärischen Abschreckung sowie zur Landes- und Bündnisverteidigung aufgestellt. Zeitgleich mit dem Ende des Kalten Krieges sollte sich die Bundeswehr jedoch auch an bewaffneten Friedensmissionen in Krisengebieten beteiligen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die – was zuvor rechtlich umstritten war – Beteiligung deutscher Streitkräfte an Auslandseinsätzen im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit 1994 für zulässig (BVerfGE 90, 286 ff.).

Mit der steigenden Zahl der Auslandseinsätze der Bundeswehr erlangt auch die Frage nach der Strafverfolgung der von Soldaten im Ausland begangenen Straftaten vermehrt Bedeutung. Laut einer Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Kempten, die seit dem Inkrafttreten des § 11a StPO zum 01.04.2013 auch für die Verfolgung von Straftaten, welche von Soldaten der Bundeswehr in besonderer Auslandsverwendung außerhalb des Geltungsberichts der Strafprozessordnung begangen wurden, zuständig ist, wurde dort von 2013 bis einschließlich 2017 in 67 Fällen gegen Soldaten ermittelt, die Straftaten im Auslandseinsatz begangen haben sollen. Ermittlungen durch den GBA gegen Bundeswehrangehörige wegen Straftaten nach dem VStGB sind von dieser Zahl nicht umfasst. Die Bundeswehr befindet sich auch derzeit mit Soldaten in mehreren Auslandseinsätzen. Das Thema des vorliegenden Werks ist somit von aktueller praktischer Relevanz.

II.

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Zunächst stellt der Autor die derzeitige tatsächliche und rechtliche Situation bei der Verfolgung von Straftaten, die Soldaten der Bundeswehr bei Einsätzen im Ausland begangen haben (sollen), dar und bewertet die Befunde. Sodann sucht Stam nach gesetzgeberischen Lösungsmöglichkeiten für die aufgeworfenen und noch ungelösten Fragen. Nach einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung des Inhalts der Arbeit wartet diese mit Gesetzgebungsvorschlägen auf. Im Einzelnen:

1.

Im ersten Kapitel des ersten Teils stellt *Stam* die Frage der Anwendbarkeit des deutschen materiellen Strafrechts auf Auslandstaten von Bundeswehrsoldaten. De lege lata wird dies bejaht. Nach der Regelung des Wehrstrafgesetzes (§ 1a Abs. 2 WStG) gelte das deutsche Strafrecht für Bundeswehrsoldaten auch im Auslandseinsatz. Dies sogar unabhängig davon, ob die Tat auch im Aufenthaltsstaat mit Strafe bedroht sei. Insofern ergebe sich ein Unterschied zu Deutschen, die sich nicht als Soldaten oder Amtsträger im Ausland befänden. Es sei daher fraglich, warum es für Soldaten im Auslandseinsatz am Erfordernis der Tatortstrafbarkeit fehle. *Stam* zeigt zunächst auf, dass sich eine teilweise Begründung aus dem Grundgesetz ergebe. Aus der Werteordnung der Grundrechte folge die Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern auch vor Beeinträchtigungen Dritter. Jedenfalls sei der Staat dazu verpflichtet, zum Schutz des Lebens gewisse Handlungen unter Strafe zu stellen. Wenn der Staat aber verpflichtet sei, diesen Mindestschutz im Hinblick auf Handlungen von Privaten zu gewährleisten, müsse dies erst recht hinsichtlich rechtswidriger, in Ausübung eines Amtes erfolgter Übergriffe eines Hoheitsträgers in das Recht auf Leben gelten. Es bestehe folglich eine diesbezügliche Pönalisierungspflicht. *Stam* geht zudem von einer aus Art. 1 Abs. 3 GG folgenden, alle Staatsgewalt bindenden, umfassenden Grundrechtsbindung aus. Es komme für den Grundrechtsschutz nicht darauf an, wo der deutsche Staat handele, sondern ob. Folglich unterliege die Pönalisierungspflicht keiner territorialen Beschränkung. Das WStG gehe jedoch über den zuvor skizzierten verfassungsrechtlichen Mindeststandard hinaus und dehne die gesamte Strafrechtsordnung auf Handlungen im Ausland aus. Dies sei, so *Stam*, verfassungsrechtlich zumindest nicht zwingend. Der Autor zeigt die unterschiedlichen Begründungsansätze für die umfassende Erstreckung deutscher Strafgewalt auf Auslandstaten und den Verzicht der Tatortstrafbarkeit auf und argumentiert sodann, es sei

überzeugender, die Erstreckung der Strafgewalt mit der besonderen Loyalitätspflicht der Soldaten gegenüber der Bundesrepublik und der Gefahr eines Vertrauensverlustes in der Gesellschaft zu begründen. Nichts anderes gelte grundsätzlich, wenn Straftaten im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen würden. Das deutsche Strafrecht sei gemäß § 1a Abs. 2 WStG anwendbar. Die gegenteilige Ansicht, nach welcher im bewaffneten Konflikt ausschließlich das VStGB und nicht das StGB anwendbar sei, überzeuge nicht, so *Stam*, da diese dem Wortlaut des WStG widerspreche, die verfassungsrechtliche Pönalisierungspflicht missachte und zu widersprüchlichen Ergebnissen führe. Der Autor resümiert, es sei somit eine hohe strafrechtliche Kontrolldichte des Handelns von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz gegeben, da das deutsche Strafrecht vollumfänglich anwendbar sei.

2.

Im zweiten Kapitel des ersten Teils untersucht *Stam* die Verfolgungspflicht von Auslandsstraf­taten durch Bundeswehrangehörige vor dem Hintergrund des Grundgesetzes, der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Völkergewohnheitsrecht. Hinsichtlich einer verfassungsrechtlichen Verfolgungspflicht fragt *Stam*, ob die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch § 153c StPO, wonach die Staatsanwaltschaft für bestimmte Auslandstaten von der Verfolgung absehen kann, auch zulässig sei, wenn die Rechtsgutsverletzung von einem Soldaten als deutschem Hoheitsträger begangen wurde. Wo die Pönalisierungspflicht bestehe, müsse der entsprechende Strafanspruch auch prozessual durchgesetzt werden. Auch aus der Rechtsprechung des EGMR folge, dass aus dem Recht auf Leben und dem Folterverbot der EMRK geschlossen werden kann, dass Verstöße gegen diese Rechte, auch im Rahmen von bewaffneten Konflikten, verfolgt werden müssten, insbesondere wenn sie durch Amtsträger begangen worden seien. Die erforderlichen Ermittlungen seien nach dem EGMR so auszugestalten, dass sie zur Feststellung der Recht- oder Unrechtmäßigkeit der Handlung und zur Identifizierung und Bestrafung der Verantwortlichen führen können. Dass diese Verpflichtungen auch für extraterritoriales Handeln gelte, ergebe sich aus Art. 1 EMRK. Eine Verfolgungspflicht ergebe sich zudem auch nach Völkergewohnheitsrecht. Der Autor verweist hier u.a. auf die vier Genfer Konventionen oder die völkerrechtliche Anerkennung der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Aufgrund dieser herausgearbeiteten Ermittlungspflichten plädiert *Stam* dafür, dass das Ermessen der Staatsanwaltschaft bei der Anwendung des § 153c Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StPO beim Verdacht gegen Bundeswehrsoldaten wegen eines Tötungsdelikts, Folter oder eines Verstoßes gegen das humanitäre Völkerrecht im Auslandseinsatz auf Null reduziert sei, was zur Folge habe, dass eine Verfolgungspflicht bestünde. Für andere Straftaten verbleibe es bei der Opportunitätsregelung.

3.

Nach Bejahung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts und einer teilweisen Verfolgungspflicht untersucht *Stam* im dritten Kapitel des ersten Teils die Frage der Verfolgungszuständigkeit. Der Autor erläutert, dass sich diese in erster Linie nach den §§ 7 – 13a StPO i.V.m. § 143 Abs. 1 GVG richte. Vor der Einführung des § 11a StPO im Jahr 2013 sei dies in den meisten Fällen auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes nach § 8 StPO hinausgelaufen. Bis zur Einführung des § 11a StPO habe die Staatsanwaltschaft Potsdam eine „Eilzuständigkeit“ angenommen, die zwischen den Generalstaatsanwälten der Länder vereinbart gewesen sei. Durch die Einführung des § 11a StPO sei nunmehr eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft Kempen für die Verfolgung von Straftaten von Bundeswehrsoldaten während einer besonderen Auslandsverwendung (zusätzlich zur Staatsanwaltschaft am letzten inländischen Standort) begründet. Der Autor beleuchtet dabei die Entstehungsgeschichte der Norm und führt aus, diese sei überwiegend Kritik ausgesetzt gewesen. Hauptkritikpunkt sei dabei der (möglicherweise) mangelnde Bedarf für eine Zentralisierung der Strafverfolgung gewesen. Darüber hinaus habe es verfassungsrechtlich und historisch (Stichwort Wehrmachtsjustiz) begründete Einwände gegeben. Die Einwände überzeugen den Autor nicht. *Stam* sieht vielmehr zwei andere Probleme und führt überzeugend aus, dass es sich als problematisch erweise, dass neben § 11a StPO weitere Gerichtsstände, vor allem der des Wohnorts, bestünden. Denn das diesbezügliche Wahlrecht der Staatsanwaltschaft (§ 12 StPO) verstoße gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Ferner sei es problematisch, dass der Wortlaut des § 11a StPO („besondere Auslandsverwendung“) bestimmte Auslandseinsätze von der Zuständigkeit ausnehme, obwohl dies nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sei.

Der Autor setzt sich zudem kontrovers und im Ergebnis ablehnend mit der Annahme der eigenen Verfolgungszuständigkeit durch den Generalbundesanwalt (GBA) für alle Fälle, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen worden sind, auseinander. Zwar sei gemäß § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG i.V.m. § 142a Abs. 1 GVG der GBA zuständig für die Verfolgung „bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“. Der GBA vertrete dabei die Auffassung, diese Verfolgungszuständigkeit setze lediglich voraus, dass *„der Anwendungsbereich des VStGB eröffnet ist“*; nicht erforderlich sei, dass *„eine Strafbarkeit nach dem VStGB gegeben ist“*. Der Anwendungsbereich sei eröffnet, wenn *„der Zusammenhang der Tat mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt“* festgestellt werden könne, so der GBA. *Stam* argumentiert jedoch, diese Annahme seiner umfassenden Verfolgungszuständigkeit durch den GBA für sämtliche Straftaten, die in einem bewaffneten Konflikt begangen wurden, könne weder aus der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut oder der Systematik gefolgert werden. Die Ausführungen hierzu überzeugen. Dass es sich dabei nicht um ein rein akademisches Problem handelt, zeigt sich bereits daran, dass die unrechtmäßige Annahme der eigenen Zuständigkeit durch den GBA oder ein OLG ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis begründet (BGHSt 46, 238).

4.

Im letzten Kapitel des ersten Teils setzt sich *Stam* u.a. mit der derzeitigen Ermittlungsarbeit und folglich vorrangig mit den praktischen Problemen der seinem Werk zugrundeliegenden Fragestellung auseinander. Dabei legt *Stam* zunächst dar, dass der Geltungsbereich der StPO auf das Bundesgebiet begrenzt sei und es den Strafverfolgungsbehörden deshalb nach derzeitiger Rechtslage bereits nicht möglich sei, im Ausland tätig zu werden. Zudem sei es völker(gewohnheits)rechtlich aufgrund des Souveränitätsgrundsatzes grundsätzlich nicht möglich, Hoheitsakte jeder Art auf fremdem Staatsgebiet auszuüben (außer der andere Staat gestatte dies). Zwar gebe es Truppenstationierungsabkommen, diese erlauben jedoch regelmäßig nur Ermittlungen durch Militärangehörige im Einsatzland. Bei den deutschen Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen) handle es sich jedoch um zivile Behörden.

Die derzeitige Behelfspraxis sehe aufgrund dieser Problematik in der Regel so aus, dass die Beweisaufnahme von Angehörigen der Bundeswehr vor Ort durchgeführt werde. Es werde dabei davon ausgegangen, dass eine Straftat im Dienst durch einen Soldaten gegen § 17 Abs. 2 SG verstoße und ein Dienstvergehen darstelle. Dies gelte regelmäßig auch bei Straftaten außer Dienst. Erfahre der Disziplinarvorgesetzte von Tatsachen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, so habe dieser den Sachverhalt durch die erforderlichen Ermittlungen aufzuklären. Dabei habe der Dienstvorgesetzte sowohl die be- als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln und es gelte das Legalitätsprinzip. Der Dienstvorgesetzte sei ferner bei „besonders schweren Straftaten“ zur Abgabe seiner Ermittlungsergebnisse an die Staatsanwaltschaft verpflichtet (§ 33 Abs. 3 S. 1 WDO). Die Einzelheiten regele der sogenannte „Abgabeerlass“.

Stam beleuchtet sodann weiter die übliche Praxis der Durchführung der Ermittlungen durch den Rechtsberater des Kommandeurs, der von den Feldjägern unterstützt werde und die Bedenklichkeit dieses Vorgehens vor dem Hintergrund der vom EGMR statuierten Pflicht, unabhängige Ermittlungen durchzuführen.

Höchst problematisch erscheint außerdem der von *Stam* beschriebene Konflikt zwischen Selbstbelastungsfreiheit und Wahrheitspflicht. Denn die Vernehmung des Beschuldigten erfolge durch einen Vorgesetzten des jeweiligen Soldaten. Diesem gegenüber sei ein Soldat jedoch nach § 13 Abs. 1 SG zur Wahrheit verpflichtet, da er nach der Norm in dienstlichen Angelegenheiten die Wahrheit sagen müsse und dazu gehöre auch, dass er vollständig über alles, was dienstlich relevant sein kann, Auskunft geben müsse. Demgegenüber stehe der verfassungsrechtlich verbürgte, rechtsstaatlich fundamentale Grundsatz, dass niemand gezwungen werden dürfe, im Strafverfahren an der eigenen Überführung mitzuwirken. *Stam* erläutert sodann, dass es dem Soldaten im Disziplinarverfahren zwar freistehe auszusagen; sollte er jedoch aussagen, müsse dies der Wahrheit entsprechen.

Der Autor geht sodann der Frage nach, ob ein Verwertungsverbot für die Angaben des Soldaten besteht. Ein Verwertungsverbot aus § 136a Abs. 1 S. 3, Abs. 3 S. 2 StPO lehnt *Stam* jedoch ab, da es sich bei der Vernehmung im Disziplinarverfahren nicht um eine strafpro-

zessuale Vernehmung handele. *Stam* geht davon aus, ein strafprozessuales Verwendungsverbot folge unmittelbar aus der Verfassung. In einem zweiten Schritt beschäftigt sich *Stam* mit der Frage der Reichweite eines solchen Verbots und kommt – bei einem Vergleich mit identischen Konfliktlagen, z.B. in der Insolvenz- oder der Abgabenordnung – zum Ergebnis, es bestehe ein umfassendes Verwendungsverbot der Angaben eines Soldaten, die dieser unter der Wahrheitspflicht des § 13 SG getätigt habe. Dies bedeute, dass diese Auskünfte auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen verwendet werden dürften. Auskünfte, die der Soldat jedoch nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein disziplinarrechtliches Auskunftsverweigerungsrecht getätigt habe, unterlägen, so *Stam*, keinem umfassenden Verwendungsverbot, sondern lediglich einem Verwertungsverbot. *Stams* Gedanken überzeugen. Im Strafverfahren findet keine Wahrheitserforschung um jeden Preis statt (BGHSt 14, 358, 365). Ohne die Annahme eines Verwendungs- bzw. Verwertungsverbots läge aufgrund der dienstlichen Wahrheitspflicht eine unzulässige Beeinträchtigung der Selbstbelastungsfreiheit des Soldaten vor. Denn ein Zwang zur Selbstbeichtigung berührt die Menschenwürde des Einzelnen und ist folglich mit einem rechtsstaatlichen Strafverfahren unvereinbar (BVerfGE 56, 37).

5.

Im ersten Kapitel des 2. Teiles der Arbeit skizziert *Stam* sodann einen Lösungsansatz für die aus seiner Sicht bestehenden Probleme, insbesondere im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungen im Ausland. Dabei beleuchtet er die Situation in den Niederlanden und kommt zu dem Ergebnis, dass der dort eingeschlagene Weg, nämlich die Bestellung von Soldaten zu Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, auch in Deutschland gangbar sei. Zunächst betrachtet *Stam* die gerichtsverfassungsrechtliche Zulässigkeit (§ 152 Abs. 1 GVG) eines solchen Vorhabens. Diese wird von ihm unter Verweis auf den offenen Wortlaut der Norm („Ermittlungspersonen“) und systematische Überlegungen im Hinblick auf § 152 Abs. 2 S. 2 GVG bejaht. Dieser Lösungsansatz erscheint *Stam* außerdem auch zweckmäßig, da Feldjäger zum Teil bereits über eine kriminalistische Spezialausbildung und Erfahrungen aufgrund der regelmäßig geführten (disziplinarrechtlichen) Ermittlungen verfügten. Zudem sei zu bedenken, dass auch der Polizeibeamte, der Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft ist, einerseits der Staatsanwaltschaft und damit dem Justizministerium und andererseits seinem Dienstvorgesetzten und damit dem Innenministerium unterstellt sei. Insofern überzeugen die teilweisen Bedenken nicht, so *Stam*. Der Reformvorschlag sei außerdem auch völkerrechtlich zulässig, was sich auch daran zeige, dass das vorgeschlagene Modell im Wesentlichen auch von den Niederlanden praktiziert werde und sich weder im niederländischen Schrifttum oder der Rechtsprechung noch von dritter Seite völkerrechtliche Bedenken gegen diese Ermittlungspraxis vorgebracht worden seien. Zuletzt setzt sich *Stam* mit der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit des von ihm vorgeschlagenen Einsatzes von Soldaten als Ermittlungspersonen vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auseinander. Er kommt zu dem Ergebnis, die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundes zur Bestellung von Soldaten als Ermittlungspersonen ergebe sich kraft Sachzusammenhangs aus Art. 96 Abs. 2 GG. Dort ist die (ungenutzte) Kompetenz des Bundes umschrieben, Wehrstrafgerichte zu errichten, was auch die Kompetenz umfasse, eine eigene Staatsanwaltschaft einzurichten, was sich aus § 151 StPO ergebe. Als „Minus“, weil weniger in die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern eingreifend, müsse folglich auch die Bestellung von Soldaten als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft außerhalb einer Wehrstrafgerichtsbarkeit umfasst sein.

6.

Im zweiten Kapitel des zweiten Teils stellt *Stam* die Frage, ob die Errichtung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit im Sinne des Art. 96 Abs. 2 GG zur Lösung der von ihm geschilderten Probleme besser geeignet wäre, als die Zentralisierung nach § 11a StPO und die Bestellung von Feldjägern als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft. Er skizziert zunächst die Diskussion um die Einführung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit zwischen 1955 und 1991 und setzt sich sodann intensiv mit den neueren Bestrebungen betreffend die Errichtung einer solchen Gerichtsbarkeit auseinander, darunter auch ein Gesetzesentwurf des Deutschen Bundeswehrverbandes aus dem Jahr 2009. Beide Ansätze werden von *Stam* diskutiert und abgelehnt.

7.

Nach einer prägnanten Zusammenfassung seiner Untersuchungsergebnisse der beiden Teile des Werks schließt *Stam* mit konkreten Reformvorschlägen zu den von ihm aufgeworfenen Problemen im Hinblick auf den § 11a StPO und § 152 GVG sowie der Frage der Geltung der StPO im Ausland. Zudem plädiert *Stam* für ein umfassendes Verwendungsverbot bezüglich unter der Wahrheitspflicht des § 13 Abs. 1 SG gegebener Auskünfte, um Soldaten vor zwangsweiser Selbstbelastung zu schützen und schlägt hier entsprechende Regelungen im SG und der WDO vor.

III.

Die Dissertation ist sowohl für den Praktiker, der mit einem Sachverhalt betreffend den Vorwurf einer durch einen Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz begangenen Straftat in Kontakt kommt, als auch für den wissenschaftlich interessierten Leser äußerst lesenswert. Aus praktischer Sicht gilt dies insbesondere vor dem Hintergrund der durchgängig eher knappen verfügbaren Kommentierungen der relevanten Normen (bspw. § 11a StPO oder § 1a Abs. 2 WStG) und der auch ansonsten eher spärlichen Literaturliteraturauswahl. Zudem existiert keine so aktuelle und so umfassende (und trotzdem mit 148 Seiten, exklusive Literaturverzeichnis, nicht überfrachtete) Besprechung der Thematik. Insbesondere überzeugt die Fähigkeit des Autors, sprachlich schnörkellos, prägnant und zügig in die komplexen (auch verfassungs- und völkerrechtlichen) Fragestellungen und Probleme, die dem Werk zugrunde liegen, einzuführen. *Stam* beweist mit dieser Arbeit sowohl hinsichtlich der Beurteilung der aktuellen Rechtslage als auch den Reformvorschlägen, dass er es vermag, das wissenschaftliche Fundament eines Themas griffig aufzuarbeiten sowie zugleich rechtspraktische Herausforderungen treffend zu umschreiben und mögliche Lösungsvorschläge zu entwerfen. Zudem hat sich an der Aktualität der Arbeit seit 2014 nichts geändert, da es seitdem keine Neuregelungen durch den Gesetzgeber gab. Es ist ferner zu konstatieren, dass die Thematik bislang im bisherigen Schrifttum eher „stiefmütterlich“ behandelt worden ist.

Strafvollstreckung und Strafvollzug

Rechtsanwältin Dr. Janika Sievert, LL.M. Eur., Landshut

Detleff Burhoff, Peter Kotz (Hrsg.): Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge

ZAP Verlag, Bonn 2015, 1696 Seiten, 109 Euro

Mit der 1. Auflage 2016 wurde der bekannten und in Verteidigerkreisen geschätzten „Handbuch - Reihe“ von Rechtsanwalt und RiOLG a.D. *Detlef Burhoff* ein 4. Werk hinzugefügt. Wie die vorherigen Handbücher auch, ist das Buch im ZAP Verlag erschienen. Herausgegeben wird es diesmal jedoch nicht alleine von *Detlef Burhoff*, sondern in Zusammenarbeit mit Rechtsanwalt *Dr. Peter Kotz*. Zudem haben sich die beiden Herausgeber Unterstützung von insgesamt 24 Autoren, darunter Rechtsanwälte und Strafverteidiger, Staatsanwälte, Richter und Rechtspfleger geholt.

Herausgekommen ist ein Handbuch, das, soweit ersichtlich, auch vier Jahre nach der Erstauflage immer noch das einzige umfassende Werk zur sogenannten strafrechtlichen Nachsorge darstellt. Dadurch schafft das Werk in vielen Bereichen Abhilfe, in denen man bislang die gewünschten Informationen aus vielen verschiedenen Quellen mühevoll zusammensuchen musste.

Geleitet wird das Handbuch von dem Gedanken, dass der Verteidiger „nicht Vertreter, sondern Beistand des Beschuldigten, der die Rechte des Beschuldigten in allen Verfahrensabschnitten in vollem Umfang zu wahren hat“, sein muss. Dies gilt nach zutreffender Auffassung der Herausgeber aber nicht nur im Ermittlungsverfahren, in der Hauptverhandlung und im Rechtsmittel- und/oder Rechtsbehelfsverfahren - so auch die Titel der bisherigen Handbücher der Reihe - sondern auch in dem Bereich, der „nach dem Urteil kommt“. Gerade

in dieser Situation wenden sich Mandanten oftmals mit nicht alltäglichen Fragen an ihren Verteidiger, die sich um Themen wie z.B. die Datenerfassung im Bundeszentralregister, Fragen der Bewährung oder Reststrafenaussetzung oder auch verwaltungsrechtliche, zivilrechtliche und berufsrechtliche Nebenfolgen drehen.

Das Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge wendet sich in erster Linie, wie auch die drei anderen Bücher der Reihe, an Strafverteidiger und Rechtsanwälte, die in diesem Bereich tätig sein wollen. Es wendet sich aber nach der Intention der Herausgeber auch an Rechtsanwälte, die nicht so häufig mit Strafsachen zu tun haben und darüber hinaus an Richter und Staatsanwälte, die nach praxistauglichen Lösungsansätzen suchen. Die veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung ist bis einschließlich September 2015 berücksichtigt, sodass aus Sicht der Verfasserin dieser Rezension so langsam über eine Neuauflage nachgedacht werden könnte.

Wie aus den anderen Handbüchern der Reihe gewohnt, enthält auch das Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge Praxishilfen, Hinweise für den Verteidiger, die Zusammenfassung eines Abschnittes unter dem Stichwort, „*Das Wichtigste in Kürze*“, Formulierungshilfen in Form von Mustern, die auch als Download bereit gestellt werden, und einige wenige, aber thematisch stets passende und zielführende Literaturhinweise.

Inhaltlich ist das Handbuch in zehn Kapitel gegliedert. In den einzelnen Kapiteln sind die Themen alphabetisch nach Stichworten geordnet. Dies führt mitunter zu Doppelnennungen, deren sich die Herausgeber aber bewusst sind und die bei der Arbeit mit dem Handbuch nicht wirklich stören.

Teil A beschäftigt sich mit Fragen der Bewährung, der Fahrerlaubnis und der Sicherungsverwahrung. *Burhoff* selbst schreibt in diesem Teil A umfassend zu Fragestellungen der Fahrerlaubnis. In der gewohnten *Burhoff*-Qualität kann sich hier der Verteidiger über alle praktisch relevanten Probleme in diesem Bereich informieren; dabei führt *Burhoff* auch eine Rechtsprechungsübersicht über teils unveröffentlichte Entscheidungen auf, die bei der Verteidigungsarbeit hilfreich sein können.

In Teil B wird die Vollstreckung von Strafen und Maßregeln thematisiert. Hier führt zunächst *Dr. Lemke-Küch* umfassend zum Berufsverbot aus. *Nobis* schließt sich mit Ausführungen zum BtM-Verfahren, einer Sonderform des Vollstreckungsaufschubs und der Vollstreckungsunterbrechung für die Gruppe der betäubungsmittelabhängigen Verurteilten an. *Artkämper/Jakobs* behandeln die Thematik sodann umfassend unter dem Stichwort „*Erwachsene, Freiheitsstrafe ohne Bewährung*“. Alle erdenklichen Fragestellungen in diesem Bereich, etwa die Aussetzung der Reststrafe, Strafaufschub oder -unterbrechung, werden hier übersichtlich und immer mit Blick auf die Praxisrelevanz behandelt. Anschließend widmet sich *Hunsmann* den Praxisfragen der Führungsaufsicht. Ebenso werden in diesem Kapitel, diesmal von *Bahr*, die internationale Vollstreckung, die Vollstreckung in Jugendstrafverfahren (*Schimmel*) sowie von *Herrmann* Maßregeln gegen Erwachsene umfassend, aber immer mit Blick auf den Verteidigeralltag abgehandelt.

Der umfangreiche Teil B wird ergänzt durch Teil C mit Ausführungen von *Werning* zum Maßregelvollzug, von *Schmidt-Clarner* zum Strafvollzug bei Erwachsenen und von *Schimmel* zum Strafvollzug bei Jugendlichen. Einen gut gesetzten Schwerpunkt stellen in diesem Kapitel die Rechtsmittel im Strafvollzug dar.

In Teil D werden umfassend von *Noltensmeier* Fragestellungen unter dem Oberbegriff „*Daten*“ abgehandelt. Ein wichtiges Kapitel für jeden Verteidiger, da in jedem Strafverfahren zahlreiche personenbezogene Daten über den Beschuldigten, aber auch Dritte gesammelt und weitergegeben werden. Die Erhebung solcher Informationen stellt stets einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen dar. Die Datengewinnung beschränkt sich dabei nicht nur auf das Ermittlungs- und Hauptverfahren, sondern findet auch im anschließenden Strafvollstreckungsverfahren statt, womit die Behandlung dieser Thematik auch in einem Buch über die strafrechtliche Nachsorge ihre Berechtigung hat. Nicht erst seit Einführung der europäischen Datenschutzgrundverordnung findet sich der Verteidiger mit zahlreichen Fragen des Mandanten zur Datensammlung durch Ermittlungsbehörden konfrontiert. Insgesamt ist aus Sicht der Rezensentin jedoch gerade seit der Diskussion um die Datenschutzgrundverordnung auch bei Betroffenen eines Strafverfahrens eine deutlich gesteigerte Beschäftigung mit der Problematik der Datenerhebung, der Datenweitergabe und der Datenverwendung zu spüren. Auch Fragen der Aufbewahrungs-

fristen, der Datenlöschung und den damit einhergehenden Fragen der datenschutzrechtlichen Vorschriften nach Bundes- und Landesrecht sowie diesbezüglicher Rechtsschutzmöglichkeiten werden hier praxisorientiert und übersichtlich abgehandelt. Aus diesem Grund empfiehlt sich die Lektüre dieses Kapitels zwar vor allem, aber nicht nur für Berufsanfänger, sondern auch für erfahrene Verteidiger, die ihr Wissen in diesem Bereich etwas auffrischen wollen.

Der anschließende Teil E behandelt im Nachgang zu den Ausführungen zu den Daten die speziellen Fragestellungen zum Bundeszentralregister (*Küppers*), Erziehungsregister (*Schimmel*) und Fahreignungsregister (*Pießkalla*). Die hier angesprochenen Fragestellungen beschäftigen oftmals die Mandanten. Das Handbuch bietet hier sehr instruktiv Antworten auf Mandantenfragen und sollte schon bei Festlegung der Verteidigungsstrategie und nicht erst im Rahmen der strafrechtlichen Nachsorge Einzug in die Überlegungen des Verteidigers finden.

Aus Sicht der Rezensentin thematisch nicht ganz passend schließt sich *Pauka* in Teil F mit Ausführungen zu den Medien an. Dieses Kapitel ist aus Sicht der Rezensentin im Handbuch für das Ermittlungsverfahren oder für die Hauptverhandlung thematisch besser aufgehoben. Inhaltlich ist das Kapitel jedoch sehr lesenswert und ist vor allem Berufsanfängern oder auch Verteidigern sehr zu empfehlen, die z.B. vor ihrem ersten medienwirksamen Prozess stehen. So behandelt *Pauka* sehr instruktiv den Einfluss der Medien auf das Strafverfahren, die Handlungsmöglichkeiten des Verteidigers sowie Möglichkeiten der Öffentlichkeitsarbeit im Rahmen der Verteidigungsarbeit und auch der Justiz.

Auch erfahrenen Verteidigern, die in medienwirksamen Verfahren verteidigen, sei ein Blick in dieses Kapitel angeraten, vor allem, da sich in medienwirksamen Umfangsverfahren in letzter Zeit die stark zu kritisierende Tendenz eingeschlichen hat, dass der Presse (von welcher Seite auch immer) Informationen „durchgestochen“ werden, die noch nicht einmal der Verteidigung im Rahmen der Akteneinsicht bekannt gemacht wurden.

Teil G behandelt relativ kurz das Gnadenverfahren und damit zusammenhängende Probleme.

In Teil H finden sich Ausführungen zu den Auswirkungen strafrechtlicher Verurteilungen auf bestimmte Berufsgruppen, darunter Apotheker, Ärzte und Beamte. Auch dies ist daher ein Kapitel, das nicht erst nach dem Urteil gelesen werden sollte, da drohende berufsrechtliche Folgen bereits zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens mit dem Mandanten besprochen werden müssen und die Verteidigungsstrategie solche Konsequenzen von Anfang an im Auge behalten sollte. Ebenfalls enthalten ist ein großer Beitrag zu den Auswirkungen von Strafverfahren auf Ausländer und erneut Ausführungen zum Recht der Fahrerlaubnis. Auch die im Verteidigeralltag häufig auftauchenden Probleme von Jägern im Besonderen und Waffenbesitzern im Allgemeinen werden hier übersichtlich abgehandelt.

Teil I widmet sich sodann der Opferentschädigung, den Ansprüchen gegen den Beschuldigten in zivilrechtlicher Hinsicht sowie Entschädigungsfragen nach dem Strafrechtsentschädigungsgesetz (StrEG). Die sehr instruktiven Ausführungen von *Kotz* zum StrEG bieten eine für den Verteidigeralltag völlig ausreichende Abhandlung dieser Thematik.

Burhoff selbst und im Anschluss *Volpert* erörtern im letzten Teil J Fragen der Vergütung und Kosten. Die Ausführungen der Gebühren sind dabei entsprechend der Zielsetzung des Handbuchs auf den Bereich der strafrechtlichen Nachsorge beschränkt. Allen Verteidigern, die nicht auf Grundlage einer Honorarvereinbarung abrechnen können, sei dieser Abschnitt sehr empfohlen.

Das Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge von *Burhoff/Kotz* ist für die praktische Tätigkeit eines Strafverteidigers eine gelungene Arbeitshilfe und sollte in keinem Handapparat einer strafrechtlich ausgerichteten Kanzlei fehlen. Auch Vertretern der Justiz sei es aufgrund der Praxisorientierung empfohlen. Insgesamt ist „der vierte *Burhoff*“ ein Praktikerbuch, das die bisherige Reihe der Handbücher von *Burhoff* sinnvoll ergänzt und mit sehr hoher Praxisorientierung endlich einmal die Fragen „nach dem Urteil“ in einem Buch abhandelt. *Burhoff/Kotz* ist es gelungen, ein umfassendes Werk zur strafrechtlichen Nachsorge herauszubringen. Das Werk ist daher sämtlichen mit dem Strafrecht befassten Berufsgruppen zu empfehlen.

Steuerrecht

Rechtsanwalt Dr. Momme Buchholz, Gubitz-Partner, Kiel

Gabriele L. Stark: Die strafbefreiende Selbstanzeige gem. § 371 Abs. 1 AO im Rahmen von Mehrpersonenverhältnissen

Duncker & Humblot, Berlin 2018, 340 Seiten, 89,90 Euro.

Die Rechtslage scheint auf den ersten Blick klar zu sein: An die Selbstanzeige eines Beteiligten (also im Rahmen von „Mehrpersonenverhältnissen“) sind grundsätzlich dieselben Anforderungen zu stellen wie an diejenige eines Alleintäters. Nach den allgemeinen Grundsätzen hat der Beteiligte unter Berücksichtigung des Vollständigkeitsgebots derart greifbare Angaben zu machen, dass die Finanzbehörde ohne weitere langwierige Ermittlungen in die Lage versetzt wird, die Steuer zutreffend zu veranlagern. Damit hat der Beteiligte also einerseits seinen eigenen Tatbeitrag offenzulegen und andererseits das mit der Haupttat verwirklichte Hinterziehungsdelikt berichtigend darzustellen (vgl. nur MüKo-StGB/Kohler, 3. Aufl. 2019, AO § 371 Rn. 121 mwN).

Bei näherer Betrachtung der Arbeit von Stark wird jedoch deutlich (insb. S. 147 ff.), dass diese allgemeinen Grundsätze insbesondere wegen der teils auftretenden Unmöglichkeit des einzelnen Beteiligten zur Abgabe einer vollständigen Erklärung zu erheblichen Härten führen können. Schritt für Schritt leitet die Verfasserin einen Lösungsansatz zur Beseitigung dieser Härten ab. Im Einzelnen:

Den als „Allgemeines“ benannten 1. Teil ihrer Arbeit (S. 21-146) beginnt Stark – nach einer kurzen Einleitung (S. 21-22) mit der Darstellung des Wortlauts (S. 23-25) und der rechtshistorischen Grundlagen (S. 25-39) des § 371 AO. Den individuellen Vorwurf zu formulieren, dass diese Ausführungen nicht erst dann erfolgen, wenn es für die Bearbeitung des Kernthemas (Selbstanzeige bei Mehrpersonenverhältnissen) notwendig wird, würde Stark nicht gerecht werden. Es scheint vielmehr mittlerweile *state of the art* rechtswissenschaftlicher Qualifikationsarbeiten zu sein, dem Werk einen rechtshistorischen Abriss voranzustellen. Es spricht für die Verfasserin, dass sie diesen Abschnitt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung der historischen Auslegung beginnt (S. 25) und damit zeigt, dass sie die Ausführungen nicht im luftleeren Raum stehen lassen möchte, sondern noch für Ihre späteren Gedanken benötigen wird.

Sodann grenzt die Verfasserin die Selbstanzeige von der Korrektur unrichtiger Erklärungen gemäß § 153 AO ab (S. 39-41): Die zumindest *bedingt vorsätzliche* Abgabe der fehlerhaften Angaben als Ausgangsposition für eine strafbefreiende Selbstanzeige gemäß § 371 AO gegenüber *unvorsätzlicher* Abgabe der fehlerhaften Angaben in den Fällen von § 153 AO. Dabei weist Stark auf die Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall hin (S. 40 f.).

Die Grundlagen ihrer Untersuchung führen Stark sodann zur Darstellung des Meinungsstreits um die Rechtsnatur der Selbstanzeige (S. 41-45), wobei sie sich der herrschenden Meinung anschließt, die in § 371 Abs. 1 AO einen persönlichen Strafaufhebungsgrund (und gerade keinen persönlichen Strafausschließungsgrund) sieht (S. 42). Eng damit hängt die Frage nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift zusammen, welcher die Verfasserin sich anschließend widmet (S. 45-64). Die verschiedenen Ansichten („fiskalische“, „kriminalpolitische“, „gemischt fiskalisch-kriminalpolitische“ und „strafrechtliche“) werden erörtert. Stark kommt zu dem vermittelnden Ergebnis, dass dem Regelungsgehalt von § 371 Abs. 1 AO zu entnehmen ist, dass „sowohl fiskalische, kriminalpolitische als auch strafrechtliche Ziele“ verfolgt werden: „Der Sinn und Zweck der Selbstanzeige liegt in der durch die Wiedergutmachung der Steuerhinterziehung liegenden Vermehrung des Steueraufkommens bei gleichzeitiger Rückkehr des Steuerhinterziehers in die Steuerehrlichkeit“ (S. 64).

In beeindruckender Tiefe behandelt die Verfasserin sodann die Selbstanzeige als Teil des Strafrechtssystems und untersucht die Rechtfertigung der gemäß § 371 AO bewirkten Steuerfreiheit (S. 64-134). Dazu formuliert Stark das – überzeugende – Ergebnis (S. 134): „Die Rechtfertigung der Strafbefreiung des Selbstanzeigerstatters ergibt sich aus der mit der Selbst-

anzeige verbundenen Anreizfunktion sowie der vollständigen Wiedergutmachung der Steuerhinterziehung. Wie gezeigt wurde, werden die spezial- und generalpräventiven Gründe der Strafandrohung durch die wirksame Selbstanzeige auch erfüllt, sodass es einer Bestrafung des Steuerhinterziehers nicht mehr bedarf.“

Im letzten Abschnitt unter „Allgemeines“ schlägt Stark sodann den Bogen vom Grundsätzlichen der Regelung § 371 AO hin zu ihrem Dissertationsprojekt – den Mehrpersonenverhältnissen (S. 134-146). Sie legt dar, dass der Begriff des Mehrpersonenverhältnisses sich weder im StGB noch in der AO findet; vielmehr käme es bislang auf solche Verhältnisse nur im Bereicherungsrecht und Zwangsvollstreckungsrecht an (S. 134). Nach Stark soll der Begriff im Zusammenhang mit ihrer Arbeit als *Kehrseite* zur Tatbestandsverwirklichung durch mehrere Personen verstanden werden: Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe (S. 135). Folglich beschreiben Mehrpersonenverhältnisse „*Personenkonstellationen, in denen unter Beteiligung mehrerer Personen eine Steuerhinterziehung begangen wurde und in denen durch Erstattung der Selbstanzeige nach § 371 AO Straffreiheit für sämtliche oder für einen Teil der beteiligten Personen erlangt werden soll*“ (S. 135).

Den 2. Teil, „*Besonderes*“, beginnt die Verfasserin mit einer ausführlichen Bestandsaufnahme der inhaltlichen Anforderungen der Selbstanzeige gemäß § 371 Abs. 1 AO im Rahmen von Mehrpersonenverhältnissen (S. 147-276). Dabei behandelt Stark zunächst überblicksartig die tatbestandsmäßigen Handlungen „*berichtigen*“, „*ergänzen*“ und „*nachholen*“ von Angaben (S. 149-167). Sie richtet danach ihr Augenmerk auf das Vollständigkeitsgebot (S. 170-276). Die Anforderungen, denen die Berichtigung im Rahmen eines Mehrpersonenverhältnisses genügen muss, seien nach Stark nicht einheitlich für alle Tatbeteiligten zu bestimmen (S. 167). Diese Überlegungen bilden den Kern ihrer Arbeit. Lediglich der bereits vor der Ausführung der Steuerhinterziehung ursprünglich oder gemäß §§ 34 Abs. 1, 35 AO steuerpflichtige Tatbeteiligte hat nach Stark eine dem Vollständigkeitsgebot genügende Berichtigungserklärung abzugeben, denn für diesen ist die vollständige Erklärung regelmäßig praktisch möglich. Die Erklärungen der übrigen Tatbeteiligten sollen nicht dem Vollständigkeitsgebot unterliegen (S. 276). Vielmehr gelten für diese nach der Verfasserin infolge einer teleologischen Reduktion drei – abgestufte – Anforderungen:

- Der Mittäter gäbe danach bereits dann eine tatbestandsmäßige Berichtigung ab, „wenn er dem Finanzamt mitteilt, in welchem Steuerverhältnis Besteuerungsgrundlagen nachzuerklären sind, wer steuerpflichtig in Bezug auf diese Steuern ist und welcher Steuerart diese Steuern angehören“ (S. 176).
- Für den Anstifter sei es bereits ausreichend, „wenn er dem Finanzamt mitteilt, wer die Person des Steuerpflichtigen, in dessen Steuerschuldverhältnis Steuern verkürzt wurden bzw. ungerechtfertigte Steuervorteile erlangt wurden, ist und zu welcher Steuerart diese Angaben gehören“ (S. 176).
- Dem Gehilfen verlangt die Konstruktion Starks lediglich ab, dass er „die Person des Steuerpflichtigen, in dessen Steuerschuldverhältnis Steuern hinterzogen wurden“, mitteilt (S. 176).

Nach Stark soll wegen der dogmatischen Einordnung als *persönlicher* Strafaufhebungsgrund weder die Strafbefreiung (S. 279) noch die Berichtigungshandlung eines Tatbeteiligten (S. 285) zugerechnet werden. Insoweit bewegt sich die Verfasserin – aus guten Gründen – auf dem Boden der herrschenden Meinung. Daraus folgt, dass alle an der Steuerhinterziehung beteiligten Personen nur dann in den Genuss einer strafbefreienden Selbstanzeige gelangen, wenn diese entweder in koordinierter Weise zeitgleich eigene Selbstanzeigen erstatten oder sich der Selbstanzeige eines Beteiligten anschließen (vgl. BGH NJW 2005, 2721; Scharnberg NZWiSt 2020, 233). An dieser Stelle scheint jedoch auch eine erhebliche Schwäche der dreistufigen Theorie der Verfasserin angesprochen zu sein: Denn das Herabsenken der Anforderungen an eine Berichtigungshandlung (insb. eines Gehilfen) dürfte im potenziellen Wettlauf der verschiedenen Beteiligten zu deutlichen Beschleunigungen und weniger gemeinsamem Vorgehen führen. Denn nachdem der erste Beteiligte die Berichtigung abgegeben hat, sind die übrigen Tatbeteiligten von einer Selbstanzeige ausgeschlossen. Der praktische Anwendungsbereich der Selbstanzeige könnte damit erheblich verringert werden.

Die praxis-orientierte Dissertationsschrift von Stark zeichnet sich durch einen sehr ausführlichen ersten (allgemeinen) Teil aus, dessen Überlegungen zum Regelungszweck der Selbst-

anzeige nach § 371 AO sowie zur Rechtfertigung der durch die Norm gewährten Strafbefreiung im zweiten (besonderen) Teil wieder aufgegriffen werden und in konkrete Auslegungsvorschläge zu einer teleologischen Reduktion der Norm im Falle von Mehrpersonenverhältnissen an einer Steuerhinterziehung umgemünzt werden. Auf der Grundlage des von Stark bevorzugten strafrechtlichen Rechtfertigungsansatzes, wonach mit der Selbstanzeige eine Wiedergutmachung des Handlungs- und Erfolgsunrechts der begangenen Steuerhinterziehung geleistet wird und durch § 371 AO dieser Wiedergutmachungsleistung strafrechtlich Rechnung getragen wird, leuchtet es auch ein, dass einem Gehilfen aufgrund dessen weniger unrechtsintensiven Tatbeitrags (S. 260) auch nur weniger an Wiedergutmachung für eine Strafbefreiung abverlangt wird als einem Täter oder Anstifter zu derselben Tat.

Korruptionsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München

Nadine Borutta: Der Pflichtverletzungstatbestand des § 299 StGB

Duncker & Humblot, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften (KKS), Berlin 2019, 228 Seiten, 69,90 Euro.

I. Einleitung

§ 299 StGB – der „Korruptionstatbestand der freien Wirtschaft“ – stellt das Alter Ego zu den Korruptionsdelikten des 30. Abschnittes „Straftaten im Amt“ des StGB dar. Er ist in den letzten Jahren stetig verschärft und ausgeweitet worden, um angeblich bestehende strafrechtliche Regelungslücken korruptiver Verhaltensweisen im privatwirtschaftlichen Rechtsverkehr zu schließen. Gegenstand der Arbeit von Nadine Borutta, die im Sommersemester 2018 von der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen wurde, ist § 299 StGB in seiner im November 2015 in Kraft getretenen Erweiterung des Anwendungsbereichs des Tatbestands der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Es handelt sich hierbei um die in der Wissenschaft als sog. „Geschäftsherrenmodell“ bekannte Tatbestandsalternative.

II. Inhalt

Die Arbeit gliedert sich in vier Kapitel. Nach einer einführenden Einleitung werden zunächst der Inhalt, der Hintergrund und – aus Sicht des Rezensenten sinnvoll – die weit verbreiteten Bezeichnungen der Neuregelung („Geschäftsherrenmodell“) präzise beschrieben und analysiert. Ausgehend von der tatbestandlichen Regelung des § 299 StGB in seiner vor der Novelle im Jahr 2015 geltenden Fassung wird die inhaltliche Erweiterung durch die Neufassung dargestellt. Hierzu werden der Anlass und Hintergrund der Neuregelung, namentlich internationale Vorgaben, wie etwa Abkommen internationaler Organisationen und Rechtsakte der europäischen Union, die den deutschen Gesetzgeber zur Anpassung des § 299 StGB bewegten, beschrieben. Die Verfasserin legt hierbei insbesondere einen Schwerpunkt auf die Frage, ob es seitens des deutschen Gesetzgebers tatsächlichen und/oder rechtlichen Umsetzungszwang gab oder ob der deutsche Gesetzgeber hier eine Ermessensentscheidung ausüben konnte. Zentrale Passagen dieses Kapitels betreffen die genaue Analyse der Bezeichnungen der Neuregelung des § 299 StGB, namentlich unter Berücksichtigung der in der Wissenschaft hierzu herangezogenen und vertretenen „Modelle“. Es zeigt sich bei dieser pointierten Analyse – dies ergibt auch die eigene Stellungnahme der Autorin –, dass die in der Wissenschaft zur Begründung und Erläuterung des § 299 StGB herangezogenen Modelle nur sehr eingeschränkt die tatbestandliche und rechtstatsächliche Wirklichkeit wiedergeben. Die „neue“ Tatbestandsvariante des § 299 StGB entspricht aus Sicht der Autorin nicht dem einen oder anderen der dargestellten Modelle, sondern beinhaltet Elemente oder (Teil-)Aspekte diverser Modelle. Konsequenterweise findet die Verfasserin auch neue Begrifflich-

keiten für die Tatbestandsalternativen des § 299 StGB in Form des sogenannten „Bevorzugungstatbestandes“ (§ 299 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB) sowie des titelgebenden „Pflichtverletzungstatbestandes“ (§ 299 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Begrifflichkeiten in der Wissenschaft durchsetzen.

Das zweite Kapitel wendet sich dem zentralen und vielfach diskutierten Problem des § 299 StGB zu: seinem Schutzzweck. Ausgehend vom Rechtsgutbegriff werden die bisherigen Ansichten zum Schutzzweck des § 299 StGB in seiner alten Fassung, nämlich der freie und laudere Wettbewerb einerseits und Individualinteressen des Prinzipals andererseits, dargestellt. Diese werden im Hinblick auf die aktuelle Gesetzesfassung einer kritischen Überprüfung nach Sinn und Zweck, Wortlaut, Historie und Systematik der Vorschrift unterzogen. Besondere Hervorhebung verdient die Schlussfolgerung der Autorin, dass § 299 StGB in der nun geltenden Fassung gerade nicht dem Schutz des Vermögens dient, sondern vielmehr dem freien, unlauteren Wettbewerb und der Pflichtenbeziehung zum Unternehmen. Dabei beschränkt sich die Autorin nicht, vorhandene wissenschaftliche Ansätze wiederzugeben und zu bewerten, sondern kommt nach erfolgten Kontrollüberlegungen in Form eines Zwischenfazit zu dem Ergebnis, dass die neue gesetzliche Regelung sowohl gesamtsystematisch als auch innertatbestandlich systemkonform in das Strafgesetzbuch integriert wurde, ohne jedoch die Historie des § 299 StGB und damit die Wurzeln des Tatbestandes zu leugnen.

Im folgenden dritten Kapitel unterwirft die Autorin § 299 StGB n. F. dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, namentlich was den Parlamentsvorbehalt sowie die Vorhersehbarkeit der tatbestandlich normalen Pflichtenstellung für den Täter angeht. Trotz allen – zum Teil berechtigten – kritischen Anmerkungen zum Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung als normatives Tatbestandsmerkmal genügt der Tatbestand des § 299 StGB aus Sicht der Autorin den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Vorhersehbarkeit, soweit notwendige Restriktionen bei der Auslegung des Tatbestandes, namentlich betreffend die tatbestandlich relevanten Pflichten des Angestellten oder des Beauftragten eingehalten werden.

Im abschließenden vierten Kapitel widmet sich die Autorin der Frage nach dem kriminalpolitischen Bedürfnis der in § 299 StGB seit 2015 vorhandenen Regelung des Pflichtverletzungstatbestandes. Neben der Abgrenzung zur Criminal Compliance und einer besonderen Hervorhebung möglicher und rechtspolitisch durchaus problematischer Wechselwirkungen zu dieser bearbeitet die Autorin diverse praktische sowie typische Fälle des Anwendungsbereiches des neuen § 299 StGB neben dem allgemeinen Bevorzugungstatbestand. Plastisch wird analysiert, ob in den Fällen, bei denen die „alte Fassung“ des § 299 StGB zwingend zur Straflosigkeit geführt hätte, über den Pflichtverletzungstatbestand eine Strafbarkeit in Betracht kommt. Schlagwortartig zusammengefasst handelt es sich um die Fälle „fehlender Bevorzugung“ (sog. Klimapflege, vergangene Leistungen, Präqualifikationsverfahren), die Fälle „fehlender Unlauterbarkeit“ und die Fälle des „fehlenden Wettbewerbs“ (dort exemplarisch Monopole, Kreditvergaben, etc.). Weiterhin grenzt das Werk den Anwendungsbereich des § 299 StGB von den neueren Tatbeständen des §§ 299a, 299b, 265d StGB ab. Besondere Hervorhebung verdient die Beschreibung und Bewertung von in der Wissenschaft diskutierten angeblichen „Friktionen“ mit dem Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB. Insgesamt ist es dieses Kapitel, welches auch dem Praktiker neben den dogmatischen (Vor-)Überlegungen der ersten drei Kapitel deutlich die unterschiedlichen Anwendungsbereiche des § 299 StGB in seiner alten und neuen Fassung vor Augen führt und zeigt, dass die Autorin diejenigen Fallgruppen, die nach alter Rechtslage „problematisch“ waren, erkennt und sachgerecht in Beziehung zu der neuen Regelung des § 299 StGB setzt.

Die Darstellung endet mit sechs abschließenden Thesen, die im besten Sinne des Wortes als „Extrakt“ dieser tiefgehenden Arbeit bezeichnet werden dürfen.

III. Zusammenfassung

Mit dem von Nadine Borutta vorgelegten Werk ist eine tiefgehende und lesenswerte Analyse des neuen Pflichtverletzungstatbestandes des § 299 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB gelungen. Trotz der Vorlage als Dissertationsschrift ist es weit davon entfernt, „nur“ als eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Neufassung des Tatbestandes des § 299 StGB wahrgenommen zu werden. Es ermöglicht dem Leser einen schnellen Zugang in die

durch die Neufassung des § 299 StGB strafrechtlich relevanten bzw. gerade nicht relevanten Sachverhaltskonstellationen.

Strafprozessrecht

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln

Maja Serafin: Vermögensabschöpfung – zwischen Effektivität und Rechtsstaatlichkeit. Ein deutsch-polnischer Rechtsvergleich

Duncker & Humblot, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS) Band 168, Freiburg 2019, XXVIII, 348 Seiten, 35 Euro.

Vermögensabschöpfung dient dem Gefühl der Gerechtigkeit und der Sicherung der Allgemeinheit. Gleichwohl: Gerade im Strafrecht ist jeder Eingriff in die Rechte und Freiheiten des Einzelnen begründungsbedürftig. Diese Bipolarität durchzieht als Zentralgedanke *Serafins* gesamtes Werk und belegt, dass sie weder Hardlinerin noch Weichei ist. Sie erkennt die Gefahren bemakelten Vermögens, insbesondere in seinem Einsatz zum Zwecke der Begehung weiterer Straftaten. Sie übersieht aber auch nicht die Missbrauchsgefahren allzu pauschaler Einziehungsmöglichkeiten und verlangt nach einem verhältnismäßigen Gleichgewicht.

Sie ist Wissenschaftlerin mit einer beeindruckenden Biographie, mindestens dreisprachig, erstellte ihre Dissertation im Zuge ihrer Mitarbeit in der „Otto-Hahn-Gruppe: Architektur des Sicherheitsrechts“ und ist Mitglied der Max Planck Research School for Comparative Criminal Law. Dazu passt ihr Rechtsvergleich des deutschen mit dem polnischen Abschöpfungsrechts. Ihre Ausführungen orientiert sie an einer strengen materiellrechtlichen Systematik. Soweit diese eingehalten wird, hält sie die Einziehung in durchaus weitgehendem Maße für gerechtfertigt. Dieser Schwerpunkt provoziert Fragen nach der Praktikabilität, z.B. wie zu erkennen sein soll, ob jemand zum Kreise der Schwerekriminellen gehört, auf den sie präventiv-polizeiliche Maßnahmen beschränkt wissen will und der das Bedürfnis nach Abschöpfung vielleicht nicht abschließend beschreibe, wohl aber im Wesentlichen ausmache.

Maja Serafin beklagt den Mangel einer gesetzlichen Definition des Begriffs der Vermögensabschöpfung sowohl im polnischen wie im deutschen Recht und betrachtet für ihre Arbeit drei Voraussetzungen als konstitutiv: Das Anknüpfen an eine Straftat und alternativ den Übergang von Eigentum auf den Staat oder die Begründung einer Forderung auf Geldzahlung an den Staat. Als Kernproblem identifiziert sie zu Recht Beweisfragen des Zusammenhangs zwischen Tat und (potenziell) bemakeltem Vermögen.

Einem Überblick über die internationalen Rechtsgrundlagen lässt sie eine detaillierte Übersicht folgen über die Facetten des deutschen und des polnischen Rechts in ihren historischen Entwicklungen bis hin zur heutigen Ausprägung in den zahlreichen Tatbeständen des StGB und des OWiG sowohl in Bezug auf Taterträge als auch auf Tatprodukte und Tatmittel bzw. deren jeweiligem polnischen Pendant. An die Darstellung des geltenden Rechts in beiden Ländern schließt sich eine Prüfung des Rechtscharakters der verschiedenen Maßnahmen und ihrer Verfassungsmäßigkeit an.

Der ersatzweisen Einziehung des Werts von Taterträgen legt *Maja Serafin* in dem Maße eine strafähnliche Wirkung bei, wie sie den bloßen Ausgleich des Gewinns und damit die konditionelle Wirkung überschreitet. Letzteres hält sie sub specie Strafrecht für nicht gerechtfertigt. Allerdings fordert sie einen Gleichklang zwischen Einziehung des Ertrags im Original und seines Werts. Beim Original können die Beschaffungskosten jedoch aus der Natur der Sache nicht abgezogen werden: Dem Verletzten den ertrogenen oder gestohlenen Maserati ohne Stoßstange oder Reifen zurückzugeben, würde ihn kaum zufriedenstellen. Ist es angesichts dessen wirklich eine *Strafe*, verwehrt man dem Täter (oder Teilnehmer) bei der Einzie-

hung des Werts des Ertrags (= des Werts des Originals) den Abzug des in die Tat (vorsätzlich) Investierten? Müsste die Konsequenz aus ihrer Forderung nach Gleichklang nicht gerade umgekehrt lauten, nämlich überhaupt kein Abzug von Aufwendungen? Dann müsste man es allerdings auch für notwendig (und gerecht) erachten, nach Korruption den gesamten Werklohn einzuziehen – ohne Abzug der Lohn- und Materialkosten.

Die erweiterte Einziehung, § 73a StGB, und die erweiterte selbständige Einziehung, § 76a Abs. 4 StGB, hält *Maja Serafin* nicht für per se verfassungswidrig. Verfassungskonform seien sie jedoch nur unter Einschränkungen sowohl gemäß dem Schuldprinzip als auch nach der Unschuldsvermutung. Das könnte allerdings bedeuten, dass beide Vorschriften nicht mehr zum Strafrecht gehören dürften, hält es die Autorin doch für unmöglich, bei Unklarheiten über die Erwerbstat einen ausreichend engen Zusammenhang zwischen bemakelter Herkunft und vorgefundenem Vermögen nachzuweisen. Das ist allerdings keine Frage der Naturwissenschaft. Schließlich lässt sich die richterliche Überzeugung häufig ohnehin nur auf Indizien stützen. Das maßgebliche Problem besteht vielmehr im Beweismaß.

Maja Serafin verwirft die von ihr zumindest im deutschen Recht identifizierte Vermengung verschiedener, je für sich durchaus als legitim betrachteter Ziele in einem (hier so bezeichneten) *Strafrecht für präventive Zwecke*. Sie belässt es jedoch nicht bei ablehnender Kritik, sondern entwickelt einen ebenso interessanten wie (eingeräumtermaßen) ausbaubedürftigen Ansatz verfassungs- und rechtssystemkonformer Abschöpfung. Er besteht aus einem Mix aus zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Instrumenten, die jeweils dem Erreichen spezifischer Aufgaben dienstbar gemacht werden könnten, die aber jeweils nur insoweit gerechtfertigt wären, wie sie von eben diesen legitimiert wären.

Diesem Ansatz ist wissenschaftstheoretisch nicht zu widersprechen. Gedankliche und systematische Klarheit sind für die Anwendung ebenfalls nicht nur hilfreich, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit auch notwendig. Eine andere Frage ist es jedoch, wie sich diese wünschenswerte Differenzierung zu einem insgesamt funktionierenden gesetzlichen Rahmen zusammensetzen lässt. Da in der Wirklichkeit nicht nur zuweilen, sondern geradezu typischerweise verschiedene Strömungen zusammenfließen, die sich gedanklich, aber häufig erst im Nachhinein auseinanderhalten lassen, stellt sich die Frage, ob es wirklich nach Rechtsgebieten getrennter Instrumente bedarf, oder ob es nicht besser wäre, gäbe es möglichst nur einen, v.a. für den ersten Zugriff praxistauglichen Eingriffstatbestand für vorläufige Maßnahmen, an den sich erst im weiteren Verlauf des Verfahrens Ausdifferenzierungen anschließen. Die Zuständigkeit für die Anordnung der unterschiedlichen endgültigen Eingriffe müsste nicht notwendig eigenständigen Stellen zugewiesen werden. Vielmehr spricht nichts prinzipiell dagegen, dass sich eine einzige Verfolgungsbehörde auf Rechtsgrundlagen aus verschiedenen Gebieten stützen dürfte.

Die Erkenntnisse *Maja Serafins* bieten v.a. den für das Entstehen und Ändern von Gesetzen verantwortlichen Staatsorganen weiterführende Anregungen. Für die forensische Praxis ist mitzunehmen, dass es sich auch im Recht der Vermögensabschöpfung nicht um von Rechtsbindungen weitgehend losgelöste Maßnahmen mit dem Ziel handelt, solchen Mitmenschen ihr Vermögen möglichst umfassend zu entziehen, deren Verhalten nicht dem Erfahrungshorizont eines bürokratiegeprägten deutschen Staatsdieners entspricht, sondern dass die Einziehung (nach welcher Vorschrift auch immer) strikte Rechtsanwendung darzustellen hat und es für jede (vorläufige wie endgültige) Maßnahme einer dem Gesetzesvorbehalt genügenden, d.h. ausreichend bestimmten einschlägigen Rechtsgrundlage bedarf.